UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO

ABRIL 1992
NUMERO 44
CARACAS, VENEZUELA

SUMARIO

DOCTRINA

LEGISLACION

DECISIONES JUDICIALES

CRONICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Presentación

1.-Este número de la Revista está dividido en tres secciones: Doctrina, Legislación y Decisiones Judiciales.

2.-La primera contiene estudios de Luis Avila (**La fianza en el objeto social de las compañías de seguros**), Vicente Carrillo-Batalla Lucas (**Comentarios a la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991**), María G. Morais de Guerrero (**La Constitución venezolana y la Ley de Régimen Penitenciario. Compatibilidades y contradicciones**), Moisés Hirsch (**La acción de carencia**), Henrique Iribarren Monteverde (**La responsabilidad administrativa extracontractual**), Gustavo José Linares Benzo (**Naturaleza de las potestades transferibles a los Estados y Municipios mediante el Artículo 137 de la Constitución**), Rafael Ortiz-Ortiz (**La triple formulación del imperativo categórico Kantiano y otros aspectos de su ética**) y José Rafael Tinoco-Smith A. (**El principio de irregresividad de los derechos y conquistas fundamentales del hombre**).

A.- Luis Avila M. se pregunta -y responde- el por qué las Compañías de Seguros otorgan fianzas, aun cuando ésta es un actividad diferente de su objeto principal ("asegurar"). El estudio de la evolución de la normativa sobre la materia le permite concluir que, en la actualidad, "gracias a las disposiciones legales y a la experiencia acumulada por las empresas de seguros, el negocio de fianzas es transparente y altamente rentable". Hace referencia al afianzamiento y a los tipos de fianzas otorgados por las empresas aseguradoras (las derivadas de contratos de obra, las causadas en la normativa laboral, las judiciales, las fiscales y las de cotización del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales). De todo lo expuesto concluye señalando el gran desarrollo que, en el futuro, tendrá la institución gracias a los factores mencionados en su estudio.

B.- La Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta -observa Vicente Carrillo-Batalla Lucas- adolece de fallas, aun cuando "constituye un buen intento de sinceración y modernización de la estructura de este importante tributo" (entre otros hechos destacables, eliminó disposiciones que operaban en contradicción con principios básicos de la imposición). La reforma, sin embargo, plantea "serios problemas" resultantes de "la falta de UNIFORMIDAD DE CRITERIOS y sobre todo, a la carencia de método planificado y serio" para acometerla.

C.- La meditación de María Morais de Guerrero no pretende analizar "las diarias y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y constitucionales perpetrados en las cárceles venezolanas", ni recontar "las disposiciones contenidas en los principales pactos y convenciones sobre los derechos humanos aplicables a los reclusos". Se limita a "examinar las compatibilidades y/o incongruencias de la Ley de Régimen Penitenciario (...) con el texto constitucional patrio, lo que evidentemente no excluye la eventual -a veces obligada- mención a la praxis penitenciaria y a la normativa jurídica internacional sobre derechos humanos".

D.- De Moisés Hirsch se divulga una charla, **La acción de carencia**, dictada en la Corte Suprema de Justicia, el 1º de agosto del año en curso. "*La carencia puede definirse* -observa el autor- *como el incumplimiento de un actuar concreto de la autoridad pública y, correlativamente, el derecho subjetivo para solicitar el cumplimiento del acto específico omitido, precisamente por la inobservancia de la obligación de actuar*". El estudio presentado se divide en ocho partes: introducción, naturaleza jurídica de la acción, la carencia y otros recursos, acto específico omitido, requisitos procesales fundamentales del proceso de carencia, el procedimiento para el trámite de la acción de carencia, poderes del juez y efectos de la sentencia y unas palabras finales.

La conferencia del doctor Hirsch se fundamenta, como él mismo lo indica, en la obra del profesor de esta Casa de Estudios, Humberto Romero Muci intitulada **Contribución al estudio de la acción de carencia en el contencioso-administrativo venezolano** (1989), aun cuando la enriquece por utilizar decisiones judiciales posteriores.

La obra del Profesor Romero Muci fue galardonada con el Premio Anual Procuraduría General de la República 1989, por el voto unánime de un jurado

integrado por los doctores Luis Henrique Farías Mata, José Melich Orsini y José Araujo Juárez. El lector interesado puede revisarla en el Número 4 de la Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas, 1991.

E.- El trabajo de Henrique Iribarren Monteverde se refiere "a la responsabilidad patrimonial extracontractual que puede corresponder a las distintas personas morales de derecho público que conforman la Administración Pública y por el ejercicio de la actividad administrativa". En este sentido, señala el autor, la tendencia ha evolucionado desde la irresponsabilidad total hasta la aceptación de la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio del Poder Público. Analiza, en primer lugar, el sistema francés y, posteriormente, el creado constitucionalmente y desarrollado por vía de legislación y jurisdicción.

F.- Gustavo José Linares Benzo divide su estudio en cuatro partes: los conceptos preliminares, el análisis del Artículo 137 de la Constitución de la República, sus antecedentes nacionales y el enfoque del problema en el Derecho Comparado. De lo expuesto extrae sus conclusiones, entre las cuales destaca: "La ausencia de debate sobre el punto revela que la intención del constituyente de 1961 fue la misma que en 1947. A la luz de esa finalidad es que debe leerse el actual artículo 137, es decir, teniendo en cuenta que los redactores de la Constitución pretendían con ese mecanismo devolver a los Estados recursos financieros y las potestades administrativas necesarias para manejarlos, pero nunca establecer un sistema de transmisión de poderes legislativos nacionales a los Estados".

G.- Rafael Ortiz-Ortiz -en estudio de gran utilidad para los estudiantes del tema- nos introduce en la vida y obra de Manuel Kant. Seguidamente plantea las tres formulaciones de su imperativo categórico y organiza las conclusiones de su labor. A las interrogantes "¿qué puedo saber?", "¿qué puedo hacer?" y "¿qué puedo esperar?" responden la metafísica, la moral y la religión, respectivamente. Sintetizar la ética kantiana es el propósito final del autor: la posición moral privilegiada donde Kant coloca al hombre, lo lleva al campo de lo jurídico-político.

H.- José Rafael Tinoco-Smith A. hace referencia a "El principio de irregresividad de los derechos y conquistas fundamentales del hombre". "La concepción liberal del Estado de Derecho (...) constituye -en su opinión- la

más grave amenaza a los derechos fundamentales del hombre en el siglo XXI, al cual se enfrenta el principio de irregresividad de los derechos fundamentales y de las conquistas sociales del Estado Social de Derecho, de la Constitución Venezolana" vigente. Este problema lo plantea en relación con la Ley Orgánica del Trabajo y la "publicitada necesidad de un 'derecho flexible' ".

2.- En la sección de **Legislación** se difunden unos comentarios formulados por el ex-juez de Primera Instancia del Trabajo de esta Circunscripción Judicial, Agustín Gómez Marín, en torno a algunas de las disposiciones contenidas en el Título III ("De la remuneración") de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT). El autor analiza los conceptos de salario y de algunas de sus acepciones (básico, normal, ordinario, el utilizable para el cálculo del sobretiempo); presenta una interpretación concordada de los artículos 216, 217 y 218 de la LOT en concordancia con el 339 de la misma, en cuanto al descanso compensatorio; y, finalmente, plantea el problema de la norma aplicable (la convencional o la legal) en el supuesto de modificaciones legales en torno al régimen de participación en los beneficios y vacaciones.

3.- En la sección final, **Decisiones Judiciales** se difunden los comentarios del doctor Arturo Luis Torres Rivero sobre sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Accidental, de fecha 1º de agosto de 1991, e integrada por los Magistrados René Plaz Bruzual, quien la presidió, Aníbal Rueda, Carlos Trejo Padilla, Alberto Baumeister T. (Ponente) y Jesús Petit Da Costa.

Esta decisión declaró "SIN LUGAR los recursos de nulidad y el de Casación, interpuestos por la ciudadana Gladys Castillo de Lusinchi (...) contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 21 de febrero de 1990, conociendo como Tribunal de Reenvío, por la cual se declaran inadmisibles, por extemporáneas, las apelaciones interpuestas los días 14, 26 y 29 de abril de 1988, e inadmisibles las ratificaciones de dichas apelaciones".

A fin de facilitar la lectura de los comentarios del profesor Torres Rivero, se divulgan, asimismo, la sentencia y los votos salvados de los Magistrados René Plaz Bruzual y Jesús Petit Da Costa.

4.- La Coordinación de la Revista agradece la colaboración recibida en la publicación de este número, espera que el material presentado sea del interés de los lectores y aprovecha la oportunidad para expresar la condolencia de la Universidad -y la suya propia- a los familiares de quien fuera Profesor en la Universidad Central de Venezuela, Doctor Orlando Tovar Tamayo. El fallecido ejerció brevemente la docencia en esta Casa de Estudios (Historia de las Ideas Políticas, en la Escuela de Ciencias Sociales) y organizó el Primer Simposium de Régimen Municipal.

Caracas, 4 de diciembre de 1991

Fernando Parra Aranguren

Doctrina

La fianza en el objeto social de las compañías de seguros

Luis Avila M.

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello,
Caracas, 1992

1) ANTECEDENTES

Partiendo de dos (2) premisas básicas, una de ellas el conocimiento de la definición del contrato de fianza, que según JOSE LUIS AGUILAR GORRONDONA en su libro CONTRATOS Y GARANTIAS establece: "*La fianza es el contrato por el cual, una persona llamada fiador se obliga frente al acreedor de otra a cumplir la obligación de ésta si el deudor no la cumple*" y del hecho cierto, pero muy discutido en la doctrina, de que la fianza no es seguro y ni siquiera es objeto de seguro, sino simplemente es fianza, para lo cual me permito refrescar las diferencias más relevantes existentes entre ambos contratos:

1) El número de personas que intervienen en la fianza siempre son tres (3): el acreedor, el deudor y el fiador; en el seguro son generalmente dos (2): el asegurado y el asegurador.

2) El seguro es un contrato principal y la fianza es accesorio.

3) El seguro es mercantil y la fianza puede no serlo.

4) El asegurador asume una obligación propia, el fiador no.

5) El seguro debe ser otorgado por persona jurídica, la fianza no siempre.

6) El seguro requiere la voluntad de las partes, la fianza no siempre.

7) El seguro es solemne, la fianza no siempre.

8) El seguro en la mayoría de los casos no genera subrogaciones, la fianza siempre.

9) El seguro es bilateral, la fianza unilateral.

10) El seguro es oneroso, la fianza puede no serlo.

11) El seguro tiene carácter aleatorio, en la fianza la responsabilidad proviene de actos volitivos.

12) La fianza goza de beneficios de excusión y división, el seguro no.

Desde este punto de partida, resulta de interés preguntarse cómo las empresas de seguros llegan a otorgar fianzas, resultando ser ésta una actividad tan alejada y distinta de su objeto principal que es ASEGURAR.

Para poder entender este planteamiento necesitamos hacer un análisis detallado de la evolución legislativa del seguro en Venezuela.

La Ley de Inspección y Vigilancia del año 1936, parcialmente modificada en el 38, nada prevefa sobre fianzas, ni sobre el otorgamiento de avales; la razón fundamental de no estar reguladas estas actividades proviene del hecho de que las empresas de seguros hasta entonces y mucho después no les fueron requeridas ni fianzas, ni avales.

Igualmente el objeto social de la mayoría de las compañías, hasta mediados de los años 60, establecían en forma taxativa las actividades que podían realizar y salvo excepciones, la mayoría no prevefa la posibilidad de otorgar ni fianzas ni avales.

Sería ya en la década del 50, con la dictadura y la política de ejecución de obras a través de la contratación, que a las empresas de seguros les serían solicitadas fianzas, principalmente de cumplimiento y anticipo; algún tiempo después vendrían los avales, en principio sin ningún tipo de reafianzamiento y posteriormente algunas empresas, sí contarían con el respaldo del reafianzamiento adecuado. Con la caída de la dictadura y la delicada situación del país para la época, comienzan las inejecuciones de obras, los requerimientos de cumplimiento de pago de las obligaciones cambiarias la cual habían sido

avaladas, lo que generó para las compañías de seguros reclamaciones por el orden de Bs. 580.000.000,00.

Ante las ejecuciones de fianzas en la mayoría de los casos se pudo alegar el "NON ADINPLETI CONTRACTUS" no te cumplo porque no me cumpliste. Por el contrario, en el caso de los avales, vencidas las obligaciones cambiarias respectivas había que cumplirlas.

Las reclamaciones tanto de fianzas como de avales generó una discusión doctrinaria sobre la validez con que fueron otorgadas éstas; y al respecto el insigne jurista HERNAN GIMENEZ ANZOLA sostuvo: "*El objeto del contrato de sociedad, como el de todo otro contrato, debe ser, entre otras cosas, determinado o determinable. No se concibe lo contrario, pues la sociedad como todo acto humano normal, supone un fin específico. Por otra parte, según el Código de Comercio, artículo 243, los administradores de la compañía, como mandatarios al fin 'no pueden hacer otras operaciones que las expresamente establecidas en el estatuto social' y de acuerdo con el artículo 213, ordinal 2 del Código de Comercio, los estatutos de la sociedad anónima deberán expresar 'la especie de los negocios a que se dedican'* "

De aquí que GIMENEZ ANZOLA sostuviese que todos los avales y la mayoría de las fianzas no obligaban a las empresas aseguradoras por no estar en el objeto de la compañía, y de allí que los administradores hayan actuado en exceso de su mandato.

Tesis esta muy interesante y que entonces dio mucho que pensar y hablar; prevaleciendo un concepto más amplio al pensarse que si la ley no lo regulaba igualmente no lo prohibía, sumado a una interpretación extensiva acogida por la mayoría de la doctrina, sobre el artículo 243 del Código de Comercio previendo la extensión de las actividades de la empresa a cualquier acto de lícito comercio.

Por su parte los reafianzadores constituidos en su mayoría por empresas de reaseguro y especialistas en reafianzamiento, llegaron a plantear la negativa de pago de los avales basados en el hecho de que sus contratos de reaseguro establecían el respaldo a las garantías otorgadas, queriendo ellos incluir las fianzas y excluir los avales; obviamente sus argumentos no progresaron por el simple hecho de que tanto aval como fianza son garantías.

Resueltas estas controversias, y superada la crisis que atravesó la industria del seguro, la cual quebró a unas 10 compañías de seguros, el legislador se vio en la obligación de regular correctamente las actividades que podían desarrollar las empresas de seguros. De allí la promulgación de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1965, ante la cual al legislador se le planteó el dilema de si siendo la fianza una actividad diferente al seguro debería ser manejada por las empresas de seguros; la respuesta fue afirmativa, por el hecho de que las empresas de seguros gozan de muy buen respaldo a través de reafianzamiento y de su propia estructura económica como administrativa, para la atención de las mismas, lo que dificultó en forma extrema al legislador, fue el otorgamiento de avales y fianzas para el pago de cantidades de dinero, mediante las llamadas garantías financieras; de igual forma actuaron los reafianzadores al excluir las garantías financieras de los contratos de reafianzamiento.

Como se deduce de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1965 y posteriormente en la del 1975 se repite, dentro de las garantías financieras encontramos ciertos tipos de fianzas y avales cuando ambos van dirigidos a garantizar el cumplimiento de obligaciones de pagar cantidades de dinero a plazo fijo, existiendo entre la fianza y el aval múltiples diferencias en cuanto a su constitución, documentación, ejecución, etc., que los hacen tan disímiles y distantes.

De aquí que pensemos que agrupar fianzas y avales, supone crear confusión en cuanto a sus muchas diferencias, además de que se pretende crear una escala intermedia dentro de las garantías personales, escala esta no prevista en la legislación y por demás inconveniente.

Posteriormente en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1975, modificación de la Ley del 65, se regula nuevamente el otorgamiento de fianzas, enumerándose taxativamente el tipo de fianzas que se pueden otorgar; estableciéndose que las fianzas diferentes a las allí enumeradas serían reguladas por el reglamento, el cual nunca se ha dictado, regulando a esta Ley de 1975 un reglamento del 1969.

Se estableció igualmente que las fianzas deben ser aprobadas en su texto por la Superintendencia de Seguros; estableciéndose duración, monto máximo, caducidad, subrogación y notificación a la compañía del incumplimiento.

En la actualidad gracias a las disposiciones legales y a la experiencia acumulada por las empresas de seguros, el negocio de fianzas es transparente y altamente rentable.

2) EL REAFIANZAMIENTO

Una de las razones que permite a las compañías de seguros competir en materia de fianzas con los Bancos Comerciales y hasta con empresas particulares dedicadas a la actividad, es el reafianzamiento, el cual en nuestra opinión es *"Un contrato celebrado entre dos sujetos, uno llamado cedente afianzador y el otro reafinzador, por medio del cual el afianzador cede al reafianzador y éste acepta, una parte del riesgo de las fianzas que emite, de acuerdo a los términos y condiciones fijadas en el mismo contrato".*

Como se desprende de la definición dada, las partes que intervienen en el contrato de reafianzamiento son: la compañía afianzadora o cedente, la cual emite los contratos de fianza en primera instancia y es quien cede al reafianzador el negocio realizado o por realizar. La otra parte interviniente es el reafianzador, que es la empresa que acepta los riesgos de fianza que le son concedidos por el afianzador.

Las principales modalidades de reafianzamiento han sido tomadas del reaseguro y así vemos que las más utilizadas son los contratos de cuotaparte, excedente y facultativo.

El reafianzamiento es un contrato "**sui-generis**", ya que dentro de su naturaleza jurídica encontramos peculiaridades muy especiales y semejanzas muy particulares con muchos contratos.

El reafianzamiento en Venezuela se maneja bajo el prisma del reaseguro, por lo que se negocian bajo los mismos parámetros y los contratos son semejantes a los de reaseguro de ramos generales.

Tomando como premisa las diferencias existentes entre la fianza y el seguro, tratadas en el punto anterior, entendemos que para el negocio de fianza no se puede hablar de reaseguro, sino de reafianzamiento, aun cuando entendemos

y aceptamos que el reafianzamiento tiene su origen y toma sus formas del reaseguro. Pero al respecto cabe considerar ciertos aspectos:

1) Gramaticalmente hablando, el concepto de reaseguro es aplicable a los negocios de seguro, y el de reafianzamiento a las actividades de fianzas.

2) Por su alta capacidad financiera y la flexibilidad existente en sus legislaciones locales, las grandes reaseguradoras internacionales también realizan operaciones de reafianzamiento, dándoles un tratamiento especial.

También existen compañías dedicadas exclusivamente al reafianzamiento, como por ejemplo, la Nationale Borg-Maatschappij, de Amsterdam, Holanda.

3) Los contratos de reafianzamiento se manejan de acuerdo a las legislaciones de los cedentes. De aquí que en Venezuela, donde no existe legislación especial sobre afianzamiento y reafianzamiento, y donde las compañías de seguros son las afianzadoras por excelencia, encontramos que los convenios de reafianzamiento, forman parte de los contratos de reaseguro de ramos generales que firman los cedentes y las reaseguradoras, salvo los casos en que en el contrato exista una parte dedicada exclusivamente al afianzamiento o al reafianzamiento.

Ahora bien, en países donde la actividad de afianzar está debidamente regulada, y en los cuales las aseguradoras no pueden intervenir en el negocio de fianzas, las compañías afianzadoras colocan los negocios con empresas dedicadas al reafianzamiento, entre las cuales se encuentran las grandes empresas de reaseguro, pero actuando como reafianzadoras; este hecho ocurre en México, Guatemala y en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

4) Además de todas las diferencias existentes entre el contrato de fianza y el de seguro, que le son aplicables en su mayoría al reafianzamiento y al reaseguro, merece especial mención el hecho de que la fianza depende exclusivamente de la voluntad del deudor, mientras que el seguro está sujeto a la ocurrencia de eventos fortuitos y futuros, y a la circunstancia de que las fianzas son riesgos catastróficos con una gran dependencia de los riesgos políticos y económicos. Todo esto hace que el reafianzamiento se maneje en

forma totalmente diferente al reaseguro, lo cual crea aún más brecha entre estas dos figuras.

3) TIPOS DE FIANZAS QUE OTORGAN LAS COMPAÑIAS DE SEGUROS

De conformidad con la vigente Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y con la Superintendencia de Seguros, las empresas de seguros trabajan fundamentalmente con los siguientes tipos de fianzas:

3.1. *Fianzas derivadas de contratos de obra*

El objeto de esta clasificación es tratar en bloque todas las fianzas que tienen su origen en un contrato de obra, es decir, que la obligación principal a quien la fianza debe su nacimiento y de la cual dependen, es el contrato de obra.

3.1.1 Licitación

Como es por todos conocido, el gran contratador en Venezuela es el Estado a través de los Ministerios, los Institutos Autónomos, las empresas del Estado y cualesquiera otros entes de la Administración Pública Nacional.

El Estado se rige para contratar por las condiciones generales de contratación para la ejecución de obras, dictadas por el Presidente Carlos Andrés Pérez, mediante decreto Nº 2.180, de fecha 28 de Septiembre de 1977, también por la Ley de Licitaciones del 10 de Agosto de 1990, y por las normas que sobre la materia dicta la Contraloría General de la República. Es obligación del Estado venezolano, cuando desea le sea ejecutada una obra de interés nacional, abrir al efecto una licitación que es el procedimiento a través del cual se seleccionan varias personas naturales o jurídicas, para que en caso de estar interesadas en la realización de esa obra, presenten sus ofertas en un plazo determinado y en sobre cerrado; posteriormente se estudian todas las ofertas y se elige la más conveniente, utilizando para ello, criterios de economía y conveniencia técnica.

Con el objeto de garantizar que el contrato será firmado por el oferente que ganó la licitación en los mismos términos y condiciones que ofreció, el ente

contratante solicita a todos los interesados en el contrato, que presenten con la oferta una Fianza de Licitación, mediante la cual el fiador garantiza que el afianzado-oferente firmará con el acreedor el contrato objeto de la licitación. En el caso de que el afianzado en forma injustificada no firme el contrato, el fiador deberá pagar al acreedor la suma afianzada como cláusula penal, por todos los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento injustificado del afianzado.

La indemnización por daños y perjuicios que procede a través de la Fianza de Licitación, tiene su razón además del tiempo perdido, en los gastos en que debe incurrir el acreedor por no haberse podido firmar el contrato, ya que nuevamente se debe llamar a licitar.

La Fianza de Licitación se ha vuelto muy común hoy en día, por lo que se ha extendido a todo tipo de contratos, bien sea de obras públicas o privadas o de suministros de todas clases. Así vemos que la Fianza de Licitación para garantizar la firma de un contrato de suministro, consiste fundamentalmente en que el oferente firmará el contrato en las mismas condiciones de precio y plazo de entrega que prometió en su oferta.

Uno de los riesgos para el fiador en la fianza de licitación consiste en que el monto de la fianza solicitada no guarde proporción con el monto del contrato. Obviamente cuando la compañía de seguros efectúa su análisis para el otorgamiento de la Fianza de Licitación, considera la posibilidad de otorgar las Fianzas de Fiel Cumplimiento y Anticipo en caso de que el solicitante se gane la licitación. Ahora bien, cuando no existe proporción en el monto de la licitación, puede ser que el afianzado se gane la licitación y solicite de la empresa afianzadora las Fianzas de Fiel Cumplimiento y Anticipo, no teniendo capacidad financiera para que le sean otorgadas esas nuevas fianzas, pero de no otorgársele esas fianzas no podrá firmar el contrato y, por lo tanto, la Fianza de Licitación se hace exigible; no cabe duda que se trata de una situación difícil para el fiador.

Lo más conveniente, a nuestro modo de ver, es requerirle al solicitante de la Fianza de Licitación la mayor información posible sobre el contrato que pretende ganarse, para de allí deducir el monto máximo que le será solicitado en fianzas al momento de ganar el contrato.

Algunas compañías que se han visto en situaciones tan difíciles como ésa, han optado por pagar el monto de la licitación y otras han otorgado las Fianzas de Anticipo y Cumplimiento, con el manejo del anticipo por parte de ellas y con la supervisión de la obra a través de personal capacitado.

La nueva Ley de Licitaciones del 10 de Agosto de 1990, nace como instrumento indispensable, para la reglamentación de los procesos de licitación en el país y entre sus artículos establece el sistema nacional de registro de contratistas a través de la Oficina Central de Información y quedan claramente definidos los siguientes puntos:

1) Se crea la comisión de licitación.

2) Se definen los tipos de licitaciones generales y las selectivas que pueden existir.

3) Se regula la presentación de fianzas de licitaciones, cauciones o garantías.

4) Se crea la adjudicación directa, la cual puede resultar altamente riesgosa por no prever controles suficientes.

En la actualidad algunos acreedores están solicitando Fianzas de Licitación a primer requerimiento, específicamente fueron solicitadas para el proceso de compra del Banco Italo Venezolano; ya en el pasado y en diversas ocasiones, ha ocurrido que solicitasen ese tipo de condiciones en las fianzas.

Se han presentado exigencias de esta naturaleza tanto para Fianzas de Licitación como de Cumplimiento y Anticipo, pero tal solicitud además de ser inconveniente desde el punto de vista económico, resulta improcedente legalmente, ya que el Artículo 1.804 del Código Civil, el cual establece que "*Quien se constituye fiador de una obligación queda obligado para con el acreedor a cumplirla si el deudor no la cumple*" (destacado nuestro). Lo que significa que el incumplimiento del deudor debe ser demostrado, pues resulta la única forma de conocer si el deudor cumplió o no su obligación. En las fianzas a primer requerimiento el fiador debe pagar el monto de la fianza cuando el acreedor así se lo exige por presunto incumplimiento del deudor, presunto, pues no se ha demostrado que sea cierto, de allí que no se esté dando cabal cumplimiento al artículo 1.804 del Código Civil.

3.1.2 Cumplimiento

La Fianza de Fiel Cumplimiento garantiza el fiel, cabal y oportuno cumplimiento por parte del afianzado de todas y cada una de las obligaciones que resulten a su cargo y a favor del acreedor, según el contrato entre ellos suscrito.

En la Fianza de Fiel Cumplimiento el fiador debe pagar el monto máximo afianzado por concepto de daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento del deudor. Sobre este particular existen dos interpretaciones, la primera de ellas sustenta que el monto de la indemnización que procede se va reduciendo a medida que la obra se va ejecutando, por lo tanto, si el incumplimiento se produce cuando la obra está ejecutada en un 90%, la indemnización procedente será del 10% del monto de la fianza. La otra corriente sostiene que se trata de una indemnización fija e invariable por concepto de daños y perjuicios derivados del no cumplimiento de la obligación principal, sin detenerse a considerar en qué estado de ejecución se encuentra la obra.

Nosotros nos adherimos a la primera tesis por considerarla más lógica, ya que si el fiador ejecutó su obra en un porcentaje, su responsabilidad será por el saldo, lo que de igual forma reduce el monto de la indemnización prevista en la fianza.

En la actualidad existen dos (2) nuevos tipos de Fianzas de Cumplimiento que merecen especial atención; una de ellas destinada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Megaproyectos, a consecuencia de la reconversión de deuda externa pública, de conformidad con el Decreto 1.498 el cual modifica los artículos 5° y 6° del Decreto N° 1.260 del 15 de noviembre de 1990.

El citado decreto establece que los interesados deberán presentar antes de suscribir el correspondiente contrato de cesión con el Banco Central de Venezuela, fianza constituida por la empresa receptora, emitida en dólares de los Estados Unidos de América, por una o más instituciones financieras o compañías de seguros nacionales o extranjeras, a favor del Banco Central de Venezuela, en los términos y condiciones que éste determine, por un monto equivalente al 5% de la inversión total del proyecto.

Dicha fianza tendrá por finalidad garantizar que la empresa receptora invertirá en Venezuela correctamente los fondos provenientes de la conversión en aquellos rubros y propósitos previstos en el plan de inversión y relacionados con el financiamiento del componente nacional. Esta fianza permanecerá en vigencia hasta tanto la empresa receptora demuestre que ha invertido en Venezuela correctamente el total de los fondos producto de la conversión.

El Banco Central de Venezuela podrá acordar semestralmente reducciones parciales del monto de la fianza en la medida en que la empresa receptora compruebe que ha invertido correctamente los recursos provenientes de la conversión. A estos efectos el fiduciario previsto en el artículo 6° del presente Decreto deberá emitir el correspondiente certificado. La fianza podrá ser sustituida por alguna otra garantía que la empresa receptora haga constituir sobre depósitos en efectivo de monedas libremente convertibles en Banco de primera clase, mediante retenciones apropiadas a las sumas que el Banco Central de Venezuela debe entregar a la empresa receptora para su inversión en el proyecto correspondiente. Estas garantías alternativas deberán ser establecidas en términos y condiciones satisfactorios para el Banco Central de Venezuela.

El artículo 6° del Decreto 1.260 fue modificado sólo en el término interesado, el cual fue sustituido por Empresa Receptora; así el artículo 6° establece: "El Banco Central de Venezuela no transferirá a la Empresa Receptora los bolívares producto de la conversión, hasta tanto esta última no constituya con una institución financiera o Compañía de Seguros en el país, un fideicomiso para la administración de tales recursos, de conformidad con los términos y condiciones que a tal efecto determine el Banco Central de Venezuela".

En la práctica funciona de la siguiente manera:

La fianza tiene el siguiente origen: un particular extranjero o nacional se interesa por un proyecto de los seleccionados por el Estado como Megaproyectos, susceptible de reconversión de deuda externa, entre los cuales encontramos la industria petroquímica, la hotelera, el aluminio y el acero, etc., y compra deuda externa venezolana al precio, en descuento, que reflejan las cotizaciones de la Bolsa de Nueva York, decide el Megaproyecto en concreto y el Estado venezolano reconoce la deuda externa al 100%, más

intereses de aproximadamente 14% anual, y se compromete a entregar el dinero durante la ejecución del proyecto, contra valuaciones que indique el avance del Megaproyecto; por su parte el inversionista invierte una suma importante de dinero y se compromete a utilizar el dinero de la reconversión, en el proyecto seleccionado y a cumplir con la obligación de respetar el componente nacional que se le haya asignado al proyecto. Ambas obligaciones deben ser garantizadas por el inversor con una Fianza de Fiel Cumplimiento otorgada por compañía de seguro o banco comercial.

El ejemplo más reciente lo tenemos con el proyecto de aluminio conocido como Aluven.

La segunda Fianza de Cumplimiento garantiza las exportaciones que efectúen productores nacionales hacia otros países. La fianza garantiza que las exportaciones reúnen los requisitos ofrecidos y que se cumplirán los plazos de entregas acordados.

3.1.3 Anticipo

Mediante la Fianza de Anticipo se garantiza el reintegro del anticipo de dinero que otorga el acreedor al deudor a fin de que éste disponga de capital para comenzar el trabajo que le ha sido encomendado.

El deudor regularmente se compromete a reintegrar el anticipo que le es concedido, por medio de una retención que le hace el acreedor en cada valuación de obra ejecutada que le pagan. De aquí que la Fianza de Anticipo comience a regir a partir de la fecha en que el fiador reciba el aludido anticipo y permanecerá en vigencia hasta cuando se haya efectuado su total reintegro, mediante las deducciones del porcentaje de amortización establecido en el contrato.

El monto de la Fianza de Anticipo, como lo establecen las condiciones generales de la propia fianza, se reducirá progresivamente en la misma medida en que se vaya amortizando el anticipo según el régimen de amortización pautado entre las partes del contrato.

Evidentemente el fiador sólo responde cuando el anticipo no es amortizado por causas imputables al deudor.

3.1.4 Debida ejecución

La aceptación provisional de una obra se verifica cuando ésta se encuentra concluida totalmente y a satisfacción, a juicio del inspector y del ente contratante.

Otorgada la recepción provisional comienza a correr un lapso de garantía para comprobar si la obra no presenta desperfectos y sus instalaciones, equipos y servicios funcionan correctamente. Este período suele ser de 180 días a un año y después de vencido este plazo, si no se verificó ningún desperfecto imputable al contratista, el contratante concede la recepción definitiva de la obra, pero esto no libera definitivamente al contratista ni al arquitecto de la obra, pues de conformidad con el artículo 1.637 del Código Civil, si la construcción se arruinare en todo o en parte, o presentare evidente peligro de ruina por defecto de construcción o por vicio del suelo, ellos serán los responsables durante diez años a contar de su construcción.

El lapso de garantía de un año suele ser respaldado por una retención de pago que efectúa el acreedor con el objeto de resarcirse en caso de desperfecto imputable al deudor. Pero adicionalmente existe una fianza que garantiza al acreedor la debida ejecución de la obra, cuya vigencia va desde el otorgamiento de la recepción provisional hasta el otorgamiento de la recepción definitiva.

Muchos acreedores han pretendido les sean concedidas fianzas por diez años para garantizar la responsabilidad decenal del constructor y del arquitecto, situación esta inaceptable por el hecho de que en un plazo tan largo pueden ocurrir demasiadas cosas que cambien totalmente las circunstancias del riesgo que se está afianzando.

3.1.5 Buena calidad

La Fianza de Buena Calidad de Materiales garantiza, durante el período de garantía existente, entre la recepción provisional de la obra y la recepción definitiva de la misma, que los materiales empleados en la obra fueron de la misma calidad y condiciones ofrecidos por el contratista, y establecidos en el contrato.

Este tipo de fianza al igual que la debida ejecución, prevé que el fiador indemnizará como límite máximo la suma afianzada, por concepto de daños y perjuicios que le cause el incumplimiento por parte del afianzado, al no haber utilizado éste los materiales de la calidad prevista, lo cual generó un desperfecto.

De la misma forma, la indemnización será procedente en proporción a los daños causados; si los daños son por el 100% del trabajo, se indemnizará el 100% de la fianza; si los daños son menores, la indemnización será menor.

La Fianza de Buena Calidad de Materiales, también tiene su origen en la responsabilidad decenal del constructor y del arquitecto, ya que el uso de materiales inadecuados en una construcción, pueden producir el deterioro o destrucción de ésta, pero cabe aclarar que estas fianzas tienen también asidero en los contratos de suministro que concluyen generalmente con la entrega de los equipos y materiales objeto del contrato. Con el fin de garantizar la calidad de los materiales suministrados, se constituye la fianza de referencia.

3.2. *Laborales. Obligaciones derivadas de la Ley del Trabajo*

El artículo 54 de la novísima Ley del Trabajo establece que: "*Intermediario es toda persona que contrate los servicios de otra u otras para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrono quien quedará obligado por la gestión de aquél, siempre que le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada*". Este artículo modificó y cumplió los conceptos establecidos en el artículo 3° de la derogada Ley del Trabajo.

La Fianza de Ley del Trabajo garantiza el cumplimiento de las obligaciones pagaderas en dinero, incluyendo las costas judiciales, que el acreedor se vea legalmente obligado a satisfacer, como resultado de la responsabilidad solidaria que establece el citado artículo 54 de la Ley del Trabajo, derivadas de un contrato suscrito entre el afianzado y el acreedor. Esta fianza comenzará a regir a partir del otorgamiento del aludido contrato y permanecerá vigente hasta que las mencionadas obligaciones sean cumplidas o hasta la conclusión del correspondiente período de prescripción de dichas obligaciones.

"No serán considerados como intermediarios sino como patronos, las personas naturales o jurídicas que mediante contratos se encarguen del trabajo

que ejecuten con sus propios elementos; y en este caso, quienes utilicen los servicios de estas personas naturales o jurídicas, se harán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ley, siempre que la obra contratada sea inherente o conexa con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio".

Las dificultades en este tipo de fianza se presentan al procurar definir la suma afianzada, pues se trata de un elemento muy variable, ya que dependerá del número de empleados, de los años que lleven los empleados trabajando para la misma persona natural o jurídica y de las ventajas que establezcan los contratos colectivos de las industrias sometidas al amparo del artículo 54 de la Ley del Trabajo. Esta dificultad ha traído como consecuencia que a la hora de la ocurrencia de los siniestros, los montos reclamados sean altísimos y los montos afianzados sean por mucha menor cuantía.

En la actualidad se están solicitando fianzas paraguas a favor de las petroleras. Se trata de fianzas a primer requerimiento, para garantizar la obligaciones laborales derivadas de la Ley del Trabajo y el contrato colectivo de las petroleras, durante las obras que hubiese ejecutado, estuviese ejecutando y tenga que ejecutar el contratista para la petrolera. Este tipo de fianzas por sus características y condición de primer requerimiento es de imposible otorgamiento, tal y como lo tratamos al hablar de las Fianzas de Fiel Cumplimiento.

3.3. *Judicial*

La Fianza Judicial garantiza las resultas de un juicio y aunque es impuesta por la Ley, presupone que el Juez aprecie previamente su constitución.

Los principales tipos de Fianza Judicial son la caución **indicatum solui**, exigida al representante sin poder, las previstas en materia de medidas preventivas, de tercería y de ejecución de sentencia, las solicitadas en la vía ejecutiva y en el procedimiento de ejecución de hipoteca, la exigida en el procedimiento de oposición a la partición o a pagos, la que debe presentarse en materia interdictal y también en los juicios breves y de cuentas, y por último, la exigida para la invalidación de juicios.

Las Fianzas Judiciales más comunes son las solicitadas para el decreto o levantamiento de medidas, bien sea embargo de bienes, secuestro de bienes determinados o prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

De conformidad con las condiciones generales de las Fianzas Judiciales, el acreedor, podrá cobrar la indemnización fijada por el tribunal de la causa, pero el fiador sólo pagará hasta el monto aceptado previamente por él. Cualquiera otra suma o monto que pretenda cobrar el acreedor, que no fuere expresamente estipulada en la fianza, el garante quedará exento de pagarlo.

3.4. *Fiscal*

Con la nueva Ley de Impuesto sobre la Renta de fecha 1º de Septiembre de 1991, se eliminó la exigencia de garantizar a través de fianza, el pago del impuesto derivado del enriquecimiento neto producto de la venta de inmuebles, pero resulta de interés, por el papel protagónico que jugó, explicar su contenido.

La Fianza Fiscal respondería ante el Fisco Nacional, por órgano de la Administración General de Impuesto sobre la Renta, de las obligaciones impositivas determinadas por la Administración de Hacienda, como resultado de la liquidación definitiva del ejercicio o ejercicios en los cuales se cause la parte proporcional del impuesto que corresponda a los enriquecimientos obtenidos por el afianzado, en virtud de la enajenación de un inmueble de su propiedad, generados a través de la planilla D-203.

El plazo de duración de esta fianza era por el período de un (1) año contado a partir de la fecha de su emisión, y podía ser prorrogada por períodos de igual duración hasta que transcurra un (1) año después de la fecha de exigibilidad de los últimos impuestos originados de la venta del inmueble propiedad del afianzado.

La indemnización prevista en esta fianza procederá cuando llegada la oportunidad de pagar los impuestos, éstos no se paguen.

En la actualidad se han presentado problemas con las liberaciones de fianzas, pues éstas no han sido otorgadas por el Fisco con la celeridad requerida.

3.5. *Cotizaciones IVSS*

La Fianza de Cotización tiene su origen en el Seguro Social Obligatorio. El Seguro Social, como su Ley lo establece, otorgará a los trabajadores:

prestaciones de asistencia médica integral, prestaciones en dinero para los casos de incapacidad temporal, parcial o invalidez, pensión por vejez, prestaciones en dinero en caso de sobreviviente, nupcias y maternidad.

De conformidad con el artículo 3° de la Ley del Seguro Social, están sujetos al Seguro Social Obligatorio las personas que presten sus servicios en virtud de un contrato o relación de trabajo cualquiera que sea el monto de su salario y tiempo de duración, con excepción de los trabajadores a domicilio, cuyas condiciones de trabajo no pueden asimilarse a las de los trabajadores ordinarios, los trabajadores temporeros y quienes ejecuten trabajos ocasionales extraños a la empresa o actividad del patrono.

4) EXPECTATIVAS DEL AFIANZAMIENTO

Si hacemos un análisis retrospectivo del afianzamiento en Venezuela en los últimos 10 años, observamos que la participación de los negocios de fianzas en la actividad aseguradora ha venido decreciendo en forma acelerada y constante, de allí que encontremos que para 1980 las primas recaudadas por concepto de fianzas alcanzaron al 10% del total de las primas cobradas en la industria; mientras que para 1990, la participación de las fianzas en las primas cobradas sólo alcanza al 2% de las primas totales. Igualmente es de hacer notar que el crecimiento del ramo de fianzas en esa década no alcanzó los niveles inflacionarios; todo lo cual demuestra la pérdida gradual de importancia que ha sufrido el negocio, con un desmejoramiento de las garantías que respaldan las fianzas y una disminución importante en el costo porcentual de cada fianza.

Aun cuando los antecedentes no resulten halagadores, el futuro del afianzamiento lo debemos ver con gran optimismo, basado en los siguientes aspectos:

1) Reactivación de sectores de la economía que requieren del afianzamiento como garantía de las actividades por ellas realizadas.

2) Creación de nuevas fianzas para actividades en pleno desarrollo en Venezuela; tales como publicidad, agencias de viajes, transporte, explotaciones mineras, producción agrícola y pecuaria, actividades financieras, etc.

3) Otorgamiento de fianzas para actividades a ser desarrolladas en el país, entre las que encontramos:

a) Fianzas Maquiladoras

Garantizando la fianza a la industria, el retorno al extranjero de los productos terminados importados como materias primas, temporalmente, para ser ensamblados en el país, a través de las fábricas maquiladoras, dentro del lapso fijado en los permisos de importación respectivos, o en su defecto el pago de los impuestos correspondientes, sin olvidar que la extemporaneidad en el retorno implica la imposición de una multa.

b) Fianzas para los Almacenes in Bond

Son almacenes dedicados al depósito de bienes terminados, a ser distribuidos en otros países de Latinoamérica o el Caribe, no entrando los bienes en Venezuela; la fianza garantiza que efectivamente los bienes no van a entrar al mercado venezolano, de hacerlo al almacenador le será impuesta una multa.

4) La privatización y la apertura de la inversión extranjera, estimulará diversas actividades de la economía venezolana que requerirán de fianzas.

Ahora bien, en cuanto al efecto que sobre el afianzamiento va a tener la apertura de la inversión extranjera y la modificación en la regulación y control de las compañías de seguros, observamos que sus comienzos, la poca preparación de las empresas para enfrentar estos procesos, el ingreso de competidores extranjeros a un menor costo y con mayor experiencia, representará grandes dificultades para el sector, pero a mediano plazo las empresas de más alto nivel, convertirán estas debilidades en fortalezas y saldrán robustecidas, lo que en consecuencia beneficiará al afianzamiento.

Comentarios a la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991

Vicente Carrillo-Batalla Lucas
Profesor de Derecho Financiero
Universidad Católica Andrés Bello

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello,
Caracas, 1992

En fecha reciente el Congreso de la República decretó la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta.*

En términos generales, puede decirse que la Ley reformada pretende adaptarse en varios aspectos de importancia, a las más modernas tendencias de la tributación sobre la Renta, al haber eliminado ciertas disposiciones que operaban en contradicción con principios básicos de la imposición (Ej. Doble imposición derivada del impuesto sobre dividendos; progresividad en materia de Impuesto Corporativo; etc.)

De igual manera el nuevo orden jurídico introduce un modelo de ajuste por inflación, respondiendo así a la necesidad de reducir, cuanto más sea posible, las distorsiones provocadas por este fenómeno. Este ajuste por inflación en realidad puede generar incremento o disminución de los enriquecimientos netos.

Aun cuando debe admitirse que la Reforma adolece de fallas más o menos importantes, debe reconocerse que constituye un buen intento de sinceración y modernización de la estructura de este importante tributo.

Sin pretender elaborar un estudio exhaustivo de los aspectos más relevantes de este tributo y de la reforma recientemente aprobada, podríamos resumir nuestras apreciaciones acerca de algunas de las normas y mecanismos introducidos, de la siguiente manera:

---

* La ley que será objeto de nuestros comentarios, no es otra cosa, en puridad de conceptos, que una Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1978. Erróneamente suelen referirse a estas leyes de Reforma Parcial como "Ley de 1982"; "Ley de 1986"; "Ley de 1991".

I.- ENRIQUECIMIENTO GRAVABLE

El artículo 1° de la Nueva Ley de Reforma Parcial de 1991, consagra el gravamen causado sobre "*los enriquecimientos netos y disponibles, obtenidos en dinero o en especie, en razón de actividades económicas realizadas en Venezuela o de bienes situados en el país*", eliminando de este concepto a los enriquecimientos de fuente extranjera, cuya gravabilidad había sido introducida en la reforma de 1986.

Conforme al artículo 2°, el mecanismo de ajuste por inflación podría generar incremento o disminución de los enriquecimientos netos.

II.- CONTRIBUYENTES Y PERSONAS SOMETIDAS A LA LEY

La reforma introduce un tratamiento diferencial para aquellos enriquecimientos percibidos por contribuyentes que se dediquen a la explotación de hidrocarburos y de actividades conexas.

Estos contribuyentes distintos de las personas naturales y de sus asimilados, estarán sujetos al impuesto previsto en el literal b) del artículo 56 "tasa proporcional del sesenta y siete coma siete por ciento (67,7 %)" por todos los enriquecimientos obtenidos aunque provengan de actividades distintas a las de tales industrias.

Establece el aparte único del artículo 9° en comentarios, que "*se gravarán con el impuesto previsto en el artículo 55 (por la fracción comprendida entre 0,01 y Bs. 2.000.000,00 el 20%; por la fracción que exceda de 2.000.000,00 el 30%), los enriquecimientos provenientes de las nuevas actividades que, para la ejecución de proyectos en materia de explotación y refinación de crudos pesados y extrapesados, y de explotación y procesamiento de gas natural libre, se realicen bajo convenios de asociación celebrados conforme a la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, o mediante contratos de interés nacional previstos en la Constitución*".

Quiere decir esto que cuando las empresas operadoras de PDVSA actúen bajo régimen de asociación con el sector privado, deberán pagar una tarifa máxima del 30%; en tanto que para los ingresos percibidos en sus actividades ordinarias, se establece la tarifa de 67,7 %.

Sobre esta cuestión también debe observarse que la tarifa de 67,7% aplicable a los ingresos percibidos por las operadoras de PDVSA (a lo cual deberán sumarse las regalías), es exagerada. Al parecer ninguna empresa petrolera en el mundo debe soportar semejante carga impositiva.

Pero lo más delicado de todo esto es que el crecimiento y desarrollo de nuestra principal industria, dependerá de sus programas de inversión, y éstos se verán severamente afectados por tan elevados niveles de imposición sobre la renta.

La consecuencia será el progresivo endeudamiento de PDVSA, precisamente para proveer los recursos necesarios a sus programas de expansión. Dicho endeudamiento comporta un elevado costo financiero que adicionalmente deberá soportar nuestro sector petrolero.

Todos estos puntos han levantado una seria controversia que aparentemente culminará en una próxima reforma de la Ley, en principio prevista para el mes de octubre de 1991.

III.- EXENCIONES Y EXONERACIONES

Dispone el artículo 65 del Código Orgánico Tributario, que la "*exención es la dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, otorgada por Ley. Exoneración es la dispensa total o parcial de la obligación tributaria, concedida por el Ejecutivo Nacional en los casos autorizados por la Ley*".

La Ley de Reforma Parcial de 1986, establecía en sus artículos 13 y 14 una serie de exenciones y exoneraciones que por muchos años habían sido objeto de críticas por parte de profesionales y maestros de la ciencia tributaria.

En verdad el esquema previsto para los ingresos exonerables de impuestos, inducía a confusión y facilitaba la práctica de procedimientos de evasión fiscal. Las exoneraciones se acordaban en forma casuística sin que existiese un código o un clasificador que permitiese conocer a ciencia cierta su alcance y vigencia.

En este sentido la Comisión de Estudio y Reforma Fiscal había sugerido en 1983, la eliminación de las exoneraciones y su sustitución por un sistema de

incentivos a la inversión, a la producción y al aumento del empleo, trasladado al gasto público, "*mediante un diseño de estímulos directos a las áreas prioritarias a seleccionar, y conforme a principios, normas y pautas que se deben detallar explícitamente en el referido mecanismo*"[1].

La Ley de Reforma Parcial de 1991 elimina el concepto de "exoneración" y en su artículo 12 establece un grupo de "exenciones", cuyo contenido puede resumirse en estos términos:

1.- Entidades venezolanas de carácter público; el Banco Central de Venezuela y el Fondo de Inversiones de Venezuela;

2.- Agentes y funcionarios diplomáticos extranjeros acreditados en Venezuela, por las remuneraciones que reciban de sus gobiernos;

3.- Instituciones benéficas y de asistencia social; esta exención se condiciona a la circunstancia que sus enriquecimientos sean procurados como medio para lograr sus fines, que no distribuyan ganancias o beneficios a sus fundadores, asociados o miembros y que no realicen pagos a título de reparto de utilidades;

4.- Indemnizaciones recibidas por trabajadores: también se declaran exentos los productos de los fondos de retiro y de pensiones;

5.- Se acuerda la exención a los asegurados y sus beneficiarios, por las indemnizaciones provenientes de contratos de seguros;

6.- Pensionados o jubilados, por las pensiones que reciban por concepto de retiro, jubilación o invalidez;

7.- Los donatarios, herederos y legatarios;

8.- Se acuerda exención a los afiliados a las cajas, cooperativas de ahorro y se agregan los fondos o planes de retiro, jubilación o invalidez y los frutos o proventos derivados de tales fondos;

---

[1] Cerf. **La Reforma del Sistema Fiscal Venezolano.** Caracas, 1983, p. 27.

9.- Se acuerda exención a los productores del sector agropecuario o pesquero, cuando sus actividades sean conducidas a nivel primario;

10.- Se acuerda una nueva exención a las personas naturales en razón de intereses generados por depósitos de ahorro y depósitos a plazo fijo, así como por cédulas hipotecarias, certificados de ahorro, etc.;

11.- Se acuerda exención para las instituciones religiosas, universitarias, artísticas, científicas, tecnológicas, culturales, deportivas, y las asociaciones profesionales o gremiales, siempre que no persigan fines de lucro, por los enriquecimientos obtenidos como medios para lograr sus fines, que no distribuyan ganancias o beneficios de cualquier índole a sus fundadores, asociados o miembros de cualquier naturaleza y que sólo realicen pagos normales y necesarios para el desarrollo de las actividades que les son propias. Igualmente, las instituciones educacionales, por los enriquecimientos obtenidos cuando presten sus servicios dentro de las condiciones generales fijadas por el Ejecutivo Nacional;

12.- Por último se concede exención para las instituciones de ahorro y previsión social, fondos de ahorro, de pensiones y de retiro y para las sociedades cooperativas, por el enriquecimiento que obtengan en el ejercicio de las funciones que les son propias.

IV.- INGRESOS BRUTOS

El artículo 14 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, incluye en sus parágrafos nuevos conceptos que formarán parte del ingreso bruto global de los contribuyentes sometidos al régimen del Impuesto sobre la Renta.

El Parágrafo Segundo del artículo en comentarios, introduce una norma según la cual "*en los casos de liquidación de sociedades o de reducción del capital social formará parte del ingreso bruto de la sociedad de que se trate, el valor de mercado o el que se le dé a los bienes entregados a los socios en pago de las cuotas o acciones del capital social*".

La disposición en comentarios nos plantea un verdadero contrasentido, toda vez que para el caso concreto de liquidación de sociedades o de reducción de

su capital, antes que un incremento patrimonial se estaría experimentando una disminución del patrimonio social. En efecto, las acciones rescatadas por vía de "reducción de capital" o "liquidación", al quedar anuladas, carecerían de todo valor para la sociedad; se ha experimentado pues, una merma del patrimonio social, y sobre tal merma, el Parágrafo Segundo del artículo 14, establece un impuesto.

El Parágrafo Quinto del artículo 14 en comentarios, introduce un concepto según el cual *"se considera dividendo la cuota parte que corresponda a cada acción en las utilidades de las compañías anónimas y demás contribuyentes asimilados, después del cálculo del impuesto establecido en esta Ley".*

Cabe destacar lo expresado en el informe que presentó en 1991 la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de reforma de la Ley en comentarios. Conforme a dicho documento *"la Comisión acordó eliminar el impuesto a los dividendos que generen las actividades realizadas por las compañías anónimas y, a este efecto, para impedir dudosas interpretaciones, definió en el proyecto de Ley lo que se entiende por dividendo".*

El dividendo en nuestro concepto no es otra cosa que una alícuota de utilidad neta proporcional al capital suscrito por el respectivo accionista, determinada en el balance de cierre de cada ejercicio económico y que resulta de utilidades líquidas y enteradas en la caja social, después de haber sustraído el monto debido en concepto de Impuesto sobre la Renta.

V.- COSTOS Y RENTA BRUTA

El Parágrafo Primero del artículo 23 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 en comentarios, establece que *"para ser aceptadas como prueba de costo, en las facturas deberá aparecer el número de Registro de Información Fiscal del vendedor, salvo cuando se trate de compras realizadas por el contribuyente en el exterior en cuyo caso, deberá acompañarse de la factura correspondiente".*

Esta exigencia se introduce para fines de control, y en ella se toma en cuenta la posibilidad que el proveedor extranjero carezca de inscripción, en el Registro de Información Fiscal.

El Parágrafo Segundo del artículo en comentarios, al mantener el esquema tradicional para el cálculo del "costo", en los casos de enajenación de inmuebles, deja a salvo la normativa establecida en materia de ajuste por inflación, aplicándose la misma regla para el caso de liquidación de sociedades o reducción del capital social, cuando se cedan inmuebles.

Por último analizaremos en esta sección de nuestro trabajo, el contenido del Parágrafo Cuarto del artículo 23 en comentarios, según el cual *"cuando se enajenen acciones adquiridas a título de dividendo en acciones, emitidas por las propias empresas pagadoras, provenientes de utilidades líquidas y recaudadas, el costo atribuible será su valor nominal. Si la enajenación se refiere a acciones provenientes de revalorizaciones de bienes, no se les atribuirá costo alguno a tales acciones".*

En razón de la eliminación del gravamen que existía sobre los dividendos, la regulación relativa al costo atribuible a las acciones adquiridas a título de dividendo en acciones, varía radicalmente con respecto al régimen previsto en la Ley de Reforma Parcial de 1986.

La Ley de Reforma Parcial de 1991 aclara que el dividendo repartido en acciones debe provenir de utilidades líquidas y recaudadas, es decir, de utilidades efectivamente ingresadas en la caja social.

Para este caso en concreto, el costo será el valor nominal de esa acción, la cual fue adquirida, no mediante el pago de un precio pautado, sino como contravalor de un dividendo recibido de la misma empresa emisora de la acción.

En cuanto a las acciones provenientes de revalorización de bienes, el artículo en comentarios dispone que no se les atribuirá costo alguno, gravando así el monto revalorizado de los bienes al momento de realizar la enajenación de dichas acciones.

Esto destruye la bondad del mecanismo de Planificación Fiscal que solía recomendarse para los casos de enajenación de inmuebles, donde se utilizaba la figura de una compañía anónima, cuyas acciones se traspasaban en los libros al comprador final. En todo caso, el nuevo mecanismo de ajuste por inflación, pretende resolver el problema planteado para los enajenantes de inmuebles.

VI.- DEDUCCIONES Y ENRIQUECIMIENTO NETO

El numeral 3 del artículo 27 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, establece que será imputable por el contribuyente como elemento de costo del bien o servicio, el monto correspondiente a impuestos al consumo que hubiere pagado y que no sean trasladables ni reembolsables.

Los tributos para ser deducibles no sólo deben haberse causado, sino que es además esencial, para todos los casos, que hubieren sido efectivamente pagados, por así exigirlo expresamente la Ley. La oportunidad para deducir los tributos es aquella del ejercicio fiscal dentro del cual se hubieren pagado, sin importar que tales tributos se hubieren causado en ejercicios anteriores.

Este numeral 3 en comentarios, incorpora la novedad ya apuntada que los impuestos al consumo, considerados previamente como gastos generales que debían estar pagados, para ser deducibles ahora por mandato de la Ley se considerarán como factores del costo de los bienes o servicios vendidos. Al formar parte del costo, tales impuestos podrán rebajarse del ingreso bruto, aun cuando sólo estén causados y no pagados, pues si fueren elementos del gasto normal y necesario para la producción de la renta, deberían ser pagados dentro del ejercicio, a los fines de su deductibilidad.

VII.- RENTAS PRESUNTAS

En materia de rentas presuntas, el artículo 36 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, define lo que habrá de considerarse como actividad agrícola o pecuaria a nivel primario, equiparando estos ingresos a aquellos derivados de la actividad pesquera.

Los ingresos exentos serían aquellos que provengan de la explotación directa del suelo o de la cría y los que se deriven de la elaboración complementaria de los productos que obtenga el agricultor o el criador, realizada en el propio fundo, salvo la elaboración de alcoholes y bebidas alcohólicas.

En este sentido, cabe observar que aparentemente el legislador quiso excluir de manera expresa del beneficio acordado por el numeral 9 del artículo 12 de la Ley, a aquellas actividades complementarias que generen ingresos para el

agricultor o el criador, en un fundo distinto a aquel donde realiza su actividad productiva a nivel primario.

Si por ejemplo un criador sustrae sus productos del propio fundo y los traslada a un fundo distinto donde habrán de ser destinados a levante o engorde, actividad esta sin duda complementaria de la cría, no gozaría en esta última fase del beneficio en comentarios.

Creemos sin embargo que si el nuevo fundo al cual habrán de trasladarse los productos para la actividad complementaria, es propiedad del mismo contribuyente, debe interpretarse en tal caso que el beneficio también corresponde.

La Ley de Impuesto sobre la Renta de 1978, en su artículo 157 otorgaba una exención de impuesto a los enriquecimientos agrícolas, pecuarios y pesqueros, por un lapso de 10 años, vale decir, hasta el 1° de julio de 1988.

Vencido dicho lapso, el Ejecutivo Nacional, mediante Decreto N° 2.269 de fecha 29-06-88, acordó la exoneración del pago de Impuesto sobre la Renta a los enriquecimientos provenientes de actividades agrícolas, pecuarias, de pesca y de la explotación racional de bosques y selvas. Tal exoneración contaba con un lapso de vigencia de cinco años, cuya expiración se produciría el 1° de julio de 1993.

Como requisitos especiales se exigía a los contribuyentes que aspiraban gozar del beneficio, la presentación de una solicitud de registro de su unidad productora ante la Dirección de Control Fiscal de la Dirección General Sectorial de Rentas del Ministerio de Hacienda, pudiendo consignarse también en las administraciones regionales correspondientes, e igualmente, debían presentar la declaración de rentas exoneradas, en el formulario N° D-206-N para las personas naturales y en el formulario N° D-206-J para las personas jurídicas. Del mismo modo debían cumplir con las obligaciones relacionadas con esta exoneración contenidas en el Código Orgánico Tributario, la Ley de Impuesto sobre la Renta, sus disposiciones reglamentarias y las legislaciones que regulaban las actividades agropecuarias y pesqueras durante el ejercicio del cual se trate, extensiva la pérdida de esa exoneración a los dos ejercicios subsiguientes, conforme se señala en el artículo 3° del citado Decreto N° 2.269 de fecha 29-06-88, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico Tributario y con el Parágrafo Tercero del artículo 16 de la Ley.

En todos estos supuestos, la administración tributaria puede verificar la exactitud de las declaraciones (comprobación) de rentas exoneradas o gravables.

También cabe mencionar el contenido del artículo 48 de la Ley de Reforma Parcial de 1986, según el cual la administración podía efectuar la determinación de oficio sobre base cierta, o sobre base presunta estimada legalmente en un 10% del ingreso bruto para los enriquecimientos agropecuarios y de pesca.

Todo este sistema de tributación previsto para las rentas provenientes de actividades agropecuarias y de pesca, viene a ser reemplazado por la exención conferida por el numeral 9 del artículo 12 y por el artículo 36 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991, objeto de nuestros presentes comentarios.

VIII.- TARIFAS Y SU APLICACION

En materia de tarifas, la Ley de Reforma Parcial de 1991 introduce importantes modificaciones.

A.- Escala Personal

El artículo 53 de la Ley en comentarios, reduce los tramos de la tarifa aplicable al enriquecimiento global neto anual obtenido por las personas naturales, de 15 tramos, incluyendo alícuotas entre el 4,5% y el 45% (Ley de Reforma Parcial de 1986), a 8 tramos, en base a los siguientes porcentajes: 0%, 10%, 12,5%, 15%, 18%, 21,5%, 25,5% y 30%.

Esta tarifa es aplicable, como queda dicho, a las personas naturales y sus asimiladas, con excepción de aquellas que obtengan regalías y demás participaciones análogas provenientes de la explotación de minas y por los enriquecimientos derivados de la cesión de tales regalías, las cuales estarán gravadas por otra tarifa (artículo 56 literal a)). Las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, también tributarán con esta tarifa.

El Parágrafo Primero del artículo 53 en comentarios, excluye expresamente de la aplicación de esta tarifa N° 1, a las personas naturales residentes en el país cuyo enriquecimiento anual neto, no exceda de cincuenta (50) salarios

mínimos mensuales urbanos. El tramo 1 de la tarifa 1 y el tramo 2 de la tarifa 1, a la cual se refiere este artículo, concluirá y comenzará respectivamente, en todo caso, a partir del valor equivalente en bolívares al enriquecimiento anual señalado en este parágrafo como base de exención.

Con esta referencia que se hace al salario mínimo mensual urbano, como base para el cálculo del mínimo exento, se estaría resolviendo el problema que suele plantear el fenómeno inflacionario. Una referencia a montos nominales fijos, quedaría probablemente desplazada por la inflación en un corto período de tiempo; en ese caso, el reajuste necesario sólo podría practicarse mediante una nueva reforma de la Ley, situación esta que ha querido evitarse con el esquema planteado en el artículo objeto de nuestro análisis.

Sin lugar a dudas, esta reducción sustancial de la carga impositiva que trae la Ley de Reforma Parcial de 1991, para las personas naturales y sus asimiladas, se traduciría en estímulo a los inversionistas nacionales y extranjeros, para que en forma personal, resuelvan invertir en Venezuela.

B.- Escala Corporativa

La tarifa N° 2, establecida en el artículo 55 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, aplicable a las personas jurídicas y sus asimiladas, también ha sufrido una importante variación con respecto a la Ley de Reforma Parcial de 1986. Esta nueva tarifa N° 2, reduce de 3 a 2 tramos; el primero establece un 20% por la fracción comprendida entre Bs. 0,01 y Bs. 2.000.000,00. De allí en adelante el gravamen es del 30%. Así pues, la tarifa aplicable a aquellos enriquecimientos superiores a Bs. 5.000.000,00 se reduce sustancialmente de 50% a 30%.

En realidad puede sostenerse que la progresividad carece de sentido e importancia en la escala corporativa, por lo cual desde los tiempos de la Comisión de Estudio y Reforma Fiscal, se venía proponiendo el establecimiento de una tarifa única para las personas jurídicas y sus asimiladas.

Ahora bien, el establecimiento de una tarifa única fijada en un 30%, exige contemplar una excepción que se concretaría a las empresas pequeñas y especialmente las nuevas con niveles de utilidad inferior a Bs.2.000.000,00 anuales, en cuyo caso la tarifa aplicable sería del 20%.

Este nuevo esquema de tarifas establecido en el artículo 55 en comentarios, es aplicable a las compañías anónimas, a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades o corporaciones extranjeras.

El Parágrafo Primero del artículo en comentarios establece que *"los enriquecimientos netos provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como los préstamos para inversión que hagan las casas matrices no domiciliadas en el país a sus filiales que sean contribuyentes del tributo establecido en esta Ley, sólo se gravarán con un impuesto proporcional de cinco por ciento (5%)".*

Tómese en cuenta que la norma en comentarios se refiere a instituciones financieras **constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país**, lo que quiere decir que aquellos que decidan abrir sucursales en Venezuela, al reconocerles la Ley un nuevo domicilio (artículo 354 del Código de Comercio), tributarán conforme a la tarifa N° 2, previamente referida.

Para el caso de las Empresas de Seguros y Reaseguros no domiciliadas en el país, los enriquecimientos netos anuales que obtengan, se gravarán con impuesto proporcional del 10%.

Ya disponía el artículo 41 de la Ley en comentarios, que los enriquecimientos de estas empresas *"estarán constituidos por el treinta por ciento (30%) de sus ingresos netos causados en el país, cuando no exista exención de impuestos para las empresas similares venezolanas. Estos estarán representados por el monto de sus ingresos brutos, menos las rebajas, devoluciones y anulaciones de las primas causadas en el país".*

Se trata pues para este caso, de una presunción legal que no admite prueba en contrario (el enriquecimiento neto estará constituido por el 30% de la cantidad que resulte de disminuir de sus ingresos brutos, las rebajas...).

La importante reducción de la tarifa corporativa a un 30% y la reducción que acuerdan sus parágrafos ya comentados, debería producir el efecto esperado por los planificadores y conductores de las nuevas estrategias económicas y fiscales, al eliminar las distorsiones producidas por las altas tasas impositivas,

que restringían o anulaban las posibilidades y expectativas de inversión extranjera en Venezuela.

IX.- REBAJAS DE IMPUESTOS

El artículo 60 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 otorga, por ministerio de la Ley, una rebaja de impuesto del 10% del monto de las nuevas inversiones que se efectúen en los cinco (5) años siguientes a su vigencia, sustituyendo la que existía como autorización al Ejecutivo Nacional de conceder la rebaja por inversión contemplada en el derogado artículo 78 de la Ley de Reforma Parcial de 1986.

Esta rebaja de impuesto del 10%, acordada por el artículo 60 en comentarios, se otorga a las personas jurídicas que obtengan enriquecimientos provenientes de las siguientes actividades:

a) Mineras;
b) Manejo racional de bosques;
c) Establecimiento de plantaciones forestales;
d) Generación y distribución de energía eléctrica;
e) Turismo;
f) Telecomunicaciones;
g) Industriales, distintas de la industria de los hidrocarburos y conexas;
h) Transporte;
i) Industria de la construcción.

Las nuevas inversiones que darían derecho a la rebaja, deberán estar representadas en nuevos activos fijos, distintos de los terrenos, pero para el caso de los contribuyentes dedicados al transporte o a la industria de la construcción, esas inversiones deberán efectuarse en nuevos equipos.

Tómese en cuenta que el régimen anterior, contemplaba la posibilidad de acordar rebajas de impuesto a los titulares de enriquecimientos derivados de actividades agropecuarias y de pesca.

La Ley de Reforma Parcial de 1991 excluye al sector agropecuario y pesquero de este concepto de rebaja por inversiones.

Con respecto a los Decretos Ejecutivos dictados conforme al artículo 78 de la Ley de Reforma Parcial de 1986, cabe observar que en nuestro concepto, mantendrán su vigencia hasta tanto se venzan los plazos establecidos. Quiere decir esto que el Decreto Nº 2.707 de fecha 18-01-89, que concede una rebaja de impuesto equivalente al 10% del monto de las nuevas inversiones hechas en el país por los titulares de enriquecimientos derivados de la elaboración de productos industriales, generación y distribución de energía eléctrica, agricultura, cría, pesca, transporte y hotelería, mantendrá su vigencia efectiva hasta el 18-01-92. Igual sucede con el Decreto Nº 1.820 de fecha 04-11-87, que concede una rebaja de impuesto a las empresas constituidas y domiciliadas en el país, que sean titulares de enriquecimientos provenientes del transporte aéreo, equivalente al 20%, el cual mantendrá su vigencia efectiva hasta el 14-11-92.

El artículo 61 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, establece una nueva rebaja de impuesto a las personas jurídicas que efectúen inversiones para la investigación y desarrollo tecnológico, orientadas a mejorar la productividad o la producción de nuevos bienes.

Esta rebaja de impuesto equivale al 10% del monto de la nuevas inversiones que se efectúen en los cinco (5) años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley. Los requisitos mínimos que deberán cumplir quienes aspiren obtener el beneficio aquí establecido, se indicarán en el correspondiente Reglamento de la Ley, el cual habrá de dictarse en fecha posterior.

También el artículo 62 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, crea una nueva rebaja equivalente al 10%, que se concede a las personas jurídicas contribuyentes que realicen inversiones destinadas a eliminar o a evitar la contaminación del medio ambiente. Esta rebaja también se extenderá por un plazo de cinco (5) años contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley y los requisitos respectivos habrán de establecerse en el correspondiente Reglamento.

El artículo 63 de la Ley en comentarios, establece que las rebajas a que se refieren los artículos 60, 61 y 62 podrán traspasarse hasta los tres (3) ejercicios anuales subsiguientes.

Por último nos referiremos al contenido del artículo 64 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, conforme al cual, cuando en razón de los anticipos o pagos a cuenta, derivados de la retención en la fuente, resultare que el contribuyente

ha pagado más del impuesto causado, tendrá derecho a solicitar en sus declaraciones futuras que dicho exceso le sea rebajado en las liquidaciones de impuesto correspondientes a los subsiguientes ejercicios, hasta la concurrencia del monto de tal exceso, sin perjuicio del derecho a reintegro.

X.- DESGRAVAMENES Y REBAJAS DE IMPUESTO A LAS PERSONAS NATURALES

En el capítulo II del título IV de la Ley de Reforma Parcial de 1991, artículos 65 y ss, se establecen una serie de desgravámenes y rebajas de las cuales gozarán las personas naturales residentes en el país.

El Parágrafo Primero del artículo 65 de la Ley en comentarios, establece que los desgravámenes allí previstos, no procederán cuando se hayan podido deducir como gastos a los efectos de determinar el enriquecimiento neto del contribuyente.

Igualmente establece el Parágrafo Segundo del artículo en comentarios, que para la aceptación del desgravamen respectivo, es indispensable indicar en el correspondiente recibo el número de Registro de Información Fiscal de la persona que prestó el servicio al contribuyente.

Debe destacarse que no basta que el desgravamen se haya causado para que resulte admisible, pues es esencial que se hubieren pagado las cantidades correspondientes dentro del ejercicio gravable. Además los desgravámenes se deberán relacionar en el formulario oficial a los fines de anexarlo a la declaración definitiva de rentas. El formulario A-308 está destinado a relacionar los desgravámenes y rebajas de impuesto de las personas naturales residentes, el cual deberá adaptarse a los nuevos requisitos y casos contemplados en la Ley de 1991.

La Ley en comentarios, incorpora la exigencia que el contribuyente conserve por cinco (5) años los comprobantes correspondientes a los desgravámenes que pretenda hacer valer, y los cuales deberá en todo caso presentar a la administración, cuando ésta lo requiera.

De igual modo la Ley mantiene inalterable la condición que no procederán los desgravámenes de las cantidades reembolsables al contribuyente por el

patrono, contratista, empresa de seguros o entidad sustitutiva. Esta disposición se fundamenta en el hecho que al serle reembolsado al contribuyente lo pagado, no soportó efectivamente un egreso y en consecuencia no debe ser imputado como desgravamen.

En materia de rebajas, el artículo 67 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, aumenta la rebaja por persona natural a Bs.2.500,00 anuales. También se eleva a Bs.1.500,00 la rebaja por cónyuge no separado de bienes y por cada ascendiente y descendiente directo residente en el país. Se incluye a los descendientes hasta 25 años que se encuentren estudiando.

XI.- IMPUESTO SOBRE GANANCIAS FORTUITAS

La norma contenida en el artículo 70 de la Ley en comentarios, establece ciertas obligaciones para los pagadores de ganancias fortuitas, relativas a los impuestos retenidos en la oportunidad en que se realizan tales pagos.

XII.-DECLARACION, LIQUIDACION Y RECAUDACION DEL IMPUESTO

A.- Declaración definitiva

El artículo 71 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, eleva los límites para que nazca la obligación de declarar de las personas naturales y herencias yacentes a 50 salarios mínimos urbanos mensuales y los ingresos brutos a Bs. 500.000,00.

Con respecto a las personas jurídicas y sus asimiladas, también deberán presentar declaración anual de rentas, tal y como lo dispone el artículo 71 en comentarios.

Debe destacarse que la redacción de este artículo, suprimió la expresión contenida en la Ley de Reforma Parcial de 1986, según la cual, en el caso de las personas jurídicas, ***"también deberán presentar declaración anual de sus enriquecimientos o pérdidas, cualquiera sea el monto de los mismos"***.

Conforme a la nueva redacción, no tendrían las personas jurídicas obligación de presentar la declaración definitiva de rentas **cuando no obtengan enriquecimientos netos.**

B.- *Liquidación y recaudación*

Con respecto al plazo para la cancelación del impuesto derivado de la declaración definitiva, para las personas naturales, el mismo se fija de manera novedosa en el artículo 76 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 (tradicionalmente se venía fijando en las disposiciones reglamentarias).

El pago en cuestión, podrá hacerse hasta en tres (3) porciones, tomando en cuenta que:

1. Cuando el contribuyente decida pagar en una sola porción, la misma será cancelada antes de la presentación de la declaración definitiva;

2. Cuando opte por pagar en dos porciones, la primera se cancelará antes de la presentación de la declaración, y la segunda dentro de los 45 días de haberse presentado la referida declaración.

3. Cuando se decida cancelar en tres porciones, deberá procederse de la siguiente manera:

- Primera porción: antes de presentar la declaración;
- Segunda porción: 45 días después;
- Tercera porción: 90 días después de haber presentado la declaración de rentas respectiva.

Difícilmente podría pensarse que algún contribuyente decida no acogerse a semejante beneficio que acuerda la Ley. En un momento como el actual, caracterizado por movimientos inflacionarios más o menos persistentes y agudos, el beneficio acordado a los contribuyentes opera en detrimento del Fisco, quien recibirá bolívares devaluados cuando se venga a enterar el último pago.

C.- *Casos de enajenación de inmuebles o derechos sobre los mismos*

Sólo para fines de información fiscal, dispone el artículo 80 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, que en los casos de enajenación de inmuebles o de

derechos sobre los mismos a título oneroso, incluso los aportes de tales bienes o derechos a los capitales de las sociedades de cualquier clase, o las entregas que hagan estas sociedades a los socios en caso de liquidación o reducción del capital social, los enajenantes presentarán previamente a la operación proyectada por ante la administración de hacienda del domicilio tributario del contribuyente, una notificación de enajenación del inmueble, la cual deberá contener el monto de la renta bruta derivada de la operación, deduciendo del precio o valor de enajenación los costos de adquisición, las mejoras de bienhechurías y la revaluación producida por ajustes por inflación. Copia de esta notificación deberá consignarla el contribuyente por ante el respectivo Juez, Notario o Registrador Subalterno o Mercantil, como requisito previo al correspondiente otorgamiento, bien sea hecho éste por vía de reconocimiento, autenticación o registro. Igualmente deberá anexar copia de esta notificación a la declaración definitiva de rentas del ejercicio en el cual se realizó la operación.

Con esta Ley de Reforma Parcial, cambia sensiblemente el régimen que se venía aplicando desde el 1° de Enero de 1979, fundamentado en la Ley de 1978, para los casos de enajenación de inmuebles o de derechos sobre los mismos.

El nuevo régimen elimina tanto la declaración especial de Rentas (D-203) como el previo pago o afianzamiento del presunto impuesto derivado de la enajenación del inmueble o de derechos sobre los mismos.

A partir de ahora, sólo será necesario proveer la información que exige el artículo previamente comentado.

El Parágrafo Primero del mismo artículo 80 de la Ley en comentarios, exige a los Jueces y Notarios llevar un registro especial de las copias de las notificaciones referidas, debiendo enviar a la administración de rentas de su jurisdicción, una relación mensual de tales notificaciones, señalando el número del Registro de Información Fiscal del enajenante y del comprador en cada caso.

Conforme al Parágrafo Segundo del artículo en comentarios, la administración de Hacienda deberá ejecutar un programa de verificación de las notificaciones,

realizar los ajustes de impuestos no declarados o declarados en exceso y la fiscalización correspondiente.

XIII.- FISCALIZACION Y CONTROL FISCAL

Conforme al artículo 83 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, la administración tributaria estará facultada para investigar aquellos contribuyentes, personas naturales o jurídicas, cuyo enriquecimiento neto gravable en dos ejercicios consecutivos sea inferior al diez por ciento (10%) de sus ingresos brutos.

En este caso concreto, la Ley presume como anormal un rendimiento tan bajo, por lo cual recomienda a las autoridades tributarias efectuar la correspondiente fiscalización. Este criterio general de orientación a las fiscalizaciones, ha sido señalado como poco afortunado. En realidad, la situación que pudiera plantearse para un contribuyente con enriquecimiento neto gravable inferior al 10% de sus ingresos brutos, podría encontrar diversas razones o justificaciones que no siempre ameritarían la elevación de sospechas por parte del ente fiscalizador.

Esta norma en comentarios estaría también dirigida a aquellos contribuyentes que declaren durante dos años consecutivos, bajos rendimientos de la renta gravable en comparación con sus ingresos brutos.

XIV.- AJUSTES POR INFLACION

En respuesta a los movimientos económicos de los últimos tiempos, que venían provocando marcadas distorsiones en la aplicación del Impuesto sobre la Renta, la Ley de Reforma Parcial de 1991 introduce en su título IX, artículos 90 al 113, un sistema integral de ajustes por inflación.

El sistema plantea sin duda una serie de operaciones complejas que ameritan estudio y detenida reflexión por parte de la administración, como por parte de los contribuyentes. En esta sección nos abstendremos, en muchos casos, de emitir opiniones o conceptos de fondo sobre el mecanismo de ajuste por inflación, pues ello será objeto, en vista de su importancia, de un trabajo separado.

A.- Ajuste inicial por inflación

El artículo 90 de la Ley en comentarios, establece la obligación de los contribuyentes sometidos al sistema, de proceder a la "*actualización extraordinaria de sus activos y pasivos no monetarios*", el día 31 de diciembre de 1992, lo cual constituye el punto inicial de referencia para la aplicación del "sistema de ajuste por inflación" contenido en el artículo 97 y siguientes **ejusdem.**

Esta actualización extraordinaria de los activos y pasivos no monetarios, no contempla la posibilidad de ajustar los títulos valores. En realidad no entendemos la razón de semejante exclusión, pues en el caso de los títulos valores en general, puede producirse una auténtica ganancia de capital y en tal supuesto, para evitar las distorsiones provocadas por la inflación, debe permitirse el ajuste.

Además de lo expresado, es pertinente observar que otros títulos valores distintos de las acciones de sociedades, como por ejemplo los pagarés bancarios denominados en moneda extranjera, podrían sufrir el efecto inflacionario sin que la Ley en comentarios contemple la posibilidad del ajuste.

El ajuste inicial o actualización extraordinaria, para los casos permitidos, producirá una variación en el monto del patrimonio neto al 31 de diciembre de 1992.

Para aquellos contribuyentes sujetos al "sistema de ajuste por inflación", que cierren su ejercicio fiscal después del 31-12-92, la actualización extraordinaria deberá practicarse el día de cierre del ejercicio gravable anterior a la fecha de inicio en que sea aplicable dicho ajuste.

De esta manera, los contribuyentes que cierren su ejercicio antes de la entrada en vigencia del sistema, no tendrían que esperar un lapso de tiempo para realizar los ajustes que manda la Ley, pudiendo efectuarlos de manera anticipada, vale decir, antes del 31-12-92.

Tómese en cuenta que la disposición normativa en comentarios, contiene una obligación que recae sobre todo contribuyente sujeto a la normativa referente

al ajuste inicial por inflación. **No se trata de una cuestión facultativa** (énfasis añadido).

El artículo 91 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 crea un llamado "REGISTRO DE ACTIVOS REVALUADOS", en el cual deberán inscribirse todos los contribuyentes referidos en el artículo 90 ejusdem.

La inscripción en este registro ocasionará una tasa del 3% sobre el valor del ajuste inicial por inflación de los activos fijos depreciables. Esta tasa podrá pagarse hasta en tres (3) porciones iguales y consecutivas, en sucesivos ejercicios fiscales a partir de la inscripción en el Registro.

La incorporación de la norma en comentarios, persigue alcanzar como objetos básicos, a) el control fiscal tanto a los contribuyentes sujetos al sistema como a los activos revaluados, y b), la aplicación de una tasa que implicaría una *recaudación extraordinaria*, provocada por la "actualización extraordinaria".

BASE DE CALCULO PARA EL AJUSTE INICIAL POR INFLACION

El ajuste inicial por inflación se realizará tomando como base de cálculo la variación ocurrida en el índice de precios al consumidor (IPC) del Area Metropolitana de Caracas, elaborado por el Banco Central de Venezuela, entre el mes de su adquisición y el mes correspondiente a la revaluación. Si la adquisición hubiese sido anterior al 1° de enero de 1950, a los efectos de este mecanismo, se considerará efectuada en enero de 1950 (artículo 92).

Los Indices de Precios al Consumidor que deberán considerarse, serán, a) para activos y pasivos no monetarios adquiridos antes de enero de 1950: la variación ocurrida entre el IPC de enero de 1950 y el mes de la revaluación y, b) para Activos y Pasivos no monetarios adquiridos después de 1950: la variación ocurrida entre el IPC del mes de adquisición del bien y el mes correspondiente a la revaluación.

Respecto a las construcciones y otros bienes inmuebles, dispone el artículo 93 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 que la actualización se realizará tomando como base de cálculo la variación ocurrida en el IPC del Area Metropolitana de Caracas, entre el mes de su adquisición o enero de 1950 (si hubiese sido anterior), y el mes correspondiente a la revaluación.

La metodología a seguir para realizar el ajuste inicial a construcciones y otros bienes inmuebles, es similar a la señalada previamente.

PLAZO Y CONDICIONES PARA DEPRECIAR O AMORTIZAR EL VALOR RESULTANTE DEL AJUSTE

El plazo y las condiciones para depreciar o amortizar el valor resultante del ajuste inicial de los activos fijos, se establece en el artículo 94 de la Ley en comentarios. Dicho plazo para depreciar o amortizar estos activos fijos revaluados, será la vida útil originalmente acordada para cada activo fijo.

La norma en comentarios expresa que para la determinación y el pago de impuesto, se admitirán exclusivamente las cuotas de depreciación o amortización respectivas a los años faltantes hasta concluir la vida útil de los activos revaluados.

La condición previamente indicada, impediría la revaluación de los activos fijos totalmente depreciados, al mismo tiempo que restringe la posibilidad de alterar la vida útil de los mismos, cuando los contribuyentes pretendan beneficiarse fiscalmente con la revaluación prevista en la sección de la Ley en comentarios.

PERSONAS NATURALES NO COMERCIANTES Y SOCIEDADES DE PERSONAS

El artículo 95 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, establece un derecho en cabeza de las personas naturales no comerciantes y las sociedades de personas, que consiste en la posibilidad de actualizar el costo de adquisición de bienes susceptibles de generar rentas sujetas al impuesto establecido en dicha Ley.

Para la actualización de los bienes objeto de enajenación, se tomará como base la variación del IPC del Area Metropolitana de Caracas elaborado por el BCV, durante el lapso comprendido entre el mes de adquisición del bien y el de su enajenación.

La renta gravable será la resultante de la comparación del precio de enajenación del bien, con el valor que resulta de restar al llamado "VALOR

INICIAL ACTUALIZADO"[2], las deducciones permitidas por la Ley de la materia para tales casos.

Debe observarse que la posibilidad creada de actualizar el costo histórico de un bien podría generar, en casos concretos, una verdadera pérdida gravable. Precisamente por ello, el legislador ha previsto en el parágrafo único del artículo en comentarios, que "el máximo valor derivado de la actualización de los costos del bien, será hasta la concurrencia con el monto pactado para su enajenación, con lo cual se evita que esta operación de "Ajuste del Costo" produzca efectos sobre el resto de las actividades sujetas a gravamen.

De esta manera se acepta a los fines de la "actualización" en comentarios, la pérdida real de valor de nuestro signo monetario.

Esta disposición en comentarios, también señala de manera expresa, que las personas naturales y sociedades de personas, no están obligadas a inscribirse en el "Registro de Activos Revaluados" a que se refiere el artículo 91 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

PROHIBICION DE IMPUTAR AL COSTO DE VENTA EL INCREMENTO NO DEPRECIADO O AMORTIZADO DEL AJUSTE PRACTICADO SOBRE ACTIVOS FIJOS

Por último, dentro de esta primera sección del ajuste inicial por inflación, comentaremos el contenido del artículo 96 de la Ley de Reforma Parcial de 1991.

Se trata de una disposición que prohíbe de manera expresa a los contribuyentes que enajenen activos fijos sobre los cuales se ha practicado el "Ajuste" (sujetos a la tasa del 3%), imputar al costo de venta el incremento no depreciado o amortizado de dicho ajuste, a la fecha de enajenación del bien en referencia.

La disposición en comentarios no encuentra explicación en sana lógica, pues no vemos razón alguna para prohibir que se impute al costo histórico, aquella porción no depreciada o amortizada, aun cuando se hubieren practicado los

---

[2] Valor inicial actualizado = costo de adquisición + ajuste por inflación.

correspondientes ajustes por inflación. La probable consecuencia de la norma en estudio, se traducirá en la resistencia de las empresas propietarias de activos no totalmente depreciados, a proceder a enajenarlos.

"Asimismo, en caso de enajenación de activos no monetarios, distintos de los activos fijos, los valores derivados de la revalorización prevista en la Ley, deberán excluirse, a los fines de la determinación del beneficio o pérdida causada por tales operaciones.

Esta norma no será aplicable cuando ocurra la liquidación de la compañía, en cuyo caso, el incremento originado por el ajuste inicial por inflación, formará parte del costo del Activo".

B.- Reajuste regular por inflación

El capítulo II de este nuevo título de la Ley de Impuesto sobre la Renta, contiene las disposiciones relativas al llamado "REAJUSTE REGULAR POR INFLACION". Señala el artículo 97 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, que *"a partir del 1º de enero de 1993, a los fines de la aplicación del título creado por esta Ley, los contribuyentes a que se refiere el artículo 5º de la misma, que realicen actividades comerciales, industriales y quienes se dediquen a realizar actividades bancarias, financieras, de seguros y reaseguros, o a la explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas tales como la refinación y el transporte, y que estén obligados a llevar libros de contabilidad deberán ajustar, al cierre de cada ejercicio gravable, sus activos y pasivos no monetarios, excluidos los títulos valores, conforme al procedimiento que a continuación se señala y determinar el incremento o disminución del patrimonio resultante de dicho procedimiento. El mayor o menor valor que se genere al actualizar el patrimonio neto y los activos y pasivos no monetarios aquí señalados, serán acumulados en una partida de conciliación fiscal que se denominará "ajuste por inflación" y que se tomará en consideración a los efectos de la determinación de la renta gravable, en la forma y condiciones que establece la presente Ley".*

De esta manera, la Ley de Reforma Parcial de 1991, incorpora por primera vez en Venezuela un mecanismo de Reajuste Regular por Inflación. De nuevo la Ley excluye expresamente del mecanismo de Reajuste Regular, a los títulos valores.

La inflación introduce severas distorsiones en el sistema de imposición sobre la renta. Este sistema de ajustes integrales o semi-integrales por inflación, ha pretendido, en los diversos países en los cuales se ha implementado, reducir al máximo tales distorsiones.

El llamado "Reajuste Regular por Inflación", contemplado en esta sección de la Ley en comentarios, consiste fundamentalmente en ajustar al final del ejercicio los rubros del balance inicial. No es pues un mecanismo de indiciación automático y constante, antes bien, consiste en la aplicación de factores una vez por año, en la oportunidad del cierre del ejercicio fiscal, provocando efectos en la determinación de la renta gravable, en la preparación y presentación de los correspondientes estados financieros y finalmente en el monto a pagar por concepto de impuestos.

A estos efectos, los activos y los pasivos de dividirán en monetarios y no monetarios; el propósito de tal división se concreta a distinguir aquellos activos y pasivos (monetarios) que por estar representados en moneda no requieren ajustes por inflación, de aquellos otros activos y pasivos (no monetarios) que por su naturaleza deben ajustarse conforme a la metodología y procedimientos pautados en la Ley.

Los ajustes practicados en los activos no monetarios suelen generar utilidades en la cuenta que deberá abrirse de "ajuste por inflación", en tanto que los ajustes practicados en pasivos no monetarios generarán pérdidas en dicha cuenta. El incremento del patrimonio neto derivado de la inflación durante el ejercicio fiscal, generará igualmente una pérdida monetaria. En conclusión, de esta cuenta corriente simple se obtiene el resultado que agregado o restado a las utilidades ordinarias, determinará la ganancia o la pérdida del ejercicio gravable.

El artículo 97 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, previamente referido y sobre el cual formulamos los presentes comentarios, prevé un mecanismo que entrará en vigencia "a partir del 1° de enero de 1993". Esta **vacatio legis** encuentra sustento en la necesidad de conferir un período de adaptación y conocimiento del sistema, tanto a la administración tributaria como a los mismos contribuyentes.

Por lo que se refiere a la actualización extraordinaria, esto es, el ajuste inicial, se ha establecido una **vacatio legis** hasta el 31 de diciembre de 1992.

El Parágrafo Primero del artículo 97 de la Ley en comentarios, establece la posibilidad para aquellos contribuyentes que válidamente realicen actividades empresariales no mercantiles y que lleven libros legales, de acogerse al Sistema de Reajuste Regular por Inflación. También establece la norma en cuestión, una prohibición expresa que recae sobre los contribuyentes que previamente hubiesen declarado con arreglo al sistema aquí previsto, de sustraerse del mismo. De esta manera se evita que los contribuyentes entren y salgan del sistema, pretendiendo beneficiarse de las ventajas fiscales, que el ajuste por inflación pueda generar.

Así pues, debe tomarse en cuenta este parágrafo en aquellos casos de contribuyentes aún no obligados a incorporarse al sistema.

ACTIVOS Y PASIVOS NO MONETARIOS

El Parágrafo Segundo de este mismo artículo 97 considera, a efectos de la aplicación de la Ley en comentarios, como activos y pasivos no monetarios, según el caso, aquellas partidas susceptibles de protegerse de la inflación de acuerdo a su naturaleza o características. El mismo parágrafo en referencia señala como tales, de manera taxativa:

- terrenos;
- construcciones;
- maquinarias;
- vehículos;
- instalaciones;
- inventarios;
- inversiones a excepción de títulos valores;
- créditos y deudas reajustables en moneda extranjera.

Esta indicación se corresponde con lo que conceptualmente se define como monetario y no monetario. En el primer caso nos estaríamos refiriendo a todos aquellos activos y pasivos expresados en moneda nacional, para los cuales no se concibe reajuste de ninguna especie, los cuales, con el transcurso del tiempo y la inflación, producen pérdidas o ganancias que se reflejan de inmediato en los estados financieros. En el caso de los no monetarios, nos referimos fundamentalmente a aquellos bienes que con el correr del tiempo conservan los

mismos atributos, viéndose afectados solamente por el uso, obsolescencia o desgaste, y respecto a los cuales el dinero pierde su poder de compra.

En cuanto a la forma de afectar la partida de corrección monetaria, producida por el incremento de valor que resulte de actualizar los activos fijos, dispone el artículo 98 de la Ley que se utilizará:

- variación anual del IPC, si los mismos provienen del ejercicio anterior;
- variación del IPC desde el mes de adquisición, si han sido incorporados durante el ejercicio.

La parte final de la disposición en comentarios, establece que la actualización de los activos fijos deberá depreciarse en el resto de su vida útil.

ACTUALIZACION DE INVENTARIOS

En materia de inventarios, la norma contenida en el artículo 99 de la Ley, recoge la forma y la metodología a ser utilizada para efectos de su actualización (inventarios de mercancías existentes a la fecha de cierre del ejercicio gravable).

La norma contenida en el artículo 100 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, contempla la metodología a ser utilizada en la actualización de inventarios de productos terminados, fabricados o transformados y a los inventarios de productos en proceso.

REAJUSTE DE OTROS ACTIVOS NO MONETARIOS

El artículo 101 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 establece la forma de reajustar los restantes activos no monetarios, expresando en forma taxativa cuaáles pueden ser tales activos, a saber:

- concesiones mineras, derecho de fabricación, derecho de marcas, patentes de invención y derecho de usufructo;
- inventarios distintos de mercancías;
- otras inversiones en activos no monetarios distintos de títulos valores y gastos de organización, aplicados por el contribuyente en el objeto, giro o actividad productiva, distintos a los señalados en forma específica en otros artículos de este capítulo.

FORMA DE AFECTAR LA PARTIDA DE AJUSTE POR INFLACION

El artículo 102 contiene una norma que indica la manera como debe afectarse la partida de reajuste por inflación, determinada por el incremento de valor que resulte del reajuste anual del patrimonio neto al inicio del ejercicio fiscal. En términos generales, cuando por efecto del reajuste se incremente el valor del patrimonio neto (total activo - total pasivo), se produce una disminución de la renta gravable.

FORMA DE EFECTUAR EL REAJUSTE PARA OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

Para el caso de las obligaciones en moneda extranjera o pactadas con cláusulas de reajustabilidad (pasivos no monetarios), se establece, en el artículo 105, la forma como debe efectuarse el reajuste.

DEPRECIACION DE ACTIVOS REVALUADOS

Tal y como quedó expresado en líneas anteriores, el nuevo valor resultante de la revaluación de los activos fijos, deberá depreciarse o amortizarse en el período originalmente previsto para los mismos. A los efectos de la determinación del impuesto, sólo serán admisibles cuotas de depreciación o amortización para los años faltantes hasta concluir la vida útil de los activos (Artículo 94).

Esta disposición, como también la contenida en el artículo 98 de la Ley en comentarios, viene a ser complementada por aquella que se contempla en el artículo 107 ejusdem según la cual los activos totalmente depreciados podrán ser revaluados o ajustados en el BALANCE GENERAL, pero el contribuyente en ningún caso podrá ni depreciarlos ni amortizarlos a los fines del Impuesto sobre la Renta. En síntesis, se estaría otorgando a los contribuyentes poseedores de activos totalmente depreciados, la posibilidad de actualizar en su contabilidad las cuentas reales, mas no las cuentas propiamente nominales.

DETERMINACION DEL COSTO DE LOS ACTIVOS

Dispone el Parágrafo Unico del artículo 108 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, que *"Los valores reajustados deberán tomarse en cuenta a los efectos*

de la determinación del costo en el momento de la enajenación de cualesquiera de los activos que conforman el patrimonio del contribuyente, según lo señalado en este título".

Con esta norma se pretende salvaguardar el principio de justicia tributaria, en razón que el ajuste periódico de los activos y pasivos no monetarios se traduce, al final de cada ejercicio gravable, en un aumento o disminución de la renta gravable y por ende en un mayor o menor pago de impuesto.

EXCLUSION DE ENRIQUECIMIENTOS PRESUNTOS

El artículo 109 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 excluye del sistema de "Reajuste por Inflación", a los enriquecimientos presuntos contenidos en el capítulo IV del título II **ejusdem**, y del patrimonio neto aplicado a la producción de tales enriquecimientos.

Los ajustes referidos en el capítulo de la Ley que comentamos, *"deberán ser inscritos en un registro, especialmente habilitado para tales fines por cualquiera de las administraciones regionales de Hacienda"*, tal y como lo dispone el artículo 110.

OPCION DE NO EFECTUAR EL REAJUSTE

"En el caso de que el valor ajustado del activo supere en más de un cincuenta por ciento (50%) a su valor mercado, el contribuyente podrá, previa autorización de la administración tributaria, no efectuar el mencionado ajuste en dicho ejercicio".

Tal es la norma contenida en el artículo 111 de la Ley en comentarios, con lo cual se hace más flexible la aplicación del sistema de ajuste por inflación, haciéndolo también más justo y más sencillo de administrar.

OBLIGACION DEL BANCO CENTRAL DE PUBLICAR EL IPC

Por último, citaremos el contenido de la norma prevista en el artículo 113 de la Ley en comentarios, conforme a la cual se establece la obligación del Banco Central de Venezuela de publicar, en los primeros 10 días de cada mes a partir

de enero de 1992, la variación del mes anterior del Indice de Precios al Consumidor del Area Metropolitana de Caracas. Tal información deberá ser publicada en dos de los diarios de mayor circulación del país.

También se establece en esta norma, el procedimiento que debe seguirse cuando el Banco Central de Venezuela no hubiese publicado la variación correspondiente. A estos efectos, para los cálculos respectivos, deberá utilizarse la variación del mes inmediatamente anterior al período efectivo que se trate de medir.

De esta manera, hemos revisado someramente el nuevo título que incorpora la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991.

Sin lugar a dudas, un tema tan complejo como aquel de los "ajustes por inflación", exige, como enantes dijimos, estudio y detenida reflexión. Ya tendremos ocasión de producir algunos ejemplos que ilustren la ejecución práctica del sistema planteado, así como también de comentar sus problemas y sus bondades.

BREVE COMENTARIO ACERCA DE LOS CONTRIBUYENTES SUJETOS AL SISTEMA DE AJUSTE POR INFLACION

Como pudo apreciarse de la exposición precedente, el sistema introducido por la Ley de Reforma Parcial de 1991 plantea un llamado "ajuste inicial" y luego un "reajuste regular".

Obviamente, el "reajuste regular" de los activos y pasivos no monetarios habrá de practicarse sobre la base aportada por el "ajuste inicial", de lo cual es forzoso concluir que se trata de un verdadero sistema integral que toma como punto de partida una operación de "actualización" o "revalorización extraordinaria", a una fecha que indica la propia Ley (Diciembre 31 de 1992).

La norma contenida en el artículo 90 de la Ley en comentarios, obliga a los **"contribuyentes sometidos al sistema de ajuste inicial"** a proceder a la actualización extraordinaria de sus activos y pasivos no monetarios, sin especificar quiénes son tales contribuyentes. Es lógico pensar que tales contribuyentes han de ser los indicados en el artículo 97 de la Ley de Impuesto

sobre la Renta, es decir, aquellos a quienes se refiere el artículo 5° de la misma, y que, además, realicen actividades comerciales, industriales o se dediquen a actividades bancarias, financieras, de seguros y reaseguros, o a la explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas.

Quiere decir esto que quienes se dediquen a la prestación de servicios profesionales no mercantiles, o quienes desarrollen actividades agropecuarias, quedarían excluidos del sistema.

Esta exclusión no nos parece en modo alguno ajustada a normas de equidad y sensatez.

En el caso por ejemplo de una empresa ganadera, ¿qué razón válida puede invocarse para excluirla del beneficio conferido a las empresas industriales que también poseen terrenos y construcciones utilizados en sus operaciones normales? En ambos casos, la inflación provoca distorsiones.

Igual puede decirse de una firma de abogados que posee un local para oficinas y de un banco comercial que también posee locales para la instalación de sus sucursales y agencias. El banco gozaría del beneficio, en tanto que la firma de abogados no.

Estas cuestiones que plantea la Ley de Reforma Parcial de 1991, violentan a nuestro juicio las más elementales normas de la justicia y equidad tributarias.

BREVE COMENTARIO ACERCA DE LAS NORMAS RELATIVAS A REVALUACION DE ACTIVOS Y SU CONTABILIZACION

La materia relativa a revaluación de activos ha experimentado con Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991, importantes cambios. Por primera vez nuestra legislación fiscal admite, a efectos del Impuesto sobre la Renta, las revaluaciones de activos.

Ahora bien, es pertinente observar que los llamados "principios de contabilidad generalmente aceptados" en Venezuela, producidos en base al modelo mexicano, inspirado a su vez en la escuela norteamericana, no admiten las revaluaciones de activos. Precisamente por ello suelen producirse las

llamadas "NOTAS" en los estados financieros de las empresas que realizan revaluaciones de activos.

Estas revaluaciones, a nuestro juicio, deberían producir efectos únicamente dentro de la "contabilidad fiscal" del contribuyente, no afectando para nada el balance general. Pero la Ley en comentarios no es clara, o cuando menos plantea ciertos contrasentidos.

En efecto, disponen las normas relativas al Ajuste Inicial por Inflación, como también aquellas referidas al Reajuste Regular, que las operaciones respectivas habrán de realizarse "*...a los solos fines de la aplicación del tributo creado por esta Ley...*", lo cual quiere decir, como apuntamos previamente, que sólo afectaríamos el "balance fiscal" o la "contabilidad fiscal" del contribuyente.

Ahora bien, cuando la Ley en comentarios añade que las operaciones referidas producirían una *"variación en el monto del patrimonio neto del contribuyente"*, nos hace pensar que necesariamente se vería afectada la contabilidad general. Más aún, otras disposiciones del nuevo régimen en comentarios, como aquella contenida en el artículo 107, expresan de manera más clara que habrá de ajustarse el "balance general en la contabilidad" del contribuyente que hubiere revaluado activos totalmente depreciados o amortizados. Dicha norma, prohíbe de manera expresa la depreciación o amortización de tales activos, a los fines del Impuesto sobre la Renta, lo que implica, para fines no propiamente fiscales, la práctica de estas operaciones (depreciación de activos revaluados) dentro de la "contabilidad general".

El problema para nosotros se origina al incluir la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991, el concepto de PATRIMONIO NETO, mención esta a nuestro juicio impertinente, pues el tributo de especie, en puridad de conceptos, se causa sobre los réditos, no sobre los incrementos patrimoniales. En sana lógica, el rédito es perfectamente diferenciable del patrimonio del contribuyente, más aún cuando nuestra Ley de Impuesto sobre la Renta expresa de manera categórica que la tarifa correspondiente, habrá de aplicarse a la cantidad resultante de restar a los ingresos brutos, los costos y las deducciones permitidas.

La Ley en comentarios define en su artículo 102 -norma incluida en el Título correspondiente a los AJUSTES POR INFLACION- lo que habrá de entenderse por patrimonio neto, como la diferencia existente entre el total del activo y el pasivo

existentes al inicio del ejercicio gravable, con exclusión de los títulos valores y de aquellos valores que no representen inversiones efectuadas por el contribuyente. Los ajustes y reajustes del patrimonio podrán darse como incremento o disminución, según sea el caso, y son tratados en distintas disposiciones normativas contenidas en el nuevo régimen.

Pero lo que a nosotros nos preocupa es que tanto el Ajuste Inicial como el Reajuste Regular por Inflación, habrán de practicarse, como antes dijimos, tal y como expresamente dispone la Ley, a los únicos fines del IMPUESTO SOBRE LA RENTA, por lo cual para nada habrá de interesarnos el patrimonio neto del contribuyente, pues en modo alguno se trata de un impuesto al patrimonio, vale decir, el incremento o disminución patrimonial del contribuyente, no causará impuesto alguno.

Si la Ley contempla necesariamente la variación del patrimonio neto, como una operación de obligatorio cumplimiento, parecería inevitable concluir que es necesario alterar la contabilidad general. Así pues, de ser este el criterio definitivo en esta materia, las empresas sometidas al sistema de ajustes por inflación, deberían contabilizar las revaluaciones de activos que se vean forzadas a realizar, originando en consecuencia NOTAS de los auditores en los estados financieros respectivos, a menos que se produzca un cambio en los "principios de contabilidad generalmente aceptados" en Venezuela.

Por último citaremos otro elemento que a nuestro juicio plantea -en principio- la necesidad de contabilizar estas revaluaciones. Se trata de la obligatoriedad de producir el Ajuste Inicial, que conlleva el pago de un impuesto del tres por ciento (3%) sobre el valor de dicho Ajuste Inicial por Inflación de los activos fijos depreciables. El pago de impuesto que se causa debe ser contabilizado, sin lugar a dudas dentro de la contabilidad general, lo cual -en principio- obligaría a contabilizar la revaluación practicada.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

CONSOLIDACION - PERDIDAS DE EXPLOTACION

La Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1986, incorporó en sus artículos 75 y 76, la llamada "Consolidación de Rentas", con lo cual se pretendía evitar que los contribuyentes fraccionasen su

actividad económica en varias empresas y de esta manera el impuesto progresivo fuere menor.

El artículo 75 de la Ley de Reforma Parcial de 1986 obligaba en ciertos casos a consolidar los estados financieros de todas las Sociedades de Capital, cuyas acciones pertenecieren a un solo dueño o a sus parientes cercanos.

Este mecanismo de Consolidación de Rentas, puede decirse que fue un tanto infortunado. El Reglamento del artículo 75 de la Ley de Reforma Parcial de 1986, aun cuando pretendió aclarar los conceptos y facilitar la implementación del mecanismo de Consolidación, no hizo otra cosa que agudizar la confusión.

En todo caso, para muchos grupos de empresas, la Consolidación de Rentas vino a significar un claro beneficio, pues permitía la aplicación de pérdidas de una empresa a otra (dentro del mismo grupo), siempre que ambas estuviesen incursas en el supuesto de consolidación.

El artículo 115 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, incorpora una disposición novedosa que tiene por objeto regular los efectos de la Consolidación de Rentas efectuada por un mismo grupo, relativas a las pérdidas de explotación sufridas y a las rebajas.

El procedimiento pautado en la norma en comentarios, es el siguiente:

1.- Para el traspaso de pérdidas, las compañías anónimas y sus asimiladas, podrán distribuir el remanente traspasable, en forma proporcional a lo que corresponda a cada una de las empresas objeto de la consolidación, dentro del lapso de tres ejercicios anuales siguientes. El plazo aquí señalado será contado a partir del cierre del ejercicio que genera el traslado.

2.- Para las rebajas no aplicadas, las compañías anónimas y sus asimiladas, podrán hacerlo dentro del lapso de dos ejercicios anuales subsiguientes. El plazo indicado se contará a partir del cierre del ejercicio en que se produjo la inversión.

OBLIGACION DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

El artículo 116 de la Ley de Reforma Parcial de 1991 establece la obligación del Banco Central de Venezuela de publicar los Indices de Precios al Consumidor desde enero de 1950 al 31 de diciembre de 1991.

OBLIGACIONES DEL REGISTRADOR MERCANTIL

La norma contenida en el artículo 117 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, introduce nuevas obligaciones para los Registradores Mercantiles, quienes deberán exigir la presentación de la última Declaración de Rentas de aquellas sociedades que vayan a liquidarse, la cual deberá contener información hasta el día de la liquidación. El objeto de esta norma se contrae a que en los casos de liquidación de sociedades mercantiles, deben presentarse ante las autoridades tributarias las correspondientes declaraciones de rentas, debiendo luego mostrar la copia que se entrega al contribuyente, al Registrador Mercantil; con el cumplimiento de esta obligación, se evitaría la liquidación de Sociedades Mercantiles sin haber previamente determinado y pagado el Impuesto sobre la Renta.

DIVIDENDOS

El artículo 118 dispone que *"los dividendos y participaciones análogas no gravables, serán los que generen las compañías anónimas y sus asimiladas a partir de sus respectivos ejercicios tributarios regidos por esta Ley.*

Aquellos dividendos que provengan de enriquecimientos obtenidos por las empresas pagadoras antes de la vigencia de la presente Ley, se considerarán como pagados o abonados en cuenta al cierre del ejercicio gravable en curso para el año civil de 1991 y serán gravados conforme a la Ley vigente para el momento en que se produjeron.

Con tales propósitos se practicarán las retenciones de impuesto correspondientes y se presentarán las declaraciones complementarias de rentas que amerite el caso, sin que tales hechos determinen sanciones por retardo".

Ya nos habíamos referido al concepto de "dividendos" que trae el Parágrafo Quinto del artículo 14 de la Ley de Reforma Parcial de 1991.

Previo a la entrada en vigencia de la Ley en comentarios, las compañías anónimas y contribuyentes asimilados, no computaban los dividendos percibidos dentro del ingreso bruto global, en razón a que los mismos se gravaban en cabeza de los socios. Sin embargo, para las personas naturales residentes y los contribuyentes domiciliados en el país, asimilados a ellas,

existía la obligación de incluir dentro de su ingreso bruto global, los dividendos y demás participaciones análogas.

Pues bien, como quiera que la Ley de Reforma Parcial de 1991 elimina el impuesto a los dividendos, a lo cual se añade la circunstancia de su entrada en vigencia prevista para el 1° de septiembre de 1991, surge un vacío con respecto al gravamen de tales dividendos durante el referido año 1991, lo que motiva el establecimiento de la disposición transitoria en comentarios.

ANOTACIONES SOBRE LA CONTROVERSIA PLANTEADA EN RELACION A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Con respecto a la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Parcial de 1991, podemos decir que se ha planteado una intensa polémica acerca de su inmediata aplicación a los ejercicios fiscales en curso o, respecto a aquellos ejercicios que comiencen con posterioridad al 1° de septiembre de 1991.

El artículo 119 de la Ley en comentarios, establece que "... *entrará en vigencia el 1° de septiembre de 1991, se aplicará a los ejercicios en curso y a los que se inicien a partir de esa fecha. Las normas referentes al Registro de Información Fiscal establecidos en el parágrafo primero del artículo 23, en el parágrafo segundo del artículo 65, en el parágrafo único del artículo 66 y en el artículo 82 y las normas referentes al ajuste inicial por inflación, comprendidas en los artículos 90 al 96, y sobre reajuste regular por inflación comprendidas en los artículos 97 al 113, entrarán en vigencia el primero de enero de 1993*".

En primer término, debe decirse que al tratarse de una Reforma Parcial, los problemas referidos a su vigencia, sólo se plantean en relación con aquellos artículos reformados, pues los restantes continúan vigentes al no haber sufrido modificación alguna.

Para los artículos reformados se establecen dos fechas de entrada en vigencia, a saber:

a.- El 1-1-93 para los artículos referentes al Registro de Información Fiscal (parágrafo primero del artículo 23, parágrafo segundo del artículo 65, parágrafo único del artículo 66 y artículo 83), como las normas que regulan el Ajuste Inicial por Inflación (artículos 90 al 96) y el Reajuste Regular por Inflación (artículos 97 al 113) y,

b.- El día 1° de septiembre de 1991 entrarían en vigencia todos los demás artículos reformados cuya vigencia no se hubiere diferido para el 1-1-93, tal y como se indicó previamente.

El Código Orgánico Tributario, en su artículo 9° establece que *"las leyes tributarias regirán a partir del vencimiento del término previo a su aplicación, que ellas deberán fijar. Si no lo establecieran, se aplicarán vencidos los 60 días siguientes a su promulgación.*

Las normas que supriman o reduzcan sanciones, y las de procedimiento, se aplicarán desde que la Ley entre en vigencia, aunque las infracciones se hubiesen cometido, o los procedimientos se hubieren iniciado, bajo el imperio de leyes anteriores.

Cuando se trate de tributos que se determinen o liquiden por períodos, las normas referentes a la existencia o cuantía de la obligación, regirán desde el primer día del período del contribuyente que se inicie al entrar la Ley en vigencia conforme al encabezamiento de este artículo".

Al verificar una interpretación lógica del artículo 119 de la Ley de Reforma Parcial de 1991, en concordancia con el citado artículo 9° del Código Orgánico Tributario, resulta forzoso concluir que las únicas disposiciones aplicables de manera inmediata a los ejercicios en curso, son aquellas relativas a procedimientos, vale decir, normas adjetivas, tales como las referidas a los Certificados de Solvencia y a la Declaración Especial de Rentas para los casos de enajenación de inmuebles o derechos sobre los mismos (D-203).

Todas las normas de la Ley de reforma referentes a la existencia y cuantía de la obligación tributaria, deberán entrar en vigencia sólo para aquellos ejercicios del contribuyente que se inicien a partir del 1-9-91 y no deberán ser aplicadas a los ejercicios en curso para esa fecha, los cuales se seguirían regulando por la Ley de Reforma Parcial de 1986.

Al citar la norma del Código Orgánico Tributario, hemos indicado el camino a seguir para dilucidar la controversia planteada en relación a la entrada en vigencia de la Ley en comentarios. Sobre tal punto no debería en consecuencia haber discusión, pues las Leyes Orgánicas privan sobre las Leyes Especiales.

COMENTARIO FINAL

La reforma previamente comentada, tal y como dijimos al comienzo de estas breves reflexiones, constituye un buen intento de mejorar las cosas, aun cuando sin duda plantea serios problemas.

Ello en nuestro concepto obedece nuevamente a la falta de UNIFORMIDAD DE CRITERIOS y sobre todo, a la carencia de un método planificado y serio para acometer la reforma.

En este sentido no queremos pasar por alto que nuestro aporte[3], entregado al Gobierno Nacional a principios de 1989 y que consistía en una "sugerencia preliminar para un marco de referencia teórico y práctico" de la reforma que entonces se proyectaba, apenas fue tomado en cuenta. Tan sólo a nivel de CORDIPLAN se vio con interés nuestra propuesta de "PLANIFICAR LA REFORMA", para ajustarla al plan económico del nuevo Gobierno y a los principios fundamentales de la imposición.

Sin ánimo de elevar acusaciones o de descalificar a quienes se esforzaron por "hacer las cosas bien", pensamos que el proceso de reforma fue muy mal llevado, habiendo existido multitud de proyectos de las más variadas composiciones, con criterios muchas veces contrapuestos, lo cual no podía menos que plantear las incongruencias apuntadas en nuestros comentarios.

Desde el punto de vista de una adecuada técnica legislativa, creemos que el proyecto aprobado incurre nuevamente en el error de correr y alterar la numeración del articulado de la Ley; en este sentido habíamos sugerido en su oportunidad que se mantuviese la misma numeración de la Ley de Reforma Parcial de 1986, inscribiendo la palabra "derogado" sobre aquellos artículos, títulos o capítulos de la Ley que fueren objeto de eliminación total.

En todo caso, y como señalamos previamente, la reforma comentada significa, en muchos aspectos, un claro avance hacia la actualización y modernización de nuestra estructura tributaria.

---

[3] CARRILLO-BATALLA, Vicente. **"Lineamientos para un proceso planificado de reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Sugerencia preliminar para un marco de referencia teórico y práctico".**

La Constitución venezolana y la Ley de Régimen Penitenciario. Compatibilidades y contradicciones

María G. Morais de Guerrero
Profesora de Criminología, Ciencias Penitenciarias
y Política Criminal, Pre y Post-Grado
Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela

Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas
Universidad Católica Andrés Bello

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1992

La Comisión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, encargada de organizar los eventos conmemorativos del trigésimo aniversario de la Constitución de 1961, al invitarme a participar en los referidos actos, expresó textualmente:

> *"... Se hace necesario un alto en el camino para sacar el balance de lo realizado y lo pendiente en materia de legislación complementaria de la Constitución. En este campo se ha dictado un gran número de leyes pero se requiere examinarlas más detenidamente en cuanto a su fidelidad o incompatibilidad con el texto constitucional... La ponencia con la cual usted nos honraría al participar tratará el tema: "Ley de Régimen Penitenciario".*

Lo dicho establece los límites de mi trabajo. No se trata de analizar aquí las diarias y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y constitucionales perpetrados en las cárceles venezolanas. Nadie desconoce que la vida en nuestros establecimientos penales hace lucir el infierno de Dante como un cuento salido de la mágica pluma de Charles Perrault. Todos ya sabemos que los mencionados derechos, vigentes desde hace mucho tiempo, al menos teóricamente para todos los hombres y mujeres de la tierra, nunca han estado vigentes para los hombres y mujeres que se encuentran en prisión (Contreras Pulido, p.77). Esa realidad, mil veces denunciada, ha sido objeto de numerosos, serios y bien fundamentados estudios, realizados por criminólogos y penitenciaristas de gran prestigio, tanto nacionales como extranjeros.

Tampoco se trata de hacer un exhaustivo recuento de todas las disposiciones contenidas en los principales pactos y convenciones sobre los derechos

humanos aplicables a los reclusos. Esta labor también ya se hizo y consta en excelentes documentos que enriquecen la bibliografía sobre el tema.

De ahí que este trabajo pretenda únicamente examinar las compatibilidades y/o incongruencias de la Ley de Régimen Penitenciario -marco jurídico por excelencia del cumplimiento de las penas privativas de libertad en Venezuela- con el texto constitucional patrio, lo que evidentemente no excluye la eventual -a veces obligada- mención a la praxis penitenciaria y a la normativa jurídica internacional sobre derechos humanos.

Asimismo, en aras de la exacta definición de los linderos del presente estudio, es muy importante aclarar que la Ley de Régimen Penitenciario sólo se aplica a los sujetos condenados. Efectivamente su artículo 4° reza: "Las disposiciones de la presente Ley serán aplicadas a los condenados por sentencia contra la cual se hayan agotado o no sean procedentes los recursos ordinarios o extraordinarios que determine la Ley". Esto implica que quedarán excluidas de nuestro análisis todas aquellas disposiciones constitucionales que tienen por finalidad garantizar la inviolabilidad de la libertad y seguridad personales en la fase procesal. Me refiero específicamente a las garantías consagradas en los artículos 48, 60, 68 y 69 de la Constitución nacional, las cuales se supone están desarrolladas en las leyes respectivas y que se presume hayan sido respetadas en las etapas del proceso penal que preceden a la sentencia condenatoria definitiva, momento a partir del cual la vida y relaciones del condenado pasan a regirse por lo dispuesto en la Ley de Régimen Penitenciario. Quedo pues eximida de tratar los derechos constitucionales de los procesados, dedicándome exclusivamente a los condenados.

I. LOS CONDENADOS Y SUS DERECHOS

¿El condenado tiene derechos? ¿Cuáles? ¿En qué instrumentos jurídicos están previstos? ¿Qué prerrogativas pierde en razón de la condena?

Sí, el condenado tiene derechos. En primer lugar todos aquellos derechos fundamentales que corresponden a la persona humana y que no se pierden por el delito.

El Papa actual, Juan Pablo II en su discurso dirigido a los capellanes de cárceles, pronunciado el 14 de noviembre de 1983 en Roma, expresó:

> *"El hombre conserva íntegra su dignidad de persona que por su naturaleza es inalienable, incluso en estado de culpabilidad. Las restricciones de las libertades personales encuentran un límite infranqueable en esa dignidad y la sociedad cuanto más solícita es en garantizar los derechos del hombre, tanto más consciente se hace del espacio y de los medios con que cuenta para defenderse de la delincuencia. La dignidad de la persona humana es siempre fundamental principio orientador".* (Lebrún, p. 58).

Considerando que los derechos consagrados en varias declaraciones, pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos, son recogidos en las Constituciones de los diversos países, se puede decir que la fuente primigenia de los derechos del condenado es la Carta Magna.

La Constitución de 1961, comprometida desde su preámbulo con el amparo a la dignidad humana, no hace ninguna excepción en cuanto a los derechos fundamentales que corresponden a todos los venezolanos y por lo tanto también a los que están condenados por sentencia firme.

Pero las normas constitucionales aplicables a los condenados no se agotan con el respeto a los derechos fundamentales. La mayoría de las Constituciones contienen referencias al régimen penitenciario. Algunas, como las de Perú, Panamá, Nicaragua, aluden a la finalidad de la pena: "reeducación", "rehabilitación" o "reincorporación" del penado a la sociedad; otras como las de Brasil y Argentina disponen sobre la salubridad e higiene de los establecimientos, previenen contra los castigos y malos tratos a los presos, conminando sanciones a las autoridades responsables de los mismos; otras, como la mexicana, contiene normas programáticas, estableciendo expresamente la separación de penados y procesados, el régimen para mujeres y menores infractores, el trabajo penitenciario y las principales faltas en que pueden incurrir los funcionarios de prisiones (I.I.D.H., p. 199).

Nuestra Constitución no trata específicamente los derechos de los condenados, ni se pronuncia sobre la organización del régimen carcelario, no obstante la Ley de Régimen Penitenciario de 1961 -he aquí una coincidencia: ambas están cumpliendo treinta años- desarrolla algunos derechos individuales y sociales consagrados en la Carta Magna y de los cuales son sujetos los sentenciados.

Por otra parte, Venezuela ha suscrito documentos internacionales muy importantes que contienen disposiciones aplicables al ámbito penitenciario: El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes, etc. En el caso de los dos primeros, son leyes de la república puesto que fueron ratificados por nuestro país. Si algunos de los derechos enunciados en tales documentos no apareciesen consagrados en nuestra Constitución o lo fuesen en medida menor que en los instrumentos internacionales, ello no implicaría la negación de su existencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 del texto constitucional:

> *"La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no deben entenderse como negación de otras que siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".*

El documento internacional más importante en lo que respecta a los derechos de los condenados son las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Recomendaciones Relacionadas", aprobadas en el I Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente reunido en Ginebra en 1955. Esa Resolución de la ONU es considerada como el aporte más significativo en el señalamiento de los derechos de los presos y en la indicación de elementos destinados a la humanización de la ejecución penal. Las Reglas Mínimas han servido de inspiración para la mayoría de las leyes penitenciarias aprobadas después de 1955, entre ellas, la nuestra.

Algunas disposiciones contenidas en los Códigos Penal y Procesal Penal*, Leyes de Régimen, Códigos Penitenciarios y Reglamentos Especiales completan

---

* El Código Penal venezolano, por ejemplo, en sus artículos 14, 15, 17 y 18 dispone sobre aspectos de la ejecución penal tales como el lugar de cumplimiento de las penas, la obligación que tiene el sentenciado de trabajar, el tipo de trabajo que debe realizar, las condiciones en que debe ejecutarse y la separación de condenados según el sexo y tipo de pena.
Nuestro Código de Enjuiciamiento Criminal (art. 403 y ss.) ordena al funcionario judicial visitar cada 15 días los establecimientos penales donde haya detenidos cuya causa curse ante su tribunal a fin de averiguar el trato, asistencia, alimentación, trabajo que se les da a los presos y oírles las quejas. Aun cuando estas disposiciones se refieran a los procesados es bueno incluirlas aquí como ejemplo de defensa de los derechos de los reclusos.

el espectro legal que busca limitar el poder del Estado sobre el hombre privado de libertad.

Esas reglas constituyen hoy un cuerpo legislativo autónomo que se denomina Derecho Penitenciario el cual se fundamenta precisamente en el reconocimiento de que los condenados tienen derechos que deben ser garantizados y cuyo respeto no debe quedar al arbitrio del Poder Ejecutivo. Así, al principio de la legalidad del delito y de las penas, se une el principio de la legalidad de la ejecución de las mismas.

Ahora bien, la sentencia penal condenatoria, máxime la pena privativa de libertad, impide, al menos temporalmente, el ejercicio de algunas prerrogativas de rango constitucional, puesto que como señala Brewer-Carías (p. 466), la consagración de los derechos y garantías no es absoluta sino que está sometida a una serie de limitaciones constitucionales y legales inspiradas por el interés general, la justicia y el "orden público y social", en fin, por el "derecho de los demás" (Const., art. 43).

Cuando se impone una sanción penal al culpable de un delito es precisamente porque no hubo respeto al "derecho de los demás", a bienes tan importantes como la vida, la integridad física, el honor, la propiedad, etc. A pesar de ello el condenado conserva estos mismos derechos consagrados en la Constitución: a la protección de su vida, de su integridad física y de su honor. ¿Entonces, qué derechos afecta la condena?

Obviamente las penas previstas en el art. 9° del Código Penal venezolano: presidio, prisión, arresto, relegación a una Colonia Penal, confinamiento y expulsión del territorio de la República por ser privativas o restrictivas de libertad, afectan el derecho reconocido en el artículo 64 de nuestra Carta Magna, el de libre tránsito por el territorio nacional.

Si examinamos el elenco de las penas establecidas en el artículo 10 del CP, nos encontramos también con que algunas de ellas limitan el goce de otras garantías constitucionales. Dichas sanciones son: la interdicción civil, la inhabilitación política, la inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria o cargo, destitución o suspensión de empleo, amonestación o apercibimiento y pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el delito.

Las dos primeras son penas accesorias a las de presidio y prisión. La pena de presidio acarrea la interdicción civil y la inhabilitación política durante el tiempo de la condena y la prisión, sólo la inhabilitación política (artículos 13 y 16).

Establece el artículo 23 del Código Penal que los efectos de la interdicción civil son los de privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos, de la patria potestad y de la autoridad marital.

Los efectos de la inhabilitación política, según el artículo 24 del Código, son la privación de cargos o empleos públicos o políticos que tenga el penado, la incapacidad para obtener otros y la pérdida del derecho activo y pasivo del sufragio. Sobre este punto todo está muy claro: el condenado no puede ejercer los derechos consagrados en el Capítulo VI de la Constitución.

La interdicción civil afecta la libertad de trabajo prevista en el artículo 84 y el derecho a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia consagrado en el artículo 95 de la Constitución, puesto que el penado podría tener como trabajo o actividad lucrativa, por ejemplo, una empresa constructora o de compra y venta de inmuebles, lo que supondría disposición y administración de sus bienes.

Los mismos derechos se ven afectados con la prohibición para ejercer alguna profesión, industria o cargo y por la destitución o suspensión de empleo (arts. 25, 26 y 27 del CP).

Según el artículo 32 del Código Penal, la amonestación o apercibimiento es la corrección verbal que el Juez ejecutor da al penado en los términos que ordena la sentencia, extendiéndose acta de aquélla que se publicará en el periódico oficial. Es evidente que la publicidad ordenada por la ley menoscaba el derecho constitucional que tiene toda persona a la protección de su reputación (Const., art. 59). Es menester señalar que esa sanción, según el contenido publicitado, podría llegar a ser considerada como pena infamante, expresamente proscrita por nuestra Constitución (art. 60, 7°).

Finalmente el derecho a la propiedad (Const., art. 99) se afecta con el decomiso de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan (art. 33, CP).

II. LA LEY DE REGIMEN PENITENCIARIO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La Ley de Régimen Penitenciario de Venezuela fue promulgada el 21 de julio de 1961, reglamentada el 7 de octubre de 1975, por el decreto N° 1.179 y reformada el 17 de agosto de 1981.

En páginas anteriores ya expresé algunas ideas fundamentales sobre la ley objeto de nuestro análisis: 1) contiene los principios que orientan el cumplimiento de las penas privativas de libertad; 2) se inspiró en las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos y, 3) desarrolla algunos derechos individuales y sociales consagrados en la Constitución. Ahora, sin más prolegómenos corresponde examinar hasta qué punto sus disposiciones son fieles o contradicen el texto constitucional.

El primero de los derechos constitucionales desarrollado en la Ley de Régimen Penitenciario es el de la igualdad. De hecho, su artículo 6° establece: *"Las disposiciones de la presente Ley serán aplicadas sin diferencias ni discriminación alguna entre los penados, salvo las derivadas de los tratamientos individualizados a que éstos sean sometidos"*. En principio esa disposición parece compatible con el artículo 61 de la Constitución nacional *"No se permitirán discriminaciones fundadas en el sexo, el credo y la condición social"*.

Digo parece compatible, porque la parte final del artículo en cuestión -*"salvo las derivadas de los tratamientos individualizados a que éstos sean sometidos"*- abre las puertas a cualquier cantidad de excepciones, diferencias y discriminaciones. En ninguna parte de la Ley, de su Reglamento, de la doctrina o jurisprudencia, está definido lo que se quiere significar con "tratamientos individualizados". Supongo que puede tratarse, por ejemplo, de la excepción de la obligación de trabajar cuando un condenado esté sometido a una cura para desintoxicarse de una grave adicción a las drogas, o de asistir a las actividades escolares cuando el penado se ve acometido de una crisis psicótica. No obstante dicha indefinición puede ser utilizada para justificar los privilegios de que gozan aquellos reclusos que los pueden pagar: ubicación en celdas o pabellones especiales, asignación de determinadas tareas, salidas transitorias del establecimiento penal, visitas extraordinarias,

etc. Nadie ignora que en nuestras prisiones funciona una suerte de mercado persa donde todo se compra y todo se vende lo cual conduce a que tenga razón George Orwell cuando dice: *"Todos son iguales ante la ley, pero hay algunos más iguales que otros"*.

El mismo artículo 6° a que nos referimos anteriormente trata de desarrollar además uno de los derechos fundamentales, absolutos de todo ser humano: el de no ser incomunicado, torturado o sometido a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral, en otras palabras, el derecho a la integridad física y mental.

Como señala Brewer-Carías (p. 492) se trata de un derecho absoluto porque no puede ser limitado en forma alguna por el legislador ni restringido o suspendido su ejercicio por actos de gobierno, ni siquiera en los casos de emergencia o conmoción que pueda perturbar la paz de la república o de graves circunstancias que afecten la vida económica y social.

Si examinamos los más importantes documentos internacionales sobre derechos humanos, encontramos en todos ellos la protección a la integridad física y mental. Así, el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa que *"nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"*; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos expresa lo mismo en su art. 7° y la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Faúndez: 90, p. 243).

Entre 1984 y 1985 fueron aprobadas dos Convenciones contra la tortura -ambas suscritas por Venezuela- a saber: la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y la Convención Interamericana para la Prevención y Castigos de la Tortura.

Estos últimos documentos son enfáticos en considerar la integridad física como un derecho fundamental y absoluto, por lo que expresan que ninguna circunstancia podrá ser invocada como justificación de la tortura, incluso,

según la Convención Interamericana, *"ni la peligrosidad del detenido o prisionero, ni la falta de seguridad de la prisión o penitenciaria"* (Faúndez, ib., p. 244).

Pero al condenar la tortura no sólo se está protegiendo la integridad física y mental. Se defiende sobre todo la dignidad del ser humano, puesto que la tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante ofende a la dignidad del hombre.

Establece nuestra Constitución:

> Art. 60, 3°: *"Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral. Es punible todo atropello físico o moral inferido a persona sometida a restricciones de su libertad".* *

> Art. 60, 7°: *"Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de libertad no podrán exceder de treinta años".*

A diferencia de los instrumentos internacionales antes mencionados la Constitución nacional no se refiere específicamente a "tratos o penas crueles inhumanas y degradantes".** No obstante la expresión *"otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral"* es suficientemente amplia para que la protección constitucional abarque todo abuso físico y mental.

El artículo 6° de la Ley de Régimen Penitenciario dice:

> *"Se prohíbe someter a los penados a cualquier clase de trato vejatorio o humillante, así como el empleo de medios de coerción que no sean los permitidos por la Ley".*

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 48 del Reglamento de la Ley de Régimen Penitenciario:

---

* El artículo 182 de nuestro Código Penal, castiga con prisión de tres a seis años las ofensas a la dignidad humana, vejámenes, torturas, atropellos físicos y morales cometidos en persona detenida.

** Aun cuando las palabras "infamantes" y "degradantes" no sean absolutamente sinónimas se podría asimilar ambos significados.

"Ninguna corrección disciplinaria podrá consistir en maltrato de palabra y obra ni otras medidas o actos que ofendan la dignidad personal".

Pero aclara el párrafo único:

"No se considerará maltrato el empleo de la fuerza estrictamente necesaria para someter al recluso en rebeldía ni la que se precisare para evitar o repeler la agresión a terceros, ni la empleada para evitar actos colectivos de violencia que amenacen la vigilancia y la seguridad del establecimiento".

De hecho, el artículo 6º prevé el uso de medios de "coerción" y el artículo 57 de la misma ley dice: *"Los medios de coacción sólo podrán emplearse cuando concurran las siguientes circunstancias:*

1. Existir actitud o conducta individual o de grupos de los reclusos que signifiquen peligro inminente y grave daño para las personas y las cosas.

2. Haberse agotado todos los otros medios para dominar al recluso o a los reclusos.

3. Orden expresa del funcionario encargado de la dirección del establecimiento que autorice el recurso a tales medios".

Considero estos dispositivos legales muy peligrosos para el resguardo de la integridad física del condenado porque el empleo de expresiones tales como: "fuerza estrictamente necesaria", "agresión a terceros", "actos que amenacen la seguridad del establecimiento" sin la debida precisión de su significado, crea la posibilidad de que se cometan toda suerte de atropellos y abusos de autoridad. En la práctica, sucede a diario.

Por otra parte, el artículo 57 sólo se refiere a las circunstancias en que procede el uso de los medios de coacción, pero no aclara cuáles medios pueden ser utilizados sin lesionar la integridad física y mental del penado. Además, queda al arbitrio de la autoridad valorar qué "actitud o conducta individual o grupal significan peligro" y cuándo ese peligro es "inminente".

Parece ser que la integridad física y mental de los reclusos sólo interesa a nivel de discurso porque siempre que hay que protegerla de verdad, la ley sabe cómo, a través de imprecisiones, lagunas y omisiones, dejar las fisuras por donde se cuelan las arbitrariedades.

Lo mismo ocurre en los instrumentos internacionales y para muestra basta el artículo 1° de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes* el cual dice:

> *"...no se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida que están en consonancia con las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos".*

En igual sentido se pronuncian tanto la Convención de la ONU Contra la Tortura, como la Convención Interamericana para la Prevención y Castigo de la Tortura.

Las Reglas Mínimas que, según lo dicho anteriormente, deberían fungir como límite a los abusos no son mucho más explícitas ni garantizadoras pues sólo establecen: 1) que los medios de coerción tales como esposas, grillos y camisas de fuerza nunca podrán aplicarse como sanciones, 2) que los grillos y cadenas tampoco deberán emplearse como medios de coerción, 3) que los **demás medios** de coerción (me sigo preguntando, ¿cuáles?) sólo podrán ser utilizados:

a) como medida de precaución contra la fuga durante un traslado, siempre que sean retirados cuando el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa;

b) por razones médicas y/o indicación del médico;

c) por orden del Director si han fracasado los **demás medios** para dominar el recluso con el objeto de impedir que se dañe a sí mismo, a otros o produzca daños materiales.

---

* Resolución 3.452, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

Además de los planteamientos precedentes, es necesario destacar que en Venezuela, tanto a nivel legal, como en la praxis penitenciaria, el respeto a la garantía constitucional de la protección a la integridad física y mental se encuentra muy vinculada con el aspecto disciplinario.

En la Ley de Régimen Penitenciario, las disposiciones relativas a la Disciplina se encuentran en el Capítulo VIII, artículos 50 al 60.

Comienza el artículo 50 diciendo: *"El desarrollo ordenado de la vida de los reclusos y el mantenimiento de la disciplina son imperativos básicos del Régimen Penitenciario"*. ¡Ciertamente! Como lo advierte Contreras Pulido (p. 81), en nuestro medio penitenciario, por una vieja tradición, el orden, (cuyo límite y definición no aparece por ninguna parte) y la disciplina se han convertido en una obsesión. Para un Director de Cárcel, su mejor credencial es poder decir que en el establecimiento que dirige no hay huelgas, motines, heridos, etc. En caso de que eso fuera cierto habría que preguntarse: ¿A qué precio? No sería a costa de la violación de los derechos humanos y prerrogativas constitucionales?

En honor a la verdad, es necesario decir que la Ley de Régimen Penitenciario enuncia reglas destinadas a rodear la intervención disciplinaria de ciertas garantías mínimas las cuales a su vez hacen eco de otros derechos constitucionales.

Así, el artículo 52 dispone:

> *"El reglamento determinará las faltas disciplinarias y su correspondencia con las sanciones establecidas en esta Ley, así como la autoridad que podrá imponerla y el procedimiento a seguir en cada caso"*.

Aparentemente la Ley de Régimen Penitenciario luce respetuosa del principio de la legalidad consagrada en la Constitución, pero en el "Reglamento", no están tipificadas las faltas y mucho menos establecida su correspondencia con las sanciones. El art. 44 del Reglamento señala los "Deberes" de los penados, un catálogo de obligaciones de la más variada índole, que van desde "no retener ni ocultar llaves, ganzúas, clavos, armas, joyas y dinero", hasta "estar decorosamente vestido" pasando por "asistir al centro educativo hasta completar la educación obligatoria".

Además llama la atención y preocupa, la existencia de categorías tan abiertas, ilimitadas e imprecisas, como éstas: "Abstenerse de participar en **actos contrarios**, a la disciplina, la seguridad, el orden, la vigilancia y la higiene del establecimiento" u "**obedecer a las autoridades** tanto civiles como militares del penal", (destacado mío) en cuanto pueden acarrear sanciones severas y son contrarias al principio de la legalidad.

Ahora bien, el artículo 45 no tipifica las faltas, limitándose a decir que el incumplimiento de **cualquiera** de los derechos establecidos por el artículo 44 dará lugar a la aplicación por parte del director o subdirector de **cualquiera** (¿dónde está la correspondencia?) de las sanciones señaladas por la Ley. Este hecho no sólo favorece las arbitrariedades, sino que constituye una infracción al derecho a un juicio justo.

El anunciado procedimiento reglamentario también brilla por su ausencia. La misma ley es la que brinda a los penados cierta seguridad al prever que:

> Art. 50: *"el penado, al ingresar al establecimiento recibirá amplia información de las normas que hay que observar y la conducta que ha de seguir, especialmente en lo que se refiere a infracciones disciplinarias, sanciones, premios, privilegios y derechos".*
>
> Art. 51: *"la potestad disciplinaria es atribución exclusiva del personal de los servicios penitenciarios. Ningún recluso podrá ostentarla ni ejercerla".*
>
> Art. 55: *"una misma infracción no podrá ser dos veces sancionada (art. 60, N° 8 de la Const.) pero podrá merecer distintas sanciones disciplinarias de ejecución simultánea o sucesiva".*
>
> Art. 56: *"El procedimiento para la aplicación de sanciones disciplinarias implica la previa información al recluso de la falta que se le imputa y el oír lo que alegue en su defensa (art. 60, 5° Const.)".*

Finalmente, el artículo 59 de la Ley de Régimen Penitenciario, en consonancia con lo previsto en el artículo 67 de la Constitución, dispone que los reclusos serán oídos por los inspectores de los servicios penitenciarios en sus visitas y por el director del establecimiento o un funcionario en quien delegue,

cuando así lo soliciten para presentar peticiones o formular quejas. Asimismo podrán elevar sus peticiones y quejas a las autoridades superiores de cualquier orden, guardando la mesura y forma debidas.

A pesar de todas esas garantías legales, la naturaleza misma de algunas sanciones y procedimientos disciplinarios implica un desconocimiento de la dignidad del penado y una mortificación que desvía el régimen penitenciario de su finalidad resocializadora para lindar con lo meramente vindicativo (I.I.D.H., p. 227).

Según el artículo 53 de la Ley de Régimen Penitenciario las sanciones disciplinarias son:

a) amonestación privada;
b) pérdida total o parcial de beneficios, privilegios y premios reglamentariamente obtenidos;
c) reclusión en la propia celda hasta por 30 días;
d) reclusión en celda de aislamiento hasta por 15 días, sin que ello implique incomunicación absoluta;
e) ubicación en grupo de tratamiento más riguroso y,
f) traslado a otro establecimiento.

De acuerdo con el artículo 54 **ejusdem**, las sanciones previstas en las letras c) y d) sólo podrán ser aplicadas bajo diaria y estricta vigilancia médica.

Pero esa enumeración no parece taxativa pues el artículo 65 de la Ley, prevé otra sanción: el veto a la correspondencia. Me explico: el referido artículo concede a los condenados el derecho de mantener correspondencia con sus parientes y allegados, prerrogativa que se relaciona con tres garantías constitucionales: la de estar informado, la de no ser incomunicado y de la inviolabilidad de la correspondencia*. Ninguna de estas garantías se afecta en

* No se encuentra en la Ley de Régimen Penitenciario, tampoco en su Reglamento ninguna disposición que autorice a los funcionarios de prisiones a controlar el contenido de la correspondencia de los reclusos, pareciendo así que éstas gozarán de la garantía prevista en el art. 63 de la Constitución. Obviamente como señala Zaffaroni la correspondencia de un recluso puede ser interceptada como la de cualquier persona, en función de orden judicial y con las formalidades procesales del caso, como lo prevé la Constitución, pero de modo alguno puede admitirse, como en la práctica se hace, la indiscriminada e impune violación epistolar (I.I.D.H., p. 218). Por otra parte en este caso, el bien jurídico en peligro no sería únicamente la libertad en su aspecto de secreto epistolar, sino el ejercicio legítimo de los derechos de petición y denuncia, (Del Olmo, p. 175) a los que nos referimos anteriormente.

consecuencia de la sanción penal, no obstante, la autoridad penitenciaria, en base a la conducta del penado puede impedir que éste envíe o reciba correspondencia, lo que constituye un castigo.

Igualmente el art. 53 del Reglamento de la Ley deja entrever que hay otra sanción que no aparece establecida claramente en ningún lado. Me refiero a la privación de la visita. Dice el artículo:

> *"Dos días a la semana y a las horas previamente determinadas por la Dirección del establecimiento podrán ser visitados los reclusos por sus familias y amigos* ***con exclusión de aquellos detenidos que estén privados de visitas como medida disciplinaria"*** (destacado mío).

Me parece que algunas de las sanciones previstas en la Ley de Régimen Penitenciario podrían ocasionar la violación del derecho a la integridad física y mental. Me refiero a las que implican aislamiento celular, la ubicación del penado en grupo de tratamiento más riguroso y el traslado a otro establecimiento. Dichas sanciones, que por sí mismas son severas, podrían transformarse en inhumanas o crueles si analizamos aspectos conexos como su motivación, necesidad y efectos, tanto físicos como psicológicos, sobre todo considerando que nuestra Ley de Régimen Penitenciario no hace una adecuada correspondencia entre la gravedad de la falta y la severidad del castigo, dejando esta tarea tan delicada al total arbitrio de la autoridad penitenciaria.

Igualmente merecen reparo la prohibición de recibir visitas así como la de enviar o recibir correspondencia. Tales medidas son inconvenientes porque reducen el ya exiguo contacto del penado con el mundo exterior agravando los efectos psicológicos propios de la privación de libertad, amén de constituirse en un trato inhumano.

Para concluir este punto es importante señalar que las bochornosas e inadmisibles violaciones a la integridad física y moral, que mediante la práctica de una vejatoria y humillante requisa, se cometen en contra de las personas que acuden a los establecimientos penitenciarios a visitar familiares y amigos, no están permitidas por ninguna ley ni reglamento. Pienso que hay que prohibirlas expresamente a fin de que la pena no siga trascendiendo de la persona del delincuente.

La Ley de Régimen Penitenciario contiene también disposiciones que se relacionan con la libertad de pensamiento, más precisamente con el derecho a la información, es decir, con el derecho que tiene el recluso de estar informado.

Su artículo 66 establece que la administración penitenciaria informará a los reclusos de la actualidad nacional e internacional por los medios de difusión general o especial **que los reglamentos permitan, previa la debida supervisión** o por medio de las publicaciones y emisiones, que **por aquélla** (la administración) se editen u organicen. Todas las expresiones subrayadas no significan otra cosa que la censura previa y una vez más vemos cómo la ley limita el goce de una garantía constitucional o faculta a la autoridad administrativa para hacerlo.

La libertad religiosa encuentra la debida resonancia en la Ley de Régimen Penitenciario, que en su artículo 61 establece que los penados tienen derecho a comunicarse con un representante calificado de su religión y a cumplir con los preceptos de su fe, y el art. 62 dispone que en los establecimientos penitenciarios se celebrará el culto católico pero que la asistencia a sus actos será absolutamente libre.

Pasando a otro aspecto, es necesario mencionar que una de las instituciones de mayor prestigio tanto en la doctrina como en las leyes penitenciarias -el Diagnóstico Criminológico- se presta a la violación del derecho a la intimidad, consagrado en el art. 59 de la Constitución Nacional.

El Diagnóstico Criminológico, previsto en el art. 10 de la Ley de Régimen Penitenciario es una técnica "científica" que utilizando la observación y los métodos bio-psico-sociales hurga a fondo en todos los aspectos de la personalidad del condenado con la finalidad de conocer "el por qué" de su conducta delictiva, de clasificarlo y de establecer el tratamiento adecuado para lograr su rehabilitación.

Los profesionales (médicos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales) encargados de realizar el diagnóstico criminológico no encuentran en la legislación ningún límite a su ingerencia en la vida privada, presente y pasada del individuo. Sus informes suelen contener conceptos estigmatizantes y que se anexan a expedientes de libre acceso a todo tipo de personal: administrativo,

judicial, hasta investigadores y estudiantes universitarios lo que significa una seria violación a la esfera íntima del condenado. La pena privativa de libertad no puede, ni debe, bajo ningún concepto, adueñarse de toda la personalidad e intimidad del sujeto.

Recuerda Zaffaroni que los profesionales que realizan el diagnóstico no están relevados del secreto profesional ni los funcionarios están autorizados a divulgar los datos de la intimidad de la persona. *"La pena privativa de libertad que se ejecute en forma que no respete estas pautas queda convertida en una renovación de la picota lo que es absolutamente intolerable para los Derechos Humanos"* (I.I.D.H., p. 209).

Es entonces imprescindible reglamentar este punto para hacerlo compatible con letra de la Constitución.

Pasemos ahora a examinar los aspectos relacionados con los derechos sociales.

Quizás el derecho a la salud, consagrado en el art. 76 de nuestra Carta Magna, sea el mejor desarrollado en la Ley de Régimen Penitenciario, que le dedica el Capítulo VII, denominado "Asistencia Médica". Esto, de ningún modo significa que en la práctica se garantice a los presos el goce de ese derecho constitucional. Todo lo contrario, en nuestras prisiones no hay derecho más ignorado.

En realidad la cárcel es un microcosmos en el cual se reproducen todos los problemas de que adolece la sociedad libre. Esto es cierto hasta tal punto que no dudo en atribuir la culpa del lamentable estado médico-sanitario de los penales venezolanos al art. 43 de la Ley de Régimen Penitenciario, que dispone: *"los servicios médicos penitenciarios serán organizados y funcionarán conforme a las normas de los servicios nacionales de su índole y vinculados a los servicios sanitarios y hospitalarios de las respectivas localidades"* (destacado mío).

Hasta ahora se ha venido cumpliendo al pie de la letra este artículo. Efectivamente el desastre sanitario de las prisiones funciona conforme y está totalmente vinculado al desastre sanitario del resto del país.

Si el Estado no ha sido capaz de garantizar la salud de los venezolanos respetuosos de la ley ¿qué pueden esperar los delincuentes privados de libertad y que, para más señas, no votan?

No obstante, la Ley de Régimen Penitenciario, sobre el particular, tiene normas tan expresivas como éstas:

> Art. 36: *"Los locales destinados a los reclusos especialmente los de alojamiento nocturno satisfarán las exigencias de la higiene en lo que a espacio, luz, ventilación e instalaciones sanitarias se refiere, según las normas de la medicina preventiva para la conservación y mejoramiento de la salud física y mental del recluso".*
>
> Art. 41: *"Se suministrará a los penados una dieta alimenticia suficiente para el mantenimiento de su salud".*
>
> Art. 42: *"La asistencia médica integral se prestará en la medida que requiera la prevención, fomento y restitución de la salud del penado".*

Además, la Ley (artículos 44 al 49), respecto a la salud de los condenados prevé que el Ministerio de Justicia suministrará a los establecimientos los útiles y medicamentos necesarios para el cumplimiento de la labor médica; que todo recluso a su ingreso en el establecimiento será sometido a las medidas profilácticas fundamentales, a los exámenes y exploraciones clínicas necesarios para determinar su estado de salud y el tratamiento a seguir; que los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales e instalaciones adecuados (consulta médica, sala de curas, sección de psiquiatría, hospitalización, odontología, radiografía, etc.) y del personal necesario para prestar los servicios; que los médicos penitenciarios deben inspeccionar la higiene y aseo de los locales y de los reclusos, la dieta alimenticia en su calidad y preparación y realizar el control de los presos sometidos a medidas disciplinarias. Finalmente se autoriza el traslado de los reclusos a centros médicos no penitenciarios en casos que sea necesario.

Frente a todos esos dispositivos legales no podemos menos que exclamar, ¡por falta de ley no será!

El texto constitucional contempla la educación como deber (art. 55) y como derecho (art. 78). Aparentemente se encuentra concebida de la misma forma en la Ley de Régimen Penitenciario.

Una primera lectura de los artículos que la referida Ley (Capítulo V, artículos 23 al 33) dedica al tema, podría conducirnos a sacar conclusiones equivocadas sobre sus bondades o verdaderas intenciones.

Solamente un análisis más acucioso y hecho con sentido crítico nos revela que todo lo referente a la educación y cultura en la Ley de Régimen Penitenciario se plantea más como un deber que como un derecho, con un fuerte trasfondo moralizante y disciplinador, lo que, como pretendemos demostrar más adelante, atentaría contra la libertad de pensamiento, garantizada en el art. 66 de la Carta Fundamental.

El artículo 23 de la Ley de Régimen Penitenciario reza:

> *"La acción educadora será de naturaleza integral, alcanzará a todos los penados y se preocupará en fijar sanos criterios de discernimiento moral y convivencia social, así como los necesarios hábitos de higiene individual y colectiva".*

El verdadero reconocimiento del derecho constitucional a la educación se encuentra en las expresiones "alcanzará a todos los penados" y no puedo menos que aplaudirlo. Encomiable también es la preocupación de la ley en el sentido de que dicha educación sea "integral". Esto significa:

- que la instrucción primaria es obligatoria para quienes carezcan de ella (art. 23);

- que la instrucción de los penados se extenderá en cuanto sea posible hasta la educación secundaria y técnica (art. 27);

- que los establecimientos penitenciarios deberán tener una biblioteca fija o circulante para el uso de los penados (art. 28);

- que se fomentará la enseñanza y prácticas musicales como bandas, coros, orquestas, etc. (art. 29);

- que se fomentarán las actividades deportivas (art. 32), etc.

Igualmente, se constata la compatibilidad de la Ley de Régimen Penitenciario con la Constitución nacional, cuando el artículo 25 de aquélla dispone:

"Las enseñanzas correspondientes a la rama de Instrucción Primaria se adaptarán a los programas oficiales vigentes, con el desarrollo y métodos exigidos por la edad y nivel de los educandos y darán derecho a la obtención, previo examen, de los certificados que otorga el Ministerio de Educación, sin que dichos certificados contengan indicación alguna expresiva del establecimiento penitenciario y circunstancias en que se obtuvieron".

No obstante es menester desenmascarar el discurso moralizante que está latente en el texto en cuestión. Veamos:

Nuestra Ley de Régimen Penitenciario, como tantas otras en el mundo establece como finalidad de la pena privativa de libertad la rehabilitación y readaptación social.* Efectivamente dice el artículo 2°:

"El período de cumplimiento de dichas penas será utilizado para procurar la rehabilitación del penado y su readaptación social por los sistemas y tratamientos establecidos en esta Ley".

Del texto se desprende entonces no sólo la finalidad de la sanción sino también los medios para lograrla. Entre los "sistemas y tratamientos" establecidos en la Ley se encuentran la disciplina, la asistencia médica, social y religiosa, el trabajo y por supuesto, la educación.

La idea de rehabilitación, readaptación, reinserción social del recluso, como consecuencia del "Tratamiento" está seria y ampliamente cuestionada por la doctrina criminológica de vanguardia, no sólo porque ha fracasado en la práctica, pero sobre todo por estar en entredicho desde el punto de vista ético, debido a dos razones fundamentales:

1. Cuando se habla de tratamiento del delincuente ello está verdaderamente referido a "ciertos" delincuentes, dependiendo de su clase social. En otras palabras el tratamiento recae sobre los pobres diablos que son huéspedes de

* Actualmente hay un consenso universal en atribuir a la pena una finalidad resocializadora. Ello se puede apreciar, tanto en los Pactos y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, en las Constituciones, en los Códigos Procesales y Penales y en las Leyes de Régimen Penitenciario.

nuestras prisiones. En las escasas, escasísimas oportunidades en que delincuentes que pertenecen a las capas altas de la sociedad van a las cárceles, máxime los delincuentes de cuello blanco, no son objeto de tratamiento alguno porque se supone que ya están "socializados". ¿No será éste un trato discriminatorio, inconstitucional?

2. El tratamiento es una forma de manipulación de la persona, obligándola al cambio de conducta, imponiéndole los valores institucionales de la cultura dominante. Para la rehabilitación del delincuente se utiliza un patrón de tratamiento con base en métodos biológicos, psicológicos, pedagógicos, **educativos** y sociales, todo ello referido a la "personalidad del sujeto que se supone desadaptado, obviando las defectuosas estructuras sociales que son co-responsables del fenómeno delictivo. Resumiendo, el ideal de tratamiento no es justo ni ético porque utiliza todos los medios anteriormente señalados para lograr del preso la aceptación forzada de los valores del consenso (Miralles, p. 107), es decir el Estado utiliza su autoridad total sobre el condenado para cambiar su conducta, modelándola para adaptarse a valores y normas vigentes en una sociedad y momento dados. ¡Como si nuestra sociedad fuese un ejemplo a imitar!

Y a esto se presta la "educación" en los penales, para eso mismo está concebida como se puede constatar en el aludido art. 23 de nuestra Ley de Régimen Penitenciario, cuando dice: *"La acción educadora...se preocupará **de fijar sanos criterios de discernimiento moral y de convivencia social...**"* y el art. 30 cuando expresa: *"como integrantes de la **labor educativa y de asistencia obligatoria para todos los reclusos** se organizarán ciclos de conferencias, certámenes artísticos y literarios y otros actos culturales, **preferentemente orientados a la formación moral y cívica de la población reclusa...**"* (destacado mío). Hay que ver todo el contenido ideológico que se puede dar a expresiones tan abiertas como las señaladas en el texto y su clara connotación inconstitucional por atentar, contra la libertad de pensamiento, teniendo en cuenta que los condenados son una audiencia cautiva.

Refiriéndose al punto de la educación penitenciaria, señala Rosa del Olmo (p. 175) que en la legislación:

> *"Se observa un discurso moralizante y paternalista que tiende a imponer modelos de pensamiento y conducta que pertenecen a la clase social*

dominante y responden a sus intereses. La única opción para el recluso es la pérdida de su identidad o la consolidación de su rol de marginado".

En el mismo sentido se expresa Borjas Mapelli Caffarena (Aniyar de Castro, p. 93, ss.):

"La resocialización se tiene por legitimada sólo cuando garantiza la libertad y la autonomía de la persona. Un proceso que condujese un individuo a un comportamiento dependiente estaría en contradicción con los principios de un Estado democrático".

Finalmente hay que referirse a la manifiesta función disciplinadora que tiene la actividad educativa, tal como está prevista en la Ley de Régimen Penitenciario. Aun cuando la Constitución, en su art. 55 especifique que "la educación es obligatoria en el grado y condiciones que fije la Ley", esa obligatoriedad en el ámbito penitenciario tiene implicaciones muy particulares que no se pueden obviar en el presente análisis.

Con toda razón, dice Teresa Miralles (p. 115 y ss.) que la cárcel resocializadora es un espacio construido sobre cimientos de una inquebrantable disciplina. Es decir, todos los métodos de tratamiento -incluyendo la educación- son en sí mismos instrumentos disciplinarios. Esto se puede detectar a través del estudio, -como el que hago ahora- de las modernas legislaciones penitenciarias aparentemente dirigidas a resocializar. De hecho, examinando lo concerniente a la educación en nuestra Ley de Régimen Penitenciario constatamos no sólo el uso reiterado de las expresiones **obligada** y **obligatoria**, sino que vemos cómo la actividad educativa -de medio de rehabilitación por excelencia- pasa a ser un instrumento de presión disciplinaria, una fuente de sanciones y privilegios. Observemos, no más, lo establecido en el artículo 24:

*"Los analfabetos que por causas a ellos imputables no lleguen a superar tal situación, **no podrán gozar íntegramente de los beneficios, mejoras y privilegios** que se establezcan en el régimen interno del establecimiento",* (destacado mío).

o entonces, lo expresado en el artículo 33:

"Los reglamentos de cada establecimiento determinarán los deportes y recreaciones varias que hayan de ser practicados, así como los reclusos

que merezcan el privilegio de cultivarlos en atención a la favorable progresión del tratamiento" (destacado mío).

Esto último es realmente impresionante, puesto que se invierten los papeles: la práctica del deporte deja de ser un vehículo de los más idóneos para lograr la rehabilitación, y se transforma en un premio para aquellos que demuestren "favorable progresión del tratamiento" lo que en la práctica es igual a buena conducta, es decir, sumisión a las normas disciplinarias.

No es necesario pues ser muy perpicaz para percatarse de que nuestra Ley intenta en vano conciliar objetivos que aquí parecen contradictorios: la necesidad de mantenimiento del orden y custodia que entra en conflicto con los supuestos objetivos educativos y con el pretendido desarrollo de un mandato constitucional.

Además de los derechos a la protección de la salud y a la educación, el texto constitucional (art. 84 ss.) consagra el derecho al trabajo el cual se configura también como un deber para toda persona apta para prestarlo (art. 54).

La Ley de Régimen Penitenciario intenta, sin lograrlo del todo, extender los preceptos constitucionales al condenado que trabaja (Capítulo IV artículos 16 al 22). En realidad, los aspectos relativos al trabajo penitenciario constituyen uno de los flancos más vulnerables del régimen de ejecución penal, puesto que aun en el plano normativo se pueden detectar algunas expresiones y los consabidos vacíos legales que conducen a la discriminación del trabajador recluso, el cual definitivamente no recibe el mismo trato que el trabajador libre.

Coherente con la Constitución, la Ley de Régimen Penitenciario establece que el trabajo es obligatorio pero en la cárcel es **tan obligatorio** que puede ser impuesto por los medios de "coerción legalmente permitidos" (art. 16). Una vez más nos encontramos con la disciplina permeando todas las actividades en la prisión.

Si nos atuviéramos a la letra del precitado artículo podríamos considerar el trabajo penitenciario como trabajo forzoso que ha sido definido por la OIT como *"todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente"*.

No obstante, la prohibición de trabajo forzoso contemplada en varios instrumentos internacionales no es un derecho absoluto, admitiendo excepciones y limitaciones varias. Una de ellas es la establecida en el artículo 8 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, párrafo 3°, al igual que el art. 6, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los cuales expresan que la prohibición del trabajo forzoso no se puede interpretar en el sentido de que impida en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de dicha pena impuesta por un tribunal competente.

Ese es el caso de Venezuela, pues nuestro Código Penal, en su artículo 12 establece que la pena de presidio comporta trabajos forzados, dentro o fuera del establecimiento penal. Pero la Convención Americana prevé que la aceptación de los trabajos forzosos -como pena adicional a la privación de libertad- está sujeta a que éstos no afecten ni la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluido.

Asimismo, los referidos instrumentos internacionales señalan que no se consideran trabajos forzosos los que se exijan **normalmente** de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia. Ese es, sin duda el trabajo en prisión, pero queda aún por definir qué se debe entender por trabajo "normalmente" exigible al condenado.

En consonancia con el art. 84 de nuestra Carta Magna, el art. 22 de la Ley de Régimen Penitenciario establece que la administración penitenciaria dispondrá de los medios necesarios para proporcionar trabajo a la población reclusa en general, cosa que en la práctica está lejos, lejísimo de suceder, visto que menos del 20% de los presos trabajan. Hasta aquí las coincidencias, entre la Ley y la Constitución, como se verá a seguir:

Según la precitada Ley, el trabajo penitenciario tiene "función y finalidad preferentemente educativa y por ningún motivo tendrá carácter aflictivo (art. 16).

La finalidad educativa implica que el adiestramiento y calificación profesional del recluso son las metas principales que regirán su organización siendo secundario el rendimiento económico. Al lado de la capacitación profesional

se consideran como aspectos educativos importantes el fomentar en el penado el amor al trabajo, y la formación de hábitos laborales, tan necesarios para la convivencia en sociedad.

De acuerdo al espíritu de la Ley, la adquisición de un oficio o profesión útiles es decisiva para futura reincorporación social del condenado. De ahí que se establezca que el trabajo debe planificarse en función de las aptitudes del recluso (art. 21) y que se orientará hacia aquellas modalidades más acordes con las exigencias del desarrollo económico del país, teniendo en cuenta la demanda de mano de obra y las mejores posibilidades de colocación para el penado cuando obtenga la libertad (art. 20).

Todas estas previsiones están bien pero la finalidad **preferentemente educativa** que se le asigna al trabajo penitenciario es lo que permite escamotear al recluso sus derechos laborales, incluso el de una remuneración justa.

En efecto, el artículo 18 de la Ley de Régimen Penitenciario dice:

> *"El trabajo será remunerado **equitativamente**, teniendo en cuenta las **limitaciones inherentes a su naturaleza preferentemente educativa**, así como su productividad y el grado de capacitación de quien lo realiza"* (destacado mío).

La expresión "equitativamente" utilizada en el texto legal es lo suficiente y convenientemente amplia para permitir todo tipo de arbitrariedades. La Ley no establece ninguna base objetiva sobre la cual se calcula la remuneración del recluso y así la administración penitenciaria puede valorar "el grado de capacitación" y la "productividad" como mejor le convenga, amparada, además, por la finalidad educativa del trabajo en prisión.

Consecuentemente el recluso puede recibir cualquier cantidad como pago a sus servicios, por irrisoria que sea y no tiene como reclamar.

Se le niega al preso trabajador remuneración igual a la que recibe el trabajador libre por igual trabajo, lo que a todas luces atenta contra el principio constitucional de la igualdad. Es absurdo suponer -y esto no se puede aceptar- que el trabajo del hombre se devalúe por el hecho de estar cumpliendo pena.

Como señalé anteriormente, la causa para este trato discriminatorio es el carácter educativo del trabajo penitenciario, lo que asimila el recluso trabajador a la figura del aprendiz, contemplada en algunas legislaciones laborales. Es aprendiz quien presta sus servicios no con el fin primordial de obtener una remuneración sino con el de adquirir un arte u oficio. En principio el aprendizaje reviste gran importancia para el desarrollo del trabajo calificado pero en la práctica, los llamados aprendices no son más que trabajadores cuya inexperiencia se invoca en muchos países para remunerarlos peor que a los demás. En Venezuela el aprendiz no está discriminado de los otros trabajadores en cuanto a la remuneración que recibe, pero el preso sí.

Quizás sea esa la razón de fondo que explique la crítica situación en que se halla el trabajo en las cárceles de Venezuela, porque si el Estado organizara la labor penitenciaria con finalidad productiva, tendría que equiparar la remuneración del preso con la de los trabajadores libres, so pena de usar prácticas análogas a la esclavitud.

Dice el art. 17 de la Ley de Régimen Penitenciario que la duración de la jornada de trabajo y las medidas de protección de la salud y seguridad de los penados se regirán por la legislación del trabajo. Este artículo ha sido interpretado de la siguiente forma: a los reclusos no se aplica directamente la Ley del Trabajo, sino por vía de la remisión legal. Ello significa que en lo referente a la jornada y a la protección social de la salud, serán aplicadas a los presos aquellas disposiciones de la legislación laboral que no sean incompatibles con el régimen adoptado por la legislación originaria, es decir, la penitenciaria. En otras palabras, siempre que no interfieran con el orden, la disciplina y la seguridad de los establecimientos penales.

La Ley de Régimen Penitenciario tampoco atiende al mandato del art. 94 de la Constitución nacional, que impone el desarrollo de un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República.

Tanto la doctrina como la legislación de un gran número de países reconoce como un derecho de los reclusos, a la par de los trabajadores libres, el goce de las ventajas de la seguridad social.

El XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario de La Haya (1950) acordó "que los presos deben gozar del beneficio de la reparación de

accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales con arreglo a las leyes del país". Asimismo, Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos declara: "Se tomarán disposiciones para indemnizar a los presos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en iguales condiciones que las concedidas a los trabajadores libres" (Regla 74 b). Muchos países han acatado en sus leyes estos preceptos, pero desgraciadamente éste no es el caso de Venezuela.

Repito aquí lo que dije antes: la prisión es el fiel reflejo de la sociedad. Por eso, si en el mundo laboral llamado libre se ejercen coacciones sobre los trabajadores y se cometen injusticias, si la seguridad social en Venezuela se encuentra sumida en el más profundo caos, sería demasiado pretender que la situación fuese diferente en el mundo de la prisión.

Finalmente, cabe destacar de forma especial las disposiciones de la Ley de Régimen Penitenciario que hacen eco a los derechos consagrados en los artículos 73, 74 y 75 de nuestra Carta Magna, los cuales disponen que el Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica; que la maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre; que se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo; que la Ley proveerá lo conducente para que los padres cumplan el deber de asistir, alimentar a sus hijos y para que la infancia y la juventud estén protegidas contra el abandono, la explotación o el abuso y que el Estado compartirá con los padres de modo subsidiario y atendiendo a las posibilidades de aquéllos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos.

Sin necesidad de mayores comentarios, basta la mención del contenido de los artículos 87 y 88 de la Ley de Régimen Penitenciario para que uno se percate que ellos guardan afortunada correspondencia con el texto constitucional. Dicen los mencionados artículos que:

- se prestará especial cuidado a las reclusas embarazadas y lactantes, quienes quedarán eximidas del trabajo y de otras obligaciones inherentes al tratamiento que sean incompatibles con su estado;

- se procurará que el parto se produzca en un servicio de maternidad ajeno al establecimiento penal y si por circunstancias especiales el niño naciere en

el Centro de Internación, se omitirá la mención de ello en la partida de nacimiento;

- las reclusas podrán conservar consigo a sus hijos menores de tres años, límite este que puede ser prorrogado;

- el Ministerio de Justicia prestará la debida asistencia a los hijos de las reclusas cuando cumplida la edad límite hayan de ser apartados de ellas.

El análisis de los recursos legales de que dispondrían los condenados para garantizar el respeto a sus prerrogativas constitucionales rebasaría los límites de este trabajo. No obstante debo mencionar la necesidad de prever legalmente se conceda a los reclusos amplias posibilidades de comunicación con los Fiscales del Ministerio Público -que por mandato de la Constitución (arts. 218 y 220 ord. 4°) deben velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales- y con otros organismos defensores de los derechos humanos, además brindarles facilidad para ejercer el recurso de amparo.

III.- CONCLUSIONES

De todo lo expuesto anteriormente se puede concluir que la Ley de Régimen Penitenciario hizo un significativo esfuerzo para desarrollar los derechos consagrados en la Constitución nacional. Los resultados -he aquí la justificación del título de trabajo- fueron una serie de compatibilidades y de contradicciones. No se puede negar, por ejemplo que en lo que respecta al derecho a la salud, a la libertad de religión y en la protección a la maternidad los dispositivos legales desarrollan a satisfacción las garantías constitucionales. Pero lo mismo no ocurre con el derecho a la integridad física, libertad de pensamiento y al trabajo, donde la ley no es del todo congruente con nuestra Carta Magna. Esto sucede porque, en el binomio rehabilitación-seguridad, eje en torno al cual gira toda la ejecución penal, se ha privilegiado la seguridad.

A simple vista la legislación penitenciaria venezolana parece adecuarse a los mandamientos de la moderna penalogía. No obstante, mientras la Ley de Régimen Penitenciario declara que la finalidad de la pena privativa de libertad es la reeducación del condenado y su adecuada reinserción social, supedita la realización de todas las actividades destinadas a lograr estos objetivos a la

exigencia del orden y la disciplina en los establecimientos. Esto significa que nuestra ley no ha podido superar las antiguas concepciones represivas, asimiladas a las ideas de castigo y venganza social y que por tal motivo ella misma propicia la violación de las garantías constitucionales, puesto que hay una gran identificación de tales garantías con los instrumentos rehabilitadores previstos en la Ley.

Así, mientras no logremos renunciar a la obsesión disciplinaria y no consideremos al recluso como un ser humano con todas sus dignidades, no tendremos una ley ni una realidad penitenciarias cónsonas con un país verdaderamente democrático y respetuoso de los derechos humanos y constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

ANIYAR DE CASTRO, Lolita: "Notas para un sistema penitenciario alternativo", en **Primer Taller Penitenciario Venezolano**. Ministerio de Justicia, Caracas, 1989.

BREWER-CARIAS, Allan R.: **Instituciones políticas y constitucionales**, Tomo 2, Edit. Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira. Caracas - San Cristóbal, 1985.

CONTRERAS PULIDO, Orlando: "Los derechos humanos en las cárceles" en **Primer Taller Penitenciario Venezolano**. Ministerio de Justicia, Caracas, 1989.

DELGADO ITURRIZA, David: "Los derechos humanos y el sistema penitenciario venezolano". **Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Año XV, N° 15. Universidad de los Andes, Mérida, 1990, pp. 39-50.

DEL OLMO, Rosa: "Sistemas penitenciarios y derechos humanos" en **Segunda Ruptura Criminológica**. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990.

ESCARRA MALAVE, Hermann: "El amparo constitucional y la protección de los derechos humanos". **Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y**

Políticas. Año XV, N° 15. Universidad de los Andes, Mérida, 1990, pp. 51-67.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor: "El estudio de los derechos humanos: su concepto, carácter interdisciplinario y autonomía jurídica". **Revista de la Facultad de Derecho,** N° 39-40, Enero-Diciembre, 1988. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988. pp. 62-120.

..... "El derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura". **Revista de la Facultad de Derecho.** N° 41. Enero-Diciembre, 1989. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1990. pp. 241-279.

FOUCAULT, Michel: **Vigilar y castigar**. Siglo XXI, México, 1978.

I.I.D.H.: **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina** (informe final). Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

LEBRUN, José Alí: "La Iglesia ante la necesidad de una reforma penitenciaria venezolana", en **Primer Taller Penitenciario Venezolano**. Ministerio de Justicia, Caracas, 1989.

LINARES ALEMAN, Mirla: **El sistema penitenciario venezolano**. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980.

MARCO DEL PONT, Luis: **Derecho Penitenciario**. Ed. Cárdenas, México, 1984.

MIRALLES, Teresa: "El control formal: la cárcel", en Roberto Bergalli, Juan Bustos Ramírez y otros: **El Pensamiento Criminológico**, Vol. II. Temis, Bogotá, 1983.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro: **Penalogía**. Parte General. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982.

La acción de carencia

Moisés Hirsch

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello,
Caracas, 1992

INTRODUCCION

El ordinal 23 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el artículo 43 **ejusdem**, prevé:

> *Es competencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa: (...)"Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas".*

Asimismo el ordinal 1º del artículo 182 **ejusdem** prevé:

> Artículo 182.- *"Los Tribunales previstos en el artículo anterior, conocerán también, en sus respectivas circunscripciones:*
>
> *1º De la abstención o negativa de las autoridades estadales o municipales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, de conformidad con ellas..."*

(El "artículo anterior" se refiere a los tribunales superiores que conocen en primera instancia de los recursos contencioso-administrativos).

La carencia puede definirse como el incumplimiento de un actuar concreto de la autoridad pública y, correlativamente, el derecho subjetivo para solicitar el cumplimiento del acto específico omitido, precisamente, por la inobservancia de la obligación de actuar.

I.- CARENCIA

El objeto es el control judicial de "contrariedad al derecho" originada por el incumplimiento de obligaciones específicas a fin de lograr el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas. Su origen se remonta a la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1925 (artículo ll ordinal 19).

La finalidad del recurso es el cumplimiento del acto por parte de la Administración al cual el accionante tenga derecho y exista la norma que contempla el deber de la Administración a actuar. Se busca un actuar, más que un decidir porque se cree que se tiene derecho a ello.

Con dicho procedimiento se califica de legítima o no la omisión de la Administración de actuar. La acción procede contra abstención o negativa presunta como contra la negativa expresa.

Consumada la carencia, se determina el objeto del recurso y se puede solicitar el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva específica.

II.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE CARENCIA

Dicha acción se encuentra, implícitamente, prevista en la Constitución.

> Artículo 206.- *"La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley.*
>
> *Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".*

"Acto administrativo" incluye también el silencio y la inactividad ilegítima de la Administración (**Moles Caubet**).

"Contrario a derecho" comprende distintas especies entre las cuales figuran el incumplimiento de una obligación legal de actuar por medio de:

1) Una negativa a cumplir un deber legal preciso y concreto = CARENCIA POR NEGATIVA;

2) De una simple abstención, la omisión de cumplimiento de un deber específico = CARENCIA POR ABSTENCION.

La figura de carencia como recurso o acción
Es una acción en ambos casos (en la negativa o en la abstención).

Legitimación activa supone un derecho subjetivo infringido por causa de la carencia administrativa.

3)Naturaleza de condena de la acción de carencia
Se trata de la satisfacción de la pretensión, que la Administración cumpla un deber que no ha cumplido a pesar de que está obligada a ello. El contencioso-administrativo en el caso de que la Administración no cumpla voluntariamente la sentencia, hará que se ejecute forzosamente mediante los poderes ejecutivos de que está dotado el contencioso-administrativo para lograr la satisfacción.

4.- Al solicitarse el restablecimiento de la situación subjetiva lesionada por la carencia concreta, la acción de carencia es subjetiva.

III.- LA CARENCIA Y OTROS RECURSOS

a) De **nulidad** = es constitutivo.

b) De **interpretación**. La doctrina considera que la sentencia es declarativa; opino, sin embargo, que dicha sentencia es lo que es, es decir, es una sentencia de interpretación vinculante para la Administración.

c) Acción de **amparo** se refiere a la actualidad de la lesión y constituye un recurso extraordinario. Aquí debe lesionarse una norma constitucional (art. 30 de la Ley Orgánica de Amparo); en la carencia se lesiona cualquier

derecho; no hay amparo cuando la carencia es genérica (por ejemplo: en el procedimiento administrativo). El imperativo debe ser **conminatorio,** la Administración debe actuar en cierto momento, sin embargo, se abstiene. En el **incumplimiento lesivo de un derecho constitucional** ES POSIBLE **la acción conjunta** (carencia más amparo, art. 5 de la LOA).

OBJETO de la acción de carencia

El objeto está previsto en el ordinal 23 del artículo 42 y en el ordinal 1º del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La relación entre la norma que consagra el deber específico y la conducta incumplida. Se trata de una norma taxativa, de un acto reglado. El objeto del proceso contencioso-administrativo de carencia es la pretensión que se deduce en relación a los incumplimientos concretos de la **Administración Pública.**

El acto específico omitido debe ser de obligatorio cumplimiento; la norma debe ser imperativa o taxativa. No hay carencia en normas facultativas.

La obligación de actuar debe ser especificada en una norma concreta: ley, reglamento. Lo que interesa es que sea un ACTO NORMATIVO.

En un **contrato administrativo** NO HAY CARENCIA; **tampoco** en el caso de indemnizar un perjuicio.

LA CARENCIA se concibe como una relación jurídica conformada, por una parte, por la obligación de la Administración de cumplimiento de un deber legal y, por la otra, de un derecho subjetivo para exigir el cumplimiento específico de dicho deber, o sea, del acto omitido.

Este recurso procede sólo cuando no exista un procedimiento especial para su satisfacción en caso de incumplimiento -porque el legislador valoró que la situación jurídica podrá restablecerse por otra vía-. Si existe otro mecanismo para la satisfacción del deber, el interesado deberá proseguir el procedimiento que la norma indique.

Ordinal 23 "cuando sea procedente" no debe entenderse cuando la ley autorice, sino cuando la ley no provea otro procedimiento o remedio para la satisfacción. Por ende, la acción de carencia es de naturaleza residual.

IV.- ACTO ESPECIFICO OMITIDO

El supuesto de hecho se encuentra previsto en una ley específica pero la Administración se abstuvo de extraer la consecuencia que el imperativo legal le impone.

Los actos susceptibles de la carencia, comprenderán todas las manifestaciones destinadas a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, modificación o extinción de derechos u obligaciones.

La carencia puede producirse también dentro de un procedimiento administrativo o a través de **abstención** (silencio) o por la negativa expresa al otorgamiento de la pretensión, por ejemplo, una autorización, **la declaración de prescripción de una sanción administrativa,** la reincorporación de un funcionario a su cargo.

Los HECHOS jurídicos abarcarán las actuaciones materiales u operaciones técnicas de la Administración que producen efectos jurídicos, generando derechos y deberes, por ejemplo: una demolición. **En general se trata de todos aquellos supuestos en que la pretensión del particular no se satisface con el dictado de un acto administrativo.**

También se considera en la doctrina como ACTO ESPECIFICO OMITIDO la situación en la cual la Administración se encuentra en el supuesto de inactividad positiva, o sea, continúa actuando ilegalmente y omite el cese de la misma, no obstante la oposición del particular **(Nieto).**

Del acto específico omitido, como manifestación del actuar administrativo, quedan excluidos todos los actos administrativos de efectos generales o normativos por cuanto dicho específico acto omitido implica la obligación de actuar de la Administración, según la norma expresa que la consagra, cuyo correlativo será el derecho del particular, el eventual destinatario del acto.

El incumplimiento de la Administración lo afecta en su esfera subjetiva. Al presentarse la carencia, el particular podrá invocar la lesión para requerir la tutela jurisdiccional a través del proceso de carencia, para así compeler a la Administración al cumplimiento de su prestación, o que el juez competente se sustituya a la misma, a través de su Poder Ejecutivo si la Administración es todavía remisa a cumplir con la condena.

En cuanto al **acto específico omitido,** como manifestación **del actuar administrativo, quedan excluidos todos los actos administrativos de efectos generales o normativos** también porque en este caso no se trata de un derecho particular afectado, y tampoco podría el juez sustituirse a la Administración en el caso de los actos de efectos generales porque el juez no le es dado dictar tales actos que **per se,** como normativos, son **libremente configurables** y no existe la posibilidad de conversión.

El Juez no puede sustituir a la Administración y dictar un reglamento o una resolución de naturaleza normativa y también se complica en esta situación procesal para accionar.

En Venezuela se restablecen las situaciones subjetivas infringidas, lo que presume la titularidad de un derecho subjetivo.

El acto específico omitido es el resultado de un incumplimiento por el órgano obligado - es una falta de actuación y no la mera falta de decisión en el procedimiento administrativo intentado-

a) El incumplimiento y el thema decidendum en la carencia:
El acto específico omitido contiene los siguientes supuestos:

1) Previsión de una norma para actuar como un deber concreto;

2) La inactividad se presenta como un paradigma de contraste con el dispositivo que le establece el deber concreto de actuar.

Se trata entonces de un ACTUAR más que un DECIDIR, incumplimiento de un deber, quebrantamiento de la obligación de poder.

En el **proceso** de carencia, el objeto del litigio y de la decisión que debe dictar el tribunal contencioso-administrativo, se limitará a la contestación que

produzca el ente omiso ante el requerimiento judicial correspondiente, donde la Administración presentará las razones que tuvo para no cumplir, fundamentándose por ejemplo en la inexistencia de la obligación específica, o que no se encuentran los extremos de hecho que hacen operativa la consecuencia jurídica prevista por el imperativo concreto, o en última instancia, que el acto o actuación administrativo ya fue dictado o ejecutado. Si el incumplimiento se explica mediante un ACTO ADMINISTRATIVO, esta nueva situación nos desvirtúa la situación originaria de carencia y no podía por tanto que en presencia de un acto expreso denegatorio exigirse el recurso de nulidad.

Sin embargo, en el caso de Eusebio Vizcaya se dijo: si se produce el acto con posterioridad al recurso de carencia, éste ya no tendría objeto y procedería la nulidad del acto. Esta tesis considera la doctrina, se origina en la orientación primaria que se refería a la **carencia tácita** y NO a la carencia expresa, situación esta que posibilita la acción de nulidad. Pero con esto se desconoce la **causa** que es el DEBER DE ACTUAR y no el DEBER DE PROCEDER. **Ciertamente el acto de contenido negativo satisface el deber de proveer en el procedimiento intentado pero NO el deber de actuar en el sentido específico previsto legalmente, de allí su contrariedad al derecho.** En el recurso de carencia no se persigue la nulidad de alguna actuación sino la calificación de legítima o no, de una omisión tácita o expresa de la Administración de actuar, porque, de resultar ilegal el tribunal suple tal abstención o negativa.

Dicho de otro modo, si la Administración emite un acto posterior al recurso de carencia intentado, la Administración no sustituye la causa de la acción de carencia por cuanto esta causa se fundamenta a priori, en la ley, en una actuación omitida que permite un recurso directo por ante el contencioso-administrativo, obviándose la vía previa del agotamiento de la vía administrativa. Es el caso de Writ of mandamus inglés, o Verpflichtungsklage alemán (acción de imposición).

Es oportuno mencionar en este contexto una interesante sentencia de la Corte Primera, caso Alfredo Yanucci Tuciardi vs. Municipalidad del Distrito Sucre del Estado Miranda (S. 28-10-87).

> *"De acuerdo a las normas legales que prevén tal recurso, éste procede tanto contra la abstención (negativa presunta), como contra la negativa*

expresa de los funcionarios a cumplir determinados actos a que están obligados por las leyes: ordinal 23 del artículo 42 y el ordinal 1º del artículo 182, ambos de la Corte Suprema de Justicia..."

"Puede concluirse que no es posible aceptar que el recurso de abstención o de carencia deje de tener eficacia, porque la Administración produzca una decisión negativa para enervar la acción, sobre todo puede iniciar un juicio, para obligar al interesado demorado, y cuya pretensión principal no es la que se cumpla el acto omitido, sino fundamentalmente la declaratoria de nulidad del acto que niega a cumplir un deber legal. Este criterio significaría condenar a muerte el recurso de abstención o carencia".

Evidentemente, esta decisión negativa no es más que un acto de defensa en el contexto del proceso de carencia ya iniciado.

b) El efecto negativo del silencio administrativo y la acción de carencia:

Si el recurso de carencia exige una actuación por parte de la Administración, con base a un supuesto de hecho previsto en una norma específica, dicho recurso no se presenta como un sustitutivo del silencio-rechazo por cuanto el SILENCIO opera en el ámbito de proceder o decidir y la carencia en el deber de actuar cuando tal obligación esté predeterminada por una disposición legal.

Acción de nulidad de los entes administrativos (silencio)	**Acción de abstención o negativa**
DIFERENCIAS	
- Es un medio de impugnar por no decidir, es una garantía procesal. - aquí preexiste el acto. - el silencio no es un acto tácito de voluntad administrativa. - el silencio se manifiesta en vía de recurso y NO como petición para que la Administración emita un acto, en este caso procedería el recurso de carencia.	- no hacer, no actuar. - carece de otro medio efectivo para reparar el agravio. No existe el acto. **Ab initio** hay una conducta omisiva (tácita o expresa) a pesar de que el legislador prevé concreta y específicamente la obligatoriedad de su realización.

V.- REQUISITOS PROCESALES FUNDAMENTALES DEL PROCESO DE CARENCIA

1.- Lapsos procesales para la interpretación de la acción

Tesis que se sustenta en la naturaleza de condena, no compartida por la Corte Suprema de Justicia. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no consagra un lapso expreso. Se puede arribar a una solución conservando la naturaleza de condena de la acción de carencia. Desde esta perspectiva habría que observar que el ejercicio de la acción se encuentra sometido a un plazo de prescripción prevista en el Código Civil o en las leyes especiales que rigen la materia obligacional de que se trate, esto es, diez años para obligaciones personales y veinte años para las obligaciones reales. Lo anterior sería en el caso de la ABSTENCION, pero si existe un acto denegatorio (carencia expresa) el lapso sería de 6 meses conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y sería de caducidad (art. 134) pero como en la **carencia** no se busca un decidir sino un actuar también en este caso, al transcurrir el lapso, el recurrente quedaría legitimado y se podrá controlar el acto denegatorio **por vía de excepción** y forzar la Administración para que actúe en el sentido previsto.

Entonces quedan los lapsos de 10 años y 20 años (**Vid supra**).

Sin embargo, no es ésta la doctrina de la Corte y así se estableció en el caso de abstención del Presidente de los Seguros Sociales de otorgar a un médico cirujano, **el nombramiento** de médico general, al haber resultado éste ganador del concurso de credenciales para optar a dicho cargo.

> *"...esta actividad que competía realizar al mencionado funcionario, la ha debido ejecutar, según se narra en el mismo libelo, el 10 de noviembre de 1986. Dice textualmente ese escrito en cuestión:*
>
> *Mi mandante para el 10 de octubre de 1986, fecha del veredicto del jurado del concurso, se desempeñaba como médico interino en el cargo; y conforme al Reglamento el Instituto debió otorgarle su nombramiento en los 30 días siguientes a la fecha de la comunicación del resultado del concurso. Habiéndole comunicado el 10/10/86 anexo "7", el Instituto*

a través de su Dirección de Salud debió nombrarlo médico titular de la consulta de medicina general del Centro Médico Oeste "Emiliano Azcunes" dentro del plazo que vencía el 10/11/86".

Al respecto la Sala observa:

Dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

"Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquélla no se efectuare. Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.

El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecido en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.

Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días".

En el caso de autos la Sala observa que desde la fecha en que se venció el lapso de treinta días para otorgar el nombramiento al recurrente (10 de noviembre de 1986), que es un lapso especial, sin que se hiciera efectivo tal nombramiento, se configuró la conducta omisiva de la administración, y por tanto, desde ese momento comenzaban a correr los lapsos legales para que el interesado recurriera contra la negativa o abstención del funcionario a realizar determinada conducta.

Ahora bien, el presente recurso fue interpuesto dos años y once meses después de que se configuró la conducta omisiva del funcionario y, por

tanto, es obvio que cualquier lapso para interponer un recurso contra la conducta omisiva de la administración había caducado.

En efecto, de la lectura del artículo 134 transcrito, se pone de manifiesto que el término de 2 años y 11 meses es muy superior a todos los lapsos establecidos en esa disposición, aun en el supuesto de que no se considerará un acto de efectos temporales.

Establecido lo anterior y por cuanto en jurisprudencia reiterada esta Sala ha sostenido que los requisitos de admisibilidad de las acciones y recursos que se intenten ante ella pueden ser revisados por la misma en cualquier momento y, específicamente en la oportunidad de decidir el fondo, habiéndose configurado el supuesto previsto en el ordinal 3º del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia según el cual "no se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte si fuere evidente la caducidad de la acción o del recurso intentado", el presente recurso resulta inadmisible y así se declara.

Cabe precisar por último que, si bien en este caso no se trata del típico recurso de nulidad contra un acto de efectos particulares, sino de un recurso contra una conducta omisiva de la Administración, sin embargo en constante jurisprudencia la Sala ha determinado que el procedimiento aplicable a estos últimos es el mismo establecido en la Sección Tercera del Capítulo Segundo del Título V de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en cuya virtud se aplica en este caso la previsión contenida en el artículo 134 ejusdem.

Por lo demás, la lógica más elemental lleva a concluir que no sería congruente con el espíritu y el mismo texto de la Ley, aceptar que la omisión de una autoridad administrativa a dictar un acto de efectos particulares pudiera ser recurrida siempre y en cualquier momento, puesto que si cuando se trata de un acto que afecta a un solo particular, la posibilidad de impugnarlo está sometida por el legislador a un lapso de caducidad que, según su naturaleza, será de seis meses o de treinta días, igual tratamiento procesal debe aplicarse en el supuesto de que un acto a que está obligado por la ley a emitir un determinado funcionario, no se produzca dentro del indicado lapso.

Resultaría, además, contrario al principio de seguridad jurídica considerar que la abstención administrativa no esté sometida a plazo alguno para recurrirla y que el particular pueda, cuando a bien tenga, ejercer el recurso correspondiente, pues ello colocaría a la Administración Pública y a los otros particulares a quienes pueda afectar la conducta omisiva del órgano en situación de absoluta inseguridad".-

2.- *Legitimación procesal*

a) El autor debe ser titular de un derecho subjetivo legal porque el acto específico omitido se inserta en una relación jurídica bilateral: de un lado, la carencia de la Administración a dar cumplimiento a una obligación concreta de derecho y, por otra, el derecho de un particular a que la Administración cumpla los actos a que está obligada legalmente. Se trata de un derecho subjetivo preexistente. **Ejemplo:** la condición de propietario de un inmueble para reclamar el auto declarativo del derecho correspondiente a los fines de la edificación o del uso. Se solicita, por ejemplo, la aprobación de un proyecto de construcción y no se expide la constancia según el artículo 55 de la Ley para Ordenación del Territorio o se trata del status jurídico determinado, como lo es la solicitud del contribuyente para que se le expida un certificado liberatorio de sus obligaciones fiscales (solvencia) o del status jurídico del funcionario, para que se le reincorpore a su cargo.

El sujeto activo es el particular y el pasivo el ente público que incumple la obligación de actuar. **Debe existir una identidad entre el sujeto de la acción y el sujeto de la relación sustancial** (que sólo puede existir cuando se fundamente directamente en la Ley).

b) Existe sin embargo la posibilidad de intervención de una persona ajena a la relación material litigiosa como TERCER ADHESIVO cf. al ordinal 3° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 379 **ejusdem** aplicables cf. al artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Lo que tiene que alegar, por lo menos, **es un interés personal,** legítimo y directo para hacerse parte.

En el caso de producirse la sustanciación y decisión de carencia conforme al procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,

la intervención adhesiva deberá producirse en la oportunidad del vencimiento del plazo de comparecencia a que se refiere el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

3.- La distribución de la competencia en el contencioso de carencia

La distribución se establece **ratione personae,** según el origen territorial del ente público, autor de la conducta omisiva.

a) Carencia de funcionarios NACIONALES -en primera y única instancia: la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia- ordinal 23 art. 42 en concordancia con el artículo 43.

Se refiere no sólo a funcionarios del Poder Ejecutivo sino también del Legislativo, entes descentralizados funcionalmente, la Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Consejo Supremo Electoral, Consejo de la Judicatura, institutos autónomos nacionales.

b) Carencia de funcionarios estadales o municipales:

En primera instancia el Juzgado Superior Regional con competencia en lo contencioso-administrativo (Art. 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ordinal 1°, identificados en el Decreto N° 2.057 de 08-03-77).

En segunda instancia la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (art. 185 ordinal 4° **ejusdem**).

c) Discutible en la doctrina es la procedencia del recurso de carencia contra los autos de autoridad, dictados por sujetos de derecho privado, en ejercicio de una autoridad delegada que han omitido cumplir obligaciones precisas, legalmente debidas en beneficio de otros particulares. Competente en este caso, sería la Corte Primera, cf. al ordinal 3° del artículo 185. Se trata, en todo caso, de sujetos de derecho privado y autárquicos, dotados de poderes de imperatividad, por ej. sociedades autorales, los colegios profesionales, los sindicatos, las universidades privadas. A través del dispositivo citado, se consagra un control residual y genérico de la actividad de cualquier autoridad porque el texto prevé: "de las carencias o recursos de nulidad".

VI.- EL PROCEDIMIENTO PARA EL TRAMITE DE LA ACCION DE CARENCIA

La Ley Orgánica de la Corte no prevé el procedimiento por lo cual la tendencia es aplicar el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil y 4 del Código Civil que permite la analogía.

Las etapas del procedimiento (evolución jurisprudencial)

1) **Primera etapa** se aplicó el trámite del recurso de nulidad (caso Vizcaya vs. Consejo Universitario de la Universidad del Zulia). Conforme al art. 102 se aplicó el procedimiento para la impugnación de los actos administrativos.

2) **Segunda etapa** se aplicó el procedimiento del Código Orgánico Tributario (la Corte Primera) demoras excesivas en resolver solicitudes de los interesados.

3) **Tercera etapa**. La Corte Primera volvió a la primera etapa para garantizar el contradictorio y el derecho de defensa y también la posibilidad de la intervención de los terceros interesados donde estén presentes los intereses de la colectividad (que no pueden actuar en el amparo tributario).

La posición del profesor Humberto Romero Muci

El artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se apoya en la naturaleza de la pretensión deducida por el accionante y no en la necesidad de asegurar el derecho de defensa, ya que el juez puede arbitrar garantías procesales por otras vías. En cuanto a la intervención de terceros, es posible por la vía de la intervención adhesiva (**litis consorcio**) cf. a los arts. 370 ords. 3 y 379 del Código de Procedimiento Civil. El trámite debe ser lo más breve posible.

El procedimiento del amparo tributario es más idóneo porque son pretensiones similares con el de carencia.

El procedimiento en segunda instancia

Esta se da en el caso de las apelaciones cf. al ordinal 5 art. 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. También se aplicará el artículo 102

de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el 893 del Código de Procedimiento Civil. La Corte Primera ha venido aplicando el procedimiento en segunda instancia de los juicios breves, sentenciados en el décimo día siguiente. Sólo se admite la prueba de instrumento público.

El proceso de carencia y las medidas cautelares

A los fines de evitar al accionante daños irreparables por la sentencia respectiva, o sea, que la sentencia no quede ilusoria, la primera forma sería a través del amparo constitucional en la acción conjunta.

La segunda sería a través de las medidas cautelares innominadas arts. 585 y 586 del Código de Procedimiento Civil en la situación que la omisión de la Administración pudiera causar lesiones graves o de difícil reparación.

1) El amparo constitucional en función precautelativa y la acción de carencia

La omisión constituye el acto lesivo de la norma constitucional. El amparo procede en el caso de las omisiones genéricas (deber de proceder) como en el caso de las omisiones específicas (deber de actuar) de conformidad con los artículos 2 y 30 de la Ley Orgánica de Amparo. La situación jurídica debe ser actual, manifiesta y real y reviste carácter extraordinario.

A.- Amparo y omisiones genéricas

Se trata de una falta de decisión por parte de la Administración (negativa procedimental o negativa de proveer). Ilustrativa al respecto es la sentencia de la Corte Primera de fecha 13 de febrero de 1986 (caso VARIOS vs. CONSEJO DE HONOR DE LA FEDERACION VENEZOLANA DE TIRO). Se ordenó a un ente privado (obrando como autoridad delegada) a cumplir con el deber de proceder en el trámite de un recurso de reconsideración y si todavía era remiso a cumplir con el mandamiento, dispuso relevar a los particulares de agotar la vía administrativa y ventilar el asunto directamente ante los tribunales.

En el caso de normas facultativas el amparo obligará a la Administración a ejercer sus facultades discrecionales.

B.- Omisiones específicas y el amparo

La situación se refiere al supuesto contemplado por el ordinal 23 del artículo 42 de la LOCSJ y, obviamente, se alega, **específicamente**, la lesión de una norma constitucional. En el caso de que no viole la Constitución entonces procede la acción de carencia cf. a la citada disposición de la Ley de la Corte.

La competencia es **ratione materiae**, excepto el artículo 8 de la Ley de Amparo. La legitimación activa la detenta el lesionado y la pasiva el autor de la lesión. Si el agraviante produce la respuesta, el amparo queda sin objeto pero si "prefabrica una excusa" para enervar el juicio de amparo, el Juez deberá garantizar la eficacia del proceso (artículo 21).

El amparo y la acción por abstención o negativa (art. 5 y art. 6 ord. 5 LOA).

Cuando se intenta una acción autónoma el amparo tiene el efecto restablecedor pero en la acción conjunta o sobrevenida el efecto es cautelar. En el caso de la OMISION si se declarase con lugar el amparo se acordarán algunos de los efectos del acto específico omitido de una manera provisional. No puede satisfacerse íntegramente la petición de amparo porque quedaría sin objeto la solicitud de carencia (claro está que estamos en presencia de la acción conjunta). La eficacia del amparo es temporal hasta que se dicte la sentencia definitiva. En el caso de la carencia **específica** el Juez se sustituye al agraviante, en la genérica incitará al silente para que produzca el acto.

2.- *Medidas cautelares innominadas y la acción de carencia*
(arts. 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil).

Se trata de providencias cautelares indeterminadas o innominadas cuando los **nominados** (secuestro, embargo y prohibición de enajenar y gravar) serían insuficientes para asegurar los bienes litigiosos.

Las medidas innominadas proceden por vía de CAUSALIDAD y no de CAUSIONAMIENTO.

Causalidad: a) Justificación **prima facie** del derecho que se reclama, **fumus boni iuris**, el olor al buen derecho.

b) El peligro en la mora (**periculum in mora**).
La presunción grave que el retardo en la providencia principal haga prácticamente ineficaz la sentencia.

En la carencia, el peligro de la mora, no es la improductividad sino la tardanza de la sentencia.

Causionamiento: Ofrece fianza y se asegura la contratutela.

VII.- PODERES DEL JUEZ Y EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CARENCIA

Antes de considerar la materia que nos ocupa, es oportuno citar una decisión fundamental dictada recientemente, el 9 de mayo de 1991 por la Sala Político-Administrativa, caso **Servicios técnicos sanitarios municipales**. Por la importancia de los conceptos vertidos en esta trascendental sentencia, en cuanto a la ejecución de sentencias contra entes públicos, daremos lectura al texto en el cual se ilustra el tema de ejecución de sentencias contra entes públicos, y luego, en particular se considera la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso de carencia respecto al ente público omisivo contumaz, en el cumplimiento de la condena.

Ejecución de sentencias contra entes públicos

> *"Según el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil para que se pueda ordenar la ejecución de una sentencia por el Tribunal que conoció de la respectiva causa, es necesario que aquélla haya quedado **definitivamente firme**. En el presente caso se observa que la sentencia cuya ejecución se solicita es de carácter definitivo, por haber puesto fin al proceso, declarando parcialmente con lugar la demanda, y además, por tratarse de una decisión emanada de una de las Salas del Máximo Tribunal, en su contra no existe recurso alguno, según lo determina el artículo 211 de la Constitución y el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, dicha sentencia, por tanto, tiene carácter definitivamente, y resulta procedente ordenar su ejecución. Así se declara.*
>
> *Por otra parte, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, la orden de ejecución consiste en la fijación de*

un lapso que no será menor de tres (3) días ni mayor de diez (10), para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, transcurrido el cual, sin que se hubiere dado tal cumplimiento, se procederá a la ejecución forzada, según lo advierte el artículo 526 ejusdem. En otras palabras, que dicho lapso se establece bajo la amenaza de proceder al embargo de bienes de la propiedad del deudor para su posterior remate, conforme a lo previsto en los artículos 527, 534 y siguientes, y 550, todos del Código citado.

Ahora bien, en el caso de ejecución de sentencias en contra de los entes del Estado, las anteriores reglas están modificadas por la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de sus bienes, que de manera general se enuncia en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y por el llamado principio de la legalidad presupuestaria a que se contrae el artículo 227 de la Constitución, que ratifica el artículo 17 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Según el primero de tales principios, no es posible decretar embargos ejecutivos, sino que por el contrario, los jueces deben limitarse a notificar al Procurador General de la República, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Y de acuerdo al segundo de los principios señalados, se establece que cuando se trate de compromisos originados en sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, se pagarán con cargo a la partida del presupuesto que para tales fines se prevea para cada ejercicio. En otras palabras, que en realidad es la propia Administración la que ejecuta sus sentencias y no el Poder Judicial, lo que podría dar lugar a que tales sentencias resulten ineficaces en la práctica, a pesar de que se haya seguido previamente todo un proceso. Por ello, la Sala entiende que en el derecho constitucional del acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten (Vid. Sentencia de fecha 22-11-90. Caso Decreto Nº 1.030 de fecha 26-10-90, sobre el Parque Mochima). Derechos estos que a esta Corte, como órgano del Poder Judicial, corresponde garantizar, conforme a las facultades que se desprenden de los artículos 204 de la Constitución y 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Ahora bien, en el campo de la carencia ¿cómo no invadir en otro Poder, en el Administrativo? Juzgar lo juzgado y ejecutar sin invadir en la esfera de la competencia de la Administración. Porque la ley lo permite. Ej.:

1) La Municipalidad está en mora de expedir la cédula de habitabilidad de un inmueble. La sentencia la obliga a expedir el permiso en un lapso determinado y si no se cumple, la sentencia suple el permiso (art. 524 del Código de Procedimiento).

2) La administración municipal se abstiene de reconocer la prescripción de una sanción de demolición, cf. al art. 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (acto liberatorio). Condenada la Municipalidad a emitir el acto liberatorio y fijado el lapso de cumplimiento y si el Concejo no cumple, la sentencia se constituye como documento sustitutivo de dicho acto liberatorio. También se suele disponer que el incumplimiento dará a la apertura de una averiguación para establecer las responsabilidades que correspondan, sea de naturaleza civil, penal, administrativa y disciplinaria.

Otros efectos de la séntencia de carencia

a) **Declarativa:** Existe un reconocimiento del vínculo administrativo preexistente.

b) **De condena:** involucra el restablecimiento de la sentencia jurídica infringida.

c) Tiene efectos inter-partes, extensivo a las litis consortes adhesivos.

COSTAS: Procede la condena en costas de la parte perdedora art. 274 del Código de Procedimiento Civil **(por tratarse de una sentencia de condena).** Las costas estimadas serán al valor de la demanda y si no consta, cf. a los arts. 28 al 39 del Código de Procedimiento Civil.

- Si es la República ella está exenta (art. 287 CPC) excepto el COT (art. 211) que según esta norma, también puede eximirse si ha habido razones suficientes para litigar.

- En los demás casos corresponde la condena en costas (ente público nacional, estadal, municipal), institutos autónomos.

- En el contencioso municipal, si la pretensión no tiene contenido patrimonial, no hay costas, art. 105 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

- También procede la condena en costas en el supuesto del cumplimiento extra-procesal (antes de la sentencia).

Además en el caso de incumplimiento de la condena, según el caso, podría sancionarse con:

- Multa cf. al art. 174 de la LOCSJ;

- En materia urbanística municipal, sancionar al funcionario refractario, 10 veces su remuneración mensual;

Y aplicar el art. 115 de la Ley Orgánica de Orden Territorial que implica la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

El incumplimiento de una sentencia firme y la acción de carencia

Al respecto, mencionaremos a continuación la sentencia de fecha 9 de marzo de 1990, caso **Pedro Apolinar Rojas.** La Sala Político-Administrativa con ponencia del Magistrado Duque, dilucidó esta materia en los siguientes términos: (por su importancia doctrinaria se reproduce literalmente el texto de la decisión de la Corte):

" *Ahora bien, en el caso se trata, simplemente de que el Ministerio de Justicia se habría negado -según el recurrente- dar cumplimiento a una sentencia firme, y como la ejecución de las sentencias -artículo 523 del Código de Procedimiento Civil- corresponde al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia, y en el caso fue el de la Carrera Administrativa, por lo que a éste, sin duda, es a quien compete todo lo concerniente a la ejecución y cumplimiento del fallo que se pretende ejecutar y hacer cumplir. Podría haber una negativa o abstención del Despacho de Justicia para dar cumplimiento a la sentencia, pero su proceder no conduce a que el interesado tenga la vía del llamado recurso por abstención "o negativa", porque ésta es una acción autónoma que se da cuando la autoridad nacional no cumple*

algún acto a que estuviere obligado por ley expresa, y no existe alguna regla legal que califique el cumplimiento de una sentencia judicial de "acto realizado por la autoridad administrativa" sino que ello se inscribe dentro de las funciones de cada Tribunal encargado de ejecutar, cumplir y hacer cumplir las sentencias.

No es, pues, la vía principal del recurso por "carencia" la adecuada y apropiada para lograr ejecutar las sentencias de otros Tribunales, pues ello es una diligencia propia de ejecución dentro del juicio a que corresponde y atribuida específica y concretamente al Tribunal que conoció en primera instancia del asunto. Dar curso a una demanda autónoma será tanto como hacer de la mera o simple ejecución un nuevo proceso o juicio, cuando de lo que se trata es de una actuación de simple ejecución.

Por supuesto, la negativa o abstención lo que puede causar es otro tipo de acciones, recurso o reclamaciones, pero nunca la demanda autónoma del ordinal 23 del artículo 42, porque ésta se contrae a un "acto" que, según la ley, debe cumplir el funcionario nacional, pero no a la obligación de acatar y dar cumplimiento a los fallos, decisiones y sentencias judiciales, puesto que es al Tribunal al que compete efectuar "el acto de ejecución" y la autoridad cumple o no, y en este caso se expone, ciertamente, a los recursos, acciones y reclamaciones a que haya lugar, pero nunca a la posibilidad de un "nuevo juicio" para llevar a cabo lo que, en Venezuela, constituye simple, lisa y llanamente diligencia de ejecución.

La Sala reitera que, ciertamente, el Ministerio de Justicia podría estar incurso en abstención o negativa a cumplir con la sentencia dictada, pero esta conducta omisiva no puede dar motivo para una acción o recurso autónomo, esto es, ocasionar un "nuevo juicio", un "nuevo proceso contencioso administrativo", cuando el asunto estuvo ya tramitado y decidido por la autoridad judicial competente, y tan sólo falta que el ente administrativo, a quien corresponde, dé cumplimiento al fallo definitivamente firme. Es de preguntarse: ¿Qué objeto tiene este nuevo proceso? Pues simplemente "ordenar" al Ministro de Justicia que cumpla o ejecute la sentencia dictada en el primer proceso, y obviamente esto no es el sentido, alcance, fines y propósito de un recurso "por

abstención o negativa", porque para que esto pueda ser viable es necesario que se reclame judicialmente y por primera vez el cumplimiento de un acto a que está obligado el funcionario administrativo, y como ese "acto" es atender, cumplir y aceptar el mandato judicial dado en "ejecución de la sentencia dictada", pues se trata de una simple gestión de ejecución y no de una demanda cuya finalidad es llegar a lo mismo: ordenar al funcionario el cumplimiento del reenganche, reintegro o reubicación del funcionario público separado de su cargo. Dar curso al recurso, sería tanto como hacer interminables los procesos y crear, inútilmente, un nuevo juicio cuando de lo que se trata es de ejecutar lo ya decidido en el juicio correspondiente.

Es más: Como se ha dicho, de acuerdo con el ordinal 23 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte, esta Sala conoce de las abstenciones o negativas de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, en conformidad con ellas. En consecuencia, es necesario que se trate de un acto determinado cuyo cumplimiento esté ordenado por alguna norma legal, y en el caso de autos el funcionario obligado a cumplir es el propio Tribunal de la causa, de manera que los demás -funcionarios y particulares- lo que están es obligados a acatar la orden del Juez ejecutor, tal como se consagra en los artículos 21 y 523 del Código de Procedimiento Civil, 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y por eso es por lo que el recurso se funda en los mencionados artículos 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los que establecen el deber y obligación de respetar y acatar los fallos y providencias judiciales, pero no establecen el de cumplir un acto determinado, la naturaleza del cual no puede ser, lógicamente, "la orden emanada de un Juez de la República en ejecución de algún fallo firme", que es más bien un desacato a la orden judicial, que puede configurar un delito o falta que hace responsable penalmente al funcionario incumplidor del mandamiento emanado de la autoridad judicial, pero que, se reitera, no puede ser objeto de un nuevo juicio que conduzca a lo mismo: una orden para que se ejecute o cumpla la sentencia, pero sin añadir nada nuevo y sin que se plantee una controversia autónoma y de otra índole que

amerite una nueva sentencia, que requiera un nuevo fallo o pronunciamiento sobre lo mismo. En el caso se pide a la Sala que ordene a la República de Venezuela (Ministerio de Justicia) la reincorporación del recurrente al cargo de Registrador Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida y se haga efectivo el pago del saldo de sus sueldos, todo lo cual ya fue objeto de la controversia suscitada y decidida por los Tribunales competentes; distinto sería el caso de derivarse del incumplimiento otro tipo de acción o reclamación, sea administrativa, disciplinaria, civil o penal, pero no es admisible que se acuda a la Corte Suprema de Justicia para reclamar y pedir lo que ya fue tramitado y decidido por las autoridades judiciales a quienes correspondía hacerlo. Obviamente, puede haber -en sentido amplio- una actitud omisiva (abstención o negativa), pero no de las que permitan una vía judicial nueva; da la impresión de que para el recurrente una orden de la Corte Suprema de Justicia sería más acatable que una dada por Tribunal inferior, cuando lo cierto es que, en punto al cumplimiento y ejecución de sentencias judiciales, todos los Tribunales son iguales y no hay rango, categorías ni jerarquías, de manera que las sentencias emanadas de cualquier Tribunal de la República, sea cual fuere su categoría, deben ser respetadas, acatadas, cumplidas y obedecidas sin reservas, pero cuando el obligado a respetarlas fuese un funcionario público y no lo hiciere, esto no puede permitir que se acuda a la Corte en demanda de un cumplimiento que toca cuidar, vigilar y hacer respetar al propio Tribunal ejecutor.

Por tanto, como el conocimiento de la "ejecución" es del Tribunal de la Carrera Administrativa, y no le está atribuido a esta Sala, es evidente la inadmisibilidad del recurso ejercido de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte: el asunto -la ejecución o cumplimiento- es del conocimiento del Tribunal de la Carrera Administrativa, y así se declara".

VIII.- PALABRAS FINALES

Al concluir la presente conferencia, quiero manifestarles, lo siguiente:

Este trabajo se hizo en base a un estudio intitulado: "Contribución al estudio de la acción de carencia en el contencioso-administrativo venezolano" (obra

inédita), concluido en octubre de 1989 y el autor es el profesor **Humberto Romero Muci,** a quien agradezco su gentileza por haberme proporcionado su valiosa contribución jurídica al estudio de la acción de carencia. Naturalmente, como esta exposición corresponde a la presente fecha, en la misma se menciona la jurisprudencia posterior a la fecha de la conclusión del mencionado estudio.

Considero que para los fines de nuestro Seminario es imprescindible analizar conjuntamente la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa y la de la Corte Primera de lo Contencioso - Administrativo.

Agradeciéndoles por la atención dispensada, les deseo éxito en sus estudios de post-grado y, considerando los momentos que se aproximan, que tengan Uds. unas felices vacaciones.

Muchas gracias.

Caracas, 1º de agosto de 1991.-

La responsabilidad administrativa extracontractual

Henrique Iribarren Monteverde

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1992

SUMARIO:

La responsabilidad administrativa. Orígenes y desarrollo en el derecho público francés: responsabilidad objetiva y subjetiva extracontractual. Responsabilidad administrativa en Venezuela: tesis civilista y tesis publicista, bases constitucionales, legales y jurisprudenciales de su gestación.

No vamos a tratar en estas notas lo que en el derecho venezolano se conoce -en un sentido bastante general- como La "Responsabilidad Administrativa", entendiéndose por tal a aquella que pudiere corresponder a los funcionarios públicos en virtud de las sanciones administrativas que les fueren impuestas por la comisión de faltas en el ejercicio de sus funciones.

Nos referiremos, por el contrario, a la responsabilidad patrimonial extracontractual que puede corresponder a las distintas personas morales de derecho público que conforman la Administración Pública y por el ejercicio de la actividad administrativa.

La irresponsabilidad del soberano fue hasta finales del siglo pasado, un hecho incuestionable, que encontraba su fundamento en el antiguo principio formulado por los juristas ingleses según el cual: *"The King can do not wrong"* (el Rey no se equivoca).

Ese principio, propio incluso de la Edad Media, encontró eco en las teorías del Estado absolutista, pues tal y como lo señalaba Bodin: *"la souveranité n'est limitée ni en puissance ni en charge"* (la soberanía no está limitada ni en poder ni en cargas).

La situación se mantuvo así aun con el advenimiento y desarrollo de la Revolución Francesa, donde el Estado en su representación del pueblo se consideraba heredero de los privilegios del príncipe. Como lo explicaba el profesor Gastón Jèze: *"c'est le droit divin du peuple substitué au droit divin du roi"*. Incluso, en los umbrales del siglo XX, todavía Laferrière afirmaba que lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación.

Sin embargo, a medida que el Estado en cualquiera de sus tres ramas: Legislativa, Judicial y Administrativa, dejó de ser un ente distante a los particulares e intervino cada vez más en los asuntos de la vida cotidiana, y en extensos sectores de la actividad económica con los inevitables problemas que ello traía aparejado, se hizo absolutamente necesaria la consagración - sobre todo por vía jurisprudencial- de una responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual del Estado, al actuar como potencia pública, por limitada que tal responsabilidad fuese.

Viendo las cosas desde una perspectiva de derecho comparado, la consagración de la responsabilidad patrimonial pública, en algunos casos ocurrió por vía legislativa, como sucedió en el sistema anglosajón, y en condiciones muy similares a la responsabilidad patrimonial de los particulares -ésta sí con extenso desarrollo jurisprudencial-[1]. En otros sistemas, como el francés, la responsabilidad patrimonial pública, se originó y desarrolló jurisprudencialmente, conforme a reglas especiales, que ahondaremos más adelante[2]. Este sistema francés, y sus relaciones con el venezolano, constituyen el objeto central de nuestro análisis por ser el más avanzado y profundo y, por consiguiente, por constituir el molde de los demás sistemas europeo continentales e incluso latinoamericanos.

De este modo, en la actualidad, se encuentra plenamente aceptada la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio del Poder Público, al punto que constituye uno de los correctivos de las prerrogativas y potestades

---

[1] En Inglaterra: Crown Proceeding Act, 1947; y en Estados Unidos: Ley Federal de 1946; LAFERRIÈRE, J.: **"La responsabilité cuasi delictual de l'Etat aux E.E.U.U."**, Paris 1963; LEVI, Denis: **"La responsabilité de la puissance publique et des agents en Anglaterre"**, Paris 1957.-

[2] Arret Blanco, del Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873, con antecedentes en el Arret Rotschild, del Consejo de Estado en 1855, y precisado por el Arret Pelletier de 1873: LONG, WEIL et BRAIBANT: **"Les grands arrets de la jurisprudence administrative"**, 7éme édition, p. 5.

de imperio de la Administración. Así, señalaba Maurice Hauriou ***"Hay dos correctivos de las prerrogativas de la Administración que reclama el instituto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder Público puede formularse en estos dos brocárdicos: que actúe pero que obedezca la ley, que actúe pero que paque el perjuicio"*** [3].

Hoy día entonces, sólo se discute cuál es el alcance y el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, si éste responderá según las normas del Código Civil o por el contrario en virtud de ciertas reglas especiales.

Finalmente, destacamos que nos referiremos en esta ocasión sólo a la responsabilidad administrativa en el sentido técnico arriba indicado -es decir a la generada por el desarrollo de la actividad administrativa de las personas morales de derecho público, territoriales e institucionales o funcionales, por órgano de la Administración Pública- excluyendo toda alusión a la responsabilidad que puede corresponder al Estado como Legislador o como Juez.

Establecido lo anterior, y en aras de una mayor claridad expondremos las notas que siguen, en dos partes que se corresponden a las siguientes preguntas: ¿Cómo se conforma el sistema francés de la responsabilidad administrativa extracontractual? (I); y, ¿existe en Venezuela la responsabilidad administrativa extracontractual? (II)

I.- LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCES

Aquí, primero, veremos los orígenes de la responsabilidad administrativa en el derecho francés (A); para luego, analizar el alcance de esa responsabilidad tanto en el plano subjetivo como en el objetivo (B).

A) Orígenes de la responsabilidad administrativa extracontractual

La regla primigenia de la irresponsabilidad del Estado-Administrador, por las razones de soberanía antes aludidas, sólo se veía atenuada en tres aspectos, en el derecho francés de finales del siglo XVII.

[3] Citado por GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ en su **"Curso de Derecho Administrativo"**, Editorial Civitas, Madrid 1977, Tomo II, p. 303.

Primero, existían algunos textos legales y reglamentarios que parcialmente comenzaron a admitir la idea de una responsabilidad de la Administración: Ley del 28 pluvioso año VIII, sobre daños causados por obras públicas, y, Decreto del 10 vendimiario año IV sobre daños producidos por disturbios.

Segundo, la regla de la irresponsabilidad no se extendía a los daños imputables a la gestión del dominio privado. Y tercero, la regla de la irresponsabilidad no se extendía a los daños causados por las colectividades locales, que eran consideradas casi del mismo rango jurídico que los simples particulares, no soberanas, y sometidas al derecho civil y a la competencia jurisdiccional del orden civil[4].

En efecto, el artículo 75 de la Constitución del año VIII, señalaba:

> *"Con excepción de los Ministros, los agentes del gobierno sólo pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso, el procedimiento tendrá lugar ante los Tribunales ordinarios".*

No obstante, tal obstáculo administrativo rara vez era superado. La autorización del Consejo de Estado era comúnmente negada, y en todo caso, de ser acordada, comportaba el inconveniente para las víctimas, de tener que soportar la insolvencia de los funcionarios, ya que no podían -todavía en ese entonces- accionar directamente contra el Estado, siempre más solvente.

El primer problema, referido a la autorización previa, fue resuelto, a la caída de Napoleón III, y con el advenimiento de la Tercera República, por Decreto del 18 de septiembre de 1870, el cual abrogó el artículo 75 de la Constitución del año VIII y *"Todas las disposiciones que tengan por objeto entorpecer las demandas contra los funcionarios administrativos"* [5].

Más adelante, el problema en sí mismo de la irresponsabilidad del Estado-Administrador, fue solucionado por la decisión Blanco -piedra angular del derecho administrativo- adoptada por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873.

---

[4] RIVERO, Jean, "Droit Administratif", 10éme, edition, 1983, p. 274.

[5] RIVERO, Jean, op. cit., p. 276.

Como señalan los comentaristas: *"Una niña fue atropellada y herida por una camioneta de la Manufactura de Tabacos (organismo administrativo propiedad del Estado), y se produjo un procedimiento de conflicto de competencias ante los Tribunales judiciales, ante los cuales el padre de la niña había intentado una demanda de daños y perjuicios contra el Estado por considerarlo* ***civilmente*** *responsable de las faltas cometidas por los obreros de la Manufactura"* (entre paréntesis y destacado nuestro)[6].

En esta sentencia -descubierta por los estudiosos del derecho público mucho tiempo después de haberse producido-, el Tribunal de Conflictos siguió el criterio que en sus conclusiones sobre el asunto, hizo el Comisario de Gobierno David, quien al interpretar las leyes de separación de la Autoridad Administrativa de la Autoridad Judicial (16-24 Agosto 1790 y 16 fructidor año III de la Revolución), consideró que los Tribunales judiciales: *"Son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas ejercidas contra la Administración en razón de los servicios públicos, cualquiera que sea su objeto, e incluso, cuando ellas tiendan, no a hacer anular, reformar o interpretar por los Tribunales judiciales los actos de la Administración, sino simplemente a hacer pronunciar contra ella, condenas pecuniarias en reparación por los daños causados por sus operaciones"* [7].

En la decisión Blanco, el Consejo de Estado estableció los tres pilares de la responsabilidad administrativa:

1.-*"Que la* ***responsabilidad*** *que pueda corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplee en el* ***servicio público, no puede regirse por los principales establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular"***;

2.- *"Que esa responsabilidad no es* ***ni general ni absoluta"***;

3.- *"Que ella tiene sus* ***reglas especiales*** *que varían según las* ***necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados"*** [8].

---

[6] LONG, WEIL et BRAIBANT, op. cit. p. 5.
[7] LONG, WEIL et BRAIBANT, op. cit., p. 6.
[8] LONG, WEIL et BRAIBANT, op. cit. p. 5.

El inmenso paso que se dio con este fallo en la historia misma del derecho comparado en el mundo occidental civilizado, fue de dimensiones incalculables por dos principios claves. Por primera vez se admitió la posibilidad de los ciudadanos comunes de atacar el patrimonio del Estado-Administrador, a los efectos de satisfacer por indemnización los daños que éste les hubiera causado por motivos no contractuales. He aquí un principio fundamental del derecho moderno. Pero, al mismo tiempo, y como necesario elemento de equilibrio, en atención a la naturaleza pública, de origen colectivo, del ente cuyo patrimonio sería afectado por las demandas de indemnización, se consideró, con toda justicia y en aras del interés general, que la responsabilidad patrimonial, cuya puerta se estaba abriendo, estaba sometida a un régimen especial, distinto del contemplado en el Código Civil para las relaciones entre particulares. He aquí el otro principio de capital importancia para el derecho moderno, y que necesariamente complementa al primero.

Fue así como se dio cabida a una acción directa contra el Estado-Administrador por el hecho de sus funcionarios o agentes, al tiempo que se proclamó la autonomía que, respecto al Código Civil, tendría el régimen de la responsabilidad por el ejercicio del poder público.

Es necesario recordar que, en un principio, sólo a la **República** -principal persona moral de derecho público- en el marco del Estado-Administrador, alcanzaba el régimen especial de la responsabilidad administrativa. Fue posteriormente que esa responsabilidad original, autónoma y derogatoria del derecho común se extendió a las personas morales de derecho público territoriales de menor rango, que en derecho francés eran las Comunas y los Departamentos. Esta evolución la marcaron sendas sentencias del Consejo de Estado francés: para las **Comunas**, *l'arret Terrier*, dictado por el Consejo de Estado el 6 de febrero de 1903 (remarcamos que este fallo recayó en materia contractual y no extracontractual, pero su importancia en el contexto de la extensión de la Responsabilidad Administrativa a las personas públicas menores es incuestionable); y, para los **Departamentos**, *l'arret Feutry*, dictado por el Consejo de Estado el 29 de febrero de 1908 [9].

Resulta entonces evidente que la responsabilidad administrativa puede ser contractual o extracontractual.

---

[9] RIVERO, Jean, op. cit., p. 278.

La contractual, se encuentra disciplinada, por las reglas especiales propias de la teoría de los contratos administrativos, las cuales se fundan principalmente en la naturaleza radicalmente distinta de éstos en relación a los contratos de derecho común. Tales reglas especiales, están fijadas en cada ordenamiento jurídico donde la teoría sea aceptada -como es el caso de Francia y de Venezuela- por los textos, la jurisprudencia y la doctrina. Ellas consisten básicamente, en el conjunto de prerrogativas y potestades de potencia pública con las cuales la Administración, celebra, ejecuta y finaliza esos especiales convenios; las contrapartidas de las cuales gozan los particulares contratistas en virtud del principio del equilibrio financiero del contrato -teoría de hecho del príncipe y de la imprevisión-; y en la existencia de una jurisdicción especial, diferente de la ordinaria, para ventilar los conflictos jurídicos surgidos en la interpretación y ejecución de los convenios.

Pasemos a analizar ahora las nociones fundamentales de la responsabilidad administrativa extracontractual subjetiva y objetiva.

B) La responsabilidad administrativa extracontractual subjetiva y objetiva:

La responsabilidad administrativa extracontractual, comporta en derecho francés un régimen excepcional, que obedece a una teoría propia, en base a dos categorías: la responsabilidad por falta -o subjetiva- y la responsabilidad objetiva -parecidas, por qué no, a la responsabilidad extracontractual simplemente civil, aunque guardando siempre esenciales diferencias de naturaleza-.

a) La responsabilidad administrativa extracontractual por falta

En cuanto a la **responsabilidad administrativa por falta**, debe advertirse que ya desde el año VIII de la Revolución el Consejo de Estado acostumbraba negar la autorización requerida entonces para proceder contra el funcionario personalmente, salvo en los casos en que apreciaba la existencia de una "falta personal" del agente, en contraposición a la "falta de servicio"; es decir, según la diferenciación que posteriormente formulara Laferrière, en aquellos supuestos que revelaban *"al hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias más que al administrador sujeto siempre a error"* [10].

[10] GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, op. cit., p. 332.

La distinción entre falta personal y falta de servicio continuó haciéndose aún después de abrogado el referido procedimiento previo, y, luego de admitida la responsabilidad directa del Estado-Administrador por el hecho de sus agentes.

Así, en la sentencia del Tribunal de Conflictos de fecha 30 de julio de 1873, recaída en el caso Pelletier, se dispuso:

> *"Considerando que la demanda de Pelletier se funda exclusivamente sobre ese acto de alta policía administrativa; que fuera de ese acto él no imputa a los demandados ningún hecho personal de naturaleza a comprometer su responsabilidad particular, y que en realidad la pretensión está dirigida contra ese acto en sí mismo, en la persona de los funcionarios que lo ordenaron o colaboraron con el mismo ..."*

Según los comentaristas Long, Weil y Braibant, en el espíritu de la sentencia Pelletier: *"La **falta personal** fue concebida como aquella que se separa suficientemente del servicio de modo tal que el juez judicial pueda constatarla sin hacer con ello una apreciación sobre la marcha misma de la Administración. **La falta de servicio**, por el contrario, es el hecho del agente que está tan estrechamente ligado al servicio, que su apreciación por el juez judicial implicaría automáticamente una apreciación sobre el funcionamiento del servicio"* [11] (Destacado nuestro).

Desde entonces, en derecho francés, "la falta personal" del funcionario compromete su propia responsabilidad, ante los tribunales judiciales, y según las reglas del Código Civil. Por el contrario, "la falta de servicio", compromete la responsabilidad del Estado-Administrador, ante los tribunales contencioso - administrativos, y según sus reglas propias.

Durante mucho tiempo se consideró que la responsabilidad del agente o funcionario y la responsabilidad del Estado-Administrador eran excluyentes; pero pronto el Consejo de Estado admitió la existencia de una **acumulación de faltas**, en l'arret Anguet, del 3 de febrero de 1911, reconociendo que la víctima de un daño causado por una concurrencia de faltas: de servicio y personal, tenía la facultad de **escoger** entre las dos posibles responsabilidades[12].

---

[11] LONG, WEIL et BRAIBANT, op. cit., p. 12.

[12] RIVERO, Jean, op. cit., p. 299.

Más adelante, el Consejo de Estado aceptó incluso la **acumulación de responsabilidades**, en el fallo Lemonnier del 28 de julio de 1918, en aquellos casos en los cuales la falta personal sólo pudo ser cometida por el agente con los instrumentos o poderes puestos a su disposición por el servicio. Aquí, según la expresión del Comisario de Gobierno León Blum: "la falta se aparta tal vez del servicio, pero el servicio no se separa de la falta"[13].

Al término de esta evolución jurisprudencial la acumulación de responsabilidades se admite cada vez que la falta personal **"no está desprovista de todo vínculo con el servicio"**[14]. Caso contrario, es decir, si la falta personal está efectiva, plena y totalmente desvinculada del servicio, entonces sólo responderá civilmente el funcionario frente a la víctima del daño.

Esta evolución da, en general, una opción a la víctima del daño, la cual comúnmente escoge atacar el patrimonio de la persona moral de derecho público, que es más solvente que el funcionario o agente.

Actualmente, en los términos de la sentencia Laruelle, dictada por el Consejo de Estado el 28 de julio de 1951, el Estado-Administrador que ha indemnizado a una víctima por el daño causado, en parte por la falta personal y en parte por la falta de servicio, admite la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración.

En esta perspectiva, resulta claro que la noción de falta de servicio, es la clave de la responsabilidad administrativa extracontractual por falta, junto al daño y a la relación de casualidad entre la falta o culpa y el daño.

La falta de servicio ha sido definida como "una falla en el funcionamiento normal del servicio (público), que incumbe a uno o a varios agentes de la Administración, pero que no les es imputable personalmente"[15].

Es conveniente señalar, que la noción de falta de servicio, propia al derecho administrativo, **es diferente** a la de **falta o culpa** en el derecho civil[16].

---

[13] RIVERO, Jean, op. cit., p. 299.

[14] RIVERO, Jean, op. cit., p. 300.

[15] RIVERO, Jean, op. cit., p. 285; en el mismo sentido puede verse: VEDEL, Georges: **"Droit Administratif"**, P.U.F., 8éme édition, 1982, p. 491.

[16] Términos estos dos últimos -falta y culpa- son equivalentes en derecho privado (PALACIOS HERRERA, Oscar: **"Apuntes de obligaciones"**, versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, año 1950-1951, Ediciones JUS, Tomo I, p. 40), y en derecho público (BLASCO ESTEVE, A. Avelino: **"La responsabilidad de la Administración por actos administrativos"**, Editorial Civitas, Monografías, Segunda Edición, Madrid 1985, p. 156).

En efecto, en derecho civil francés (e igualmente en derecho civil venezolano), en el **plano de la responsabilidad contractual**, el deudor no responde por falta o culpa levísima (es decir, sólo responde por dolo y culpa o falta grave y leve), y, en el **plano de la responsabilidad extracontractual** responde por **todo** tipo de falta o culpa, incluida la levísima (es decir, responde por dolo y culpa o falta grave, leve y levísima). Esto, en virtud del principio de derecho romano -recogido por los textos y reafirmado por la jurisprudencia-: **"In lege Aquilia et levíssima culpa venit".**

Por el contrario, en derecho administrativo, el principio es radicalmente distinto: **"la responsabilidad no es ni general ni absoluta"**, y por eso, siempre en el campo de la responsabilidad administrativa subjetiva, la noción autónoma de falta, comporta características propias y distintos niveles de exigencia que en el derecho civil.

Así, por ejemplo, en el plano de la **responsabilidad administrativa contractual**, cualquiera de las partes que han celebrado un contrato administrativo (es decir, Administración o cocontratante) puede ver comprometida su responsabilidad, pero sólo en caso de **falta grave**[17], (esto, aunque la Administración puede modificar e incluso poner fin unilateralmente al contrato administrativo aun sin falta del cocontratante, teniendo entonces que indemnizarlo en virtud de la teoría del hecho del príncipe). Aquí, hay una clara diferencia con los principios aplicables en el derecho civil, según los cuales contractualmente las partes responden incluso por falta leve.

Del mismo modo, el plano de la **responsabilidad administrativa extracontractual subjetiva, la falta de servicio** -arriba definida- comporta distintos grados de exigencia.

La sentencia de principio, en esta materia, fue rendida por el Consejo de Estado el 10 de febrero de 1905, en el caso Tomaso Grecco[18].

En esta ocasión, el Consejo de Estado, desestimó una solicitud de indemnización, por considerar:

---

[17] RIVERO, Jean, op. cit., p. 135.

[18] Recuento Lebon 139, con las conclusiones del Comisario de Gobierno Romieu.

"que no resulta de la instrucción que el tiro que alcanzó al señor Grecco haya sido disparado por el gendarme Mayrigue, en que el accidente, del cual el recurrente fue víctima, pueda ser atribuido a una falta del servicio público del cual la Administración sería responsable; y que en consecuencia, el señor Grecco no tiene fundamento para demandar la anulación de la decisión por la cual el ministro de la guerra ha rehusado a acordarle una indemnización ..."

Al conocer y tratar de esta forma la referida demanda de indemnización, el Consejo de Estado abandonó la posición que mantenía en lo relativo a los daños causados en ejercicio de una actividad de policía **stricto sensu** (es decir: policía del orden público), según la cual *"El Estado no es, en tanto que potencia pública, y concretamente en lo que respecta a las medidas de policía, responsable de la negligencia de sus agentes"*[19].

En el caso Tomaso Grecco, el Comisario de Gobierno, señor Romieu, fundándose en la fórmula de l'arret Blanco (Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873), admitió la posibilidad de una responsabilidad administrativa extracontractual por falta, pero indicando justamente que como la misma no podía ser "ni general ni absoluta", entonces: *"Todo error, toda negligencia, toda irregularidad... no comportará necesariamente la responsabilidad pecuniaria de la persona pública. Corresponde al juez determinar en cada caso, si hay una falta caracterizada del servicio de naturaleza a comprometer esa responsabilidad, y de tener en cuenta, a tales efectos, tanto la naturaleza del servicio, las áleas y las dificultades que comporta, y la parte de iniciativa y de libertad que se necesita para su desarrollo, como la naturaleza de los derechos individuales involucrados, su importancia, el grado de molestia que recaiga sobre los mismos, la protección que ellos requieran y la gravedad de la transgresión de que sean objeto."*[20].

Posteriormente, la jurisprudencia sistematizó las distintas hipótesis del grado de exigencia de la falta en derecho administrativo, del modo que se señala a continuación[21].

---

[19] Consejo de Estado, 13 de enero de 1989, Le Preux, Recuento Lebon 18.
[20] LONG, WEIL et BRAIBANT, op. cit., p. 62.
[21] LONG, WEIL et BRAIBANT, op. cit., pp. 62 Y 63.

Para comprometer la responsabilidad administrativa por la ejecución de servicios públicos, considerados particularmente difíciles y de una importancia primordial - tales como: los servicios de policía en la acción en la calle; los servicios de lucha contra incendios; el ejercicio de poder de tutela de la Administración Central sobre las administraciones descentralizadas; los servicios prestados en los hospitales públicos y los servicios prestados por las Administraciones Fiscales[22], se exige la comisión de una falta grave o pesada. Entonces, la Administración Pública no responde por falta leve o simple, ni falta levísima[23] en el desarrollo de las actividades atinentes a tales servicios públicos. En esto hay una clara diferencia con el derecho civil, según el cual, y en los casos en que éste sea aplicable, extracontractualmente se responde incluso por faltas leve y levísima, es decir, por todo tipo de falta.

Por el contrario, para comprometer la responsabilidad administrativa por la ejecución de la actividad puramente jurídica de policía, es decir, por la reglamentación elaborada tranquilamente y sin dificultades particulares, en regla general no se exige una falta grave o pesada, sino que basta que la falta sea leve o simple[24]. De cualquier modo y por vía de excepción una medida reglamentaria, tomada en una materia particularmente **difícil**, sólo compromete la responsabilidad administrativa, en caso de **falta grave**[25]. Entonces aun en este segundo caso de figura, tampoco se responde por falta levísima. Y en esto, también hay una clara diferencia con el derecho civil, donde, como se anotó arriba, extracontractualmente se responde por todo tipo de falta, incluyendo la levísima.

En resumen, extracontractualmente, en **derecho civil**, siempre que deba responderse, se responde hasta por falta levísima, y contractualmente hasta por falta leve; en tanto que, en **derecho administrativo** extracontractualmente jamás se responde por falta levísima -sino por falta grave o leve, según el caso- y contractualmente jamás se responde por falta leve -sino por falta grave-.

Establecido que según la jurisprudencia y doctrina francesa existen distintos grados de exigencia en la gravedad de la falta para comprometer la

[22] RIVERO, Jean, op. cit. p. 288.
[23] Caso Cleff, Consejo de Estado, 13 de marzo de 1925, R.D.P. 1923, p. 274.
[24] Caso Ville De Dôle, Consejo de Estado, 13 de febrero de 1942, Recuento Lebon, p. 48.
[25] Caso Dame Veuve Thiemard, Consejo de Estado, 24 de marzo de 1976, Recuento Lebon, p. 177.

responsabilidad, dependiendo de si se aplica el derecho civil o el derecho administrativo, debemos hacer otras precisiones que interesan para completar las nociones elementales del régimen jurídico propio de la responsabilidad administrativa extracontractual por falta.

Comúnmente pueden distinguirse tres tipos de falta de servicio: Casos en los cuales el servicio público funcionó mal[26]; casos en los que el servicio público no funcionó[27]; y, casos donde el servicio público funcionó tardíamente[28].

Luego, debe señalarse que la carga de la prueba de la falta en general la tiene la víctima del año, quien además de probar éste, deberá también demostrar el incumplimiento culposo de la obligación extracontractual de la persona moral de derecho público agente del daño. Esto al igual que en el derecho civil de la responsabilidad extracontractual aplicable, respectivamente, en Francia y en Venezuela[29]. Se recuerda también que, por el contrario, en la responsabilidad civil contractual, tanto francesa como venezolana, existe una presunción del incumplimiento y de la culpa del deudor, que en nuestro ordenamiento se fundamenta en los artículos 1.271 y 1.354 del Código Civil.

Sin embargo, en derecho administrativo y en el contexto de la responsabilidad administrativa extracontractual, la jurisprudencia ha establecido para ciertos casos "presunciones de falta" que invierten la carga de la prueba, sin llegar tan lejos como para consagrar un sistema de responsabilidad administrativa objetiva, la cual trataremos más adelante.

Esos casos de "presunciones de falta" en la responsabilidad administrativa extracontractual, fueron originalmente concebidos por el Consejo de Estado en materia de accidentes de automóviles pertenecientes a alguna persona moral de derecho público o de accidentes de vacunación, para mejorar las

---

[26] vg: Arrêt Le Meut, Consejo de Estado, 20 de abril de 1934, Recuento Lebon, p. 463.

[27] vg: Arrêt Sindicat Des Vins de la Côte-D'Or, Consejo de Estado, 24 de julio de 1936, Dalloz 1937, 3, 41.

[28] vg; Arrêt Malou, Consejo de Estado, 25 de noviembre de 1921, Recuento Lebon, p. 975. Sobre esto puede verse, DE LAUBADERE, André, "Traité de Droit Administratif", Tome I, 9éme Edition, L.G.D.J., 1984, p. 747.

[29] Sobre esto puede verse en derecho civil venezolano: MADURO LUYANDO, Eloy: "Curso de obligaciones. Derecho Civil III", Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho 1977, p. 108.

posibilidades litigiosas de las víctimas de tales daños; pero luego que la Ley del 31 de diciembre de 1957, quitó al contencioso-administrativo los litigios sobre accidentes causados por vehículos de la Administración, estableciendo desde ese entonces la competencia de los jueces del orden judicial (y no, remarcamos, del orden contencioso-administrativo), estos primeros casos de "presunción de falta", perdieron toda significación.

No obstante, y ésta es la excepción a la regla general arriba indicada, el máximo Tribunal del contencioso - administrativo francés, continuó aplicando la jurisprudencia de la **"presunción de falta", por una parte,** para los casos de accidentes causados por los sementales de haras nacionales[30]; y **por la otra,** para los casos de "defecto de mantenimiento normal en materia de obras públicas"[31], pero sólo en las hipótesis de daños causados a los propios **usuarios** de la obra o trabajo público, ya que los daños causados **a terceros** no usuarios de la obra se rigen por el sistema de la responsabilidad objetiva[32].

Por último en el campo de la responsabilidad administrativa por falta, cabe hacer referencia a aquella que derive de la ejecución de los actos administrativos. Esto es lo que en derecho administrativo se conoce como las relaciones entre la ilegalidad y la responsabilidad.

Advertimos que en derecho administrativo francés, excepcionalmente en algunos casos se admite una responsabilidad administrativa extracontractual **objetiva** por actos administrativos -es decir, con independencia de toda falta-, pero esto será tratado más adelante.

Esta materia en general ha sido ordenada conforme a tres posibles hipótesis[33]: 1.- Casos de anulación sin indemnización; 2.- Casos de indemnización sin anulación; y 3.- Casos de anulación e indemnización. En este último ejemplo,

---

[30] Arrêt Dame Magniez, Consejo de Estado 26 de diciembre de 1951, Recuento Lebon, p. 621.

[31] Arrêt Dame Dorso, Consejo de Estado, 9 de marzo de 1962, Recuento Lebon, p. 164.

[32] Arrêt Arbez-Gindre, Consejo de Estado, 13 de Julio de 1965, Recuento Lebon, p. 442. Sobre el conjunto de este problema de la carga de la prueba en la responsabilidad administrativa extracontractual: RIVERO, Jean, op. cit., p. 288; DE LAUBADERE, André, op. cit., pp. 747, 748 y 753; y, LONG, WEIL et BRAIBANT. op. cit., p. 159.

[33] DELBEZ, Louis: "De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité", Revue de Droit Public 1932, p. 441.

el acto administrativo **ilegal** constituye, al mismo tiempo, una **falta de servicio**, susceptible de generar una indemnización por responsabilidad administrativa.

Entonces, en principio, habrá **responsabilidad** administrativa por la adopción y ejecución de un acto administrativo **ilegal**, cuando éste constituye además una **falta de servicio** (es decir que sea una falla en la ejecución del funcionamiento normal de un servicio público), jamás dándose en casos de falta levísima, y pudiendo originarse -según la mayor o menor dificultad en la ejecución del servicio público en cuestión- por falta leve o simple o, grave o pesada.

De ordinario, un acto administrativo ilegal proporciona un caso típico de falta administrativa. Sin embargo, el Consejo de Estado ha considerado que las ilegalidades puramente formales no pueden ser consideradas como faltas[34]. De allí que, en el campo de la responsabilidad administrativa por actos administrativos, la ilegalidad sea considerada -en el tercero de los ejemplos adelantados por el profesor Delbez- como una condición necesaria pero no suficiente para que pueda serle acordada una indemnización a la víctima del daño. Entonces, además de la ilegalidad tendrá que haber una falta de servicio, de naturaleza a comprometer la responsabilidad, según la dificultad propia a la ejecución del servicio público de que se trate.

Esto resulta perfectamente explicable, en la perspectiva de la consagración de un sistema de responsabilidad administrativa que al mismo tiempo de constituir una garantía para los administrados, permita la protección del Erario Público, el cual podría verse comprometido si toda ilegalidad fuese susceptible de generar responsabilidad, como lo han explicado Maurice Hauriou y Prosper Weil[35].

Ya se ha dejado establecido más arriba que en el contencioso - administrativo clásico, la responsabilidad extracontractual administrativa jamás se da por falta levísima, en lo que constituye una marcada diferencia con el sistema de la responsabilidad **civil** extracontractual.

---

[34] **Caso Leca, Consejo de Estado, 22 de mayo de 1942, Recuento Lebon, p. 160; ver igualmente RIVERO, op. cit., p. 287 y DE LAUBADERE, op. cit., p. 748.**

[35] **Respectivamente en SIREY 1903, III, p. 42; y en "Les conséquences de l'anullation d'un acte administratif pour excès de pouvoir", 1952, p. 255.**

Sin embargo, esa responsabilidad sí puede surgir como consecuencia de una falta de servicio simple o grave de la Administración -y "a fortiori" por dolo- dependiendo de la dificultad del servicio en cuestión. Y en el campo de la responsabilidad administrativa extracontractual por la adopción de actos administrativos ilegales -y no por simples hechos u operaciones materiales-, la posibilidad de que aquélla pueda verse efectivamente comprometida, depende también de si se considera al acto administrativo ilegal como constitutivo de una falta de servicio simple o grave.

Para un sector de la doctrina francesa, toda ilegalidad de un acto administrativo puede acarrear responsabilidad administrativa[36]. De esto puede colegirse -siempre según este sector de la doctrina- que todo acto administrativo ilegal, constituye cuando menos una falta de servicio simple de aquellas que pueden comprometer la responsabilidad administrativa -recuérdese que existen faltas de servicio simples que no comprometen esa responsabilidad: las cometidas en el ejercicio de la actividad administrativa de policía en la calle; lucha contra incendios; servicio público hospitalario; ejercicio de la tutela administrativa y servicios fiscales, para las cuales la jurisprudencia exige que la falta de servicio sea grave-.

Para este sector de la doctrina, entonces, la ilegalidad del acto administrativo, no sólo es la condición **necesaria** sino también **suficiente**, para que exista cuando menos una **falta de servicio simple**, y consecuentemente una responsabilidad administrativa.

Para otro sector de la doctrina francesa no toda ilegalidad de un acto administrativo puede acarrear responsabilidad administrativa[37].

Esta posición es claramente explicada por el profesor Benoit, en los siguientes términos:

---

[36] DUGUIT, Leon, "Traité de Droit Constitutionnel", T. III, lère édition, p. 462; menos tajantemente y en un cambio de su posición inicial: WALINE, Marcel, "Traité de Droit Administratif", 8ème Edition, 1959, p. 718; y con particular énfasis HELIN, J. CL., "Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégallité", tésis dactilografiada, Nantes 1969, p. 54.

[37] DELBEZ, Louis, op. cit.; HAURIOU, Maurice, "Precis de Droit Administratif", 1927, p. 323; ODENT, Raymond, "Contentieux Administratif", Fasc. IV, Les Cours de Droit, París, 1970-1971, p. 1.085; y BENOIT, Francis Paul, artículo publicado en el Jurisclasseur Administratif, Fascículo 720, N° 32, 1966.

> *"La ilegalidad que afecta a una decisión administrativa, sólo constituye una falta en la medida en que no es excusable. En el estado actual de la jurisprudencia, todas las ilegalidades cuya fuente es propiamente jurídica son consideradas como inexcusables:... así la violación de la ley o el error en los motivos, procedente de un error de derecho, la desviación de poder y la incompetencia, son motivos de anulación que dan lugar siempre a responsabilidad desde el momento en que hay daños. Al contrario la violación de la ley por error de hecho, da lugar a una apreciación caso por caso, porque hay errores de hecho que pueden parecer excusables, en función de las dificultades del servicio... En cuanto a la violación de las formas, no puede tener repercusiones en el plano de la responsabilidad más que en la medida en que influya sobre el fondo mismo de la decisión, pues es éste únicamente quien puede causar un daño."* [38] (Destacado nuestro).

Para este otro sector dominante de la doctrina y jurisprudencia francesa, la ilegalidad del acto administrativo, sólo es una condición **necesaria pero no suficiente,** para que exista cuando menos una **falta de servicio simple**, y consecuentemente una responsabilidad administrativa. Será además necesario que la ilegalidad declarada del acto sea inexcusable, en función del grado de dificultad en el plano de los hechos que hubiese existido previamente a la adopción del acto cuestionado, según la jurisprudencia.

De otra parte, al lado de la responsabilidad administrativa extracontractual por falta se ha desarrollado, igualmente, en el contencioso - clásico **la responsabilidad administrativa extracontractual** objetiva.

b) La responsabilidad administrativa extracontractual objetiva:

El fundamento que se le ha dado a la responsabilidad administrativa objetiva, como ha explicado el profesor Vedel, es doble:

> *"Unos admiten que en ciertos casos, la jurisprudencia aplica la teoría del riesgo aceptada en derecho privado. Aquél que, en el ejercicio de una*

[38] La jurisprudencia que permite sostener esta posición, puede encontrarse debidamente sistematizada por categorías en la obra del profesor A. Avelino Blasco Esteve, op. cit., pp. 147 - 153.

actividad de la cual obtiene un provecho, crea un riesgo de daños, debe, si ese riesgo se realiza, responder por los daños causados, porque él no podría recibir los beneficios de su actividad sin asumir las cargas de la misma. Esta es la noción del 'riesgo provecho' de la 'correlación entre ventajas y cargas'.'' (Eisenman, J.C.P., 1949, 1.751).

''Otros por el contrario, explican todas las hipótesis de responsabilidad sin falta del derecho público por un principio autónomo que es el de la igual distribución de las cargas públicas. El daño causado por la Administración a un particular sería una variedad de carga pública que, al menos en ciertos casos, no debería ser soportado por un solo ciudadano y debería entonces ser repartido entre todos, lo que ocurre con la indemnización a la víctima, cuya carga definitiva, por el juego de los impuestos, incumbe a los contribuyentes.

... (omissis)... De hecho, parecería que, en las hipótesis de responsabilidad sin falta, las soluciones más antiguas se explican por la influencia de la teoría del riesgo y las más recientes por el principio de la igual distribución de las cargas públicas, pero que éste no ha eliminado completamente a aquélla.''[39]

Rivero, sistematiza las diversas hipótesis jurisprudenciales de responsabilidad administrativa objetiva[40], así:

Casos de responsabilidad administrativa objetiva por riesgo

1.- **Accidentes de trabajo sufridos por funcionarios públicos**[41]. Este fue el primer caso en la historia del derecho, tanto público como privado de responsabilidad objetiva, y antes de cualquier regulación legislativa. Actualmente, esta jurisprudencia se aplica a los colaboradores ocasionales de la Administración.

2.- **Daños causados por cosas peligrosas:** se encuentran aquí los supuestos de **obras públicas peligrosas** en sí mismas consideradas, que causen daños

[39] VEDEL, Georges, op. cit., pp. 501 - 502.
[40] RIVERO, Jean, op. cit., pp. 289 - 292.
[41] Consejo de Estado, 21 de junio de 1895, caso Cames, Recuento Lebon, p. 509.

a terceros -no usuarios de la obra pública[42].- (los daños causados **a los usuarios** pueden ser indemnizados sobre la base de la responsabilidad por falta); **de explosivos**[43]; **y de armas utilizadas por el servicio de policía en la calle, cuando los heridos no son los malhechores perseguidos**[44]. El conjunto de estas sentencias tiende a crear en cabeza de la Administración, una responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas peligrosas, como la del artículo 1.384 del Código Civil Francés.

3.- **Daños causados por actividades o técnicas peligrosas:** se incluye en esta categoría las operaciones administrativas de destrucción de inmuebles insalubres[45]; y, los daños causados por los evadidos del régimen de educación vigilada de delincuentes jóvenes[46].

En segundo lugar, también hay **casos de responsabilidad administrativa objetiva por violación del principio de igual distribución de las cargas públicas:**

1) **Daños permanentes causados por la proximidad a una obra pública no peligrosa:** por ejemplo, la depreciación de un inmueble por la construcción de una autopista muy cerca de él, abre el derecho a reparación cuando se **exceden** los inconvenientes normales de la proximidad[47].

2) **Daños causados por inejecución administrativa de las sentencias**[48].

3) **Daños causados por medidas de orden económico o social impuestas a una empresa privada en razón del interés general**[49].

4) **Daños causados por la negativa de la Administración a demoler un inmueble construido ilegalmente contra las reglas de urbanismo**[50].

---

[42] Sentencias del Consejo de Estado, recaídas en los casos, Arbez-Gindre y Dame Dorso, respectivamente en fechas 13 de julio de 1965 y 9 de marzo de 1962.
[43] Consejo de Estado, 2 de agosto de 1919, caso Regnault - Des Roziers, Recuento Lebon, p. 239.
[44] Consejo de Estado, 24 de junio de 1949, caso Lecomte et Daramy, Recuento Lebon, p. 307.
[45] Consejo de Estado, 24 de diciembre de 1926, caso Walter, Sirey, 1927, III, p. 44.
[46] Consejo de Estado, 3 de febrero de 1956, caso Thoozellier, Dalloz 1956, p. 596.
[47] RIVERO, Jean, op. cit., p. 291.
[48] Consejo de Estado, 30 de noviembre de 1924, caso Couiteas, Recuento Lebon, p. 789.
[49] Consejo de Estado, 28 de octubre de 1949, caso Societé Des Ateliers Du Cap Janet, Jurisclasseur Périodique, 1950 II, N° 5861; Recueil LEBON, 1949, p. 450.
[50] Consejo de Estado, 20 de marzo de 1974, caso Navarra, Actualité Juridique et Droit Administratif, 1974, p. 328.

Expuestas como han quedado las reglas particulares que disciplinan el fondo mismo de la responsabilidad administrativa extracontractual, tanto **subjetiva** -o por falta- como **objetiva** -o por riesgo o ruptura del principio de la igual distribución de las cargas públicas-, resulta necesario hacer por último una breve referencia a las condiciones o requisitos que han de presentarse reunidos para la procedencia de la responsabilidad, y, a las causas de exoneración de la misma.

c) Requisitos para la procedencia de la responsabilidad administrativa extracontractual

Tres son los **requisitos de procedencia** de la responsabilidad administrativa extracontractual (esos requisitos se aplican también a la responsabilidad administrativa contractual).

1.- **Debe existir un daño, con las características particulares que se indican a continuación** (ese daño siempre debe ser probado por la víctima).

En lo atinente a las condiciones del daño causado susceptible de ser indemnizado, deben formularse algunas precisiones, porque el derecho administrativo, también en este aspecto de la responsabilidad administrativa, comporta elementos de autonomía respecto al derecho civil, aunque subsistan ciertos matices de semejanza.

En efecto, independientemente de que se trate de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, subjetiva u objetiva, la Administración Pública sólo responde por haber ocasionado un **daño** que comporte las siguientes características, las dos primeras comunes al derecho civil y las tres últimas propias al derecho administrativo:

1.1.- Que sea **directo** -es decir, que emane de la intervención inmediata, materialmente, y por acción, omisión o retardo, de la propia Administración-[51].

---

[51] Arrêt Roset, Consejo de Estado, 16 de febrero de 1945, Recuento Lebon, p. 36.

1.2.- Que sea **cierto** -es decir, que haya efectivamente ocurrido y que sea actual aun cuando puede ser futuro si su realización parece inevitable, exclusión hecha sólo del daño eventual-[52].

1.3.- Que sea **especial** -es decir, particular a la víctima o las víctimas, y no común al conjunto de miembros de una colectividad-[53].

1.4.- Que sea **anormal** -es decir, que el daño debe exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento de un servicio público, y las limitaciones que impone la vida colectiva-[54].

1.5.- Que **incida sobre una situación jurídicamente protegida** -es decir, que se excluye el derecho a reparación a las personas que se encuentren en una situación ilegal o no reconocida ni siquiera por la propia jurisprudencia-[55]. Así el daño puede corresponder a la lesión de un derecho, de un interés legítimo e incluso a la de un interés no calificado[56].

Además, hoy día se reconoce perfectamente una indemnización a las víctimas de la Administración que han sufrido un daño moral, contrariamente a lo que se sostenía hasta hace muy poco. A partir de l'arrêt Letisserand[57], se admite la indemnización del daño moral en la responsabilidad administrativa, en los siguientes términos:

> *"En lo que respecta al señor Letisserand (Camille): Considerando que aun cuando no ha sido establecido -y ni siquiera alegado- que la suerte del señor Letisserand (Paul) haya causado al señor Letisserand (Camille) un daño material o haya comportado perturbaciones en sus condiciones*

---

[52] Arrêts Vanikoft y Societé Des Forges et Ateliers De Lyon, Consejo de Estado, respectivamente, de fechas, 16 de noviembre de 1949, Recuento Lebon, p. 822, y, 28 de julio de 1951, Recuento Lebon, p. 453.

[53] Arrêts Societé Des Ateliers Du Cap Janet y Societé Manufacture Des Machines Du Haut-Rhin, Consejo de Estado, respectivamente, de fechas 28 de octubre de 1949, en Jurisclasseur Periodique 1950, p. 2. 5861, y 29 de junio de 1962, Recuento Lebon, pág. 432.

[54] Los mismos arrêts precedentemente indicados.

[55] Arrêt Dlle Rucheton, Consejo de Estado, 11 de mayo de 1928, Recuento Sirey, 1928.3.97, nota de M. HAURIOU.

[56] Sobre estas condiciones del daño en la responsabilidad administrativa, puede verse: RIVERO, Jean: op. cit., pp. 280, 281 y 283; y VEDEL, George: Droit Administratif, P.U.F., Bème Edition, mise á jour 1982, pp. 507, 519, 520 y 521.

[57] Consejo de Estado, 24 de noviembre de 1961, Recuento Lebon, p. 661.

de existencia, el dolor moral que sufrió este último por la desaparición prematura de su hijo es, en sí mismo considerado, generador de un perjuicio indemnizable..."

Se acordó una indemnización, con mucho **rigor** en cuanto a la extensión de la misma; tal apreciación estricta ha llegado a ser en 1976, para el caso de una viuda del orden de los 20.000 francos franceses[58].

2.- Debe existir la posibilidad de imputar ese daño a una persona moral de derecho público determinada, y;

3.- **Debe existir un hecho generador** -falta de servicio, o, riesgo o ruptura del principio de la igual distribución de las cargas públicas- **que presente ciertos caracteres jurídicos de los que se desprenda la obligación de reparar**. Cuando el **hecho generador** sea una **falta de servicio, ésta, por una parte,** debe siempre presentar las características que se indicaron, según el caso; y, **por la otra,** por regla general esa falta debe ser probada por la víctima, con excepción de los casos de daños causados por "defectos de mantenimiento normal de obras públicas", a los usuarios de las mismas -y no a terceros-, hipótesis en las cuales sin llegar al grado de consagrarse una responsabilidad objetiva, -como sí ocurre para los terceros- tiene lugar una inversión jurisprudencial de la carga de la prueba, debiendo la Administración probar que ella efectuó el mantenimiento normal de la obra pública, -es decir, que no cometió una falta de servicio de naturaleza a comprometer su responsabilidad- o cualquier otra causal general de exoneración[59].

Las **causas generales de exoneración** en el sistema particular de la responsabilidad administrativa, también son parecidas a las del régimen de derecho privado, pero presentan ciertas características propias, según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.- **La falta de la víctima** exonera a la Administración de la responsabilidad que pudiere corresponderle, o la atenúa en caso de falta compartida, tanto en el sistema de la responsabilidad por falta, como en el de la responsabilidad objetiva.

---

[58] Al respecto, puede verse LONG, WEIL et BRAIBANT, op. cit., p. 508.

[59] Sobre esto puede verse: RIVERO, Jean: op. cit., p. 280 y BLASCO ESTEVE, A. Avelino: op. cit., p. 135.

Debe destacarse, que el Consejo de Estado es muy severo en la apreciación del comportamiento de la víctima, para determinar la falta de ésta, en particular cuando se trata de un niño[60].

2.- **La fuerza mayor** (acontecimiento extraño, imprevisible e irresistible) también es una causa de exoneración que juega en los dos tipos de responsabilidad[61].

3.- **El caso fortuito** (o causa desconocida) caracterizado por la imposibilidad de descubrir la causa del daño; constituye por definición una causal de exoneración en el sistema de la falta y en el de la presunción de falta; y por el contrario, deja subsistir la responsabilidad en el sistema objetivo.

4.- **El hecho del tercero,** constituye una causa de exoneración o de atenuación de la responsabilidad en el sistema de la falta y de la presunción de falta[62], pero no así en los sistemas objetivos[63].

Establecidos como han quedado los principios jurisprudenciales, del derecho francés sobre la responsabilidad administrativa extracontractual, pasamos a analizar cómo ha sido su recepción en el derecho positivo venezolano.

II.- LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

La especial preocupación de la jurisprudencia reciente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en permitir el desarrollo pleno y efectivo del sistema de control contencioso - administrativo de anulación por ilegalidad sobre los actos administrativos, por una parte, y, por la otra, la natural tendencia a considerar con moldes ius privatistas o civilistas

---

[60] Consejo de Estado, 30 de marzo de 1979, caso Moisan, Actualité Juridique et Droit Administratif 1974, N° 12, p. 30.

[61] Consejo de Estado, 26 de junio de 1963, caso Calkus, Recuento Lebon, p. 401.

[62] Consejo de Estado, 16 de mayo de 1951, Veuve Pintal, Recuento Lebon, p. 259.

[63] Consejo de Estado, 12 de enero de 1934, Societé Forces Motrices Du Haut-Rhin, SIREY 1934, 3, 81. Sobre esto puede verse RIVERO, Jean, op. cit., p. 283; y DE LAUBADERE, André: op. cit., pp. 745 - 746.

al ejercicio mismo de la actividad administrativa, incluso en sus vertientes contenido patrimonial, son dos realidades que en cierto modo explican la poca receptividad que hasta el presente ha tenido la noción misma de **responsabilidad administrativa extracontractual** -básica para la existencia de un derecho administrativo autónomo-, distinta de la que el Código Civil consagra para regular las relaciones entre particulares.

Esa resistencia tiene sus más cómodo y vivo ejemplo en la tesis de la responsabilidad **civil** de la administración (A); sin embargo, existen ya bases de derecho positivo que pueden permitir sostener que la responsabilidad administrativa extracontractual en Venezuela, está en franco proceso de gestación (B).

A.- Tesis venezolana de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública

La postura de considerar que la responsabilidad que genere la actividad administrativa en su vertiente patrimonial, es de naturaleza **civil** había sido explicada en nuestro derecho por el profesor Allan R. Brewer, quien en su tesis de grado[64], afirmó, al referirse al grado de autonomía y originalidad del sistema de la responsabilidad administrativa francesa, que "esa construcción original derogatoria del derecho común radica en la insuficiente regulación que el Código Napoleón trae en sus artículos 1.382 y siguientes, sobre la responsabilidad civil extracontractual[65].

Luego de partir de tal premisa, continúa el referido autor explicando que "en Venezuela la situación es radicalmente distinta", porque "contamos con un Código Civil con una magnifica y moderna regulación de la responsabilidad extracontractual, inspirada en el Código franco-italiano de las obligaciones"; siendo la consecuencia de esto, por una parte, que "en ausencia de una reglamentación legal (sic) de la responsabilidad administrativa, puede intentarse fundamentar la responsabilidad extracontractual de la Administración en los principios del Código Civil"; y, por la otra, que no habiendo

[64] **"Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana"**, Colección Tesis de Grado U.C.V., Caracas 1964.
[65] BREWER, op. cit., p. 420.

"jurisprudencia administrativa que haya modificado el régimen de responsabilidad regulado en el Código Civil, la responsabilidad de la Administración está fundada en las nociones de culpa y riesgo" -de ese cuerpo legal, se entiende-[66].

Por las razones primeramente indicadas y con el "aval" de la doctrina señalada, resultaba simple y sencillo negar la existencia de la responsabilidad administrativa en el derecho positivo venezolano, en el campo extracontractual; porque en el campo contractual de la actividad administrativa, desde la década de los años cuarenta, comenzó a germinar todo un sistema de reglas especiales, de origen jurisprudencial, derogatorio del derecho común, al cual nos referimos más adelante.

Nació así en nuestro derecho, la llamada tesis de la responsabilidad **civil extracontractual** de la Administración.

La tesis de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, ha sido sostenida tradicionalmente en Venezuela sin mayores explicaciones, a partir de las adelantadas por el profesor Brewer[67].

En lo atinente a la jurisprudencia, debe señalarse que han recaído fallos de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración, en ejercicio de apelaciones contra sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso - Administrativo, que parecerían encerrar una paradoja diabólica: por un lado, todavía emplean el término "responsabilidad civil", pero por el otro, cada vez empujan más hacia el sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual, propio y autónomo, del derecho administrativo clásico.

---

[66] BREWER, op. cit., pp. 420 - 421.

[67] En tal sentido puede verse: HERNANDEZ-RON, J.M., **"Tratado elemental de Derecho Administrativo"**, Tipografía Americana - 1937, Tomo I, pp. 172 - 176; ANDUEZA, José Guillermo; POLANCO, Tomás; FARIAS MATA, Luis Henrique y PEREZ OLIVARES, Enrique, "El Control en Venezuela de los actos ilegales de la Administración Pública", en **Revista del Ministerio de Justicia**, Agosto-Septiembre de 1959 N°. 30, especialmente p. 67; LARES MARTINEZ, Eloy, **"Manual de Derecho Administrativo"**, Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas de la U.C.V., Caracas 1986, p. 479; GUERRA GUERRA, Luis Beltrán, "La Responsabilidad Civil del Estado por los hechos ilícitos de los órganos de la Administración Pública", en **Revista de la Facultad de Derecho de la** U.C.V., N°. 53, diciembre de 1972, p. 119 y siguientes; y Doctrina de la Procuraduría General de la República, año 1975, p. 101, entre otros.

El primer caso fue el de Leonor Cedeño Salazar y otras contra la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), sentenciado en primera instancia por la Corte Primera de lo Contencioso - Administrativo, en fecha 11 de noviembre de 1982. Se trató aquí de la reclamación de indemnización de los familiares de una víctima que falleció en un accidente ocurrido cuando levantó un tubo de metal que entró en la zona eléctrica de un conductor o cable de CADAFE que por falta de mantenimiento estaba demasiado bajo. En su decisión, la Corte Primera se fundó en el artículo **1.193 del Código Civil,** y acordó distintas indemnizaciones a las víctimas en el contexto de **la responsabilidad civil objetiva por guarda de cosas.** Esas indemnizaciones cubrieron **daños materiales** -lucro cesante y daño físico experimentado por una víctima sobreviviente del accidente ocurrido- y el **daño moral** producido por el dolor o tristeza que causó a una madre la muerte prematura de su hijo, no ocurriendo lo mismo con la tristeza experimentada por los hermanos del **de cujus.**

Luego, en fallo de apelación la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 11 de febrero de 1985, con idéntico fundamento que el de la sentencia de primera instancia, confirmó ésta en todas sus partes.

Otro caso fue el de Dalva o Alva Orsetti de Cabello y otras contra la República de Venezuela, sentenciado por la Corte Primera de lo Contencioso - Administrativo el 5 de mayo de 1983. El accidente en este caso ocurrió cuando un cartel de señalamiento vial cayó justamente sobre la cabeza de un individuo causándole la muerte. En esta ocasión la Corte Primera también acordó a las víctimas indemnizaciones por daños materiales y morales, pero con fundamento en el artículo 1.185 del Código Civil, es decir, en el contexto de la **responsabilidad civil ordinaria por culpa.**

Ambas partes apelaron de la sentencia de primera instancia, y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de julio de 1984, declaró parcialmente con lugar la apelación interpuesta por Dalva Orsetti de Cabello y otros, y, sin lugar la apelación interpuesta por el representante de la República. Varió la Corte Suprema únicamente el fundamento de las indemnizaciones por daños materiales y morales acordados, considerando categóricamente que se trataba de un caso de **responsabilidad civil objetiva por guarda de cosas, prevista en el artículo 1.193 del Código Civil.**

La Corte Primera de lo Contencioso - Administrativo en fallo del 20 de marzo de 1986, en el caso Silva Rosa Riera, acordó una indemnización por daño moral con fundamento en el artículo 1.185 del Código Civil, en cabeza del Instituto Nacional de la Vivienda en el caso de un niño de once años de edad que jugando al escondite se cayó por un hueco abierto en un ascensor dañado y estacionado en el piso 12 del Bloque 52 de la Urbanización 23 de enero.

Y, en fallo del 7 de marzo de 1989, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso Nelson Molina -que había sufrido terribles mutilaciones al ser electrocutado cuando el tractor que manejaba en la población de Magdaleno en el Estado Aragua, entró en contacto con la zona eléctrica de un conductor o cable de CADAFE, también demasiado bajo por falta de mantenimiento-, acordó a la víctima, la indemnización de los daños materiales y morales que se le causaron. Esto, de nuevo con fundamento en el artículo 1.193 del Código Civil.

Ahora bien, esa tesis de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, es particularmente débil, por las razones que se exponen a continuación.

B) Tesis venezolana de la responsabilidad administrativa extracontractual

Afirmar que no es posible concebir en nuestro derecho, una responsabilidad administrativa autónoma, por haber sido ésta concebida para suplir una supuesta deficiencia del Código Napoleón, la cual no existiría en nuestro Código Civil de 1942, no es cierto.

Primero, porque las reglas especiales de la responsabilidad administrativa que tienen su origen en la decisión Blanco, no se deben a una "insuficiencia" del Código Napoleón, sino en una realidad completamente diferente: *"Salida de la nada, la responsabilidad del Poder Público no podía, de un día para otro, adquirir el carácter de una responsabilidad general y absoluta semejante a la que el Código Civil había consagrado tras siglos de evolución en las relaciones entre particulares"* [68].

---

[68] WEIL, Prosper, op. cit., p. 167.

En segundo lugar, porque aunque es cierto que en su conjunto las normas sobre responsabilidad consagradas en nuestro Código Civil, son más completas que las del Código Napoleón, sin embargo, desde el Código Civil venezolano de 1873 -año en el cual fue dictada la decisión Blanco- las disposiciones venezolanas que han regulado la responsabilidad civil por hecho propio han sido idénticas a las de artículos 1.382 y 1.383 del Código Napoleón, siendo sólo en 1942, que se incorpora al Código Civil venezolano el actual artículo 1.185, sin cambios substanciales y sólo mejorando la redacción[69].

En fin, cabe destacar que en la actualidad la jurisprudencia civil francesa, ha suplido las posibles deficiencias cronológicas del Código Napoleón, y aun así ha mantenido pleno vigor jurisprudencial el régimen autónomo de la responsabilidad administrativa.

Igualmente, se critica a la tesis de la responsabilidad civil de la Administración, el hecho de pretender aplicarle a estas normas que fueron concebidas para regular relaciones jurídicas situadas en un plano de equilibrio -de particular a particular-, cuando las relaciones en las que interviene la Administración generalmente no tienen esa naturaleza. Por el contrario, en la mayoría de los casos, la Administración actúa, investida de sus prerrogativas de potencia pública con miras a la satisfacción del interés general, lo cual justifica de plano y en tales casos, que no se le aplique el régimen consagrado en el Código Civil.

En último lugar, porque incluso quienes han pretendido aplicar la tesis de una responsabilidad civil de la Administración se han encontrado con dos escollos.

El primero, es la existencia de un régimen especial para las relaciones emanadas de los contratos administrativos.

Así, ha sostenido entre nosotros la Corte Federal y de Casación en sentencia del 5 de diciembre de 1944 (caso la Nación contra la compañía N.V.

---

[69] Concretamente, dispone el artículo 1.382 del Código Napoleón: "*Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquél, por cuya culpa ha sucedido el daño, a repararlo*". Y el artículo 1.383 de ese mismo texto, reza: "*El que con intención o por negligencia o imprudencia ha causado un daño a otro está obligado a repararlo*". Sobre todo esto puede verse el trabajo del profesor José MELICH-ORSINI: "Los elementos de la responsabilidad extracontractual por hecho propio", separata de la **Revista Studia Jurídica**, U.C.V. N° 2, 1958, p. 268, nota 11 y p. 313, nota 4.

Aannemersbedrifj, cuyo texto puede consultarse en Memoria de la Corte Federal y de Casación 1945, Tomo I, pág. 284 y 285): *"Es en la doctrina de los grandes autores modernos y no en preceptos legales especiales en donde se establece que no deben aplicarse por analogía a los contratos administrativos de suministros de provisiones ni a los de trabajos públicos las disposiciones del derecho privado sobre el contrato de venta ni sobre el arrendamiento de locación de cosas... (omissis)... Por los mismos autores se ve que no se trata en estos principios, como en otros que se verán más adelante de la aplicación de leyes sustantivas especiales, de índole administrativa, sino de conceptos jurídicos nuevos incompatibles con algunos preceptos del derecho privado, y, que por tanto deben ponerse éstos de lado"*. Y la propia Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado en fallo del 14 de junio de 1983 (caso Acción Comercial), página 14 del texto original del fallo: *"Cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración -dadas determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste inevitablemente de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados por importantes individualmente considerados que éstos parezcan"*.

¿Cómo justificar entonces, sin caer en la incoherencia y en la contradicción, que la actividad contractual la Administración pueda regirse, cuando se presénten ciertos elementos, por reglas especiales; y que la actividad extracontractual deba regirse por el Código Civil?

El segundo escollo para la aplicación de la tesis civilista, es la existencia de problemas de imposible solución para el derecho privado cuando se aplican las reglas del Código Civil a la actividad extracontractual de la Administración: es el caso de la responsabilidad de ésta aun cuando ha obrado con sujeción a la ley.

En derecho público español, la tesis civilista ha tratado de superar este segundo escollo, acudiendo a una distinción teórica, entre una "teoría de la

indemnización" y una "teoría de la responsabilidad", refiriéndose la primera al caso de daños producidos como consecuencia de una actividad **ilícita** de la Administración, y, la segunda, al caso de daños producidos por una actividad **lícita** de ésta[70]. No obstante, estas teorías doctrinarias jamás han adquirido el rango de derecho positivo, en Venezuela, y en el fondo son el producto del hecho consistente en que el derecho administrativo español no es republicano y revolucionario -como sí lo es el francés-, y regula a una Administración Pública lamentablemente influida por regímenes monárquicos con desplazamientos dictatoriales superados, donde ni siquiera se puede determinar cuál es la persona moral de derecho público que responderá, cuando se trata de daños causados por órganos de la Administración Central.

Por el contrario, ya en 1939, el doctor J. Jiménez Anzola sugirió el establecimiento de un sistema autónomo de responsabilidad administrativa, en el contexto de una propuesta de Ley Especial sobre lo Contencioso - Administrativo[71].

Así, siguiendo al profesor Duez sostuvo que *"hechos que puedan comprometer la responsabilidad de la Administración (nótese que no usa la expresión "civil"), dimanan: 1.- Del mal funcionamiento del servicio; 2.- Del no funcionamiento; y 3.- Del tardío funcionamiento del servicio"* (entre paréntesis nuestro). Luego concluye que esa responsabilidad *"varía de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar"*.

Y finaliza lapidariamente:

> *"Con todo, a pesar de la culpa que existe por fallas de servicio público, entre nosotros predomina la apatía, en tratándose de asuntos contencioso-administrativos. Es decir, por más evidente que sea la responsabilidad de la Administración, no se intenten en contra de ella ninguna reclamación por daños. Ejemplos: Hace algunos meses uno de los árboles que adornaba una de las avenidas del Capitolio en Caracas, cayó sobre un*

---

[70] GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, Madrid 1983, p. 238.

[71] JIMENEZ ANZOLA, J., "De la organización de lo Contencioso - Administrativo entre nosotros", en **Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara**, 1939, pp. 9 - 15.

autobús, deteriorando a éste, pereciendo uno de los transeúntes y lesionando a varios. Y hasta la fecha, que yo sepa, se ha intentado una reclamación contra la Administración responsable" [72].

Particularmente consideramos como lo propuso Jiménez Anzola, que en el ordenamiento jurídico venezolano, sí existen elementos de derecho positivo que permiten, sobre la base de la jurisprudencia ya anotada, continuar el desarrollo de un sistema autónomo de responsabilidad administrativa, abarcando no sólo la actividad administrativa contractual, -sobre la cual ya existen reglas jurisprudenciales- sino, incluso la extracontractual, en cualquiera de sus manifestaciones -es decir, por actos unilaterales y por hechos u operaciones materiales-.

Varias disposiciones constitucionales establecen las bases de este especial tipo de responsabilidad.

El artículo 47 de la Constitución de la República, reza:

> *"En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública"* (Destacado nuestro).

Esta norma fue por primera vez consagrada en la Constitución de 1901, y aunque la finalidad que perseguía era la de exonerar de responsabilidad a las distintas personas morales de derecho público en relación a los hechos ilícitos cometidos por los "alzados" o golpistas en las distintas revueltas que sufrió nuestro país, y evitar así la procedencia de las constantes reclamaciones que provenían principalmente de extranjeros, no es menos cierto que una simple lectura de la misma, autoriza a concluir -por argumento a contrario- que existen casos en los cuales las personas morales de derecho público territoriales pueden ser condenadas en indemnización: "cuando causen daños autoridades legítimas y en el ejercicio de sus funciones públicas", y esa responsabilidad no tiene porqué ser igual a la que correspondería a simples particulares, ni expresamente se dice que se rige por el Código Civil.

---

[72] JIMENEZ ANZOLA, J., op. cit., p. 12.

Por otra parte, el artículo 206 de la Constitución de la República, dispone:

> *"La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales que determine la ley.*
> *Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder;* ***condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa"*** (Destacado nuestro).

Existen pues dos normas constitucionales que fuera de toda duda, habilitan la continuación del desarrollo de la responsabilidad administrativa extracontractual, por vía jurisprudencial. Cabe destacar igualmente, que la responsabilidad propia y civil del funcionario frente a los órganos del Poder Público de los cuales forman parte institucionalmente, encuentra fundamento en los artículos 46 y 121 de la Carta Magna.

Pero también a nivel legislativo, puede encontrar fundamento la responsabilidad administrativa.

Así, siguiendo el legislador la pauta marcada en el artículo 206 del Texto Fundamental, al regular el procedimiento contencioso - administrativo de anulación, dispuso en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

> *"En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud,* ***condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa"*** (Destacado nuestro).

Y, reguló también el legislador los recursos contencioso - administrativos de plena jurisdicción o acciones patrimoniales -contractuales o extracontractuales-

contra las distintas personas morales de derecho público -territoriales e incluso institucionales o funcionales-, en los artículos 42, ordinales 14, 15 y 16; 103 al 111; 182, ordinal 2°; 183, ordinal 1°; y 185, ordinal 6°, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[73].

Cabe, finalmente, destacar que ya la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso - Administrativo, ha venido dando grandes pasos de avance. Una muestra es el fallo recaído el 17 de mayo de 1984 en el caso TROPIBURGER S.A., donde se sostuvo -sin mencionar para nada la naturaleza "civil" de la responsabilidad-:

> *"De conformidad con lo estatuido en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la recurrente solicitó la condena de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de la Administración ...(omissis)... Ahora bien, estima la Corte, que como consecuencia de la revocatoria del permiso de construcción que se le había otorgado a la empresa TROPIBURGER S.A. el cual le permitía realizar las construcciones necesarias para su giro comercial, se le ocasionaron los daños y perjuicios que aparecen debidamente detallados en sus causas y montos en el libelo de la demanda...(omissis)..."* (página 49 del texto original del fallo).

Así, puede sostenerse en un sentido moderno ius publicista, primero, que los artículos 47 y 206 de la Constitución; y 131; 42, ordinales 14, 15 y 16; 103 al 111; 182, ordinal 2°; 183, ordinal 1°; y, 185, ordinal 6°, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecen las bases de derecho positivo de una responsabilidad administrativa autónoma en cabeza de las distintas personas morales de derecho público -territoriales e institucionales-, y tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

Luego, creemos que esos artículos pueden ser aplicados conforme a la técnica de la "interpretación progresiva de la ley" (Sentencia de fecha 11 de mayo de 1981, dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de

---

[73] Sobre la existencia del recurso contencioso - administrativo de plena jurisdicción en Venezuela, para ejecutar las reglas de la responsabilidad administrativa, puede consultarse nuestro trabajo: ¿existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?, en Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N°. 1, Caracas 1986, pp. 113 - 153.

Justicia en el caso Panamerican World Airways Inc. contra Resolución del Ministro de Transporte y Comunicaciones), según la cual el máximo Tribunal de la República **puede** y **debe** interpretar el sentido de las leyes y adaptarlas progresivamente a la "sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos", a fin "de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia".

Ya los Tribunales de lo Contencioso - Administrativo en Venezuela han admitido la procedencia de indemnizaciones debidas por personas morales de derecho público a particulares víctimas de los daños materiales y morales causados en el ejercicio de la actividad **extracontractual** de la Administración. Todo esto, en la mayoría de los casos, con fundamento en el artículo 1.193 del Código Civil -responsabilidad objetiva- pero sin que ello necesariamente signifique que tal responsabilidad sea de naturaleza meramente civil, ni que la misma sea la única de posible aplicación al ejercicio de la actividad administrativa extracontractual.

En realidad, y sobre la base de las interpretaciones aquí formuladas y de los avances hechos por la jurisprudencia patria, creemos que ésta tiene base para dejar sentado en futuras oportunidades que la **responsabilidad** que puede corresponder a las **personas morales de derecho público** -territoriales e institucionales- por los **daños** causados a los particulares por el hecho de los funcionarios públicos que orgánicamente formen parte de aquéllas en el ejercicio de un **servicio público, no puede regirse únicamente por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular**; y, que, por consiguiente, **esa responsabilidad no es ni general ni absoluta, y tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos de la colectividad** -es decir, la realización del **interés general** a cuyo cargo están las referidas personas públicas- **con los derechos de los particulares.**

Así las cosas, se puede sostener que la responsabilidad administrativa Extracontractual, se está gestando en Venezuela por obra de la jurisprudencia.

Cuando simplemente se borre el término "civil" en esos fallos y se apliquen debidamente las reglas especiales que señalamos en la primera parte de estas notas, comenzarán tal vez a quedar satisfechas las inquietudes que ya tenía en 1939 el doctor Jiménez Anzola.

CONCLUSIONES

1.- La responsabilidad administrativa extracontractual, existe y es plenamente aplicada en el derecho administrativo francés, y permite conciliar el interés general con el interés individual de los usuarios de servicios públicos.

2.- La responsabilidad administrativa extracontractual, está en proceso expansivo de gestación en el derecho administrativo venezolano.

BIBLIOGRAFIA

ANDUEZA, J.G.; POLANCO, T.; FARIAS MATA, L.H. y PEREZ OLIVARES, E.: "El control en Venezuela de los actos ilegales de la Administración Pública", **Revista del Ministerio de Justicia**, N° 30, Agosto-Septiembre de 1959.

BENOIT, Francis Paul: Comentarios publicados en el **Jurisclasseur Administratif**, fascículo 720, N° 32, 1966.

BLASCO ESTEVE, A. Avelino: **"La responsabilidad de la Administración por actos administrativos"**, Editorial Civitas, Monografías, 2da. Edición, Madrid 1985.

BREWER CARIAS, Allan: **"Las Instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana"**, Colección Tesis de Grado U.C.V., Caracas 1964.

DE LAUBADERE, André: **"Traité de Droit Administratif"**, Tome 1, 9ème Edition, L.G.D.J. 1984.

DELBEZ, Louis: "De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité", **Revue de Droit Public**, 1932.

Doctrina de la Procuraduría General de la República, 1975.

DUGUIT, Leon: **"Traité de Droit Constitutionnel"**, Tomo III, 1ère Edition.

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.: **"Curso de Derecho Administrativo"**, Editorial Civitas, Tomo II, Madrid 1977.

GARRIDO FALLA. **"Tratado de Derecho Administrativo"**, Tomo II, Madrid 1983.

GUERRA GUERRA, Luis Beltrán: "La Responsabilidad Civil del Estado en los hechos ilícitos de los órganos de la Administración Pública", **Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.V.**, Nº 53, diciembre 1972.

HAURIOU, Maurice: **"Précis de droit administratif"**, París 1927.

HELIN, J. CL: **"Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégallité"**, tesis dactilografiada, Nantes 1969.

HERNANDEZ-RON, J.M., **"Tratado elemental de Derecho Administrativo"**, Tomo I, Tipografía Americana, Caracas 1937.

IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique: "¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?", en **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República**, Nº 1, Caracas 1986.

JIMENEZ ANZOLA, J.: "De la organización de lo Contencioso - Administrativo entre nosotros", **Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara**, 1939.

LARES MARTINEZ, Eloy: **"Manual de Derecho Administrativo"**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Caracas 1986.

LAFERRIERE, J.: **"La responsabilité cuasi delictual de l'Etat aux EEUU"**, París 1963.

LEBON, Recuento de fallos del Consejo de Estado Francés.

LEVI, Denis: **"La responsabilité de la puissance publique et des agents en Anglaterre"**, París 1957.

LONG, WEIL et BRAIBANT: **"Les grands arrêts de la jurisprudence administrative"**, 7ème édition, Sirey 1978.

MADURO LUYANDO, Eloy: **"Curso de Obligaciones. Derecho Civil III"**, Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho 1977.

MELICH ORSINI, José: "Los elementos de la responsabilidad extracontractual por hecho propio", Separata de la **Revista Studia Jurídica**, U.C.V., Nº 2, 1952.

ODENT, Raymond: **"Contentieux Administratif"**, Fascículo IV, Les Cours de Droit, París 1970-1971.

PALACIOS HERRERA, Oscar: **"Apuntes de Obligaciones"**, versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, año 1950-1951, Ediciones JUS, Tomo I.

REVUE DE DROIT PUBLIC, publicación francesa.

RIVERO, Jean: **"Droit Administratif"**, 10ème édition, 1983.

SIREY, **Recuento de fallos del Consejo de Estado Francés.**

VEDEL, Georges: **"Droit Administratif"**, P.U.F., 8ème édition, 1982.

WALINE, Marcel: **"Traité de Droit Administratif"**, 8ème édition, 1959.

WEIL, Prosper: **"Les consequences de l'anullation d'un acte administratif pour excès de pouvoir"**, París 1952.

TABLA ANALITICA DE MATERIAS

Naturaleza de la potestades transferibles a los Estados y Municipios mediante el artículo 137 de la Constitución

Gustavo José Linares Benzo

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1992

SUMARIO:

I.- Conceptos preliminares: 1. Potestades legislativas y potestades administrativas. 2. Descentralización administrativa.

II.- Análisis del Artículo 137 de la Constitución: 1. Análisis literal. 2. Análisis sistemático: A: Administración y legislación en la Constitución. B. Delegabilidad de la potestad legislativa en la Constitución. C. Análisis de los artículos 17, ordinal 6° y 20°, de la Constitución y el grado de los poderes estadales sobre las materias transferidas.

III.- Análisis histórico: 1. Asamblea Constituyente de 1947. 2. Redacción de la Constitución de 1961.

IV.- El problema en el Derecho Comparado: 1. Constitución Alemana de 1949. 2. Constitución Italiana de 1947. 3. Constitución Española de 1978.

V.- Conclusiones.

I.- CONCEPTOS PRELIMINARES

El artículo 137 de la Constitución establece:

> *"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".*

De esta norma, densamente problemática, puede retenerse para su análisis el alcance y el contenido de la atribución de materias de la competencia nacional a los Estados. En otras palabras, si la referida atribución puede resolverse en la transferencia de potestades legislativas nacionales a los Estados, o solamente en el traspaso de poderes administrativos. Para abordar tal cuestión, es necesario en primer lugar definir qué son potestades legislativas y qué son potestades administrativas. Luego debe señalarse qué entiende comúnmente la doctrina por "descentralización administrativa", para desembocar por último en el análisis histórico y sistemático del artículo 137 en lo relativo al contenido y alcance de los poderes atribuidos con su base a los Estados.

1.- Potestades legislativas y potestades administrativas [1].

El Poder Público puede manifestarse básicamente en tres modos: mediante el establecimiento de normas generales y abstractas, vinculantes para todos; mediante la ejecución de esas normas y la gestión del interés general y mediante la resolución de conflictos por la determinación del derecho, es decir, ejerciendo poderes judiciales. De estos tres modos, sólo uno, la gestión del interés general, corresponde a una persona, la Administración Pública, mientras que la ley y la justicia no se encuentran hipostasiados en ningún ente, sino que son producto del Poder Legislativo y del Poder Judicial, los cuales no tienen personalidad jurídica.

Sin querer resolver aquí los múltiples problemas que conlleva la definición de la legislación y de la administración, podemos recoger algunos criterios bastante pacíficos y suficientes para resolver el problema que enfrentamos.

En primer lugar, y desde el punto de vista del rango o jerarquía, podemos aceptar que la legislación posee la categoría jurídica más alta luego de la Constitución. El rango legal corresponde así a los actos públicos de mayor jerarquía y, en consecuencia, la potestad legislativa es aquella que puede

---

[1] Cfr. Sobre todo GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Férnandez. **Curso de Derecho Administrativo**, Editorial Civitas, Madrid 1986, Tomo I, pp. 23 - 55. Véase también MERKL, Adolfo. **Teoría General del Derecho Administrativo**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1935, pp. 13 y ss. BREWER CARIAS, Allan Randolph. **Derecho Administrativo I**, UCV. Caracas 1981, pp. 110-131. LARES MARTINEZ, Eloy. **Manual de Derecho Administrativo**, UCV, Caracas 1990, pp. 17 - 44.

resolverse en actos de esa naturaleza. En nuestro sistema, como en la generalidad de los estados constitucionales, la potestad legislativa corresponde a las asambleas representativas del pueblo, bien a nivel nacional (Congreso, art. 138 de la Constitución), estadal (Asambleas Legislativas; art. 20, ord. 1° de la Constitución) y Municipal (art. 27). Ello tiene su origen en la filosofía revolucionaria del contrato social, según la cual sólo la voluntad general puede vincular a la particular, convirtiendo así al Parlamento en la voz de esa voluntad general a través de la LEY[2]. La ley sería así producto del pueblo a través de sus representantes y, por ello el único acto estatal capaz de limitar la libertad particular y el de máximo valor luego de la Constitución.

Este último aserto nos conduce a la más importante característica material de la ley. Siendo ella el supremo acto público, dentro de la Constitución, por ser producto de la representación popular, y fiel a la tradición revolucionaria que, partiendo de una libertad particular originaria, sólo concebía su limitación por virtud de la voluntad general que la propia ley encarnaba, **sólo la ley podía incidir en la libertad particular**. Las leyes tienen así el monopolio de la creación de cargas públicas, llámense éstas tributos, registros, sanciones, etc.

Esta concepción fue completamente recibida en la Constitución venezolana de 1961, ya que luego de un examen de los lugares que en ella consagran derechos, puede concluirse que las limitaciones y restricciones de tales garantías corresponden sólo a la ley. En efecto, y someramente, sólo la ley puede definir los delitos y faltas (art. 60, ord. 2°), el servicio militar sólo puede exigirse conforme a la ley (art. 60, ord. 9°); las medidas de interés social sobre sujetos en estado de peligrosidad sólo pueden aplicarse de acuerdo con la ley (art. 60, ord. 10°); el allanamiento del hogar doméstico sólo es posible de conformidad con la ley (art. 62); las limitaciones a la libertad de tránsito deben estar establecidas en la ley (art. 64); la inspección del culto sólo puede ejercerse de conformidad con la ley (art. 65); todos pueden asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley (art. 70); la libertad de trabajo no estará sujeta a otras restricciones que las que establezca la ley (art. 84); todos pueden dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las que establezca la ley (art. 96); sólo la ley puede establecer tributos (art. 224), etc.

---

[2] Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Revolución Francesa y administración contemporánea. Taurus, Madrid 1983, pp. 13-67.**

Todos estos lugares demuestran sin duda que sólo la ley puede incidir desfavorablemente sobre los derechos particulares o, dicho de otro modo, en nuestro sistema rige el **principio de legalidad de las cargas**. Por ello, una potestad legislativa -y así volvemos a nuestro análisis- es la única que puede establecer cargas a los particulares.

En segundo lugar, otra característica fundamental de las potestades legislativas dimana del artículo 117 de la Constitución:

> *"La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse ejercicio".*

En nuestro sistema, **sólo la ley puede atribuir competencia a los entes públicos**. Este principio también tiene una clara raigambre revolucionaria. El ideario de los revolucionarios entendían a las leyes como **leyes de libertad**[3], en el sentido que sólo ellas podían habilitar a la Administración para actuar, de modo que cuando ellas callaban, el Poder permanecía inactivo. El principio de legalidad de las competencias significa entonces que una potestad legislativa puede repartir competencias entre los distintos órganos del Poder Público, y sólo tal potestad puede hacer ese reparto.

Entendida así la potestad legislativa, la potestad administrativa puede definirse, en primer lugar, como aquella cuyo rango **es inferior a la ley**. En efecto, las potestades administrativas son aquellas que se entienden como de **ejecución de la ley, es decir**, subordinadas a ésta. Corresponden a una Administración Pública, es decir a la única categoría de personas públicas estatales, desde que ni el titular del Poder Legislativo (El Congreso) ni el titular del Poder Judicial (La Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales) tiene personalidad jurídica. Sólo las Administraciones Públicas (la República, a nivel nacional; el Gobierno de los Estados, a nivel estadal; y las Alcaldías, a nivel municipal, y los demás fenómenos de administración descentralizada, como los Institutos Autónomos) son personas. Siendo las potestades administrativas propias de la Administración, es lógico que sean de rango sub-legal.

Como se dijo más arriba, la ley es producto de la voluntad general a través de su órgano, el Parlamento. El mecanismo de la representación funciona de tal modo que el pueblo actúa a través del Congreso. Por el contrario, la

---

[3] Ibidem, pp. 17-20.

Administración no representa al pueblo: es un instrumento a su servicio, encargado de un interés que le es ajeno, el interés general[4]. Por ello, el producto de su actuación no puede ser de la misma jerarquía que el fruto de la voluntad general, la ley, sino necesariamente inferior y subordinado. En consecuencia, las potestades administrativas y sus efectos -actos administrativos, reglamentos, etc.- necesariamente han de ser de rango sub-legal.

Corolario obligado de la conclusión anterior es la imposibilidad de establecer cargas mediante el ejercicio de potestades administrativas, ya que ello está reservado a la ley. De igual modo, tampoco pueden los poderes administrativos repartir competencias, lo cual también corresponde monopólicamente a los actos de rango legal, tal como se vio.

En conclusión, las potestades legislativas son aquellas que corresponden a las asambleas titulares de la representación popular (Congreso, Asambleas Legislativas y Concejos Municipales), y cuyo ejercicio se resuelve en actos de rango legal capaces de establecer cargas a los particulares y repartir competencias públicas. Por el contrario, las potestades administrativas son aquellas que corresponden a una Administración Pública y que habilitan para dictar actos de rango sub-legal, por lo tanto incapaces de establecer cargas o de apoderar a los entes públicos.

2.- *Descentralización administrativa* [5]

La descentralización administrativa es la que opera en el ámbito de la Administración y respecto de potestades administrativas únicamente -es

---

[4] Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. op. cit, Tomo I, pp. 28-29.

[5] Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. Montevideo 1953, Tomo I, pp. 204 y ss; GUAITA, Aurelio. **División territorial y descentralización**. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1975, p. 354; GARRIDO FALLA, Fernando. **La Descentralización administrativa**. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. San José de Costa Rica 1967, p. 130; ANDRADE LABARCA, Nectario. **Centralismo, descentralización y regionalización en la Constitución de 1961**, Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, Maracaibo 1987, pp. 290-301; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Realidad y dogmática de la descentralización. Notas para la delimitación de un concepto, en **Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó**, Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Complutense, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1972, Tomo I, pp. 193-203; BIELSA, Rafael. **El problema de la descentralización administrativa**. J. Lagovane y Cía. Buenos Aires 1935, pp. 22 y ss; BRACHO NAVARRETE, Pedro Luis. **La descentralización administrativa y la descentralización política**, Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Colegio de Abogados del Estado Falcón, Punto Fijo 1979, p. 5; DALURZO, Betty. **La Descentralización administrativa: concepto, caracteres, elementos constitutivos**. Universidad Norte del Litoral, Santa Fe, 1973, p. 24.

decir, excluyendo potestades legislativas y judiciales- y supone un proceso mediante el cual se retiran poderes de administración de la autoridad central, para distribuirlos en múltiples órganos que adquieren así capacidad de autodeterminación más o menos amplia.

El punto de partida de la descentralización administrativa es una Administración Pública, la cual traspasa parte de sus poderes administrativos a otros órganos de distinto tipo y en muy variable grado, reteniendo poderes de control sobre tales órganos.

Por ello, el fenómeno de la descentralización administrativa gira en torno a dos ejes: por un lado, el traspaso de poderes de administración a los órganos descentralizados y por otro el control que la autoridad central ejerce sobre dichos órganos. Tal descentralización[6] será más o menos amplia según sea el cuantum de los poderes de administración conferidos y la intensidad del control sobre los entes descentralizados. Esta gradación de poderes permite una gran variedad de formas de descentralización, que van desde la simple desconcentración hasta el establecimiento de entes dotados de personalidad jurídica.

La doctrina distingue perfectamente la descentralización administrativa de la descentralización legislativa. Esta última supone la trasferencia de poderes legislativos, normalmente a entes de base territorial. Incluso es posible que el poder central tenga algunas facultades de control sobre el ejercicio de tales potestades.

De todo lo anterior interesa retener a los efectos de este trabajo que la descentralización administrativa significa la transferencia de potestades exclusivamente administrativas, no existiendo ninguna posibilidad de atribución por esta vía de potestades de rango legal.

II.- ANALISIS DEL ARTICULO 137 DE LA CONSTITUCION[7]

Vistas las consideraciones anteriores sobre el sentido que la doctrina y la jurisprudencia dan a la expresión "descentralización administrativa", nos

---

[6] SAYAGUES LASO, Enrique. op. cit. p. 225 y ss.

[7] El tema de la interpretación constitucional ha dado pie a múltiples debates doctrinarios, motivados fundamentalmente por el carácter superior, máximamente vinculante y "concentrado" de las normas

avocaremos a la interpretación del artículo 137 de la Constitución. Esa interpretación, debemos decir desde ahora, tiene como objeto fundamental la inteligencia de la expresión "descentralización administrativa" que contiene, ya que, como es evidente, sólo podrán transferirse a los Estados y Municipios aquellas materias de la competencia nacional que sean necesarias para promover tal descentralización.

En otras palabras, considero que la indagación fundamental para determinar qué tipo de potestades pueden transferirse a los Estados de acuerdo con el procedimiento del artículo 137 es la que versa sobre el sentido de la descentralización administrativa allí prevista, desde que, según sea esa descentralización, así serán las potestades transferibles: si la Constitución pretende con la norma referida una descentralización política, el Congreso podría transferir a los Estados potestades políticas; si la descentralización es administrativa, sólo potestades administrativas podrán transferírseles.

1.- Análisis literal

Comenzando el análisis anunciado, la primera noción clara es que el propio texto constitucional utiliza la expresión "descentralización administrativa". El dato literal, el sentido que debe dársele a las palabras de acuerdo con las

---

constitucionales (GARCIA DE ENTERRIA). Aunque no es propiamente el tema de este trabajo, es necesario hacer algunas precisiones sobre el modo de esa interpretación, especialmente cuando seguimos el método clásico de analizar las palabras, su contexto y sus antecedentes para enfrentar el artículo 137 de la Constitución.

La primera anotación se refiere al carácter fundacional de la Constitución. Con una pretensión de vigencia indefinida, todo texto fundamental se redacta para gobernar una sociedad por muy largos períodos de tiempo. Por ello, debe dar espacio a los cambios que son inherentes a todo desarrollo social y, a la vez, fijar las condiciones esenciales del Estado que deben mantenerse inalterables. Ese equilibrio entre cambio social y valores permanentes es el standard de cualquier texto constitucional.

Una de las manifestaciones de ese equilibrio es la valoración que debe darse a los distintos criterios de interpretación. Una lectura absolutamente desligada de la intención del constituyente hace muy difícil encontrar esos valores permanentes que dan coherencia al Estado; considerar esa intención como el criterio de interpretación petrificaría la normativa constitucional, siendo imposible juzgar nuevos acontecimientos a la luz de esos valores permanentes. En consecuencia, es necesario tomar en cuenta ambos criterios, y con su ayuda intentar la aprehensión del sentido de la Constitución. Eso hemos intentado en este trabajo. Sobre interpretación de la Constitución puede verse, aunque no comparto todas sus afirmaciones, ALONSO GARCIA, Enrique. **La interpretación de la Constitución**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, passim; BELTRAN, Miguel. **Originalismo e interpretación**. DWORKIN vs BORK: **una polémica constitucional**. Editorial Civitas, Madrid 1989, passim; sentencia de la CSJ-CP de 27-11-90, (caso Acacio Sabino), consultada en original.

reglas oficiales de interpretación previstas en el artículo 4° del Código Civil, apunta evidentemente en la dirección de que el artículo 137 de la Constitución establece un sistema de descentralización administrativa y que, por lo tanto, con su base sólo es posible traspasar a los Estados potestades de ese carácter.

La conclusión anterior se ve reforzada si recordamos cómo la doctrina es unánime al entender la descentralización administrativa como aquella que opera sobre potestades de rango sub-legal y que, por lo tanto, nunca implica la traslación de facultades legislativas. No existe ningún autor, hasta donde sabemos, que entiende que la descentralización administrativa permite que se trasladen hacia entes descentralizados facultades de rango legal o, dicho de otro modo, que la descentralización administrativa sea una descentralización política. Igual observación puede hacerse con relación a la jurisprudencia.

El aserto anterior representa un apoyo notable a la postura que considera que el artículo 137 de la Constitución sólo permite otorgar a los Estados facultades administrativas: precisamente hacia tal conclusión indica el examen del texto mismo del artículo 137, de enorme importancia hermenéutica de acuerdo con la doctrina y el propio artículo 4° del Código Civil.

2.- *Análisis sistemático*

Para continuar con el develamiento del sentido de la expresión "descentralización administrativa", estudiaré a continuación los demás lugares de la Constitución donde se hace referencia a la Administración y a lo administrativo, para que, confrontándolos con aquellos otros referentes a la legislación, podamos encontrar más datos que permitan definir unas y otras facultades y el sentido de la expresión en estudio.

A.- Administración y legislación en la Constitución

El primer dato que dimana del texto constitucional y que es coherente con la doctrina expuesta más arriba es que la administración y todo lo relacionado con ella corresponde al Poder Ejecutivo y no al órgano legislativo. Vemos así que corresponde al Gobernador "el Gobierno y administración del Estado" (art. 21), el cual deberá "presentar a la Asamblea Legislativa un informe de su administración durante el año inmediatamente anterior" (art. 23, ord.

3°). De igual modo corresponde al Presidente de la República "**administrar la Hacienda Pública Nacional**" (art. 190, ord. 12°). El Procurador General de la República, que es un órgano del Ejecutivo y por tanto no del Legislativo, presta asesoría jurídica a "**la Administración Pública Nacional**", de lo cual se evidencia que tal Administración es distinta del Congreso.

En cambio, la legislación corresponde en principio al órgano de representación popular. Es la Asamblea Legislativa de cada Estado la competente para "legislar sobre la materia de la competencia estadal" (art. 20, ord. 1°). Por su parte, "corresponde al Congreso legislar sobre las materias de la competencia nacional" (art. 139).

Esta separación de poderes (art. 118 de la Constitución) permite apreciar la diferencia neta que existe entre legislación y administración. La primera facultad corresponde en principio a los entes de representación popular, mientras que la segunda es propia del Poder Ejecutivo, sea éste Nacional o Estadal.

Por otro lado, el artículo 139 de la Constitución permite descubrir también el rango de las potestades administrativas tal como lo establece la Ley fundamental. Establece esa disposición:

> *"Corresponde al Congreso legislar sobre las materias de la competencia nacional y **sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional** (...)*
>
> *El Congreso ejerce también el control de la Administración Pública Nacional en los términos establecidos por esta Constitución".*

Como se ve, la ley puede versar "sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional", una de las cuales es el Ejecutivo, con el cual se identifica la Administración Central Nacional. En otras palabras **la ley regula el funcionamiento de la Administración**, por lo que tiene un rango superior a lo administrativo, precisamente el rango legal. Si consideramos que el artículo 117 de la Constitución establece que las leyes definen las atribuciones del Poder Público, parte del cual es la Administración, se concluye igualmente que la ley es la única capaz de otorgar potestades a la administración, es decir, **potestades**

administrativas. En otras palabras, del juego conjunto de los artículos 139 y 117 se colige que lo administrativo **está sujeto a la legislación, y que por tanto su rango es inferior o sub-legal**. Este aserto también es compartido por la doctrina y jurisprudencia, tal como se vio más arriba.

Hemos arribado así a que la Constitución considera que lo administrativo es lo propio de entes administrativos distintos del órgano de la representación popular, y que las potestades de aquellos entes -potestades administrativas- son otorgadas por la ley y su rango es sub-legal. En consecuencia, y ello es capital para nuestro estudio, una descentralización administrativa para la Constitución tiene que ser **el traslado de potestades administrativas, es decir, de rango sub-legal, de un ente administrativo a otro**. De este modo, puede afirmarse que en esto la Constitución siguió la doctrina expuesta.

Consecuencia de lo anterior, por exclusión, es que no puede entenderse, al menos a esta altura de la indagación, que la expresión "descentralización administrativa" del artículo 137 se refiera a una transferencia de potestades legislativas, ya que para ello fuera necesario forzar no sólo el sentido propio de las palabras, sino incluso el que le da el sistema entero de la Ley Fundamental.

B.- Delegabilidad de la potestad legislativa en la Constitución

Otro punto de vista desde el que se debe analizar el problema es el manejo de la potestad legislativa en nuestro sistema. En otras palabras, qué tipo de normas son las que conceden esas potestades y si ellas han previsto en algún caso la posibilidad de modificarlas o delegarlas.

Como resulta evidente, es la Constitución la norma que otorga las potestades legislativas, siendo la ley la norma suprema después de la Constitución, es necesario que sea ésta quien la otorgue y defina las condiciones de su ejercicio, pues de lo contrario tendría que ser la ley quien se atribuyera la posibilidad de dictarse, lo que sería una contradicción en los términos. En definitiva, sólo la Constitución opera sobre la potestad legislativa.

Tal afirmación se comprueba al recordar que efectivamente es la Constitución la que otorga la potestad de legislar al Congreso (art. 139), a las Asambleas Legislativas (art. 20) y a los Municipios (art. 25).

Sólo la Constitución otorga potestades legislativas. Entonces, es necesario a continuación decidir si esa atribución es delegable, es decir, si es posible que una norma distinta a la Constitución otorgue competencia legislativa por la vía de transferir potestades del órgano que dicte esa norma a otros que carezcan de ella. Pues esta delegación de la potestad legislativa sería el mecanismo del artículo 137 si se llega a la conclusión de que es posible por su intermedio transferir competencias de legislación.

Para resolver este problema veamos si la Constitución prevé en algún otro lugar una delegación legislativa. Salta a la vista el supuesto de la habilitación establecida en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución, mediante la cual el Congreso puede, mediante ley, apoderar al Presidente de la República de potestades legislativas en materia económica y financiera[8]. Esta delegación legislativa, sin embargo, tiene características que la distinguen netamente de una transferencia de la potestad legislativa nacional a los Estados de acuerdo con el artículo 137. En primer lugar, la transferencia en este supuesto sería permanente, al menos mientras estuviera en vigor la ley delegante. En cambio, la delegación que supone la ley habilitante del artículo 190, ordinal 8° de la Constitución es temporal, en el sentido de que la propia ley habilitante establece un plazo al Presidente para que utilice los nuevos poderes. En segundo lugar, la delegación del artículo 190, ordinal 8° no significa la cesión de los poderes otorgados al Presidente, en el sentido de que el Congreso no pierde las facultades atribuidas y puede legislar perfectamente aun en las materias en las cuales se dieron nuevas facultades al Jefe de Estado. En cambio, una transferencia de potestades legislativas del Poder Nacional a los Estados por la vía del artículo 137, para ser tal, significaría que el Poder Nacional pierde las atribuciones transferidas y no podría legislar sobre esas materias.

En conclusión, la delegación legislativa del artículo 190, ordinal 8° es un fenómeno completamente distinto de lo que sería una transferencia de potestades legislativas del Poder Nacional a los Estados cubierta por el artículo 137, por lo que su existencia no es un argumento favorable a la tesis de que esa transferencia sea posible.

---

[8] Cfr. BREWER-CARIAS, Allan. Instituciones Políticas y Constitucionales. Universidad Católica del Táchira - EJV, Caracas 1985, Tomo I, pp. 163-166.

Desechado ya que la habilitación prevista en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución sea una transferencia de potestades legislativas, corresponde analizar otros supuestos en los cuales, según un sector de la doctrina[9], se producen verdaderas transferencias de potestades legislativas de un ente territorial a otro.

Con el afán expreso de justificar una descentralización política por la vía del artículo 137 de la Constitución, Romero considera que en cuatro lugares de la Ley Fundamental se prevén transferencias de potestades legislativas bien del centro a la periferia, o bien de centralización de poderes políticos hoy en cabeza de los entes territoriales menores. Ellos son:

I) el artículo 30, que permitiría la transferencia de competencias nacionales a los Municipios, de modo que éstos queden como titulares exclusivos del poder de que se trate;

II) el artículo 31, ordinal 6°, que habilitaría una cesión de competencias tributarias nacionales a los Municipios mediante ley;

III) el artículo 136, ordinal 8°, que permitiría al Poder Nacional asumir por ley la potestad sobre impuestos específicos al consumo que de otro modo estarían reservados a los Estados; y

IV) el artículo 136, ordinal 17°, que permite centralizar en el Poder Nacional los servicios de salud.

De acuerdo con esta posición, estas normas posibilitan la transferencia de potestades legislativas del Poder Nacional a los Municipios (art. 30 y 31, ord. 6°) o de los Estados y Municipios al Poder Nacional (art. 136, ord. 8° y 17°).

---

[9] Cfr. ROMERO MUCI, Humberto. Aspectos tributarios en la Ley Orgánica de Descentralización y Transferencia de Competencias del Poder Público, en Leyes para la Descentralización Política de la Federación. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, pp. 177-269. Este es virtualmente el único estudio doctrinal venezolano que hace referencia explícita a la problemática planteada en este trabajo. Sobre el artículo 137 de la Constitución es poco más lo que se ha publicado en el país, reducido a la obra colectiva que incluye el referido trabajo de Romero. En ella se encuentran trabajos de Allan BREWER CARIAS (Bases Legislativas para la Descentralización Política de la Federación Centralizada, pp. 9-56), Carlos AYALA CORAO (Naturaleza y alcance de la Descentralización Estadal, pp. 59-123), Jorge SANCHEZ MELEAN (Reflexiones Generales sobre la Ley Orgánica de Descentralización, pp. 125-143) y Gustavo LINARES BENZO (El artículo 137 de la Constitución y la Ley Orgánica de Descentralización..., pp. 145-178). No existe, hasta donde sé, jurisprudencia sobre el referido artículo 137.

Así, sería una muestra de cómo la Constitución prevé transferencias de la potestad legislativa que, por su ambigüedad, son ejemplo de que las palabras del texto constitucional son insuficientes para calificarlas, restando así importancia a la expresión "descentralización administrativa" que emplea el artículo 137[10].

En nuestra opinión, la existencia de delegaciones de potestades legislativas en la Constitución no es suficiente para entender que la prevista en el artículo 137 también es de esa naturaleza, precisamente porque esas otras delegaciones pueden -a salvo de lo que diremos más adelante- considerarse en realidad de potestades legislativas, entre otras cosas, porque ninguna de ellas hace referencia a la descentralización o centralización **administrativa**, lo que sí ocurre en cambio en el artículo 137. El argumento puede así devolverse: la transferencia de potestades previstas en el artículo 137 no puede referirse a potestades legislativas porque ninguna de las transferencias de esa especie previstas en la Constitución hace referencia a la descentralización administrativa, por lo que la voluntad de la Constitución en el caso del 137 es limitar la transferencia sólo a ese campo administrativo.

En segundo lugar, en mi opinión no todos los casos referidos por Romero son en realidad de transferencia de potestades legislativas. El caso del artículo 136, ordinal 8° de la Constitución, en primer lugar, no es uno de traslado de potestades legislativas. En efecto, que el Poder Nacional puede reservarse por ley impuestos específicos al consumo, a pesar de que idéntica potestad corresponde a los Estados en virtud de su competencia residual (art. 17, ord. 7°) no significa ninguna transferencia de potestades de una entidad a otra, precisamente porque esa competencia **concurrente** sobre los impuestos específicos al consumo es así ya **en el texto constitucional**, y su actualización mediante leyes nacionales no significa por parte del Poder Nacional el ejercicio de ningún poder que no tuviera ya en virtud de la propia Constitución. Los impuestos específicos al consumo son competencia del Poder Nacional si se los reserva mediante ley; son competencia de los Estados si esa reserva no existe. No hay, por tanto, ninguna transmisión de potestades: nada transfieren los Estados al centro[11].

---

[10] ROMERO MUCI, Humberto. op. cit. p. 217.

[11] Cfr. BREWER CARIAS, Allan Randolph. **Instituciones políticas y constitucionales**, op. cit, Tomo I, pp. 634-637.

Con relación a la posible nacionalización de los servicios de salud, prevista en el artículo 136, ordinal 17°, la propia redacción del artículo permite interpretarlo de un modo que excluye la cesión de potestades legislativas. En efecto, la mencionada norma establece que:

> *"La ley podría establecer la nacionalización de estos servicios (de salud) de acuerdo con el interés colectivo".*

Lo que la Constitución permite concentrar en el Poder Nacional son **los servicios de salud**, es decir, el conjunto de medios, recursos y agentes públicos destinados a ese cometido[12], mas no la potestad de legislación que otros entes territoriales pudieren tener en virtud de la Constitución sobre la materia de salud. Así, los Municipios mantienen su competencia de legislar sobre lo local de la "salubridad" (art. 30 C) aun después de que la ley "nacionalice" los servicios de salud, y de igual modo los Estados, si pueden ejercer esos poderes en virtud de su competencia residual, continúan en su ejercicio.

En tercer lugar, el artículo 30 de la Constitución permite por ley "atribuir a los Municipios competencia **exclusiva** en determinadas materias". Esta atribución parte de la base del carácter **concurrente** de las competencias municipales, por lo que ella se resuelve en la monopolización de las facultades sobre el sector de que se trate en cabeza de los Municipios, con la correlativa pérdida para el Poder Nacional de los poderes de que era titular sobre ese sector. Como se ve, no se trata de la transferencia a los Municipios de materias **nuevas**, sobre las cuales no tuviere ingerencia de acuerdo con el texto constitucional, sino de **la eliminación de una concurrencia competencial** mediante la transmisión al Municipio de las competencias nacionales sobre el sector concurrido por ambos niveles del Poder Público.

Hecha esta precisión, es obvio que el artículo 30 permite efectivamente la transferencia de **potestades legislativas**, es decir, aquellas de que gozare el Poder Nacional sobre materias concurrentes y que se hayan cedido a los Municipios por ley.

---

[12] Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique. op. cit., Tomo I, p. 58; LARES MARTINEZ, Eloy. op. cit, pp. 237-255.

Sin embargo, como ya se apuntó, que la Constitución prevea transferencias de potestades legislativas **no quiere decir que todas las transferencias en ella previstas sean de ese tipo**. El artículo 30 no hace referencia alguna a potestades **administrativas** que permita interpretar que sólo a ellas se refiere la transmisión, máxime cuando expresamente se estipula que la ley podrá atribuir las de legislación. En cambio, el artículo 137 expresamente establece como fin de las transferencias competenciales habilitadas por él a la "descentralización administrativa", con lo que se establece una notable diferencia que no permite trasladar la interpretación del artículo 30 a la lectura de esta norma. Además, debe recordarse que la alteración del marco de atribuciones de la Constitución que prevé el artículo 30 es simplemente la eliminación de competencias concurrentes Poder Nacional-Municipal, concentrándolas en este último; en cambio, el artículo 137 permite la transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional a otros entes territoriales, lo que es mucho más intenso; por ello es conveniente se mitigue con la limitación de sólo poder transmitir poderes administrativos, tal como establece la cláusula del referido artículo 137.

El último caso de transmisiones de potestades legislativas entre entes territoriales a que se refiere Romero es la prevista en el ordinal 6° del artículo 31 de la Constitución. Esa norma establece:

> *"Los Municipios tendrán los siguientes ingresos: 6° Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que crearen* ***de conformidad con la Ley****".* (Destacado nuestro).

Según Romero, esta norma permite una delegación del poder tributario del Poder Nacional a los Municipios a través precisamente de una ley nacional. Sobre esa base, y argumentando a favor de la posibilidad de delegar facultades legislativas por medio del artículo 137, considera absurdo que si es posible transferir potestades legislativas -que esas son las necesarias para crear tributos de acuerdo con el artículo 224 de la Constitución- mediante una simple ley nacional, sea necesaria una mayoría calificada (2/3) para transmitir simples potestades administrativas, tal como hace el artículo 137: habría más rigor para transferencias de alcance menor como es la de meros poderes administrativos.

En mi opinión, esta posición parte de una base falsa. El artículo 31 ordinal 6° no prevé ninguna transferencia de potestades de un ente territorial a otro, sino simplemente somete a la autorización del Congreso mediante ley la

creación de tributos municipales en materia de la competencia constitucionalmente otorgada al Municipio.

En efecto, interpretar la expresión "de conformidad con la ley" que utiliza el ordinal 6° del artículo 31 como una habilitación al Poder Nacional para que ceda sus competencias tributarias en favor del Municipio luce al menos exagerado. Cualquier alteración del marco competencial establecido por la Constitución debe ser expreso, y no parece posible entender que tal modificación es posible con la sola y sobria redacción del artículo 31, ordinal 6°.

Por ello, lo que establece ese ordinal es la sujeción de las potestades tributarias municipales originarias distintas a las establecidas a los ordinales 2° y 3° del artículo 31 -tasas por el uso de sus bienes o servicios, las patentes de industria, comercio vehículos y los impuestos sobre inmuebles urbanos y espectáculos públicos, que como se ve no agotan las materias de la competencia municipal- a la posterior autorización del Congreso mediante ley. Esta podrá habilitar al ente local a crear determinados tributos sobre la materia municipal, y establecer límites al uso de esa potestad. Como se ve, el Poder Nacional no está transfiriendo nada al Municipio, ni siquiera potestades administrativas y mucho menos legislativas, sino dictando una ley que es un acto-condición para el ejercicio de potestades tributarias municipales originarias establecidas en el artículo 30 de la Constitución, que declara competencia del Municipio lo relativo a "sus ingresos" y a las materias propias de la vida local, cuya gravabilidad tributaria no se agota en el elenco de tributos establecidos en los ordinales 2° y 3° del artículo 31. Si bien sobre estas últimas exacciones el Municipio es libre de actuar, cualquier otro tributo de naturaleza municipal requerirá para su establecimiento de la autorización nacional vía ley del Congreso.

En fin, el supuesto del artículo 31 ordinal 6° de la Constitución no es una transferencia de potestades del Poder Nacional a los Municipios, sino la sujeción de las potestades tributarias municipales originarias distintas a las previstas en los ordinales 2° y 3° del artículo 31 a la autorización del Congreso de la República mediante ley. Así, este artículo no permite concluir nada con relación a la transferencia prevista en el artículo 137 de la Constitución.

Examinados ya los supuestos de transferencia de potestades legislativas previstas en el texto constitucional expuestos por Romero, y demostrado bien

que no son en realidad eventos de transferencias de esas potestades o su insuficiencia argumental para entender que la transferencia prevista en el artículo 137 es legislativa, debemos concluir que un análisis del tratamiento de la potestad legislativa en la Constitución revela que el único caso de transferencia de esas potestades es el previsto en el artículo 30, aparte, y únicamente como medio de monopolización de competencias antes concurrentes en cabeza del Municipio.

Vistas las diferencias entre esa norma, que no hace referencia alguna a potestades administrativas, y el artículo 137, que expresamente coloca como fin de la transmisión allí prevista "la descentralización administrativa", es evidente que este último artículo sólo puede permitir la transferencia de potestades administrativas y no de poderes de legislación.

La indelegabilidad de la potestad legislativa tiene otra profunda razón constitucional que permite entender aún más por qué el artículo 137 no puede ser la base de una descentralización política. En efecto, uno de los principios básicos de todo **Estado Federal** es el **mercado único**, es decir, el mantenimiento de la igualdad básica entre todos los ciudadanos frente a la acción estatal[13]. Cualquier trato diferencial basado en las distintas políticas de los Estados debe tener su base en el mismo reparto competencial establecido en la Constitución, y no en un texto subalterno.

Como se vio más arriba, la esfera vital de los particulares sólo puede verse alterada por actos de rango legal. Por ello, la atribución a los distintos entes territoriales (Repúblicas, Estados y Municipios) de poderes de legislación es lo que en definitiva permite la desigualdad de trato que, siendo esencial a todo Estado Federal, no es discriminatoria porque la propia Constitución la origina al repartir esas potestades a los Estados. Pero tratándose del establecimiento de poderes legislativos federales -en Venezuela, de la República- la Constitución

[13] Cfr. AJA, Eliseo y Otros. **Manual de jurisprudencia constitucional**, Editorial Civitas, Madrid 1990, pp. 429-441; SAINZ MORENO, F. El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional, en **Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas** (Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1989, pp. 231 y ss; TOMAS y VALIENTE, Francisco. **El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** Editorial Tecnos, Madrid 1988, pp. 98 y ss.

pretendía que, siendo un sólo ente quien incidiera en las garantías particulares conectadas con esas facultades, se mantuviese una homogeneidad básica entre todos los ciudadanos, todos sometidos en este campo de las potestades legislativas nacionales a un sólo y único ente, el Congreso de la República.

Este aserto, pacífico en la doctrina y legislación comparada[14], puede corroborarse en Venezuela si se analizan algunas disposiciones constitucionales. En primer lugar, el artículo 136 ordinal 24 de la Ley Fundamental reserva al Poder Nacional "la legislación reglamentaria de las garantías que otorga esta Constitución", norma fundamental para verificar la existencia en nuestro sistema del principio del mercado único, al monopolizarse en el Congreso de la República el establecimiento de las líneas básicas de regulación -incidencia- de los derechos establecidos en la Constitución. En segundo lugar, el artículo 18 establece una serie de prohibiciones fiscales y de regulación a los Estados, todas ellas con el fin manifiesto de asegurar un mercado único en el país, tal y como señala la doctrina que es esencial al sistema federal.

Ello así, si el artículo 137 de la Constitución permitiese transmitir potestades legislativas nacionales a los Estados, se alteraría el marco competencial de la Constitución y con él la posición igual de todos los ciudadanos frente al ejercicio de esas potestades, dado que sería ejercida luego de la transferencia por entes distintos y autónomos entre sí y no por el Poder Nacional. Tal desequilibrio en el principio del mercado único debiera estar justificado expresamente en el texto constitucional, dada la enorme alteración que significa de los principios básicos del sistema, y ello, como se ha visto, no ocurre en el artículo 137, que, por el contrario, se refiere expresamente a un proceso de descentralización **administrativa**.

C.- Análisis de los artículos 17, ordinal 6° y 20°, ordinal 1° de la Constitución y el grado de los poderes estadales sobre las materias transferidas

Habiendo hecho el análisis anterior, hemos de enfrentarnos ahora con expresas disposiciones constitucionales que parecieran erigir poderes legislativos estadales sobre las materias que les fuesen transferidas con base

[14] Idem.

en el artículo 137. En efecto, los artículos 17, ordinal 6° y 20°, ordinal 1° de la Constitución, establecen respectivamente:

> *"Es de la competencia de cada Estado (...)*
> *6° Las materias que le sean atribuidas de acuerdo con el artículo 137".*

Y, a su vez el artículo 20, ordinal 1°, establece:

> *"Son atribuciones de la Asamblea Legislativa:*
> *1° Legislar sobre las materias de la competencia estadal"*

Los Estados parecen tener así **poderes legislativos** sobre las materias que les hubiesen sido atribuidas conforme al artículo 137 de la Constitución. ¿Cómo puede ser ello compatible con lo afirmado anteriormente de que esas atribuciones sólo podrán resolverse en potestades administrativas, no susceptibles de producir actos de rango legal?

Una posible solución a esta interrogante es sencillamente considerar al juego de los artículos 17, 6° y 20, 1° como argumento irrefragable del carácter legislativo de las potestades transferibles a los Estados en virtud del artículo 137 de la Constitución. Sin embargo, esa solución no nos parece adecuada. En primer lugar, el hecho de que a esa conclusión se llegue por la vía de una cláusula **general** de legislación como la del artículo 20, ordinal 6°, que habla genéricamente de la potestad de las Asambleas Legislativas de legislar sobre **las materias** de la competencia estadal, sin distinguir entre ellas, permite afirmar que no hay una intención expresa de contradecir la finalidad administrativa que expresamente consagra el texto del artículo 137. Por otro lado, los demás ordinales del artículo 17 revelan que las competencias estadales se encuentran acotadas no sólo por límites constitucionales, como es obvio, sino también por el ejercicio de poderes **nacionales** (ord. 2° y 4°), por lo que cabría encontrar lecturas compatibles entre estos artículos y el 137.

Pero principalmente debe hacerse notar que no parece adecuado dotar de peso absoluto a esta posibilidad estadal de legislar sobre las materias transferidas mediante el artículo 137, hasta el punto de dejar sin valor todos los razonamientos anteriores y vaciar completamente de contenido la expresión

"descentralización administrativa". Mas, sí es posible una interpretación que compatibilice estas normas, la cual ensayaremos de seguidas[15]:

Establecido ya que, por un lado, las atribuciones de nuevas materias a los Estados tienen como fin promover la descentralización administrativa, lo que prohíbe cualquier traslado de funciones públicas superiores -de sustancia legislativa- propias del Poder Nacional a los Estados, y que, por otro lado, la misma Constitución otorga potestades legislativas a éstos en las materias que les sean transferidas, el único modo de conciliar ambas disposiciones es afirmando que esa competencia legislativa estadal **sólo puede emplearse en tanto sea necesaria para la descentralización administrativa**, y nunca más allá.

En efecto, para poder conjugar las potestades legislativas que el artículo 20 ordinal 1° de la Constitución otorga a los Estados sobre las materias atribuidas conforme al artículo 137, con el fin de descentralización administrativa de este mecanismo, es necesario discernir entre los posibles contenidos de un acto legislativo relativo a esas materias, y sólo aquellos contenidos que sean imprescindibles para ese fin pueden ser objeto de leyes estadales.

De acuerdo con el sistema de reserva legal que establece la Constitución, dos grandes materias están dejadas en exclusividad a la ley en el campo de la actividad administrativa: la organización (artículo 117) y el establecimiento de cargas a los particulares (Título III, **passim**). Sólo la ley puede repartir competencias entre los diversos órganos que, también, sólo la ley puede crear; a su vez, la ley es la única capaz de limitar los derechos de los particulares.

Siguiendo el método establecido más arriba, visto que el fin del mecanismo establecido en el artículo 137 de la Constitución es la descentralización administrativa, y que por tanto el ejercicio de las potestades legislativas que sobre las materias atribuidas tienen los Estados debe ceñirse al cumplimiento de ese fin, de los dos campos fundamentales reservados a la ley en el sistema constitucional -la organización administrativa y el establecimiento de cargas-

[15] LINARES BENZO, Gustavo José. El artículo 137 de la Constitución y la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en **Leyes para la Descentralización Política de la Federación**, cit., pp. 150-152.

sólo la organización puede ser objeto de las leyes estadales dictadas en el área de las materias atribuidas conforme al artículo 137 de la Constitución. A contrario, **los Estados no podrán establecer cargas a los particulares en esas materias, cargas que sólo el Poder Nacional puede establecer.**

Esta repartición es perfectamente compatible con los fines y la estructura del mecanismo del artículo 137. El titular último y responsable de las materias atribuidas a los Estados sigue siendo el Poder Nacional, quien tiene facultad de establecer políticas y supervisar la gestión estadal en esas materias. Por ello, el aspecto más álgido de la ordenación de los sectores que se atribuyen a los Estados, que es la posibilidad de incidir en la esfera de los particulares, debe quedar reservado al Poder Nacional: sólo él podrá establecer tributos, exigir contribuciones, establecer restricciones y limitaciones a los derechos de los particulares y, en general, crear cargas dentro del sector que se ha atribuido a los Estados. Estos sólo podrán ejecutar las normas que establezcan esas limitaciones o, a lo más, **crear aquellos gravámenes expresamente determinados en la ley nacional y dentro de los límites que ella determine.**

Además, que el Poder Nacional sea el único competente para incidir en los derechos de los particulares en las materias que se atribuyan a los Estados, es necesario para asegurar la igualdad de todos los ciudadanos frente a la acción estatal, en materias en que la Constitución no admite diferencias al otorgarlas al Poder Nacional y no a las potestades autónomas de los Estados -donde sí cabría diferenciar entre unos y otros-. Que esas materias se atribuyan a los Estados por el mecanismo extraordinario del artículo 137 no habilita a establecer discriminaciones entre unos ciudadanos y otros debidas a las distintas políticas estadales.

Por lo tanto, el objeto de las leyes estadales dictadas en las materias atribuidas es aquel necesario para la descentralización administrativa: la organización de los servicios estadales que gestionan las nuevas materias. Como se ve, en este campo también es esencial la posibilidad de dictar actos de rango legal, ya que sólo ellos pueden establecer competencias (artículo 117 de la Constitución).

Así, podrá el Estado repartir del modo que le parezca más conveniente los poderes de gestión de las nuevas materias entre los distintos órganos de la Administración estadal, crear nuevos órganos e incluso establecer Institutos

Autónomos -para lo cual es imprescindible la ley (artículo 230 de la Constitución)- u otras formas descentralizadas. De igual modo, la ley estadal podrá establecer el régimen de los funcionarios públicos que laboren para esos servicios.

En conclusión, dado el fin que el propio texto constitucional otorga al mecanismo previsto en el artículo 137 -la descentralización administrativa-, la atribución de nuevas materias a la competencia estadal **no extingue la titularidad que sobre ellos posee el Poder Nacional,** quien se mantiene como responsable último de esos sectores, con poderes de dirección, supervisión y control.

Por ello, sobre las materias atribuidas, los Estados tienen solamente poderes de gestión, no siendo posible otorgarles poderes legislativos por este mecanismo. Aquellos que les otorga el artículo 20 de la Constitución sólo pueden ejercerlos en tanto sean necesarios para la descentralización, es decir, para organizar y repartir competencias dentro de los entes de la administración estadal, pero no para incidir en los derechos de los particulares.

III.- ANALISIS HISTORICO

Intentada ya una lectura sistemática del artículo 137 de la Constitución, a continuación examinaremos sus antecedentes, tanto en las discusiones propias de la Asamblea Constituyente de 1947, como en la elaboración de la Constitución vigente.

A.- Asamblea Constituyente de 1947

El artículo 137 de la Constitución de 1961 tiene su origen en una norma virtualmente idéntica de la Constitución de 1947, el artículo 139, que expresaba:

> "Artículo 139.- *"Las Cámaras Legislativas, por el voto de dos terceras partes de sus miembros, podrían atribuir a los Estados o a las Municipalidades, determinadas materias de competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa. Igualmente podrán las Cámaras legislar sobre la organización y funcionamiento del servicio de policía en todo el territorio de la República, mediante el procedimiento y por la mayoría señalados en esta Constitución para la sanción de las leyes".*

Por ello, el análisis histórico de la génesis del actual artículo 137 debe comenzar con el proceso de elaboración del transcrito artículo 139.

Visto lo anterior, a continuación debemos analizar el tracto del artículo 139 a través de sus discusiones en la Asamblea Constituyente. Tal iter es como sigue:

1. En la sesión del 31-1-47, es presentado por la Comisión designada al efecto el Proyecto de Constitución para su discusión en la Asamblea. En él, dentro del Título VI (Del Poder Nacional) se incluye el artículo 119, que expresaba:

> *"Las Cámaras Legislativas, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, podrán atribuir a los Estados o a las Municipalidades, determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa. Igualmente podrán las Cámaras legislar sobre la organización y funcionamiento del servicio de policía en todo el territorio de la República, mediante el procedimiento y por la mayoría señalada en esta Constitución para la sanción de las leyes"* [16].

2. En la sesión del 12-2-47 es aprobado sin observaciones en primera discusión el Título VI del Proyecto de Constitución, que incluía el artículo 110 copiado[17].

3. En la sesión del 25-3-47 tiene lugar la segunda discusión del artículo 119[18]. Participan los Diputados José Desiderio Gómez Mora (COPEI) y Domingo Alberto Rangel (AD). El primero propone se elimine "con el voto de las dos terceras partes de sus miembros", con el fin de no entrabar la descentralización administrativa. El segundo apoya la moción, confiando en la sensatez de las futuras mayorías legislativas. La propuesta Gómez Mora es aprobada y el artículo queda entonces así:

> *"Las Cámaras Legislativas, podrán atribuir a los Estados o a las Municipalidades, determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa. Igualmente podrán*

---

[16] Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constitucional (de ahora en adelante, Diario de Debates), mes II, N° 19, del 3-2-47, p. 12.
[17] Diario de Debates, mes II, N° 27, del 12-2-47, p. 6.
[18] Diario de Debates, mes IV, N° 47, del 29-03-47, pp. 15 y 16.

las Cámaras legislar sobre la organización y funcionamiento del servicio de policía en todo el territorio de la República, mediante el procedimiento y por la mayoría señalada en esta Constitución para la sanción de las leyes".

4. En la sesión del 19-6-47 se lleva a cabo la tercera y última discusión del artículo en referencia, ahora, con la numeración corregida por los demás cambios del proyecto, numerado 133[19]. Intervienen los diputados José Desiderio Gómez Mora y Martín Pérez Guevara. Aquél propuso eliminar la frase "mediante el procedimiento y por la mayoría señalada por esta Constitución para la sanción de las leyes" por considerarla redundante. Este recordó la versión original del artículo, que incluía exigencia de una mayoría calificada de dos tercios para la aprobación a la descentralización, eliminada en segunda discusión. Tal requerimiento de un quorum calificado era la razón por la cual a la ley de policía se le señalaba expresamente el procedimiento normal de elaboración de la ley. Sin embargo, propuso incluir de nuevo la referencia a una mayoría calificada, pues al transferir materias de la competencia nacional, "el Congreso procederá en cierto modo, como Constituyente". Esta proposición fue aprobada y se incluyó de nuevo la exigencia de una mayoría calificada para aprobar la descentralización. El artículo quedó igual que en el proyecto y así se incluyó en la Constitución definitiva.

Como puede apreciarse, las discusiones del artículo 139 de la Constitución de 1947 no versaron expresamente sobre el tema de este trabajo. En ningún momento se planteó si las materias transferidas abarcaban a las potestades legislativas: se usaba la expresión "descentralización administrativa", sin que se la definieran expresamente. Sin embargo, hay algunos indicios que permiten arribar a conclusiones al respecto.

En primer lugar, es notorio que todos los parlamentarios intervinientes en la discusión del que sería el artículo 139 de la Constitución de 1947 utilizaran siempre la expresión "descentralización administrativa" para referirse al proceso al que se refiere el artículo en discusión, y nunca frases como "descentralización política", que pudieran hacer pensar en un concepto más amplio, no sólo restringido a lo administrativo.

---

[19] Diario de Debates, mes VII, N° 80, del 20-06-47, pp. 33-34.

En segundo lugar, hay algunas intervenciones particularmente claras de varios parlamentarios que se refieren inequívocamente a que la descentralización planteada se refería únicamente a lo administrativo, las cuales nunca fueron refutadas por otros asambleístas. En efecto, en la sesión del 25 de marzo de 1947[20] el diputado Domingo Alberto Rangel expresó:

> *"Desde que la Asamblea designó la Comisión que estudió el Proyecto actual, nosotros manifestamos viva simpatía por el artículo que ahora considera la Asamblea, y, si no fuimos de inmediato a la descentralización administrativa, es porque ello, dentro de las circunstancias actuales del país, teniendo, como tiene, la nación la administración de casi todos los recursos fiscales, provocaría un desbarajuste administrativo de incalculable consecuencia. Por eso hemos preferido, o hemos considerado como más sensata esta fórmula que permite la descentralización por etapas a medida que los Estados que logren progresar vayan adquiriendo la capacidad para administrar los vastos recursos de que hoy dispone el Estado venezolano"*

Como puede verse, para Rangel la descentralización administrativa es un **traspaso de poderes de manejo de recursos fiscales**, que debe ser paulatina para que los Estados puedan ir mejorando su **capacidad de gestión**. De lo contrario, es decir, que la descentralización se hubiese hecho de una vez, se produciría un "desbarajuste **administrativo**", esto es, un enorme caos en el manejo de los recursos. Evidentemente, Rangel entendía el término "descentralización administrativa" en su acepción corriente: transmisión de poderes gestión de recursos, capacidad de administrarlos, y no como transferencia de potestades legales.

Es notable que al representante del partido opositor a la corriente Rangel, José Desiderio Gómez Mora, sostuviera una interpretación idéntica de la expresión "descentralización administrativa". Dijo en la sesión del 19-6-47[21]:

> *"En síntesis, el argumento fundamental que yo expuse en aquella oportunidad era el de que todos los Representantes de esta Asamblea (y*

[20] Diario de Debates, mes IV, N° 47, del 29-03-47 pp. 15 y 16.
[21] Diario de Debates, mes VII, N° 80, del 20-06-47, pp. 33-34.

en esto expresando un sentimiento colectivo del pueblo venezolano) habrían manifestado abiertamente su tendencia a este proceso de descentralización de la Administración. Manifesté yo que consagrar la mayoría calificada para atribuir a la competencia de los Estados determinadas materias de la competencia del Poder Nacional en lo que atañe a la Administración, era tanto como entrabar ese proceso mismo de descentralización administrativa (...)

"No considero, Honorables Representantes, que el atribuir a los Estados o a las Municipalidades (y entiendo que en esto los futuros Congresos serán muy cautos, no irán a descentralizar de un solo tajo a la Administración Pública, sino que tendrán que ir particularmente) el atribuir, por ejemplo, a los Estados la renta de licores o cosa por el estilo, no reviste tanta gravedad como para exigir esa mayoría calificada a que se refiere el Honorable Representante Pérez Guevara". (Destacados míos)

Aquí la claridad es aún mayor. La descentralización administrativa lo es de la "Administración", de la "Administración pública", cuyos poderes -por definición, como se vio, administrativos y no legislativos- se transfieren a los Estados o Municipios. Ejemplo de ello es transferir "la renta de licores", es decir, la percepción de unos determinados ingresos mediante el cobro del producto de un tributo fijado nacionalmente, precisamente con el fin de dotar a las administraciones estadales de los recursos necesarios para ejecutar sus planes, es decir, para **administrar**.

Frente a estos conceptos, el representante Pérez Guevara asiente, y sólo discrepa en la necesidad de una mayoría calificada para aprobar la transferencia, pero ni siquiera discute el concepto que se viene manejando de descentralización administrativa[22].

Luego de este análisis, puede concluirse que los representantes a la Asamblea Constituyente de 1947 entendían la expresión "descentralización administrativa" en su acepción común, tal y como se expuso en la primera parte de este trabajo. Por ello, la transferencia prevista en el artículo 139 de la Constitución de 1947 sólo podía ser de poderes administrativos, y no de potestades legislativas.

---

[22] Ibidem, p. 34

Además de este debate puntual sobre el artículo 139, es muy reveladora del alcance de esa disposición la discusión sobre el modo de elección de los Gobernadores de Estado que se produjo en la Asamblea Constituyente los días 18 de marzo, 18 de junio y 4 de julio de 1947.

El Proyecto de Constitución que se discutía establecía en su artículo 113:

> *"El Gobernador durará en sus funciones cuatro años y será elegido por votación directa y secreta, de acuerdo con la Ley".*

Sin embargo, en la ocasión de la segunda discusión, (el 28-3-47) el diputado Aquiles Oraá, de Acción Democrática, propuso una redacción dramáticamente opuesta:

> *"El Gobernador es de la libre elección y remoción del Presidente de la República en Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 110"* [23].

Esta proposición originó un largo y aguerrido debate, "cuya trascendencia histórica es incalculable" en palabras de los propios diputados[24] y de una enorme importancia para entender el sentido de la expresión "descentralización administrativa" que emplea el artículo 137 de la Constitución vigente.

El debate, enfrentó a Acción Democrática con el resto de la Asamblea. Los expositores fundamentales fueron Domingo Alberto Rangel y Andrés Eloy Blanco por A.D., Rafael Caldera (COPEI), Martín Pérez Guevara (Independiente-AD), Gómez Mora, (Independiente-COPEI) y Gustavo Machado (PCV) por la oposición. Acción Democrática sostenía la necesidad de la elección presidencial de los Gobernadores, por razones de seguridad política ante el temor de que sectores antidemocráticos arribaran a alguna jefatura regional y por considerar que ese sistema no atentaba contra el sistema federal que establecía el Proyecto de Constitución. Por su parte, la oposición consideraba que la no elección popular de los Gobernadores traicionaba el sentimiento popular y aun el programa electoral de la propia Acción Democrática. En

---

[23] Diario de Debates, mes IV, N° 46, del 28-3-47, p. 12.
[24] Diario de Debates, mes IV, N° 88, del 7-7-47, p. 26.

definitiva, la mayoría adeca -con el voto salvado de su fracción carabobeña- aprobó una fórmula plebiscitaria que se incluyó en las disposiciones transitorias de la Constitución[25].

> *"Disposición 7a: Un plebiscito nacional que se realizará transcurridos dos años, contados desde la fecha de promulgación de esta Constitución y en la oportunidad que fije el Congreso Nacional, decidirá si los Gobernadores de los Estados serán de libre elección y remoción del Presidente de la República en Consejo de Ministros, o si deberán ser electos por voto universal, directo y secreto.*
>
> *La fórmula favorecida con esta consulta se considerará incorporada al texto de esta Constitución.*
>
> *Entretanto se realiza este plebiscito, los Gobernadores serán de la libre elección y remoción del Presidente de la República en Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 124 de esta Constitución".*

Con motivo de este debate, la mayoría de la Asamblea (AD) expresó muy claramente, por intermedio de los diputados Luis Lander y Domingo Alberto Rangel, su modelo de sistema estatal, explicación de enorme interés para interpretar el actual artículo 137.

En su intervención del día 24 de mayo[26], el diputado Lander expresó:

> *"Ahora bien, nosotros hemos manifestado que somos partidarios de la **centralización política y de la descentralización administrativa.** Así que hemos establecido en el texto de la Constitución el aumento de los Situados para todos los Estados y una cosa muy novedosa también: el que ese Situado sea repartido en forma tal que hasta los propios Municipios pueda llegar. Así, pues, el pueblo a través de sus representantes podrá ejercer la función de administración de la cosa pública"* (Destacado mío).

Ya empieza a verse la descentralización administrativa como un **traspaso de fondos nacionales a los Estados y su correspondiente empleo en las tareas**

---

[25] Ibidem, p. 25.

[26] Diario de Debates, mes IV, N° 46, del 28-3-47, p. 15.

propias de la Región, siempre administrativas como hemos visto más arriba. Esta lectura de la mayoría de la Asamblea de la descentralización administrativa se ve reforzada incluso en una intervención del líder de la minoría, Rafael Caldera[27]:

> *"Cuando escuché en el seno de esta Asamblea el Mensaje presentado a nombre de la Junta Revolucionaria de Gobierno por el Presidente de la misma, ciudadano Rómulo Betancourt, creí que la mayoría parlamentaria que comparte la orientación política del Presidente de la Junta Revolucionaria, se iba a pronunciar por borrar de la Constitución la referencia al sistema federal y por adoptar el sistema centralista o centro-federal o como quiera denominársele, porque en realidad ya el Señor Presidente de la Junta Revolucionaria de Gobierno, nos dejaba entrever un criterio que debíamos suponer, sería el mismo del partido a que pertenece, según el cual y con sus propias palabras, venía a quedar considerada la cuestión en los siguientes términos. (Ruego a la Presidencia concederme permiso para darle lectura). (Asentimiento).- Dijo así el ciudadano Presidente de la Junta Revolucionaria: 'La empresa, sin margen ya para la espera, de rescatar y de salvar a la provincia (y esto lo decía al hacer algunas sugerencias a la Asamblea, acerca del texto constitucional) **será realizada con mayor eficacia por la vía realista del aumento de su activo económico, que por la ilusoria de una teórica autonomía política**'. Al pronunciarse, pues, 'contra la tesis ilusoria de una teórica autonomía política', evidentemente se estaba pronunciando contra la definición del sistema federal como principio de gobierno"* (Destacado mío).

El propio Betancourt, en el mensaje a la Asamblea Constituyente, entiende el reforzamiento de la provincia como "un aumento de su activo económico" y no como incremento de sus poderes políticos, a lo que considera una "ilusoria (y) teórica autonomía política". En otras palabras, el mecanismo descentralizador del 139 de la Constitución no era un modo de transmisión de poderes políticos, sino el modo de transferir recursos nacionales a los Estados y su correspondiente poder de administración. Es de notar que la oposición de Caldera a estas ideas no hace referencia alguna a ese sentido de

[27] Ibidem, p. 26.

la descentralización administrativa, sino que inmediatamente lo emplea a los solos fines del debate del momento: la elección popular o presidencial de los Gobernadores. Lo mismo puede decirse del resto de los voceros de la oposición.

Sin embargo, la intervención más clara a nuestros efectos fue el largo parlamento de Domingo Alberto Rangel en la sesión del 24-3-47[28].

> *"Durante su ejercicio oposicionista Acción Democrática se caracterizó por su inclinación hacia el estudio y dilucidación de los problemas provincianos. Contra una política que se hacía en las butacas elegantes del Country Club, o en la tertulia intranscendente de la Plaza Bolívar, Acción Democrática trajo la voz fresca y limpia de la provincia venezolana. Contra un centralismo absorbente que fijaba en Caracas el Presupuesto Nacional y que arrancaba a la provincia del goce de la riqueza pública, Acción Democrática trajo en sus banderas el concepto de que los recursos fiscales debían repartirse equitativamente en todo el país, que tanto derecho tenían a la acción oficial los lejanos Territorios Amazonas o Delta Amacuro como la flamante capital de Venezuela" (...)*
>
> *"Nosotros consideramos que el federalismo no es un sistema en virtud del cual los Estados o Entidades que componen una Nación tienen que disfrutar de un himno, disfrutar de un escudo o de otros atributos meramente formales: nosotros consideramos que el federalismo tiene una dimensión social, tiene una explicación profundamente humana, y, justamente a esa explicación nos hemos adherido valientemente. Federalismo no es que el Estado Cojedes, por ejemplo, diga en su Constitución que tendrá un escudo donde los hechos de armas en que intervinieron sus hombres queden perpetuados por la posteridad: Federalismo es que el Estado Cojedes, porque produce y porque es parte integrante de una Nación, tenga derecho también a los beneficios de la riqueza pública, tenga acceso también a las fuentes de progreso, que los hombres del Estado Cojedes, por ejemplo, no estén padeciendo el paludismo, no vivan miserables sin tierra, con hijos que no van a las escuelas y con madres que no tienen una casa de maternidad para*

[28] Ibidem, pp. 30-37.

alumbrar al fruto de sus entrañas. (Aplausos) A ese federalismo moderno, a ese federalismo de tipo social está profundamente adherido Acción Democrática, y ya empezó a realizarlo con la política que vienen desarrollando sus hombres desde el Gobierno Revolucionario".

El **desideratum** fundamental es una más adecuada repartición de la riqueza nacional, y no un aumento de las facultades políticas de los Estados. Ese aumento, ya calificado de utópico por Betancourt, es ahora categorizado de formal por Rangel, quien se pronuncia por un federalismo social, que distribuya más adecuadamente la renta en el país y las facultades administrativas necesarias para utilizarla.

Rangel afirma rotundamente, además, la base lógica de la descentralización administrativa que propugna al artículo 139 de la Constitución de 1947 (137 de la actual):

"Nosotros hemos dispuesto que la Administración Pública sea una y sólo una".[29]

en contra de las camarillas locales y regionales del s. XIX venezolano, en su entender. Esta "necesidad de mantener la unidad del Poder Ejecutivo" [30] entendida como el aseguramiento de la influencia central en las regiones mediante el nombramiento de los Gobernadores por el Presidente de la República, verdadero "centralismo administrativo", permite hablar, como medio de potenciación de la provincia, de una "descentralización administrativa". Más expreso no puede ser el siguiente parlamento de Rangel[31]:

"Más bien, quienes están cayendo en galimatías liberaloides, quienes están comulgando con la rueda de molino de una libertad abstracta y formal, son justamente los diputados de Copei. Ellos dicen que el federalismo se realiza porque el pueblo pueda elegir a un Presidente de Estado, ellos dicen que la Carta Constitucional se haría sincera si las masas de votantes pudiesen llevar hasta la más alta magistratura de un

[29] Ibidem, p. 32.
[30] Ibidem, p. 33.
[31] Ibidem, p. 36.

Estado a un determinado hombre, confundido con sus simpatías y con sus apetencias políticas. Esto es bastante curioso, porque ese hombre, muy soberano, muy jefe de una administración pública, muy con derecho a escuchar un himno el 19 de abril y a llevar en las cartas que escriba un escudo pomposo y lleno de festones, ese hombre, si no tiene las finanzas, si no tiene los recursos fiscales con los cuales se hace la política, no haría ninguna administración beneficiosa. Si se consagra la elección popular de los Presidentes de Estado y al propio tiempo se consagra el centralismo administrativo, se le dan a la nación todas las rentas y todos los recursos del Poder Público, bastante ficticia e ilusoria sería la autonomía e independencia de ese Estado. Ese pobre Presidente no podría administrar si deliberadamente el Ministro del Interior le retarda el cheque donde le manda el Situado Constitucional, porque no habría ni para pagar al portero de la Presidencia de Estado, porque no habría ni para pagar a los músicos de la banda del Estado. Nuestro criterio, y sintetizo para terminar, se relaciona mucho con aquel criterio que impuso en la Legislación colombiana un gran repúblico que se llamó Rafael Núñez en 1888; la fórmula de Núñez, que todavía rige el Derecho Constitucional colombiano es la de centralismo político y descentralización administrativa. Nosotros se lo confesamos al pueblo porque no lo estamos engañando, porque ya expusimos nuestra concepción del federalismo hemos venido a pedir que el Presidente de la República designe por decreto ejecutivo a los Presidentes de Estado. Pero, pueblo de Venezuela, colectividades del país, regiones apartadas de todo el territorio nacional habrán de saber que Acción Democrática, sí le ha dado al Presidente de la República la facultad de designar a los Presidentes de Estado, también le irá devolviendo, una por una, en un largo proceso de recuperación histórica y de justicia contributiva, le irá devolviendo a los Estados las rentas que le fue quitando el centralismo administrativo que pusieron en práctica los caudillos gobernantes en Venezuela durante todo el curso del siglo XIX. Nosotros no vamos a tener Estados parias, Estados pordioseros. Cada Estado tendrá recursos suficientes para manejar su gobierno y para desenvolver una obra audaz y constructiva. Los Presidentes de Estado, dentro de un proyecto de reforma administrativa que consideraremos en el Congreso ordinario, si el pueblo nos favorece con su voto mayoritario, mediante ese proyecto de reforma administrativa nosotros le daremos al Presidente de Estado facultades para administrar, (aplausos), recursos y dinero de la Nación.

Y nosotros, en virtud de una serie de leyes que se van a aprobar por consecuencia de un artículo constitucional que permite que se le vayan devolviendo a los Estados sus rentas que le han sido privadas, iremos expidiendo leyes para que los Estados vayan recuperando sus rentas, para que haya vida robusta y próspera en el interior del país y para que Venezuela vuelva a ser, después de muchos años de desvío doloroso, aquel país próspero del siglo pasado que tenía varias ciudades que avanzaban y se desarrollaban y no este país desmirriado, que tiene una capital opulenta donde crecen los rascacielos y se abren las avenidas, pero que tiene centenares de poblaciones derruidas en el interior del país, que tiene campesinos macilentos, que tiene regiones en franca decadencia, porque un centralismo administrativo y no político, se fue chupando con voracidad de pulpo, le fue chupando con ansia exclusivista todo el jugo de sus recursos y toda la vena de su prosperidad. Nosotros vamos a hacer una Venezuela para todas las regiones, nosotros vamos a hacer una Venezuela igual, y de esto tenga la más absoluta seguridad el pueblo venezolano, si nosotros no admitimos aquí el voto popular para Presidentes de Estado, Acción Democrática, como rector de la administración pública, le irá devolviendo, uno por uno, en un proceso fatal e indefectible, a los Estados de la Unión, todos los recursos y todas las prerrogativas de que los privó el caudillismo que nosotros derrotamos con la Juventud Militar la tarde gloriosa del 18 de octubre de 1945. (Aplausos)" (Destacados míos).

"Centralismo político y descentralización administrativa", de nuevo. El **ritornello** de la mayoría de la Asamblea Constituyente es enormemente expresivo cara a nuestro problema: lo político -entre otras cosas, lo legislativo- se centraliza y lo que se transfiere a las regiones es lo **administrativo**. Por tal se entiende "los recursos fiscales con que se hace la política, es decir, una administración beneficiosa". En criterio de la mayoría de la Asamblea Constituyente, la descentralización consiste en devolver "a los Estados las rentas que le fue quitando el centralismo administrativo que pusieron en práctica los caudillos" del siglo XIX. La reversión de esa tendencia centralizadora en lo administrativo es el objetivo del artículo 139 de la Constitución, "artículo constitucional que permite que se le vayan devolviendo a los Estados sus rentas que le han sido privadas".

Para los redactores de la Constitución de 1947, al menos en lo que respecta a la mayoría decisiva, descentralización administrativa es la transferencia de

recursos financieros a los Estados que permitan una administración capaz de gestionar el desarrollo regional. Tal descentralización es la alternativa del nuevo proyecto político que llegó al poder con la Revolución de Octubre al centralismo administrativo -"centralismo administrativo, óigase bien, un centralismo administrativo y no político"- propio del caudillismo que habría depauperado a los Estados. Tal concepción es completamente ajena, como se evidencia, a una transferencia de potestades políticas a los Estados, transferencia negada por el fin expreso del artículo 139 de la Constitución de 1947 y por la intención de sus redactores, tal como he pretendido demostrar con la exposición anterior.

La anterior lectura del Diario de Debates de la Constituyente de 1947 dista de ser pacífica. Romero[32], comentando exclusivamente la misma intervención de Rangel que citamos en último lugar, considera que ella es, por el contrario, muestra del carácter político de la descentralización del artículo 139. En efecto, para esta doctrina la intervención de Rangel revela el carácter ambiguo y atécnico de la expresión "descentralización administrativa" en boca de los constituyentes. Ello por dos razones: en primer lugar, la referencia al proceso colombiano y a las tesis de Núñez, que revelarían desconocimiento de las diferencias entre ese sistema y el nuestro; y, en segundo lugar, el fin confesado de la descentralización para regresar rentas a los Estados, lo que supone la transferencia de potestades tributarias y por ende de rango legal.

Tal posición es infundada, a nuestro ver. Que los constituyentes sean ambiguos no es argumento ni en un sentido ni en otro, por razones obvias, más si lo que se trata es de interpretar una expresión -"descentralización administrativa"- en contra del uso común de las palabras y de la lectura doctrinal mayoritaria, es decir, como "descentralización política". Pero el hecho es que, incluso, los constituyentes no fueron ambiguos en este aspecto, como pretendo haber demostrado más arriba: la referencia continua y reiterada a "centralismo político y descentralización administrativa" es prueba de la intención expresa de limitar las transmisiones de poderes a la provincia a lo estrictamente administrativo, además de la ausencia absoluta

[32] Cfr. ROMERO MUCI, Humberto. op. cit. pp. 222-229.

de cualquier referencia a la transferencia de potestades legislativas en todos los lugares del Diario de Debates que pudimos examinar.

No hay ambigüedad a este respecto en los constituyentes, pues. Queda analizar los argumentos específicos del profesor Romero. Según el primero, la referencia al sistema colombiano es prueba de la inexactitud constituyente dada la distancia estructural del sistema colombiano al venezolano: Estado unitario el uno, federal el otro. Ciertamente, los Departamentos en Colombia son unidades administrativas[33] y no entes federados dotados de potestades políticas. Tal fórmula, vigente en Colombia desde 1886, representa la salida a las pugnas conservadores y liberales del siglo pasado, y convierte al hermano país en ese Estado Unitario. La descentralización administrativa es allá, por tanto, el traspaso de poderes de esa naturaleza a circunscripciones meramente administrativas, sin sustancia política. Por ello, sostiene Romero, los constituyentes estaban trasladando al país doctrinas extranjeras absolutamente incompatibles con el federalismo venezolano, donde los Estados tienen Asambleas Legislativas y potestades de legislación en la materia de su competencia, lo que revelaría el sentido ambiguo e impreciso de la expresión "descentralización administrativa", ambigüedad e imprecisión que daría base a una lectura política de esa expresión que cubra hoy la transferencia de potestades legislativas del centro a la periferia.

El argumento copiado, en mi opinión, es más bien abono del carácter administrativo de la descentralización prevista en el artículo 139 de la Constitución de 1947 (137 hoy). En primer lugar, el propio Rangel se cuida de intentar un traslado en bloque de los criterios colombianos a la Constitución. Expresamente afirma:

> *"Nuestro criterio, y sintetizo para terminar, se **relaciona mucho** con aquel criterio que impuso en la Legislación colombiana un gran repúblico que se llamó Rafael Núñez en 1888; la fórmula de Núñez, que todavía rige el Derecho Constitucional colombiano es la de **centralismo político y descentralización administrativa**".* (Destacados míos).

---

[33] Cfr. HENAO HIDRON, Javier. **Panorama del Derecho Constitucional Colombiano.** Editorial Temis, Bogotá 1976, p. 235.

Como se ve, el criterio de la mayoría "se relaciona mucho" con el colombiano, pero no necesariamente es idéntico. Recuérdese que la misma mayoría a la que pertenecía Rangel (AD) aprobó la figura de las Asambleas Legislativas, inexistentes en Colombia y base de las diferencias entre uno y otro sistema. Pero aunque la importación fuera irreflexiva y total, ello argumenta en todo caso a favor de una descentralización meramente administrativa con base en el artículo 139, precisamente porque el modelo colombiano del sistema de Estado hace imposible una descentralización de potestades legislativas, ya que no existe receptor: los Departamentos son entes políticos. Siendo ese el modelo de nuestros constituyentes en lo relativo a la descentralización administrativa, es obvio que su intención era habilitar la transmisión de poderes meramente administrativos y no legislativos a las regiones, poderes necesarios para **administrar** los recursos que la misma descentralización conduciría a los Estados.

El segundo argumento de Romero es fiscal, y lógicamente impecable. Los constituyentes reaccionan frente al progresivo despojo de las rentas estadales por parte del Poder Central[34], reacción que es la descentralización administrativa prevista en el 139. Por ello, esa descentralización es el traspaso de potestades tributarias nacionales a los Estados, traspaso que será por ello de poderes legislativos, necesarios para estatuir cargas a los particulares como son los tributos. Sin embargo, una frase precisa de Rangel descarta, en mi opinión, ese argumento:

> *"Nosotros no vamos a tener Estados parias, Estados pordioseros. Cada Estado tendrá recursos suficientes para manejar su gobierno y para desenvolver una obra audaz y constructiva. Los Presidentes de Estado, dentro de un proyecto de reforma administrativa que consideraremos en el Congreso ordinario, si el pueblo nos favorece con su voto mayoritario, mediante ese proyecto de reforma administrativa* ***nosotros le daremos al Presidente de Estado facultades para administrar recursos y dinero de la Nación****".* (Destacado nuestro).

Los recursos que serán transferidos a los Estados mediante la descentralización administrativa son "recursos y dinero de la Nación", es decir, ingresos del

[34] Sobre la historia de las ventas de los Estados, cfr. **Historia de las Finanzas Públicas en Venezuela.** Ordenación y Análisis de Tomás Enrique Carrillo Batalla y un grupo de investigadores dirigidos por Pedro Grases. Ediciones del Cuatricentenario de Caracas, 1969. Varios Tomos.

Poder Central ya causados, existentes, que se transfieren a los Estados; en lo más, ingresos por causar cuya recaudación y empleo corresponda a éstos, **pero no se trata de la transferencia de potestades tributarias nacionales a los Estados, cesión de materias impositivas sobre las cuales legislan sus Asambleas.** Sencillamente, se trasladarán poderes de administración a los Estados, como también dice Rangel, y los fondos correspondientes. Nada de ello requiere la transmisión de potestades legislativas, sino, tal como dice el artículo 139, de un proceso de "descentralización administrativa".

En conclusión, considero que los argumentos de Romero basados en la indagación de la intención del Constituyente son insuficientes para interpretar la expresión "descentralización administrativa" como "descentralización legislativa" ya que, por un lado, los constituyentes eran conscientes de estar estableciendo un modelo de transferencias de recursos y de poderes de administración, tanto que se inspiraban en el modelo centralizado colombiano, y, por otro, que esa transferencia de recursos no implicaba la transmisión de potestades tributarias nacionales, como se vio.

Por ello, parece claro de los debates correspondientes que la intención del constituyente con el artículo 139 de la Constitución de 1947 (hoy 137) era habilitar al Congreso para transferir a los Estados potestades administrativas y no legislativas, junto con los correspondientes recursos nacionales, con el fin de superar el centralismo administrativo que en su entender habían practicado los caudillos hasta 1945.

B.- Redacción de la Constitución de 1961

Visto ya los antecedentes del artículo 139 de la Constitución de 1947, precedente inmediato e idéntico al actual 137, veamos la historia de este último dentro de los debates que se resolvieron en la Constitución de 1961. En primer lugar se analizarán las actas de la Comisión Bicameral redactora del Proyecto de Constitución y luego los Diarios de Debates del Senado y de la Cámara de Diputados en la época de la discusión del Proyecto presentado por la mencionada Comisión.

El primer dato que salta a la vista con este análisis es la ausencia casi total de debate sobre la materia: pareciera que todo habría sido dicho en 1947. Esta

paz es absoluta en el Debate en el Congreso, como se verá, y casi total en el seno de la Comisión redactora.

Sin embargo, hay una referencia obligada en los actos de la Comisión Bicameral. En la sesión del 7 de octubre de 1959, con motivo de la discusión del régimen de los Estados, el Senador Raúl Leoni, Presidente del Congreso y de la Comisión de Reforma Constitucional del Senado e importante líder de la mayoría (AD) se expresó en términos que fueron recogidos en el acta de la siguiente manera:

> *"El Senador Leoni sostiene que es partidario de la descentralización política y de la descentralización administrativa"* [35].

Doce años después, la mayoría decisora en el Congreso y en la Comisión insiste con la "centralización política y la descentralización administrativa". Ello, aunado a la ausencia total de debate sobre el contenido de esa fórmula y a la reproducción exacta del artículo 139 de la Constitución de 1947 en el 137 de la vigente, permiten afirmar que la intención del constituyente del 61 fue la misma en este aspecto que la del redactor de la Ley Fundamental de 1947.

Cuando se discutió propiamente el artículo 139 de la Constitución de 1947 en el seno de la Comisión Bicameral, las intervenciones se limitaron a expresar que la descentralización administrativa allí prevista "era muy amplia" (Barrios), que significaba una reforma constitucional (Uslar) y a manifestar que la mayoría calificada exigida evitaba sorpresas (La Riva Mata)[36]. Pero nada sobre el contenido de la descentralización. De todos modos, debe resaltarse que los senadores Leoni y Pérez Guevara (de relevante actuación en el debate de 1947) "se pronunciaron por mantener el artículo en su forma original". Hasta el líder de la oposición en 1947, Rafael Caldera, aceptó íntegramente la redacción del artículo, y sólo propuso eliminar la última cláusula, que se refería a la organización y funcionamiento del servicio de policía.

---

[35] **La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto.** Ediciones del Congreso de la República. Caracas, 1971. Tomo I, p. 255.
[36] Ibidem, p. 283. Acta N° 66 del 28-10-59.

Este acuerdo unánime sobre el artículo 137 se reprodujo idéntico en los debates del Proyecto de Constitución en las Cámaras. En efecto, en las tres discusiones en el Senado (17-6-60, 14-7-60 y 10-10-60) el artículo 137 propuesto, idéntico al 139 de la Constitución de 1947, salvo por la eliminación de la cláusula referente a la Policía Nacional, fue aprobado sin modificaciones y sin que conste en el Diario de Debates ninguna intervención de los Senadores al respecto. Idéntico tratamiento recibió en la Cámara de Diputados en las tres discusiones (19-10-60, 28-10-60 y 21-11-60).

Esta ausencia de debate revela que la intención del constituyente de 1961 fue la misma que en 1947. A la luz de esa finalidad es que debe leerse el actual artículo 137, es decir, teniendo en cuenta que los redactores de la Constitución pretendían con ese mecanismo devolver a los Estados recursos financieros y las potestades administrativas necesarias para manejarlos, pero nunca establecer un sistema de transmisión de poderes legislativos nacionales a los Estados.

IV. EL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO[37]

Son de interés tres Constituciones europeas que presentan sistemas de transferencia de competencias centrales a la periferia: la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (de 23-05-49); la Constitución Italiana de 31-01-47 y la Constitución Española de 1978. Procederemos a estudiarlas a continuación.

1.- Constitución Alemana de 1949 [38]

La Ley Fundamental de Bonn ha sido el modelo confesado de muchas disposiciones Constitucionales europeas de la postguerra, muy especialmente en lo relativo a la organización territorial.

Tratándose de una verdadera Federación, en la cual, por tanto, los estados miembros ("países" o lander) tienen verdaderas potestades legislativas, la

[37] Los textos de la Constitución alemana e italiana se toman de **Constituciones Europeas**, UCV, Facultad de Derecho, Madrid 1960, pp. 19-64 y 153-215. La española se consultó en la edición del Ayuntamiento de Madrid.

[38] Cfr. ALBERTI ROVIRA, Enoch. **Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1988, passim.

repartición de estos poderes se hace sobre la base de unas materias cuya legislación es exclusiva de la Federación (art. 73) y otras materias concurrentes sobre las cuales pueden legislar los países hasta tanto la Federación haga uso de sus poderes legislativos (art. 72). Todas las materias que no sean exclusivas de la Federación o concurrentes quedan sometidas a la legislación de los países (art. 70).

Este marco general puede ser alterado por una transferencia de potestades legislativas federales a los países, prevista en el artículo 71:

> *"En la esfera de la legislación exclusiva de la Federación, los Países sólo tienen atribuciones legislativas cuando y en la medida en que una ley federal les haya capacitado expresamente para ello".*

Se trata de una descentralización legislativa expresamente prevista en el texto constitucional, cuya redacción es perfectamente clara: transferencia de las potestades legislativas exclusivas de la Federación, por ley Federal, a los países.

Con respecto a la potestad administrativa, el artículo 83 establece la ejecución por los países de la legislación federal, lo que ha dado pie a calificar al federalismo alemán como "federalismo de ejecución". Dice el artículo 83:

> *"Los países ejecutan las leyes federales como atribución propia salvo, que esta Ley Fundamental no lo determine o lo permita de otro modo".*

Es competencia de los países la ejecución de las leyes federales. Sin embargo, la propia Constitución prevé materias de la exclusiva administración federal, tales como los asuntos internacionales, las finanzas federales, los ferrocarriles federales, el correo federal y los canales federales y la navegación (art. 87,1). Por ello, existe en la Constitución alemana un mecanismo de delegación de potestades administrativas, esbozado en el artículo 85,1:

> *"Si un País ejecuta las leyes federales por delegación de la Federación, el establecimiento de autoridades continúa siendo atribución del país, salvo que una ley federal, con asentimiento del Consejo Federal, no lo determine de otra manera".*

Como se ve, la Constitución alemana distingue netamente entre la descentralización administrativa, prevista en el artículo 85 y dentro del Título VIII (La Ejecución de las Leyes Federales y la Administración Federal) y la transmisión de potestades legislativas de la Federación a los países contemplada en el artículo 71.

2.- Constitución Italiana de 1947

Esta Constitución contiene dos normas que prevén mecanismos de transferencia de competencias del Poder Central a las Regiones:

Artículo 117: (Autonomía de la Región).
"La Región establece, para las siguientes materias, normas legislativas, dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado y siempre que dichas normas no estén en contradicción con el interés nacional y con el de las demás Regiones:
- Organización de los órganos y de las entidades administrativas dependientes de la Región;
- Circunscripciones municipales;
- Ferias y Mercados;
- Beneficencia pública y asistencia sanitaria y hospitalaria;
- Instrucciones artesanal y profesional y asistencia escolar;
- Museos y bibliotecas de las entidades locales;
- Urbanismo;
- Turismo e industria hotelera;
- Tranvías y líneas automovilísticas de interés regional;
- Carreteras, acueductos y obras públicas de interés regional;
- Navegación y puertos lacustres;
- Aguas minerales y termales;
- Minas y tuberías;
- Caza;
- Pesca en las aguas interiores;
- Agricultura y bosques;
- Artesanado;
- Otras materias indicadas por las leyes constitucionales.

Las Leyes de la República pueden delegar en la Región el poder de establecer normas para su ejecución.

"Artículo 118: (Funciones administrativas de la Región).
Compete a la Región el ejercicio de las funciones administrativas para las materias enumeradas en el artículo precedente, salvo aquellas de interés exclusivamente local que pueden ser atribuidas por las leyes de la República a las Provincias, los Municipios o a otras entidades locales.

El Estado puede delegar, por ley, en la Región el ejercicio de otras funciones administrativas.

La Región ejerce normalmente sus funciones administrativas delegándolas a las Provincias, a los Municipios y a otras entidades locales, o valiéndose de sus servicios".

Como se sabe, el Estado italiano es bastante **sui-géneris** en lo relativo a su organización territorial, discutiéndose si se trata de un Estado Federal o de un Estado Unitario descentralizado administrativamente. Sin embargo, no parece haber duda de que a las regiones corresponden potestades legislativas en las materias listadas en el artículo 117 de la Constitución, materias que se han catalogado de concurrentes, ya que legislación regional puede desenvolverse sólo "en los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado" y cuyas disposiciones no deben contrastar con el interés nacional y con el de otras regiones[39].

En todo caso, nos interesa cara al presente trabajo el análisis de la cláusula final del referido artículo 117;

"Las leyes de la República pueden delegar en la Región el poder de establecer normas para su ejecución".

Se ha discutido si estas "normas para (la) ejecución (de las leyes de la República)" que pueden dictar las regiones son disposiciones legislativas o meramente administrativas y reglamentarias. Sin embargo, la doctrina parece estar ya de acuerdo en que se trata de normas de rango legal[40]. Asumiendo esa hipótesis doctrinaria, tenemos aquí un mecanismo de descentralización

[39] Cfr. BISCARETTI, Paolo. **Derecho Constitucional.** Tecnos, Madrid 1965, p. 641.
[40] Ibidem, pp. 643 - 641.

política que sería semejante a la concepción política del artículo 137 que algunos sostienen entre nosotros.

Sin embargo, la comparación con el primer aparte del artículo 118 de la Constitución italiana permite concluir de distinta manera:

> *"El Estado puede delegar, por ley, en la Región el ejercicio de otras funciones administrativas".*

Tenemos aquí un caso expreso de descentralización administrativa[41]. Evidentemente, es ésta una norma mucho más semejante que la anterior a nuestro artículo 137, precisamente por la referencia expresa a lo administrativo. Y ello permite desvincular clarísimamente este supuesto de la descentralización legislativa habilitada por el artículo 117, distinción que lleva también a concluir que el constituyente italiano consideró necesario estatuir expresamente ambas posibilidades de transferencia y que jamás pensó que una podía considerase incluida en la otra, como parecieran pensar quienes afirman entre nosotros que la descentralización administrativa puede ser, también, legislativa.

3.- La Constitución Española de 1978

El Estado Español que surge de la Constitución de 1978 es un Estado "autonómico". Con clara inspiración en la Ley Fundamental alemana, España se articula en Comunidades Autónomas, repartiéndose la potestad legislativa sobre la base de unas competencias exclusivas del Estado Central (art. 149), unas materias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos (art. 148), correspondiéndoles también las materias no atribuidas expresamente al Estado (art. 149,2).

El artículo 150.1 y 2 permite alterar ese reparto originario:

> *1.- Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijadas por una ley estatal. Sin perjuicio*

[41] Ibidem, pp. 644 - 645.

de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.

2.- El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.

Para la mayoría de la doctrina[42], la norma del artículo 150.1 es un típico caso de delegación legislativa, verdadera descentralización política que permitiría a las Comunidades Autónomas legislar sobre materias de la exclusiva competencia estatal, dentro del "marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal". Se trata, de nuevo, de una expresa habilitación constitucional para transferir potestades legislativas del centro a la periferia.

El artículo 150.2 ha producido, en cambio, un fuerte debate doctrinal, precisamente el mismo que ha ocurrido entre nosotros. Un primer sector doctrinal[43] considera que, con base en el artículo 150.2, sólo se permite

---

[42] Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Revolución Francesa y Administrativa Contemporánea.** Taurus, Madrid 1983, pp. 13-67. M. Alonso Olea, "El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas" en **Revista de Política Social**, número 121, 1979, p. 68, y en **Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución**, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 140-142; A. Carretero, "El Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas", en **El Tribunal Constitucional**, p. 625; A. GUAITA, "Dualidad de estatutos autonómicos en la Constitución española", en **La Constitución española y las fuentes...**, II, p. 1208; R. MENDIZABAL ALLENDE, "El control de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas" en **La Constitución española y las fuentes..**, II, p. 1452; cfr. ALONSO de ANTONIO, José Antonio. **El Estado Autonómico y el Principio de solidaridad como colaboración Legislativa.** Congreso de Diputados, Madrid 1986, tomo II, pp. 1006 - 1007.

[43] ALONSO OLEA, M. El sistema normativo del Estado y de las Comunidades autónomas, **Revista de Política Social**, núm. 121, pp. 72;
ALONSO OLEA, M. Las fuentes del Derecho en especial del Derecho del Trabajo, **Revista de Política Social**, N° 130, pp. 149-155;
ALZAGA, O. **La Constitución Española de 1978**, Editorial del Foro, Madrid 1978, p. 875;
BASSOLS-COMA, M. y SERRANO ALBERCA, J.M. El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2. Análisis de la delegación en materia de competencias estatales exclusivas, **Revista de Administración Pública**, N° 97, Enero-Abril de 1982, pp. 64 y 70.

transferir a las Comunidades Autónomas potestades administrativas; en cambio otro grupo de estudiosos entiende que es posible con esta base transmitir poderes legislativos[44].

Los argumentos del primer grupo son fundamentalmente los siguientes[45]:

1° El necesario deslinde del artículo 150.2 del 150.1, ya que éste sí permite la transferencia de potestades legislativas.

ENTRENA CUESTA, Raúl, **Curso de Derecho Administrativo**, Editorial Tecnos, 8va ed., Madrid 1983, p. 635;

GOMEZ DE LAS ROCES, Hipólito. El Tribunal Constitucional y las Comunidades autónomas, en **El Tribunal Constitucional**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, Tomo I, pp. 333 - 334;

GONZALEZ NAVARRO, F. Potestad legislativa del Estado y Potestad reglamentaria autónoma de las nacionalidades y regiones, en **La Constitución Española y las Fuentes del Derecho**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, tomo II, pp. 110 y ss.

GUAITA, Aurelio. Dualidad de Estatutos Autonómicos en la Constitución Española, en **La Constitución Española y las Fuentes del Derecho**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, tomo II p. 1206.

GUAITA, Aurelio. Las Regiones antes y después de la Constitución Española de 1978, **Revista de Derecho Público**, N°s. 76-77 Julio-Diciembre de 1979, p. 365.

MARTINEZ ESTERUELAS, C. y Otros. **Estudios Jurídicos sobre el Estatuto Vasco**, Artes Gráficas Danubio, Madrid 1980, pp. 51-53.

MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel. **Aproximaciones al Derecho Constitucional Español.** La Constitución de 1978, Editor Fernando Torres, Valencia 2980, p. 105;

MENDIZABAL, R. El control de las disposiciones normativas de las CC.AA., en **La Constitución Española y las Fuentes del Derecho**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, tomo II, pp. 1450-1452.

MENDOZA OLIVAN, Víctor. Tipología de las leyes en la Constitución, en **La Constitución Española y las Fuentes del Derecho**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, tomo I, pp. 106-107;

RAMALLO, J. Incidencia de la Constitución Española en materia de fuentes normativas de las CC.AA., en **La Hacienda Pública en la Constitución Española**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, p. 80;

SANCHEZ AGESTA, L. **Sistema político de la Constitución Española de 1978**, Editorial Nacional, 4a. edición, Madrid 1985, p. 365;

GARRIDO FALLA, Fernando. El Desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las CC.AA., **Revista de Administración Pública**, N° 94, Enero-Abril de 1981, pp. 15-26;

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Estudios sobre las autonomías territoriales**, Civitas, Madrid 1985, p. 349.

[44] E. ALVAREZ CONDE. **Las Comunidades Autónomas**, p. 183; P. ELYZALDE, **"Prelación de normas civiles..."**, p. 774;, J. de ESTEBAN, **El Régimen Constitucional español, II**, p. 392; A. FERNANDEZ CUEVAS, **"El sistema normativo de la Comunidad Autónoma"** pp. 787 y ss.; G. PECES-BARBA, **La Constitución española**, p. 201; T. QUADRA SALCEDO, **"La Ley en la Constitución"**.

[45] Cfr. ALONSO DE ANTONIO, José Antonio. op. cit., Tomo II, pp. 1102-1105.

2° La referencia que hace el artículo 150.2 a la transferencia de "facultades correspondientes a materia de titularidad estatal", con lo cual sólo pueden cederse ciertos poderes administrativos pero no **toda** la competencia.

3° La mención del artículo 153.b de la Constitución de que el control de las funciones delegadas con base en el artículo 150.2 corresponde al Gobierno. Sería constitucionalmente incongruente que el Gobierno pudiese fiscalizar al ejercicio de poderes legislativos de las Comunidades y muy lógico, en cambio, si se trata de potestades administrativas.

Por su parte, los defensores de la tesis política argumentan a contrario[46]:

1° El deslinde 150.1-150.2 puede hacerse tomando en cuenta la diferencia entre las potestades legislativas transferidas en uno u otro caso. En el primero se trataría de una legislación de desarrollo de las bases dictadas por las Cortes; en el segundo, una potestad autónoma que no requiere de una base estatal previa.

2° "Facultad" no debe restringirse a "facultad administrativa o ejecutiva", debido a la ambigüedad de aquel término.

3° El control al que se refiere el artículo 153.b de la Constitución corresponde al Gobierno sólo en el caso de las facultades administrativas que se transfieran a las Comunidades Autónomas con base en el artículo 150.2, pero no a las legislativas.

4° Exponen la paradoja de que una transferencia de potestades legislativas sólo requiere de ley ordinaria (150.1) y que una transmisión de meras potestades administrativas, de ley orgánica (150.2). Los defensores de la tesis administrativa replican diciendo que esa exigencia de ley orgánica era ya así en momentos en que el Proyecto de Constitución prevéa expresamente el artículo 150.2 como habilitante de transferencias de sólo potestades administrativas.

Sin pretender terciar en el debate, parece muy sólido el tercer argumento de la primera posición. Ese artículo 153.b de la Constitución española establece:

---

[46] Ibidem, pp. 1105-1111

"El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:
...b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150".

Ciertamente, el literal no distingue entre las funciones delegadas con base en el 150.2 con respecto a su control por el Gobierno. Ello así, estas funciones tienen que ser administrativas, por exigencias de la lógica constitucional.

En todo caso, y con respecto a este trabajo, la Constitución española prevé también **expresamente** la posibilidad de transferir a las Comunidades Autónomas poderes de legislación (150.1). Y, con respecto al artículo 150.2, es de notar que, aun no siendo expreso el carácter administrativo de la transferencia, como es el caso del artículo 137 de nuestra Constitución, se produjo un serio debate sobre la posibilidad de transferir potestades legislativas por esa vía, siendo en mi opinión más convincentes los argumentos de la postura que niega esa posibilidad.

En conclusión, el Derecho comparado nos revela que cualquier transferencia de potestades legislativas debe ser expresa en la Constitución, y los tres ejemplos estudiados prevén, inclusive, una transmisión independiente, regulada autónomamente, de poderes administrativos. En ningún caso, por último, la doctrina ha interpretado que una habilitación constitucional para transferir facultades administrativas dé pie a ceder poderes legislativos.

V.- CONCLUSIONES

1.- Las potestades legislativas son aquellas que corresponden a las asambleas titulares de la representación popular (Congreso, Asambleas Legislativas y Concejos Municipales) y cuyo ejercicio se resuelve en actos de rango legal capaces de establecer cargas a los particulares y repartir competencias públicas.

2.- Las potestades administrativas son aquellas que corresponden a una Administración Pública y que habilitan para dictar actos de rango sub-legal, por lo tanto incapaces de establecer cargas o de apoderar a los entes públicos.

3.- Para la doctrina, descentralización administrativa significa la transferencia de potestades exclusivamente administrativas, no existiendo ninguna posibilidad de atribución de potestades de rango legal por esa vía.

4.- **El dato literal**, el sentido que debe dársele a las palabras de acuerdo con la reglas de interpretación previstas en el artículo 4° del Código Civil, apuntan evidentemente en la dirección de que el artículo 137 de la Constitución establece un sistema de **descentralización administrativa** y que, por lo tanto, con su base sólo es posible transferir a los Estados potestades administrativas.

5.- Los artículos 117 y 139 de la Constitución permiten concluir que, dentro del sistema constitucional, lo administrativo es lo propio de las administraciones territoriales (Ejecutivo, Gobierno Estadal, Gobierno Municipal) distintos de los órganos de la representación popular y que las potestades de aquéllas - potestades administrativas- son otorgadas por la ley y su rango es sub-legal. Por ello, "descentralización administrativa" significa, dentro del sistema constitucional, un traslado de potestades administrativas, es decir, de rango sub-legal, de un ente a otro, y no de potestades legislativas.

6.- Examinados ya los supuestos de transferencia de potestades legislativas previstas en el texto constitucional expuestos por Romero, y demostrado bien que no son en realidad eventos de transferencia de esas potestades o bien su insuficiencia argumental para entender que la transferencia prevista en el artículo 137 es legislativa, debemos concluir que un análisis del tratamiento de la potestad legislativa en la Constitución revela que el único caso de transferencia de esas potestades es el previsto en el artículo 30, aparte, y únicamente como medio de monopolización de competencias antes concurrentes en cabeza del Municipio. Vistas las diferencias entre esa norma, que no hace referencia alguna a potestades administrativas, y el artículo 137, que expresamente coloca como fin de la transmisión allí prevista "la descentralización administrativa", es evidente que este último artículo sólo puede permitir la transferencia de potestades administrativas y no de poderes de legislación.

7.- Las potestades legislativas que los artículos 17, ordinal 6° y 20, ordinal 1° de la Constitución otorgan a los Estados en las materias que les fueran transferidas conforme al artículo 137 de la Constitución, sólo pueden emplearse en tanto sean necesarios para la descentralización administrativa, es decir, para organizar los entes y servicios estadales que gestionarán esas materias y no para establecer cargas a los particulares.

8.- Puede concluirse que los representantes a la Asamblea Constituyente de 1947 entendían la expresión "descentralización administrativa" en su

acepción común, tal y como se expuso en la primera parte de este trabajo. Por ello, la transferencia prevista en el artículo 139 de la Constitución de 1947 sólo podía ser de poderes administrativos, y no de potestades legislativas.

9.- Para los redactores de la Constitución de 1947, al menos en lo que respecta la mayoría decisiva, descentralización administrativa es la transferencia de recursos financieros a los Estados que permitan una Administración capaz de gestionar el desarrollo regional. Tal descentralización es la alternativa del nuevo proyecto político que llevó al poder con la Revolución de Octubre frente al centralismo administrativo -"centralismo administrativo, óigase bien, un centralismo administrativo y no político"- propio del caudillismo que habría depauperado a los Estados. Tal concepción es completamente ajena, como se evidencia, a una transferencia de potestades políticas a los Estados, transferencia negada por el fin expreso del artículo 139 de la Constitución de 1947 y por la intención de sus redactores.

10.- Los argumentos de Romero basados en la indagación de la intención del Constituyente son insuficientes para interpretar la expresión "descentralización administrativa" como "descentralización legislativa" ya que, por un lado, los constituyentes eran conscientes de estar estableciendo un modelo de transferencia de recursos y de poderes de administración, tanto que se inspiraban en el modelo centralizado colombiano, y, por otro, que esa transferencia de recursos no implicaba la transmisión de potestades tributarias nacionales.

11.- La ausencia de debate sobre el punto revela que la intención del constituyente de 1961 fue la misma que en 1947. A la luz de esa finalidad es que debe leerse el actual artículo 137, es decir, teniendo en cuenta que los redactores de la Constitución pretendían con ese mecanismo devolver a los Estados recursos financieros y las potestades administrativas necesarias para manejarlos, pero nunca establecer un sistema de transmisión de poderes legislativos nacionales a los Estados.

12.- El Derecho comparado nos revela que cualquier transferencia de potestades legislativas debe ser expresa en la Constitución, y los tres ejemplos estudiados prevén, inclusive, una transmisión independiente, regulada autónomamente, de poderes administrativos. En ningún caso, por último, la doctrina ha interpretado que una habilitación constitucional para transferir facultades administrativas dé pie a ceder poderes legislativos.

La triple formulación del imperativo categórico kantiano y otros aspectos de su ética

Rafael Ortiz-Ortiz
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1992

A EZRA HEYMANN con la especial reverencia
de su discípulo y amigo

Es mucho más fácil poner al descubierto las faltas y errores de la obra de un genio que dar una idea clara y exacta de su valor. Pues las faltas son algo particular y concreto que puede abarcarse fácilmente. En cambio, la marca que el genio pone a sus obras es que su valor tiene un fondo inagotable; de aquí que no envejezcan y duren muchas generaciones
ARTURO SCHOPENHAUER
(crítica de la Filosofía de Emmanuel Kant)

PRELIMINARES

En efecto, como lo señala Schopenhauer, la obra de un verdadero genio está destinada a ejercer su profundo y persuasivo influjo sobre todo el género humano, de modo que no se podrá calcular a cuántos siglos y países extenderá sus efectos. Ese genio pintado por Schopenhauer se refiere a Emmanuel Kant, el pequeño gran filósofo de Königsberg que hizo brillar los tres últimos siglos en la historia del pensamiento del hombre. Un hombre -no obstante su corta estatura- habría de realizar una revolución en el pensamiento similar a la que Copérnico había dado a la Astronomía y en general a las ciencias, impulsando a los hombres de su época y de la nuestra a repensar sus más arraigados postulados. Con Kant -sin duda- la historia debe dividirse para plantearse a sí misma su propia continuidad.

Muchos han sido los filósofos que han estudiado las propuestas de Kant, desde sus admiradores hasta sus más acérrimos detractores. Esta investigación -sin pretender que se nos aplique el término de filósofo- no es más que el replanteamiento de lo que aquéllos ya dijeron; mis comentarios y reflexiones no son más que el resultado de un 'principiante', admirador de la vida y la obra de ese "Provinciano Universal". Constituye -por así decirlo- un punto de partida antes que un trabajo acabado.

A esta parte de la ética sucederán otros sobre la estética, política y Derecho en la concepción kantiana.

En esta tarea debo agradecer profundamente a mi maestro de la UCV, el profesor EZRA HEYMANN, quien desde las aulas de la Escuela de Filosofía me contagió su admiración a Kant y su dedicación al estudio de la obra, y con él confieso tener la deuda intelectual en la producción de este trabajo; al Dr. Lorenzo Fernández Gómez quien desde las aulas de la Universidad Católica Andrés Bello supo indicarme los derroteros más cercanos al éxito; al padre Hermann González Oropeza por enseñarme la firmeza del pulso y la serenidad en las tormentas; y al padre Luis María Olaso ante quien siempre me sentiré como un "tímido principiante".

El plan a seguir en nuestras reflexiones es el siguiente: en la parte introductoria trataremos de ubicar temporal y espacialmente al autor de las **Críticas**, clarificar conceptos de singular importancia y papel protagónico en toda la construcción doctrinaria del filósofo, como la noción de **Deber, Imperativo Categórico, Autonomía de la Voluntad,** y otros conceptos relevantes. En los capítulos siguientes analizaremos la propuesta de Kant en lo que se refiere a la formulación del imperativo categórico en su triple formulación y al final nuestras conclusiones al respecto.

Repetimos, no se tomen estas páginas como una obra acabada sino más bien como un plan a seguir en futuras reflexiones; las críticas y los comentarios son como las tijeras de los jardineros cuando podan los rosales, y su resultado será piedra angular de las futuras revisiones, y al amable lector se le ruega dos cosas: esas críticas y esos comentarios; y por otra parte mis excusas si encuentran repleto de follaje e intrincado el camino de estas páginas.

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA ETICA KANTIANA

I.- INTRODUCCION

Según la metodología que hemos diseñado, vamos a dar una brevísima panorámica sobre la vida y la obra de Kant, un poco para entender su carácter

y su genio, y por otro lado, para tener una visión, aunque sea suscinta, de la obra, y cómo fue ese interesante proceso de gestación de sus escritos fundamentales.

1.1.- Breves palabras sobre la vida y la obra de Kant

Königsberg era para 1724 capital del Ducado prusiano, un lugar **en el que** - según dice Kant- **aún sin viajar, puede adquirirse una ampliación del conocimiento, tanto de los hombres, como del mundo.** En esa ciudad y en ese año le nace a **Johan Georg Kant** y a **Ana Regina Reuter** el cuarto, de once hijos que tendrán, y a quien llamaron **Immanuel.**

Immanuel Kant ingresa a los ocho años al **Collegian Fridericiarum,** donde tiene ocasión de estudiar lenguas clásicas, religión... y más religión. El pietismo imperante en el colegio no sólo imprimía una disciplina tendente a **despertar y conservar en los niños el recuerdo de Dios, presente en todas partes, sino que este lema impregnaba el mismo contenido de la enseñanza.**[1] Sin embargo, el pietismo si bien en sus comienzos se había orientado hacia una profunda e intensa forma de piedad interior, a la sazón degeneraba cada vez más en la mala práctica de una excesiva cantidad de actos de culto externo.[2]

En 1740, ingresa a la Universidad de Königsberg, y se interesa por la filosofía, las matemáticas y las ciencias naturales; recibiendo la orientación de **Martín Knützen,** quien compartía con Kant un gran interés por lo religioso y quien lo inició en el estudio sobre **Wolff y Leibnitz.** Obtiene el doctorado en Filosofía en 1755 con su disertación **Sobre el Fuego** y juntamente la habilitación para la docencia con su tesis **Nuevo esclarecimiento de los primeros principios del conocimiento metafísico.**

Ejerce durante quince años (1755-1770) la docencia en la Universidad de Königsberg como **Privätdozen,** sin un sueldo fijo y con muchas dificultades económicas. Al fin, en 1770, Kant obtiene la Cátedra de Lógica y Metafísica.

---

[1] RIBAS (77), Pedro: **"Introducción"** a la Crítica de la Razón Pura, p. xx.
[2] MILLAN PUELLES (62²), Antonio: **Kant.** I, 22 y ss.

La memoria presentada versaba sobre **La forma y los principios del mundo sensible y el inteligible.**

Se observa, pues, en la primera etapa de su producción una dedicación casi exclusiva a temas **científico-naturales** hasta 1760, época en la cual predominan los temas de **Lógica y Antropología.**[3] Después de su **Dissertatio** de 1770, sigue un largo silencio de diez años; años de intensa y tenaz meditación en la que el filósofo se dedica casi exclusivamente a la investigación en torno al problema crítico: es la larga gestación de su obra cumbre y la inauguración del **criticismo** en la Filosofía Europea.

Así pues, en 1781 aparece la **Crítica de la Razón Pura** y con sorpresiva sucesividad aparecen una serie de obras de profunda importancia: **Prolegómenos a Toda Metafísica Futura (1783); Idea de la Historia Universal Desde el Punto de Vista Cosmopolita 1784; Respuesta a la Pregunta: ¿Qué es la Ilustración? (1784); Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres (1785); Principios Metafísicos de la Ciencia de la Naturaleza (1786)**; la segunda edición de la **Crítica de la Razón Pura (1787); Crítica de la Razón Práctica (1788),** y dos años más tarde la **Crítica del Juicio (1790).**

La última década del siglo XVIII fue de una sosegada tranquilidad y de silenciosa fecundidad; sólo en 1793 la publicación de su obra **La Religión Dentro de los Límites de la Razón** le granjean a Kant el enojo y la amonestación de Federico Guillermo II, sucesor de Federico El Grande, a través del Ministro de Asuntos Eclesiásticos y Cultural **Wöllner** quien era teólogo y enemigo de los ilustrados[4].

Tras la muerte de Federico Guillermo II y, al ser abolida la anterior censura, Kant publica los **Primeros Fundamentos Metafísicos del Derecho (1797);**

---

[3] Por ejemplo en 1724, Kant publica dos trabajos titulados **"Investigación del problema de si la tierra ha experimentado algún cambio en su movimiento de rotación"** y luego **"La cuestión de si la tierra envejece, considerada desde un punto de vista físico"** e inclusive su tesis de doctorado en 1757 se tituló **"Sobre el fuego"** y en ese mismo año publicó **"Historia natural y general y teoría del cielo".**

[4] El texto de la carta señalaba: **"Con gran disgusto ha sabido nuestra Altísima Persona, desde hace ya bastante tiempo, que abusáis de vuestra filosofía deformando y profanando no pocas doctrinas centrales y básicas de las Sagradas Escrituras y del Cristianismo, como habéis hecho especialmente en vuestro libro "La religión dentro de los límites de la razón".** cit. por Ribas (77), Pedro: O.C., XXII.

Primeros Principios Metafísicos de la Teoría de la Virtud (1797); Antropología (1798); y Tránsito de los Primeros Fundamentos Metafísicos de la Ciencia de la Naturaleza a la Física (1798).

Sus últimos años también transcurren en Königsberg y allí muere en 1804 a los ochenta años dedicados en casi su totalidad a legar para los demás hombres nuevas ideas sobre ese extraño quehacer -que al decir de Ortega 'un quehacer que el hombre siempre ha hecho y que nunca podrá dejar de hacer', que es la filosofía-. Una obra que lo coloca entre los primeros pensadores de la humanidad; un "Provinciano Universal" como lo llama el Doctor Fernández Gómez quien señalaba: *"...se ha dicho con razón, que las campanas que tañían por Kant aquel doce de Febrero de 1804, desafiando el régimen absolutista de Federico Guillermo, conservaban el eco de las ideas que gestaron las revoluciones americana y francesa de 1776 y 1789, respectivamente"* [5].

Su vastísima producción intelectual es producto de una vida metódica de buen prusiano, y de una dedicación característica de los genios. Su soledad -y en ello comparte de la misma suerte de Kierkegaard y Schopenhauer e incluso Nietszche- templaba su carácter y la tenacidad en el trabajo diario en la Universidad o en su propia casa.

1.2.- De la obra Kantiana

La obra de Kant se desarrolla principalmente durante el siglo XVIII, el cual estuvo marcado por el ambiente del Racionalismo de la escuela Leibniz-Wolffiana. No obstante Kant fue lector del Empirismo Inglés representado por Locke, Berkeley y Hume.

Así pues el pensamiento filosófico estaba dominado por el **Racionalismo** (Descartes, Spinoza y Leibniz) y por el Empirismo; para los primeros, la primacía de la Diosa Razón potenciaba todo conocimiento, mientras los segundos consideraban que la Experiencia era la única fuente válida de conocimiento: **Nihil est in intellectus quod prius non fuerit in sensu.**

---

[5] FERNANDEZ GOMEZ (88), Lorenzo: **Temas de Filosofía del Derecho**, p. 282.

Sin embargo ninguna de las dos corrientes supo darle a la Metafísica el sitial de honor que se merece ni un camino seguro a la ciencia. El problema según Kant es que hasta ahora: *"se ha supuesto que todo nuestro conocer debe regirse por los objetos (...) supongamos ahora que son los objetos los que deben conformarse a nuestro conocimiento"* [6].

Este método implicó también un cambio en los tipos de Juicios utilizados en nuestro razonamiento[7]; además de estas influencias que definieron sus estudios sobre el conocer vamos a acercarnos a su filosofía sobre la facultad del alma relativo al querer.

Con respecto a la ética kantiana podríamos hacer las siguientes consideraciones.

Descollan tres obras fundamentales en la Filosofía Práctica kantiana: la **Crítica de la Razón Práctica**, su **Metafísica de las Costumbres** y, quizás la más importante según nuestra visión, es la **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres.**

Estos aspectos últimos constituyen el objeto del presente estudio y a él nos dedicaremos en su oportunidad.

1.3.- De la Filosofía Etica de Kant

En una adaptación de la frase de Hegel, acerca de Spinoza, Will Durant señala que *para ser filósofo hay que empezar por ser kantiano* [8]. Sin embargo, hay quienes señalan que *para ser kantiano hay que empezar por ser filósofo.* En verdad, el entendimiento de la obra kantiana es una tarea ardua por lo difícil de sus textos y por la variabilidad de contenidos en muchos conceptos del lenguaje del Filósofo. Ello es precisamente la labor apasionante del estudioso. Tratar de ver de cerca estos contenidos y concatenarlos con el pensamiento general.

Kant, en la búsqueda de una ética universal y necesaria, en el afán de encontrar principios a priori de moral, tan absolutos y ciertos como el de las matemáticas

---

[6] KANT (77), Emmanuel: **Crítica de la Razón Pura,** 21.

[7] Para una mejor comprensión de la significación de Kant en el ámbito especulativo Cfr. FERNANDEZGOMEZ (88): O.C., 287 y ss. Cfr. MARIAS (85), Julián: **Historia de la Filosofía,** 279. Cfr. CHEVALIER (63), Jacques: **Historia del Pensamiento,** III. pp. 564 y ss.

[8] DURANT (47²), Will: **Historia de la Filosofía.** De Sócrates a Dewey, 299.

y por ello dedicó una buena parte de su vida, pensando y repensando dentro del intrincado camino de la reflexión filosófica, el lugar adecuado donde esas ideas y esas formas encuentran su claridad y su indubitabilidad. A ese afán están encaminadas tanto la **Crítica de la Razón Práctica** como la **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres.**

Si la **Crítica de la Razón Pura** es rigurosamente técnica, la **Fundamentación** es más de un **estilo popular;** y por otra parte, si la **Crítica de la Razón Pura** contenía su Teoría del conocimiento, la **Crítica de la Razón Práctica** desarrolla su Teoría Moral, ese es el edificio más grande y más estructurado que pensador alguno haya podido concebir. En efecto, **"la razón pura puede ser práctica, esto es, puede determinar por sí misma a la voluntad, con independencia de todo lo sea empírico".**

Acaso pueda decirse que los mayores méritos de Kant están en el terreno de la ética, y son ejemplarmente valiosos los ataques de Kant al **utilitarismo y al hedonismo.** Y su doctrina de que la pura experiencia no puede fundamentar la moral, constituye uno de los análisis más finos y profundos que se han llevado a cabo acerca del sentido y el valor específico, irreductible, de la conciencia ética[9].

Veámoslo más de cerca: la razón tiene un uso teorético que se ocupa de la mera facultad de conocer; y tiene un uso práctico que busca el fundamento de determinación de la voluntad. Kant señala: *La Crítica de la razón práctica en general tiene, pues, la obligación de quitar a la razón empíricamente condicionada, la pretensión de querer proporcionar ella sola, de un modo exclusivo, el fundamento de determinación de la voluntad* [10]. La razón puede estar relacionada con su objeto de dos maneras, o simplemente **determinándolo a él y su concepto** -en esta primera función es la Razón Teórica según señala Kant **en el prólogo de la** Segunda Edición de la **Crítica de la Razón Pura**- o también haciéndolo real y en este caso la razón es **Práctica** según lo señala Körner[11].

---

[9] MILLAN (62²): O.C., 38 Cfr. HIRSCHBERGER (72), Johannes: **Historia de la Filosofía,** II, pp. 208 y ss.

[10] KANT (51a): **Crítica de la Razón Práctica.** 20. Vid. KORNER (77), S: **Kant,** 116 y ss.

[11] KORNER (77): O.C., 125.

Kant señalaba en la misma obra que se podía encontrar un mundo de la naturaleza determinado por la **causalidad natural** y un mundo de la libertad en la cual se admite una **causalidad por libertad** [12]. Esta dicotomía ya había sido expresada por Kant en la **Crítica de la Razón Pura** más específicamente **en la Dialéctica Trascendental.**

Veámoslo en el siguiente gráfico:

FILOSOFIA

- **FISICA: (leyes de la naturaleza) = TEORIA DE LA NATURALEZA (Condiciones por las cuales todo sucede)**
- **ETICA: (leyes de la libertad) = TEORIA DE LAS COSTUMBRES (Condiciones por las cuales todo debe suceder aunque se examinen las condiciones por las cuales a veces no sucede)**

En la **Dialéctica Trascendental** Kant analiza las cuatro antinomias más importantes y que nosotros la podemos resumir de esta manera:

1.- Si el mundo es finito o infinito
2.- Si es divisible o la realidad consiste de elementos simples últimos.
3.- Determinismo y libertad.
4.- Necesidad y condicionalidad (Contingencia)

Nos interesa destacar la tercera antinomia. Se opone la tesis de que **los sucesos en el tiempo pueden tener un inicio**, es decir, que podría haber un primer acontecimiento no causado sino libre. Podríamos enunciar la tesis diciendo: *"En la cadena de causas, se puede llegar a una causa inicial"*. Kant planteaba que no hay en esta afirmación un trasfondo teológico, es decir explicar que esta primera causa es Dios (al estilo de Spinoza para quien la **causa Sui** daba fundamento y existencia a la multiplicidad de las cosas) sino más bien que podrían haber otras interpretaciones[13]. La antítesis -igual que en la segunda analogía- implicaba que **todo lo que acontece se vincula con un primer**

---

[12] MARIAS (85), Julián: O.C., 284.

[13] Cónsono con el pensamiento de que la Crítica de la Razón Pura es la preparación y el abono de la Crítica de la Razón Práctica, y ejemplo de ello es el tema tratado en este punto.

acontecimiento. Podríamos formularla así: **No puede haber un inicio absoluto, sino que todo elemento de la cadena tiene a su vez sus antecedentes.**

Esta antítesis está respaldada por la Segunda Analogía de la Crítica de la Razón Pura; en definitiva se trata de explicar cómo puede ser pensada la Tesis[14].

Pues bien, en esta tercera antinomia, Kant no recurre a un contexto teológico sino humano para darle sensatez al postulado. *Por más que sabemos que cualquier decisión que tomemos tiene sus antecedentes, no obstante la existencia de los mismos no son relevantes de suyo a los efectos de la decisión; por ejemplo, si a un niño lo ponen a sumar 12+17 es irrelevante que el niño sepa exactamente cuáles fueron los antecedentes y el fundamento de esa decisión (dónde aprendió, quién le enseñó, etc.) lo realmente importante es que efectivamente sepa calcular* [15].

En todo lo práctico, la razón tiene participación en ponderar razones; ante un complejo motivacional la escogencia es tarea de la **libertad.** Luego, si nuestra razón tiene capacidad de determinar una situación y si es cierta la premisa de que los antecedentes causales no son relevantes de suyo para tomar una decisión, entonces implica que nuestra razón puede iniciar una nueva cadena causal. De todas maneras, esto es lo que llamamos la **decisión libre,** la que sopesa y pondera los méritos propios de las alternativas que se plantean a la hora de tomar una decisión. *"No soy libre cuando, por el contrario, no soy capaz de ponderar razones o aunque pueda, me sienta impelido de obrar de forma diferente a la conclusión a la cual he llegado con mi razón".*

Este tema de la **libertad** es clave en toda la ética kantiana y forma parte de lo **dado** o el **factum** de la moral que estudiaremos a continuación.

---

[14] La Segunda Analogía o Principio Sintético se haya expuesto en la Analítica Trascendental. Vid. KANT (77): O.C., 220, y reza así: **"En todo cambio sucede un consecuente a un antecedente de acuerdo con una regla".**

[15] HEYMANN (89), Ezra: **Apuntes de Filosofía Kantiana, 25.** Estos apuntes fueron tomados por el autor de esta monografía directamente de la Cátedra dictada por el Profesor Heymann en las clases de Filosofía Kantiana en la Escuela de Filosofía de la Universidad Central de Venezuela, luego su valor no es más que la interpretación que yo le atribuyo, si hay algún error o incongruencia es absolutamente mío, y el mérito es del Profesor Heymann a quien dedicamos esta obra.

1.4.- El factum de la moralidad

Es un hecho innegable que en nuestra actuación sentimos el deber de hacer esto o aquello, nos sentimos responsables de las consecuencias de nuestra actuación. Este es un hecho evidente e innegable. También es evidente que cada vez que actuamos movidos por una causa insalvable o necesaria, nos sentimos excusados y ocurre una disminución total o parcial de nuestra responsabilidad. Esta acotación es tan cierta que en el ámbito del Derecho, la inexistencia de la voluntad en la realización de un acto -en principio delictivo- hace inexistente la culpabilidad o la disminución importante en la pena. Incluso, no sólo hay una excepción de responsabilidad cuando no hay voluntad (delito cometido por un enajenado mental, por un menor de edad, por un insomne, etc.) sino también en aquellos casos donde -a pesar de haber voluntad- existe el impedimento de actuar de una manera determinada, es decir el sujeto se siente compelido a actuar de una manera adversa a como hubiera actuado de no existir esos impedimentos, véase por ejemplo los casos de **defensa propia** o aquellos casos de **Estado de necesidad**.

Así pues, para obrar responsablemente es necesario que obremos con **libertad.** Ese hecho que está allí, inexplicado, es lo que llamamos lo **dado** moral o el **factum** de la moral.

Ese **factum** o ese **hecho de la moral** es la piedra en el pensamiento kantiano sobre la ética. Consta de dos aspectos específicos que estudiaremos por separado:

1.4.1.- El deber en la concepción Kantiana

En el campo de la moral, Emmanuel Kant no sólo perfecciona la doctrina de Thomasio sino que además va a proponer un esquema que lo hace ser completamente original en sus planteamientos.

En efecto, Christian Thomasio (Siglos XVII y XVIII), en vista de las persecuciones existentes en su época por motivos religiosos, experimentó la necesidad de reivindicar la **libertad individual del pensamiento,** de conciencia y de religión; de allí que la moral se ocupe sólo del aspecto interno de los actos humanos **(forum internum).** Sin embargo Kant va mucho más allá de esa

interioridad y trata de hallar el fundamento de esa moralidad autónoma y llegará a concluir que una de las primeras exigencias de la moral es *cumplir externamente con la ley heterónoma.*

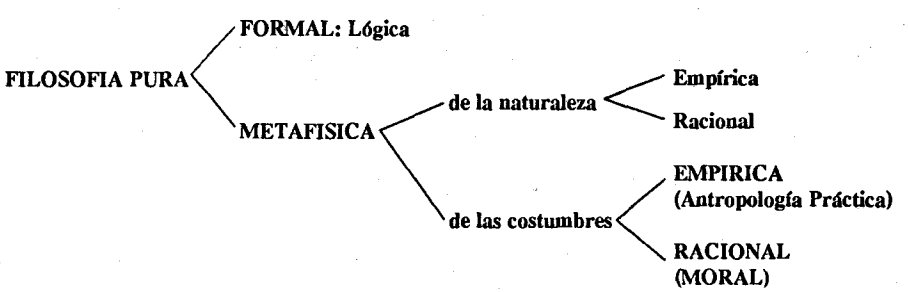
Kant cree que es urgente la necesidad de elaborar una Filosofía Moral **Pura** que esté enteramente limpia de todo cuanto pueda ser empírico y por consiguiente perteneciente a la **Antropología práctica.**

¿Cómo explicamos esta última afirmación?

Respondamos en primer lugar a esta interrogante: **¿A qué llamamos Filosofía Pura en el lenguaje kantiano?** Es Aquella Filosofía que presenta sus teorías **derivándolas exclusivamente de principios a priori** (es decir aquellos que gozan del carácter de necesario, no-contingente y por consiguiente cumplen con el principio de no-contradicción y de la universalidad). Bajo otra visión, son principios a priori aquellos cuya exactitud no derivan de la experiencia sino que son autosuficientes y ellas mismas contienen en sí, su propia demostración. Si la *Filosofía Pura* es meramente formal se llama **lógica.** Si se limita a determinados objetos del pensamiento se llama **Metafísica.**

Pues bien, la física tendrá una parte racional en cuyo caso hablaremos de **Metafísica de la Naturaleza**; la **ética** tendrá también una parte empírica, pero también una parte racional, la primera se llama **Antropología práctica** y la segunda propiamente **moral.** De allí nuestra afirmación de que Kant pretendía elaborar una *Filosofía Moral limpia de todo cuanto pudiera ser empírico y por consiguiente perteneciente a la Antropología Práctica.*

Veámoslo en el siguiente gráfico:



La ley para valer moralmente, esto es, como fundamento de una **obligación,** tiene que llevar consigo una **necesidad absoluta**. No puede haber una ley que pretenda de Moral que obligue a unos y que no se aplique a todos los hombres. Una Metafísica pues, que no se funde en la **universalidad** y en lo **necesario,** le faltará *"El hilo conductor y la norma suprema de su exacto enjuiciamiento, expuesto por ello a toda suerte de corrupciones."* (Kant: Fundamentación..., 477). Esto lleva a Kant a una afirmación un tanto audaz y sostener que: *"La metafísica no debe fundarse en la naturaleza humana sino que ha de subsistir por sí mismo a priori; pero han de poderse derivar reglas prácticas para toda naturaleza racional, y por lo tanto también para la naturaleza humana"*

Esto nos lleva a hacer unos breves comentarios en torno a la siguiente cuestión: **¿Qué significa lo *Crítico* en el pensamiento de KANT?**

En la metafísica del conocimiento era identificar lo que correspondía a la experiencia y lo que atañe por sí misma a la razón, dado que el conocimiento si bien se inicia en la experiencia no procede todo él de la experiencia. En la metafísica de las Costumbres se busca el origen de todos los conceptos prácticos posibles, tengan lugar a priori o a posteriori.

Para estudiar la noción de **"deber"** es necesario recordar que la Razón Pura tiene dos formas de explicarse: la razón pura en el campo teórico y la razón práctica en el campo práctico. La razón práctica da origen a la **metafísica de las costumbres,** y esta última a su vez se divide en dos grandes disciplinas: Moral y Derecho[16].

Es en el primer campo donde estudiaremos la noción de **"deber".**

El deber -en una primera aproximación- es *"la necesidad de una acción por respeto a la ley"*. Se basa en otra proposición: *"en una acción hecha por deber tiene su valor moral, no en el **propósito** que por medio de ella quiere alcanzar, sino en la **máxima*** (noción que analizaremos más adelante) *por la cual ha sido resuelta"*.

El filósofo -nos dice García Maynez- emplea el término **ley** como sinónimo de **norma.** Pero la palabra **necesidad,** que encontramos en la definición, no

[16] LEGAZ Y LACAMBRA (61), Luis: **Filosofía del Derecho,** cit. Apud. OLASO (79³), Luis: **Curso de Introducción al Derecho.**

debe entenderse en el sentido de forzosidad que generalmente se le atribuye. Lo que Kant quiere expresar cuando habla de necesidad de una acción por respeto al deber, es simplemente el carácter obligatorio de las exigencias morales[17].

El concepto de deber va indisolublemente unido al de buena voluntad. Para Kant los talentos del espíritu, el valor, la perseverancia en los propósitos son sin duda buenos y deseables, pero pueden llegar a ser extraordinariamente malos y dañinos. En efecto, Kant señala: *"ni en el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una buena voluntad"* [18].

A la moral pragmática, que mide el mérito de la conducta en función de los resultados que produce, opone Kant la ética de las intenciones, para lo cual el elemento decisivo es la pureza de la voluntad[19]. Para que una acción sea buena, requiérese que el individuo obre no sólo conforme al deber, sino por deber, es decir, sin otro propósito que el de cumplir la exigencia normativa.

La concepción kantiana de una decisión moral -nos señala Körner- del tipo de que se adopta no sólo de acuerdo con el deber sino también por **'mor'** de él, no precisa siempre desenredarse del complejo de motivaciones[20]. Kant afirmó que la noción de deber incluye el imperativo categórico. De forma más precisa, si uno en cualquier acción ha cumplido con su deber, la máxima de la acción se habrá acordado entonces con el principio formal de moralidad[21]. Este imperativo es por el que los seres humanos aprehendemos el principio formal de la moralidad.

"La acción -continúa Kant- *que según la ley moral, con exclusión de todo motivo determinante en base a la inclinación, es objetivamente práctica, se llama deber"* [22]. Hay aquí la interioridad del deber, pensamos que esta interioridad está relacionada con el mundo exterior a través de una concordancia necesaria con la **"Crítica de la Razón Pura"**; así podemos demostrar que

---

[17] GARCIA MAYNEZ (58[a]), Eduardo: **Introducción al Estudio del Derecho**, 8 y ss.
[18] KANT (51[b]): **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres**, 481.
[19] GARCIA MAYNES (58[a]): O.C., 55 y ss.
[20] KORNER (77), S: Kant, 119.
[21] I.d. (51[b]): 510.
[22] I.d., 512.

la buena voluntad de Kant tiene conexión con las actuaciones y la obra en general de un sujeto.

El deber implica entonces una obligación práctica y que determina la acción, aun a disgusto u opuesta a la inclinación del sujeto[23]. Si el deber es un concepto que debe tener significación y legislación real sobre nuestras acciones, no puede expresarse más que en **imperativos categóricos** y de ninguna en **imperativos hipotéticos**[24].

La cualidad moral de una acción es, por lo tanto, cognoscible la propiedad formal de que fundamentalmente puede y debe ser realizada por todos los hombres. La conducta ética permanece dentro de la legalidad **(legalität),** mientras el acto conserva la conformidad con el imperativo categórico; siendo, empero, heterónomo, no autónomo en la motivación. Cuando la heteronomía de motivos intra o extra-mundanos se separa de la autonomía de lo moral, la legalidad se convierte en moralidad **(moralität),** al pasar de la heteronomía a la autonomía[25].

El concepto del deber exige, pues, a la acción objetivamente, la concordancia con la ley, pero a la máxima de la acción, subjetivamente, el respeto hacia la ley. En esto descansa la diferencia de haber obrado conforme al deber y por deber; es decir, por respeto hacia la Ley, siendo lo primero **(Legalidad)** posible, aun cuando las inclinaciones hubieran sido los fundamentos de determinación de la voluntad. Empero, el valor moral **(la moralidad)** tiene que ser puesto exclusivamente en que la acción ocurra por el deber, es decir, sólo por la Ley[26].

Este problema -de si las normas morales pueden o no ser consideradas como imperativos- es un problema fundamental que a menudo ha encontrado soluciones diversas[27].

---

[23] FINOL (72), Mary: **Sobre la Crítica de la Razón Práctica y sus implicaciones éticas,** 77. Cfr. HEYMANN (64), Ezra: **Examen de la Fundamentación Kantiana de la Etica,** 22.

[24] KANT (51[b]): O.C., 487. Para clarificar estas nociones véase especialmente **"De la noción de Imperativo del tipo Categórico" en este trabajo.**

[25] BRUGGER (65[4]), Walter: **Diccionario de Filosofía,** 258.

[26] KANT (51[a]) O.C., 81 y ss.

[27] ABBAGNANO (74[2]) Nicolai: **Diccionario de Filosofía,** 654. Cfr. OGDEN y RICHARDS (23): **The Meaning of Meaning,** 120

Así pues, el deber tiene una triple vertiente en el pensamiento kantiano que podemos resumir en estas tres proposiciones: **Primera: el deber para que tenga valor moral debe hacerse por el deber mismo y no por inclinación.**

Segunda: una acción hecha por deber tiene su valor moral, *no en el propósito* que por medio de ella se quiera alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido resuelta.

Y en tercer lugar: el deber es la necesidad de una acción por respeto a la Ley (el respeto implica mandato -es este caso el mandato se relaciona como simple fundamento y nunca como efecto- por ello se puede tener inclinación por la acción pero nunca respeto por ella).

1.4.2.- La libertad

Es obvio -y lo hemos venido señalando desde el inicio de nuestras reflexiones- que el deber, la conciencia de responsabilidad, suponen que el hombre sea libre[28].

La libertad en Kant es una libertad de elección, es un "hecho" de la razón práctica; remitimos al lector a nuestras consideraciones sobre la Tercera Antinomia de la Dialéctica Trascendental.

Escuchemos a Kant: *El concepto de libertad es un puro concepto de razón, el cual, justamente por ello, es trascendente a la filosofía teorética, es decir, es un concepto del cual no puede ofrecerse ningún ejemplo adecuado en ninguna experiencia posible, que no representa por tanto, ningún objeto de un conocimiento teórico posible para nosotros, y que no puede ser considerado como un principio constitutivo, sino simplemente como un principio regulativo y negativo de la razón especulativa.*

La primera noción que nos da el filósofo es pues de carácter negativo. Esto es, que la libertad es sólo una idea reguladora y no un algo cognoscible, razón para que podamos argumentar que esta noción está directamente emparentada con el *nóumeno* kantiano, es decir, aquellos tipos de entes que no podemos conocer ni sensible ni experimentalmente sino solamente de manera indirecta.

[28] Cfr. MARIAS (85): O.C., 285.

Una decisión libre es una acción previo ponderar razones y actúo conforme a la conclusión a la cual ha llegado mi razón en cuanto iniciadora de una nueva cadena causal.

El único ejemplo donde Kant puede explicar el inicio de una serie causal nueva es en la acción humana[29].

La libertad es en Kant un **nóumeno**. Esto es, una "cosa en sí", al cual no podemos acceder a través de la razón ni siquiera experimentalmente; es una idea reguladora y orientadora.

El concepto de libertad puede ser acercado al de **nóumeno** en cuanto se puede ver que **nóumeno** sería un objeto autodeterminado (no es determinado por ninguna otra cosa; autónomo en sí mismo; tiene sólo determinaciones internas). Así como el **nóumeno** no es conocible, así la libertad es una idea y no un algo conocido, es un algo pensado. En el uso práctico de la razón, el concepto de libertad prueba con palabras de Kant *su realidad por principios prácticos, los cuales, como leyes de una causalidad de la pura razón, determinan el arbitrio con independencia de todas las condiciones empíricas y de todo lo que es sensible, probando la existencia en nosotros de una voluntad pura en la que tienen su origen las leyes y los conceptos morales.*

Tenemos aquí pues la libertad como un concepto positivo sobre la cual descansan las leyes prácticas incondicionadas que se denominan morales.

Como quiera que nuestra voluntad, o mejor nuestro arbitrio se ve afectado en cada momento por un complejo mundo motivacional y no coincide con la **voluntad pura** tienen que formularse -los imperativos morales- en **imperativos categóricos**, es decir aquellos para lo cual ciertas acciones aparecen como permitidas o no permitidas o dicho de otra forma **vinculante** para el sujeto al cual se refieren. Según Kant de aquí nace el concepto de obligación.

---

[29] **Libertad** en cuanto libre albedrío, una acción-juicio; por juicio entendemos la relación lógica entre premisas y conclusiones. La derivación lógica es apodíctica (expresa una necesidad lógica). La libertad viene a ser para Kant también el objeto propio del Derecho, y a la razón incumbe la misión de determinar su ley formulada como: **el conjunto de las condiciones bajo las que en el mundo sensible puede existir la voluntad de todos, según la ley de la libertad.** Cfr. AHRENS (1876[6]), E.: **Curso de Derecho Natural,** 37 y ss. ORTIZ-ORTIZ (90), Rafael: **La Concepción Kantiana del Derecho, 17.**

Veámoslo de esta manera: en la teoría de las obligaciones, el hombre puede y debe ser considerado según su capacidad de libertad y que -en palabras de Kant- es de naturaleza absolutamente suprasensible; citaremos textualmente un pasaje de los **Principios Metafísicos de la Ciencia del Derecho:** *"el hombre puede ser considerado simplemente, según su humanidad, como personalidad independiente de toda determinación sensible (**HOMO NOUMENON**) y puede ser considerado también como sujeto influido por dichas determinaciones sensibles (**HOMO PHAENOMENON**).*

Pensarme como libre y pensar al otro también como libre es para Kant pensarme como *noumenon*. Es ser miembro de un mundo inteligible, como integrante de una comunidad de personas libres[30]. Y esta será la base de la Segunda Formulación del Imperativo Categórico Kantiano.

Sólo en el contexto moral se sustenta la idea kantiana de que, como libres, pertenecemos a un mundo inteligible, como seres que realizan acciones ponderadas. El concepto de acción libre nos atañe cuando pensamos también a otros involucrados bajo la misma idea. Es una acción intersubjetiva.

Para este concepto más específico de acción libre[31] es esencial que reconozca al otro como un ser capaz de ponderar igual que yo, que elige; es decir, que considere razones que valen para mí y que deben valer igual para él. La doctrina kantiana sobre la libertad va a ser el objeto propio del Derecho, y es misión de la razón determinar su ley formulada *"como el conjunto de las condiciones bajo las que en el mundo sensible puede existir la voluntad de cada uno con la voluntad de todos, según la ley general de la libertad"* [32].

1.5.- De la autonomía de la libertad

Hemos dicho en reiteradas oportunidades, que la interpretación kantiana de la exigencia moral, se da en la subordinación de la inclinación propia particular a la afirmación universal y a priori de un orden de existencia. Este

---

[30] KANT (51b): O.C., 315.
[31] I.D.
[32] Vid in nota 29.

es por una parte el sustrato de la primera formulación del imperativo categórico kantiano[33].

Esta universalidad convierte a la razón práctica en verdaderas leyes morales: así pues, el respeto al deber es un respeto a la autoridad de la razón, y a su vez un respeto a la humanidad; lo que nos lleva a concluir que la naturaleza racional existe como un fin es sí mismo.

El hombre como ser racional experimenta el principio formal de moralidad como un imperativo categórico; por el concepto de deber pensamos en una sumisión a la ley, y *"hay cierta sublimidad en cuanto que es ella misma y al mismo tiempo, legisladora y sólo por esto está sometida a la ley moral"* [34], es decir, todo ser racional no sólo está sometido a la ley moral, sino que también es legislador[35], o con palabras del propio Kant: *"la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora"* [36].

La moralidad en definitiva -concluye Kant- es pues, la *relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, esto es, con la posible legislación universal, por medio de las máximas de la misma.* [37]

Ahora, sólo en sí misma -según lo señala Chevalier- la persona razonable puede encontrar, con la ley autónoma de su propia actividad, la única autoridad capaz de garantizar el valor del imperativo categórico del deber[38]. Señala Kant: *la autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual para sí misma una ley, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer. El principio de la autonomía es pues, no elegir de otro modo sino éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal.* [39].

---

[33] Véase en el capítulo siguiente la Primera Formulación del Imperativo Categórico y nótese cómo la **moralidad** consiste en realizar la inclinación propia particular en función de lo Universal, o como dice Heymann *"en tener el motivo último de nuestra acción no en la situación particular en que nos encontramos, sino en la afirmación universal previa"* . I.D., 22.

[34] KANT (51[b]): O.C., 519.

[35] KORNER (77): O.C., 235.

[36] KANT (51[b]): O.C., 520.

[37] Véase en el punto siguiente unas breves explicaciones en torno a los imperativos categóricos e hipotéticos.

[38] CHEVALIER (63), Jacques: **Historia del Pensamiento, III, 78.**

[39] KANT (51[b]) O.C., 525.

En cuanto a la Autonomía y a la Heteronomía nuestro autor nos comenta que *cuando la voluntad busca, que debe determinarla, en algún otro punto que no en la aptitud de sus máximas para su propia legislación universal y, por tanto sale de sí mismo, entonces prodúcese siempre heteronomía. No es entonces la voluntad la que se da a sí misma la ley, sino el objeto, que por su relación con la voluntad, es que le da a ésta la ley.* [40] Nuestro autor señala que de esta relación sólo nacen imperativos hipotéticos: **"debo hacer algo porque quiero alguna cosa"**. En cambio, el imperativo moral y, por tanto, categórico nos diría: **"debo obrar de este o de aquel modo, aún cuando quisiera otra cosa"**.[41]

En este sentido, la voluntad es absolutamente independiente de los objetos y, en conclusión, es autónoma. Así, el deber implica y postula necesariamente la autonomía de la voluntad. No tenemos necesidad de consultar a la experiencia; nos basta constatar en el interior de nosotros la existencia de la ley moral para estar seguro de nuestra libertad.[42]

"La voluntad es una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales, y nuestra libertad sería la propiedad de esta causalidad, por la cual puede se eficiente, independientemente de extrañas causas que la determinen". [43] Lo que nos quiere señalar el Filósofo de Königsberg es que el concepto de **libertad** es clave para explicar la autonomía de la voluntad. Ya lo explicaba en la introducción de la **Metafísica de las Costumbres** que la naturaleza se regía por las leyes que prescribían que algo sea así; mientras que en la ética o en las Costumbres la ley postulaba que **algo deba ser así** aunque hubiera cosas que hacían que no se cumpliera la ley[44].

El concepto de libertad es, en estos casos, negativa y problemática, en cuanto no puede afirmar su realidad objetiva y además por cuanto es infructuosa a la hora de conocer su esencia[45].

---

[40] I.D., 520.

[41] Véase las consideraciones de Brugger en nota 25.

[42] La libertad ya lo hemos estudiado como "factum" de la Moral y las consideramos como presupuesto básico de la voluntad.

[43] KANT (51[b]): I.D.

[44] MARECHAL (58): En el primer caso se dice: **"no debo mentir, si quiero conservar mi honra"** en el segundo en cambio diría: **"No debo mentir, aunque el mentir no me acarree la menor vergüenza"**. Es decir el objeto en el caso que nos ocupa no tiene la menor influencia en la voluntad.

[45] FERNANDEZ GOMEZ (88): O.C., Cfr. CHEVALIER (63): O.C., 395 y siguientes.

¿Cómo se resuelve el problema o la antinomia: la razón afirma la *libertad* y el entendimiento el *determinismo?*

La respuesta de Chevalier es bastante clara: *"la antítesis, que postula el determinismo, es verdadera en el orden fenoménico, es decir, en el mundo sensible; la tesis, que afirma la existencia de una causalidad libre, es verdadera en el orden nouménico, es decir, en el mundo intelegible"* [46].

Por último, nos preguntamos como ya lo hizo Cassirer: **"¿Esta autonomía rige solamente en el campo de el entendimiento?** El concepto de autonomía -al decir de Cassirer- **trasciende de la esfera moral a la teórica"** [47].

En las conclusiones de este trabajo señalamos nuestro propio punto de vista en relación a este aspecto señalado por el autor citado.

1.6.- De la noción de "imperativo" del tipo categórico

Hemos afirmado en otro lugar de este trabajo (**Vid. ut supra**), que si el deber es un concepto que debe tener significación y legislación real sobre nuestras acciones, no puede expresarse más que en un **imperativo categórico** y de ninguna manera en imperativos hipotéticos[48].

Señala Kant, que los juicios que postulan deberes se dividen en categóricos e hipotéticos. Los primeros -categóricos- ordenan sin condición; los segundos ordenan condicionalmente. Todos los imperativos se expresan por medio de un **deber ser** y muestran así una relación de una ley objetiva de la razón a una voluntad. *"Son fórmulas para expresar la relación entre las leyes objetivas del querer en general y la imperfección subjetiva de la voluntad de tal o cual ser racional"* [49].

Todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente. Los hipotéticos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio

---

[46] CHEVALIER (63): O.C., Cfr. KANT (77): O.C., 420.

[47] **"Todas las leyes -señala Kant- reveladas por la experiencia caen dentro de la heteronomía; en cambio, aquel, las que hacen posible toda experiencia en general, pertenecen a la autonomía". Cfr.** CASSIRER (56[b]), Ernst: **El problema del conocimiento, II, 591.**

[48] Vid in nota 24.

[49] Al lado de todo juicio está presente una categoría y éstos son de suyo primeros supuestos y no pueden derivarse, es decir, su existir como principios de la esfera real. Nunca puede, pues, verse por razones apriorísticas según la concepción de Hartmann. Cfr. HARTMANN (86[2]), Nicolai: **Ontología, II. p. 408.**

de conseguir otra cosa que se quiera. Los categóricos representan una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria.

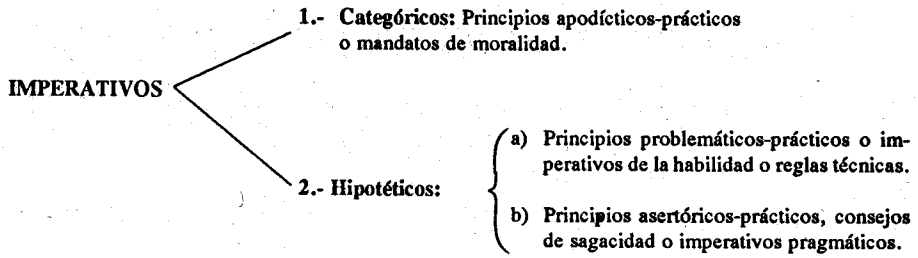
Hay un imperativo, pues, que sin poner como condición ningún propósito a obtener por medio de cierta conducta, manda esa conducta inmediatamente; tal imperativo puede llamarse el **de la moralidad.** Volveremos sobre esto más adelante.

Siguiendo con la distinción de los imperativos que hemos nombrado, diríamos:

1.- **El imperativo Hipotético:**

a.- Dice solamente que la acción es buena para algún propósito **posible** o real.
b.- Es posible en tanto que problemático-práctico.
c.- Es real en tanto que asertórico-práctico.

2.- **El imperativo Categórico:** que sin referencia a propósito alguno, es decir, sin ningún otro fin, declara la acción objetivamente necesaria en sí, tiene el valor de un principio apodíctico-práctico. Tomo aquí el esquema de el Dr. Eduardo García Maynez por considerarlo bastante ilustrativo[50]:



La representación de un principio objetivo, en cuanto obliga a la voluntad, se denomina un mandamiento de la razón y la fórmula del mandamiento se denomina **imperativo.** Explica Kant que la voluntad humana tiene la facultad de elegir, no sólo lo que la razón reconoce como prácticamente necesario, o

[50] GARCIA M. (58ª): O.C., 56.

sea, como bueno. Si así lo hiciera, la norma no tendría carácter coactivo como pasa con la **voluntad santa** [51]. En el caso de la voluntad humana, está formulada con el imperativo que expresan la relación entre las leyes objetivas del querer en general y la imperfección subjetiva de la voluntad de cualquier ser racional[52] puedan o no ser consideradas como imperativos, es un problema fundamental que a menudo ha encontrado soluciones diversas. Los argumentos del Utilitarismo y la Etica de Bergson son ejemplos de ello[53].

Clemente Pereda sostiene: **"prueba de que el deber no es categórico es que en él se nos educa desde muy temprano, y no es un imperativo, no manda: quien manda es la conciencia"** [54]. La posición de este autor se cae por lo absurdo de su postulado, y pienso que perdió de vista una doble situación: la del observador y la del protagonista[55]. Lo que se nos enseña no es un deber, sino proposiciones.

Concluyendo, pues, diremos que es una moral del tipo formal y en donde el deber se expresa a través de un imperativo de carácter objetivo y que además expresa una necesidad (apodíctico).

SEGUNDA PARTE

LA PRIMERA FORMULACION DEL IMPERATIVO CATEGORICO

Para Kant, los talentos del espíritu, el valor, la perseverancia en los propósitos: son sin duda buenos y deseables, pero pueden llegar a ser extraordinariamente malos y dañinos si no está regido por una buena voluntad. En efecto dice: *"Ni en el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es*

---

[51] Esta voluntad santa lo llama Kant **"voluntad divina"**, para quien no valen los imperativos: el **"deber ser"** no tiene aquí lugar adecuado, porque su **querer** ya de suyo coincide **necesariamente** con la Ley. Cfr. Kant (51[b]): O.C., 499 y siguientes.
[52] I.D.
[53] Vid in nota 27.
[54] PEREDA (85), Clemente: **El mito de Kant**, 15
[55] BECK: **El expectador y el actor.** Cfr. Chomsky y otros: **La explicación en las causas de la conducta**, 345.

posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan solo una buena voluntad'' [1].

Ahora bien, la voluntad es solicitada por varios objetos de acuerdo con la necesidad de satisfacer nuestras necesidades o procuramos placer. Esta noción la hemos señalado anteriormente en el sentido en que el hombre puede elegir conforme a la inclinación sensible: es el problema de la libertad que no se aplicaría a la llamada voluntad divina[2].

Así, tenemos la capacidad de actuar por la mera apetencia empírica, pero al mismo tiempo tenemos la capacidad de una acción libre, una acción que si bien se realiza en vista de las diversas causas materiales, se determinan -no obstante- por su propia ley, una ley que se va a manifestar como forma universal de una regla de conducta, al decir de Kant, de una máxima.

¿Cómo podemos entonces realizar una acción libre y al mismo tiempo estar sometido a una ley?

Según Kant, le atribuimos **''libertad''** a nuestra voluntad afirmada en los seres racionales, pero en cuanto tales, la moralidad nos sirve de ley. Esto es, el concepto determinado de la moralidad está referido a la libertad y debemos suponer en nosotros mismos, si queremos pensar un ser como racional y con conciencia de su causalidad, respeto de las acciones (dotados de voluntad).

Kant señalaba textualmente: *''De la suposición de estas ideas se ha advertido, empero, también la conciencia de una ley para obrar: que los principios subjetivos de acciones, o sea las máximas tienen que ser tomadas siempre de modo que valgan también objetivamente, esto es, universalmente, como principios y puedan servir, por tanto, a nuestra propia legislación universal''*[3].

Este principio de universalidad de la máxima está expresada no sólo en la **''Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres''** sino también en la

---

[1] KANT (51[b]): O.C., 481.
[2] Vid in nota 51. Cap I.
[3] KANT (51[b]): O.C., 529.

"Crítica de la Razón Práctica". El argumento -señala acertadamente Heymann- es el siguiente: descartando como máxima de la actuación todo móvil pulsional, queda como único determinante la misma forma de legalidad universal que toda máxima tiene[4].

Más precisamente, Kant enuncia: *"Obra sólo según la máxima tal que puedas querer, al mismo tiempo, que se tome ley universal".*

Efectivamente, toda máxima tiene una forma universal en el sentido en que se aplica a un número indeterminado de situaciones; ahora, la máxima puede ser aceptable o no, como explicaremos **ut infra**: ¿Cómo puede ser la universalidad de la máxima un criterio moral?

La universalidad como fundamento del principio moral atañe a la generalicidad, es decir, una universalidad, de un principio individual, pasaríamos a un campo más amplio (de lo social).

La primera formulación pues, del imperativo categórico kantiano sería ésta:

"Obra de acuerdo con una máxima tal que puedas querer que fuera adoptada como una ley universal"[5].

Es decir, el principio exige que no se adopten máximas cuya aceptación constituya un privilegio de algunos. El principio moral no transforma las máximas aceptables en máximas específicamente morales. Tal como lo señala Heymann: *"La máxima que cualifica lo generalmente admisible no cualifica un deber"*[6].

Las máximas moralmente necesarias son aquellas cuya contradicción es inadmisible. Kant nos señala como ejemplo, que ayudar a alguien necesitado es un deber, porque la máxima de ser indiferente es tal que no puedo querer su generalización; son deberes, aquellas situaciones cuyas máximas son

---

[4] HEYMANN (64): O.C., 9.

[5] KANT (51[b]): 505. Cfr. KANT (51[a]): **Crítica de la Razón Práctica**, Parrf. 7., p. 35, lo había enunciado así: *"Obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación Universal".*

[6] HEYMANN (89): O.C., 45.

admisibles. De modo que la Primera Formulación del principio moral kantiano se dirige hacia cuáles máximas son admisibles y sólo por esta vía se nos impone el deber de no admitir ciertas acciones contrarias.

Luego, las máximas son admisibles, y aquellas cuyo contradictorio sea inadmisible, son máximas que constituyen un deber.

Se nos impone aquí una reflexión: ¿Qué es una máxima en el lenguaje de la Filosofía Crítica de Kant?

1.- EL CONCEPTO DE MAXIMA EN KANT

Ya hemos visto cómo en la **"Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres"** Kant señala diversas clases de bienes y exigencias, talentos, y otros; y observa que todos estos bienes se transforman en algo que rechazamos, que nos parece horrendo cuando no la acompañamos de una Buena Voluntad.

La Buena Voluntad -nos explica Heymann- *es concebida como una cierta actitud y manera de pensar en el orden práctico que se mantiene y tiene su consistencia independientemente de lo que podemos lograr con esa buena voluntad; no consiste en lo que se obtiene, sino en la forma de la buena voluntad. Para determinar esta forma de la voluntad, Kant introduce el concepto de máxima* [7].

Se entiende por máxima aquella regla de acción que cada uno se adopta para su propio uso; no obramos de manera aleatoria, ni desconectada, sino que nuestro obrar presenta o ilustra ciertas reglas más o menos constantes. Kant define máxima en el siguiente sentido: *"Máxima es el principio subjetivo del querer" es decir, "el principio de acuerdo con el cual se debe actuar"* [8].

---

[7] La máxima (**maxima propositio**) era utilizado por algunos como proposición evidente relacionado con la teoría de los lugares lógicos. Los moralistas franceses de la segunda mitad del siglo XVII fueron los primeros en aplicar el término a una regla moral. (Vid. LA ROCHEFOUCAULD en **Reflexions on sentences et maximes morales**). Este concepto es tomado por Kant en la **Fundamentación...** Cfr. ABBAGNANO (74²), Nicolai: O.C., 690.

[8] KANT (51ᵇ): O.C., 585 y siguientes.

Pues bien, la máxima de una persona es una norma general que se escoge para seguirla en sus acciones. Todos tenemos máximas -dice Körner- que por lo menos algunas veces violamos y *"que en modo alguno se limitan a la moralidad. Pueden concernir a todo tipo de actividad siempre que tenga sentido decir que pueden ser cumplidas o violadas por una acción"* [9].

En todo acto humano se distingue:

1.- El qué (Objeto de que se trata).

2.- Máxima (Entendimiento: facultad de las reglas).

3.- Principio: cuenta para aceptar o rechazar la máxima.

Kant piensa que es el nivel de *Principio* en el que se muestra la libertad[10].

Si no se activase el principio moral, pareciera que se obra por atracción de las cosas mismas, a pesar que se recojan en máximas.

Cualquier máxima que no es aceptada por su incompatibilidad con el principio es **heterónoma,** en lo cual lo decisivo no es la forma sino la materia. Señala Kant en un pasaje de la **Fundamentación:**

"Cuando la voluntad busca la ley, que debe determinarla, en algún otro punto que no en la aptitud de sus máximas para su propia legislación universal y, por tanto, cuando sale de sí misma a buscar esa ley en la constitución de algunos de sus objetos, entonces se produce siempre la heteronomía" [11].

Más adelante señala el maestro prusiano: *"No es entonces la voluntad, la que se da a sí misma la ley, sino el objeto, por su relación con la voluntad, es que le da a ésta la ley"* [12].

---

[9] KORNER (77), S: **Kant,** 120.
[10] **Véase la Tabla de las Categorías de la libertad** en KANT (51ª): O.C., 67.
[11] O.C. (51ᵇ), 520. Véase además nuestras consideraciones al respecto en el Subtítulo **"La autonomía de la Voluntad"** en la Introducción de este trabajo.
[12] I.D.

Con respecto a la autonomía señala Kant que *"la autonomía de la voluntad, es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal"* [13].

Efectivamente, aquella máxima, para cuya aceptación ha sido decisiva la forma de la universalidad, es la que expresa nuestra autonomía.

Esto representa la acción de la Razón Práctica Pura. Ahora, ¿Por qué Kant no extiende sus dudas sobre la Razón Pura especulativa a la Razón Práctica, sobre todo, en cuanto que la Razón Pura no sabe de multiplicidad?

Actuar bajo el Principio genera que mi máxima -pueda querer yo- sea adoptada por todos. Estos **"todos"**, nos dice Heymann, no es conocido por la Razón Pura, sino por una razón unificada por la imaginación; aunque tampoco es conocida por esa razón práctica pura-pura, es decir sin imaginación [14].

Kant admite que toda máxima tiene una forma que consiste en la universalidad y en este sentido se expresa la fórmula del imperativo moral, diciendo: *las máximas tienen que ser elegidas de tal modo como si describieran valer de leyes universales naturales* [15], y además, toda máxima tiene una materia (esto es, un fin, tiene que ser empírico o incluir lo empírico).

Se trata pues de una Razón Práctica que si bien Kant la llama Pura, puede darse como forma de un querer que atañe a la materia. Es la forma de una acción empírica y no tiene por objetivo sino concebir esta razón pura práctica como separada de la acción empírica (de realizaciones empíricas). Se reencuentra con aquello de que el concepto sin intuición es vacío, pues, en lo práctico y lo moral, hay regulación de acciones empíricas (de nuestra interacción con otros seres de carne y hueso).

---

[13] El principio de la autonomía de la Voluntad de Kant ha sido estudiado y rechazado por diversos autores: Cfr. OLASO (79[3]): O.C. GARCIA, M. (58[8]): O.C., 23, y especialmente HARTMANN, Nicolai: **Ethik** específicamente en los capítulos 11, 12 y 13. El principio de la autonomía de la Voluntad es objeto de especial consideración en nuestro estudio **"La Concepción Kantiana del Derecho"**.

[14] HEYMANN (89): O.C., 62.

[15] KANT (51[b]): O.C., 516.

La formulación primera que hace Kant del imperativo categórico que tiende al principio de la universalidad de la máxima es un problema ya tratado en la **"Crítica de la Razón Práctica"** en el Título que denomina **"Ley fundamental de la Razón Pura Práctica"**, y señala: *"Obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo como principio de una legislación universal"* [16] y explicaba en ese entonces, que la regla práctica *"es pues, incondicionada, por consiguiente, representada como proposición categóricamente práctica a priori, en virtud de la cual la voluntad es determinada, objetiva, absoluta e inmediata"* [17] y más adelante agrega: *"la conciencia de esta ley fundamental es un hecho de la razón porque no se puede inferir de datos antecedentes de la razón sino que se imponen por sí mismos a nosotros como proposición sintética a priori"* [18].

Volvamos atrás. Actuar bajo máximas es, en definitiva, obrar según las reglas más o menos constantes y es por lo que Aristóteles consideraba que la Filosofía Práctica tiene que ver con los hábitos (virtudes y vicios), modo de obrar relativamente constante.

Pues bien, el concepto kantiano de máxima se emparenta con el concepto de hábito de Aristóteles.

2.- LA MAXIMA KANTIANA Y EL HABITO ARISTOTELICO

Para Aristóteles lo moral no se determina con una acción aislada sino por hábitos generales y relativamente permanentes, y consideraba que la Filosofía Práctica tiene que ver con los hábitos (virtudes y vicios).

En efecto, señala Aristóteles: *"Por lo tanto, como la virtud es de dos géneros, intelectual y moral, la virtud intelectual en lo esencial debe su origen y desarrollo a la enseñanza (por cuya razón requiere experiencia y tiempo), mientras que la virtud moral ("xi elhoys") viene como resultado de la costumbre, de aquí que su nombre derive, con ligera variante, de la palabra hábito ("apótoy thoys toy ethos")* [19].

---

[16] KANT (51ª): O.C., 35 y siguientes.
[17] I.D.
[18] I.D.
[19] ARISTOTELES (50): **Moral a Nicómaco.** En los tres tratados de la Etica. Lib. II. p. 91. Véase también ARISTOTELES (48): **Obras Filosóficas,** Vol. III. p. 184.

Hábito: **hexis**

Habitus: una manera de tenerse.

mor/es | >

moeurs | > Buenas costumbres.

El Concepto de **máxima** en Kant es análogo al concepto de **hábito** en Aristóteles. Media entre el acto singular y la conciencia del individuo (pensamiento práctico). Así como al percibir no podemos considerar un objeto cualquiera, sino como ejemplificando un concepto[20], así también el acto singular es visto como casos de aplicación de las máximas. Tanto el concepto como la máxima pueden no sernos conscientes. Tanto es así que Kant nos señala que es extremadamente difícil saber en determinado momento si aquella acción que realizamos -aún conforme el deber- tuvo su origen inmediato en la fundamentación en tal o cual máxima. Dice Kant *cumplir con el deber no necesariamente implica que tenga su asiento exclusivamente en Fundamentos morales y en la representación del deber.*

Tanto el hábito de Aristóteles como la máxima de Kant, son semejantes en cuanto que no se aplica a situaciones aisladas, sino a tipos de acciones que puedan aparecer, son recurrentes, pueden volver; la diferencia entre el hábito y la máxima es que ésta formula un principio o la regla de un hábito y lo ofrece de esta manera a una posible discusión; esto es, cuando el hábito se hace accesible se transforma en máxima.

Si yo tengo la máxima: En la situación S debo realizar el tipo de acción Z, si lo pienso y lo practico, parece que debería pensar que mi máxima tiene validez para todos. En realidad mi máxima puede expresar meras preferencias mías.

Se parte del hábito y en cuanto se constituye materia de reflexión propia y la internalizo es una máxima y *"tan pronto que defiendo la máxima, o en cuanto mi máxima se apoya en la razón o tenga que ver con mis basamentos racionales se concluye que mi máxima pueda ser general"* [21].

---

[20] Para estudiar la objetividad de las representaciones puede verse a CASSIRER (56), Ernst: **El problema del conocimiento,** 657 y ss.

[21] HEYMANN (64): O.C., 55.

La idea kantiana es que siempre obramos de acuerdo con máximas. Sabemos que la buena voluntad no está determinada por la atracción de un objeto determinado, no se subordina a un fin determinado, más bien es la capacidad de cuestionar todo fin determinado.

¿Cuáles serán las máximas que caracterizan a la Buena Voluntad?

Aquellas máximas que no están determinadas por la materia de la voluntad sino por la mera forma de una máxima y esta forma -según Kant- constituye la **Universalidad.**

TERCERA PARTE

SEGUNDA FORMULACION DEL IMPERATIVO CATEGORICO

"Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto, siempre nuevos y crecientes, cuanto con más frecuencia y aplicación se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí" [1]. Así finaliza la **"Crítica de la Razón Práctica"** de Kant, diciéndonos que el hombre es parte de ese cosmos realizado y por realizar -como lo enseñaba Chardin- en su aspecto sensible y material, y al mismo tiempo, nos afirma, que el hombre tiene esa interioridad invisible y poderosa que nos hace vivir con independencia de lo material, buscando nuestra mismicidad.

Con la primera formulación del imperativo categórico llegamos a concluir que el hombre en su actuación busca la universalidad de la máxima que soporta esa actuación. El paso de esta primera formulación a la segunda lo hace Kant, a partir de la voluntad.

En efecto, la **voluntad** es pensada como una **facultad de determinarse uno a sí mismo a obrar conforme a la *representación de ciertas leyes*** [2] pero, ¿Cuál es el fundamento objetivo de esa autodeterminación? A esa interrogante responderá Kant que es **fin.** Luego **"Fin es lo que constituye meramente el fundamento objetivo de su autodeterminación, y el tal fin, cuando es puesto por la razón, debe valer igualmente para todos los seres racionales".**

---

[1] KANT (51ª): **Crítica de la Razón Práctica, 150.**
[2] KANT (51ᵇ): **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, 510.**

Kant opone a esta concepción de fin, la noción de **medio.** El **"medio"** constituye el fundamento de la posibilidad de la acción, cuyo efecto es el fin[3].

Ahora, suponiendo que *"haya algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, algo que, como fin en sí mismo, pueda ser fundamento de determinadas leyes, entonces en ello y sólo en ello estaría el fundamento de un posible imperativo categórico"* [4].

El hombre -nos enseña Kant- como todo ser racional, **existe como fin en sí mismo,** no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad, sino que debe considerarse en todas sus acciones... al mismo tiempo como **un fin.**

3.1.- La concepción kantiana de "fin en sí mismo"

La concepción kantiana de **"fin en sí mismo"** debe distinguirse de la noción ordinaria o, como podemos llamarla, relativa a fines y medios. Una cosa, una persona o una situación es un medio o un fin con respecto a un plan o costumbre que, o se ha proyectado, o se ha puesto en práctica. Una situación es un medio, en tanto que es condición para originar alguna otra situación.

Una cosa o una persona es un medio al tener una función determinada en alguna situación, en tanto que, -por decirlo así- es empleada como un instrumento. Una situación es **un fin,** en tanto que dentro de la jerarquía de medios y fines o como sistema, es originada sin que sea un **medio en sí mismo** para la obtención de algún fin ulterior.

Cuando Kant dice que el hombre, o todo ser racional, es un **fin en sí mismo** (un fin absoluto), quiere decir que, en cierto sentido, el hombre queda fuera de toda cadena causal y, por lo tanto, fuera de toda jerarquía de medios y fines. Tratando al hombre sólo como medio, ignoramos parte de su naturaleza -su ser, un ser racional- una persona, en fin, **un fin en sí mismo**[5].

---

[3] I.D.

[4] I.D.

[5] Kant distingue las personas de las cosas diciendo que las primeras se diferencian porque la naturaleza es de **fines en sí mismos,** o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio. En cambio las cosas tienen un valor netamente relativos como medios porque su existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza. O.C., 510 y siguientes.

Pensamos en nosotros como personas, es decir, por lo menos como seres que pretenden funcionar de otro modo distinto a meros instrumentos o medios en el plan de acción de **otras personas.** El reconocimiento -nos señala Körner- de nuestra propia personalidad implica, pues, **el reconocimiento de otras personas,** es decir, de seres que hacen de su plan de acción y que pretenden no ser utilizados como meros instrumentos[6].

En resumen, pues, en Kant distinguimos:

a).- **FIN:** es lo que sirve a la voluntad de fundamento objetivo de su autodeterminación y que vale para todos los seres racionales en tanto que es puesto por la razón.

b).- **MEDIO:** es el fundamento de la posibilidad de la acción cuyo efecto es el fin.

Kant distingue, no obstante, dos tipos de fines: **fines relativos,** que, como efectos de la acciones, se propone un capricho, un ser racional y que el propio Kant los llama **fines materiales** y son de carácter relativo. Y por otra parte, los fines **cuya existencia misma posea un valor absoluto,** algo que, como **fin en sí mismo,** pueda ser fundamento de un posible imperativo categórico. Es lo que el Profesor Luis M. Olaso nos diferenciaba con los nombres de **fin operantis** y **fin operis** siendo aquellos respectivamente los que Kant denomina **fines relativos y fines absolutos o en sí mismos.**

Con estas consideraciones podemos entender claramente la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, enunciado en los siguientes términos:

"Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio" [7].

En definitiva el hombre y en general todo ser racional existe como un **fin en sí mismo,** no sólo como medio para usos cualesquiera de una u otra voluntad.

---

[6] KORNER (77): O.C., 133 y ss.
[7] KANT (51[b]): O.C., 511.

3.2.- La reflexión platonico-aristotélica de la noción de fines

La noción de "fin en sí mismo" ya la encontramos en Platón en el siguiente señalamiento: *"Si quiero algo, si algo es querido por mí, entonces es querido en sí mismo, por sí mismo, no por otra cosa"* [8]. La tesis de Platón es que si deseamos algo, entonces puede ser querido por sí mismo. A partir de aquí, Aristóteles va a introducir su concepto de praxis. Aristóteles distingue como formas de actividad humana la **praxis** y la **poiesis.** La primera no tiene su finalidad fuera de sí misma, su telos es ser bien realizada (**empraxia**), es decir, actuar bien o realizar una buena praxis.

Según Heymann, el concepto kantiano de fin en sí mismo no se aplica a actividades en sí mismas, sino que se organiza de la siguiente manera: normalmente cuando digo **"A" es un fin,** se entiende que **"A"** es un fin para alguien, luego "A" es un fin, porque alguien lo toma como fin o porque alguien se lo propone[9].

En conclusión, en Kant, la noción de fin apunta:

1.- Aquello que no es un medio sino que es **intrínsecamente fin** (en común con la reflexión Platonico-Aristotélica).

2.- Algo que es fin, pero no **meramente porque alguien así se lo propone, sino que es fin en sí mismo.** *Mi vida* -señala Kant- *es fin en sí misma, no por algún carácter específico de ella, sino por sí misma, y por ser mi vida un fin en sí misma, debo considerar al otro como fin en sí mismo* [10].

Kant señala en **"La Metafísica de las Costumbres":** *"el amor y el respeto se relacionan entre sí de manera similar a la fuerza de atracción y repulsión, en la física"*. Si desapareciera una de las dos fuerzas, el amor o el respeto, entonces desaparecería todo el mundo moral. (El respeto -lo hemos dicho en otras oportunidades- implica un **mandato**).

---

[8] PLATON (72²): Lisis, 311 y ss.
[9] HEYMANN (89): O.C., 59.
[10] Esta consideración será la plataforma sobre la cual se postulará la tercera formulación del imperativo categórico.

Esta observación de Kant nos recuerda las ideas de la **"Filosofía de la Historia"**, en la cual se habla de la **sociabilidad y de la insociabilidad** del hombre. En efecto, el hombre es un ser sociable y necesita del otro y la relación con el otro; pero se preocupa por su propia independencia, por su capacidad de poder vivir, por su sentir y su entender. En esta duplicidad de buscar la relación y al mismo tiempo la dependencia, la sociedad humana se dificulta.

Al deseo de relacionarse con el otro se une la desconfianza frente al otro.

La **Filosofía Moral** representa una forma trasmutada de la sociabilidad insociable propia de la naturaleza humana bajo la forma de conjunción de **amor y respeto.** Amor como la búsqueda del vínculo, y el respeto como la necesidad de mantener la distancia. Este es el paso del estado natural al estado moral en el cual reconocemos nuestra propia sociabilidad insociable.

3.3.- La cualidad moral de los fines

Otro aspecto de esta segunda formulación es la siguiente: un fin es algo que no existe y que nos proponemos realizar por vía de la existencia; ahora, si hemos dicho que la vida es un fin en sí misma y en cuanto es fin debería ser realizada; pero la realidad es que la vida no es algo a ser realizada, a ponerle existencia, sino **que es una existencia.** Kant es consciente de esta paradoja: una persona como fin en sí mismo **existente.**

Esto se entiende si lo vemos de la siguiente manera:

1.- Lo que nos proponemos realizar está al servicio de la realidad que no hemos creado y que somos nosotros mismos.

2.- La existencia en un ser en el tiempo existe por movimiento de sí misma (tal como lo enseña Heidegger: *"todo ahora es un ahora cuando..."*) [11].

¿Cómo pasar de aquí a lo moral?

---

[11] Es lo que Heidegger llama: würde (Ou eveka) 'por amor de'; esto es, cada uno es para sí un fin en sí mismo; en sentido de no-medio para otra cosa y no-fin por una posición causal.

Cada uno ha de considerarse a sí mismo, meramente por su consideración de su persona, como un proyecto realizado y por realizar en cuanto fin en sí mismo y en cuanto ente existente y por fuerza debe reconocer que el otro también es una vida igualmente existente y como tal, fin en sí mismo.

Pero hasta aquí no nos da la dimensión moral.

Faltaría decir que *"cada uno de nosotros no sólo se ama a sí mismo, sino que pretende el respeto por parte de los otros. Este respeto no se puede reclamar sin ofrecerlo realmente."* [12].

Más simple en dos pasos: **Primero:** la generalización de que cada uno es para sí mismo **un fin en sí mismo. Segundo:** las personas (fines en sí mismas) viven en comunidad, asociadas, y cada uno pide respeto por parte de los demás; si el fundamento por el cual pido respeto es mi condición de persona, no puedo negárselo a otra sin el riesgo de caer en mi propia contradicción.

¿Es efectivamente así: respeto por ser meramente personas?

Esto no es así de suyo; representa una manera de apreciarse a sí mismo que sólo puede provenir de un cierto desarrollo de la persona (respetar una condición de persona). Kant cree que debe existir la consideración diferenciada por propios méritos (la valoración se debe por esfuerzos y por la colaboración prestada a los demás).

Kant utiliza:

1.- **Würde: dignidad.**

2.- **Würdigkeit: consideraciones.** Este se determina por el aporte de alguien a un asunto común. Pero la primera noción deriva de la mera cualidad de persona.

---

[12] HEYMANN (89): O.C., 59. Lo contrario constituiría -a nuestro modo de ver- una **máxima** de la cual no podemos esperar su **universalidad** por ser incongruente con la naturaleza humana.

Esto quiere decir que vale para todos (buenos y malos), y según Heymann: *"La dignidad de la persona (Würde) se aprecia por el desarrollo de la persona, no de suyo, representa una cierta propuesta social"* [13]. El respetarnos con base al mero hecho de ser persona. Se entiende en una relación personalizada, alguien no pierde la dignidad por dejar un cargo público, pero normalmente y a nivel social se generaliza esta asociación.

Estas consideraciones de Kant sobre la persona como **"fin en sí mismo"** ha generado aplausos y rechazos -en este último caso sobre todo por Hartmann[14] y Haldane, quienes argumentan que hacer del hombre un fin en sí mismo es *"transformarlo en un ídolo y quitarle su vitalidad más entrañable, que consiste precisamente en su capacidad de dedicación, en su deseo de ser útil, en su disposición de gastar sus fuerzas y sacrificarse."* [15].

Sin embargo, olvida Haldane que fue precisamente Kant quien elevó al hombre a su más alta cúspide en su dignidad, en su amor y en su respeto; y la propuesta social en cuanto amor y respeto por los demás nos haría más humanos y con mayor efectividad en esa "capacidad de dedicación, ese deseo de ser util" que según los autores antes nombrados ha quebrantado y olvidado el principio kantiano.

Estas consideraciones son al mismo tiempo el punto de partida para la tercera formulación del Imperativo Categórico en el pequeño gigante de la filosofía moderna.

CUARTA PARTE

LA TERCERA FORMULACION DEL IMPERATIVO CATEGORICO KANTIANO

Partimos de la idea de que el hombre es un **fin en sí mismo y no mero medio.** En el momento que me considero así **debo considerar al otro también como un fin en sí mismo.**

---

[13] O.C., 59.

[14] HARTMANN, Nicolai: **Kants Metaphisik der sitten und die ethik un serer tage,** 143, cit. por Heymann (64): O.C., 3.

[15] HALDANE, J.B.: **Reencontrès internationales de Gèneva** 1947, cit. apud I.D.

Cada vez que hablamos del concepto de que *"todo ser racional, que debe considerarse, por las máximas todas de su voluntad, como universalmente legisladoras, para juzgarse a sí mismo y a sus acciones, desde ese punto de vista, conduce a un concepto relacionado con él y muy fructífero, el concepto de reino de fines"* [1].

Este postulado constituiría una máxima en cuanto yo quisiera su universalización. Veámoslo de la siguiente manera: si pretendo que se me reconozca como **fin-en-mí-mismo,** ello debe constituir una generalidad o mejor aún, una **universalidad** en su acatamiento, y si ello es así debo yo considerar a los demás también como **fines-en-sí-mismos** que generaría también una máxima universal.

En efecto si todos adoptáramos la máxima: **'debo considerarme a mí mismo y a los demás como fines en sí mismo',** si esta máxima la transformo en un principio de actuación, los demás exigirán de mí, que los considere a ellos como fines en sí mismos.

No obstante este planteamiento, Kant señala que en la realización práctica de tal principio, los demás no pueden dejar a mi arbitrio el considerarlos o no, por consiguiente la actuación propia estará limitada por la actuación de los demás. Esta misma reflexión se hace también en el Derecho donde *mi libertad está limitada en su uso en cuanto ésta constituya un obstáculo a la realización de la libertad misma, esto es, el uso de la libertad contrario al Derecho debe estar regulada por la libertad de los demás*, de allí que Kant asimile la libertad con la coacción llegando a la conclusión que la coacción es requisito indispensable en el Derecho. (Véase nuestro estudio: **Estudios sobre los Principios Metafísicos del Derecho en el Pensamiento Kantiano**, p. 16. y nuestro artículo: **Función de la Coacción en el Derecho en Kant y Kelsen).**

Cuando se habla del sujeto individual como legislador autónomo de su conducta y de las normas de convivencia social, entonces debemos distinguir en las normas dos aspectos:

1.- Existe en toda convivencia social una cierta coacción, dado por el mero hecho -que a los demás no les es indiferente- de lo que hago con respecto de

[1] KANT (51b): O.C., 514.

ellos, y no querrán depender, en lo que les atañe, de mi buena voluntad; es decir, cada uno trata de defender sus derechos; es lo mismo decir que los demás no me van a permitir cualquier conducta con respecto a ellos.

Luego, es inevitable que hayan reglas (leyes) coactivas, si es cierto que cada uno va a defender sus derechos y que además va a haber una defensa solidaria; esto es, la reflexión moral nos lleva a la noción de reglas coactivas. De aquí que Kant considerará a que la existencia de leyes positivas (formuladas en Códigos) con respaldo de la Comunidad (Estado), es a su vez un reclamo moral necesario.

2.- El Estado o el Derecho no crean la coacción, pero la sistematizan, la ordenan, la generalizan. Una coacción dada por una misma convivencia.

EL CONCEPTO DE "REINO DE FINES"

Todo esto es consecuencia pues que todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, **nunca como simple medio,** sino siempre al mismo tiempo **como fin en sí mismo**[2]. De aquí nace -según Kant- un enlace sistemático de los seres racionales por leyes objetivas comunes; esto es, un **reino que, como leyes** se proponen referir esos seres unos a otros como fines y medios, puede llamarse muy bien un **reino de fines.**

Kant conceptúa **"reino"** de la siguiente manera: *Por reino entiendo el enlace sistemático de distintos seres racionales por leyes comunes* [3].

Así pues esta tercera formulación del principio moral kantiano tiene una doble vertiente:

1.- La de un **nexo sistemático de los fines en sí mismos (de un reino de esas personas).**

2.- Dè una **legislación autónoma para este reino (de cada persona como legislador autónomo).**

---

[2] I.D.
[3] I.D.

El principio moral se formula con base en estas dos ideas, exigiéndose una conducta a través de la cual uno pueda considerarse como miembro de ese reino, legislador autónomo y sometido a estas leyes del universo. La formulación del principio es pues como sigue:

"Un ser racional pertenece al reino de los fines como miembro de él, cuando forma en él como legislador universal, pero también como sujeto a esas leyes" [4].

La Filosofía práctica kantiana no tiene un centro único, cuando hablamos del principio moral, hay una actitud interna, de carácter personal del actuante, pero desde el punto de vista de lo común, importa más el acto efectivamente realizado. En otras palabras: Se me exige el respeto al otro en los hechos, y además que este respeto esté fundamentado en mis propias máximas, no por razones exteriores (por ejemplo, temiendo a la penalización) pero la máxima (actitud interior) no se me puede exigir desde afuera, y nunca se puede decir cuál es de verdad, la máxima por la cual obramos[5].

Pero se puede saber a la base de nuestro obrar, cómo orientar nuestra acción, cuando se obra de manera consecuente, con base en máximas de respeto y cooperación; entonces he encontrado la máxima que me guía, y la explicación de si además de obrar conforme a esta máxima se obra fundamentalmente con ella. La orientación de mi acción -no obstante no saber cual máxima me guía- no la desmejora ni la desmedra.

Si tomáramos la máxima **"dar primacía a formas de respeto y cooperación"** y en base a esto una persona efectivamente obra de acuerdo con esas máximas, es posible que la máxima decisiva sea la de creer que de esta manera -cultivar la comunidad- se siente al mismo tiempo amparado y disminuye su angustia. De acuerdo con Kant, no obra motivado por la máxima misma, sino por lo que cree que es una consecuencia de obrar conforme a esta máxima. Kant señalaría que esta noción carece de valor moral, pero no de otros valores, lo noble, lo estético.

---

[4] I.D.

[5] He aquí el hecho donde diversos autores han encontrado una diferenciación entre Moral y Derecho, esto es, la incoercibilidad de la primera frente a la esencial coercibilidad de lo segundo.

El punto central de esto, es que nunca podemos saber si obramos sólo conforme a nuestra máxima o con base en otros sentimientos, y es que además: no importa que la sepamos o no. Según Heymann, Kant buscó siempre la *motiva auxiliaria*, lo que acompaña a la moral.

El honor, sociabilidad, deseo natural pre-moral de libertad: estos son motivos auxiliares de lo moral[6].

Concluyendo pues, la **idea de un reino de fines en sí mismos** del cual el hombre forma parte, apunta al hombre como legislador autónomo (universabilidad de la máxima) y como destinatario del respeto por parte de los demás hombres.

CONCLUSIONES

¿Qué puedo saber? ¿Qué puedo hacer? ¿Qué puedo esperar?

A esta triple interrogación en la antropología filosófica, Kant considerará: a la primera contesta la metafísica, a la segunda la moral y a la tercera la religión.

La moral en Kant es una moral formal, en el sentido que lo que le imprime el sentido ético a las acciones humanas es la buena voluntad.

La moral de la que hablamos está conformada en primer lugar por la idea de la **libertad** y por la noción de **deber.** De la primera se engendraría todo el Movimiento Romántico de la Alemania del siglo XIX.

Kant quiere una teoría de la libertad y por ello negarla de cualquier manera, fuere directa o indirectamente, es una posición que para Kant es absolutamente reprochable.

---

[6] HEYMANN: I.D., 57.

Es obvio que para deber, tengo necesariamente la posibilidad de escoger, es decir, debo ser libre, caso contrario el deber constituirá una herramienta del determinismo y el fatalismo causal. En el hombre podemos encontrar esa doble consideración: el hombre debe porque es libre, o dicho de otra manera más sencilla; debemos porque podemos.

Los temas con que hemos iniciado nuestras conclusiones constituye lo que Kant denominaba el **factum** de lo moral.

Nos plantea Kant, que ese deber proviene de la posibilidad de la Universalización de la máxima por la cual actuamos, y una universalización de la máxima tiene también un contenido negativo en el momento que la máxima cuyo contradictorio es imposible entonces hablamos de principio; el actuante pues deberá soportar el principio de no contradicción para poder arribar con sus máximas a un dado universal.

Esta posición ha sido altamente criticada por los estudiosos de la Filosofía crítica hasta llegar a decir que esas máximas harían imposible toda legislación ya que más bien produciría la más grave contradicción y la destrucción total de la máxima misma y de su intención.

Sin embargo, negar la existencia de esas máximas es retroceder porque su existencia es **un ahí**, un dado o como lo denomina el propio Kant, un factum de la moralidad.

En efecto, cada vez que tomamos una decisión o actuamos de una determinada manera, una voz interior nos va diciendo qué debemos hacer, o qué no podemos hacer. Esa voz, esa orden que recibimos repentinamente, se convertirá posteriormente en una máxima: "No debes obrar así ante tales circunstancias" o si se prefiere en sentido positivo "En circunstancias X corresponde obrar en sentido Z".

Esta postulación, cuando es **buena en sí misma** tiene la posibilidad de ser aplicada a todo ser racional, toda vez que es producto de la razón.

Esta capacidad de ser aplicado a todo ser racional nos llevará a la primera conclusión importante: **El principio de la Universalidad de la máxima es**

una implicación formal de toda ética y por otra parte podemos concluir que el fundamento de toda ética es la propia racionalidad.

Sin embargo, en la ética kantiana, no se ve de dónde le puede venir la autoridad a una voluntad imperativa cuyo origen -según Herbart- desconocemos; a propósito de Herbart (1776-1841) fue profesor en Königsberg para 1809, sucediendo a Kant en la Universidad de esa ciudad.

Ahora bien, ¿De dónde viene esa voluntad capaz de aplicarse a todo ser racional?

Estamos en presencia de un ser racional que es al mismo tiempo legislador de sus máximas, y legislador no tan sólo por sus propias leyes, sino por las de los demás, por co-existir en un reino de fines en sí mismos. Así mismo, el sentimiento de obligación tiene un fundamento unipersonal y autónomo; pero no se puede negar que el hombre en cuanto fin en sí mismo, está sometido a la legislación universal de los demás hombres.

Este punto no muy desarrollado por Kant será objeto de especial atención en nuestros estudios sobre la concepción jurídica en el pensamiento kantiano. Nos referiremos aquí al punto de contacto con la tercera formulación (reino de fines en sí mismos) y a la primera formulación (legislador autónomo universal). ¿Cómo entender entonces la última formulación? Pareciera que se trata de un principio que se desarrolla -como principio límite eterno- a ser respetado en las relaciones humanas.

Otro aspecto del problema y que ya lo había señalado Hegel en su época y que brillantemente fue expuesto por el Profesor Jorge A. Díaz en su ponencia **"Razón y Libertad"** en el Segundo Congreso Nacional de Filosofía es el siguiente: es cierto que Kant se esfuerza por mostrar que el acto moral sólo puede hacerse por respeto a la ley -véanse nuestros comentarios sobre el contenido de la palabra 'respeto' en el pensamiento kantiano- pero nunca nos explica por qué el hecho de que un acto moral vaya acompañado del gusto y la inclinación empaña su pureza. En realidad no nos deberíamos referir al gusto por cuanto este concepto tiene connotaciones especiales en la obra de Kant.

El problema central, sin embargo, es cómo conciliar la postura de que 'actuar por respeto a la ley es de carácter moral mientras que -*ad contrarium*- actuar

no por deber carecería completamente de moralidad; desde otro punto de vista y con bases a cuales argumentos racionalmente explicados podemos señalar que la mera actuación conforme al deber carece de moralidad.

Se ha señalado que pareciera como si nuestro mismo estado natural fuera por su 'naturaleza' inmortal; y se ha dicho también que *"la visión trágica que subyace a la ética kantiana culminaren una idea no sólo inalcanzable, sino que vacía a la voluntad de todo contenido concreto, de toda determinación, para enfrentarla a un ideal de universalidad más allá de todo tiempo y de todo espacio"* (Vid. GOLDMANN, L. Introducción a la Filosofía de Kant).

Nosotros pensamos que esta afirmación tiene un dejo de radicalidad que no concuerda con un estudio minucioso del pensamiento ético en Kant. En efecto Kant no niega la influencia del complejo motivacional, de ello va a señalar en un pasaje de la **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres** que en todo acto se va a distinguir: el objeto o complejo motivacional que va acompañado del deseo: la máxima en cuanto principio subjetivo de actuación y por último el Principio como principio objetivo da tal o cual actuación. Lo que sí va a negar Kant es que sea 'el objeto' el que va a regir nuestra conducta moral o inmoral, y no lo puede aceptar porque si no estaríamos propugnando una moral del gusto (y el gusto puede ser variable porque 'puede gustar a unos lo que a otros desagrade', véase **Crítica del Juicio**), esto nos lleva a la necesidad de separar lo que sería una Antropología práctica pero no una 'moral' que fuere aplicable a todos los seres humanos por igual.

La pureza de la razón práctica estriba pues en aceptar que la determinación de un acto en cuanto moral debe estar a nivel de los principios objetivos de actuación. Y por supuesto que no desdeña la acción práctica o el objeto, y ni siquiera lo admitía en la **Metafísica del Conocimiento** cuando señalaba que **"todo concepto sin objetualidad es vacío"** de allí pues que si adaptáramos esta frase a la Metafísica de las Costumbres diríamos que una 'moral sin referencia objetual es vacía' y en este caso sería valedera la afirmación de Goldmann al señalar que Kant 'vacía a la voluntad de todo contenido concreto, de toda determinación...' sin embargo hemos visto que esto no es así si somos fieles a las palabras del propio Kant. No obstante pensamos que en futuras reflexiones podemos detenernos con mayor cautela y ahondamiento en este aspecto.

A pesar de los errores que le podamos imputar a Kant, es innegable el hecho cierto de que nadie como él ha llevado al hombre a su verdadera posición privilegiada en el universo. Esta posición moral lo lleva al campo jurídico-político. Kant creía en los derechos del hombre, en la libertad y en la igualdad civil.

Hemos creído sintetizar el pensamiento de Kant en lo que se refiere a su ética. Ojalá nuestra pretensión de ayudar a propagar la figura y la obra del más importante de los filósofos contemporáneos, genere en nuestros centros de investigación universitaria una apertura del camino que nos guiará a las profundidades del pensamiento filosófico moderno.

A Kant se le podrá tildar de obscuro o ambiguo, pero lo que nadie es capaz de negar (sólo la miopía impulsaría tales espíritus) es la enorme influencia y el viraje que significó toda la obra de Kant.

Como dirá Schopenhauer: *es muy fácil encontrar errores aislados en la obra de un genio, pero su pensamiento es tan vasto, tan profundo y tan acertado que no se sabe a cuántos siglos y a cuántas generaciones influirá.*

Kant hace sólo una propuesta, quien tenga algo mejor que la plantee, por ese mismo hecho es que somos libres, caso contrario no habría posibilidad de contradicción.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO (74 2), Nicolai: **Diccionario de Filosofía.** (Trad. ital. **Dizionario di Filosofía** por Alfredo Galletti). Fondo de Cultura Económica. México, 1974.

AHRENS (1876 6), E.: **Curso de Derecho Natural.** (Trad. al. por Pedro Rodríguez Hortelano). Librería A. Bomet e Hijo. París-México, 1876.

ARISTOTELES (48a): **Obras Filosóficas, III.** (Trad. lat. Lillia Segura) Jackson Inc., ed. Buenos Aires, 1948.

..... (50): **Moral a Nicómaco.** (En **Los tres Tratados de la Etica**). Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1990.

BRUGGER (65 4), Walter: **Diccionario de Filosofía.** (Trad. al. **Philosophisches Worterbuch** por José M. Vélez). Ed. Herder. Barcelona, 1965.

CASSIRER (56), Ernst: **El Problema del Conocimiento, II.** (Trad. al. Das **Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wisseus Chaft der Neuru Zeit, II** por ROCES, Co.). Fondo de Cultura Económica. México, 1956.

CHEVALIER (63), Jacques: **Historia del Pensamiento, III.** (El pensamiento Moderno de Descartes a Kant). (Trad. Franc. **Histoire de la pensèe, III** por José a Miguez). Ed. Aguilar. Madrid, 1963.

DURANT (47 2), Will: **Historia de la Filosofía. (De Sócrates a Dewey).** Joaquín Gil Editor. Buenos Aires, 1947.

FINOL (72), Mary: **Sobre la Crítica de la Razón Práctica y sus implicaciones Eticas.** (En Boletín de Filosofía, 27-117) Centro de Estudios Filosóficos. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1972.

FERNANDEZ (88), Lorenzo: **Temas de Filosofía del Derecho.** Manuales de Derecho de la UCAB. Ed. Signo Contemporáneo. Caracas, 1988.

GARBER (88), Dino: **El Espacio como relación en Leibniz.** Universidad Simón Bolívar. Ed. Equinoccio. Caracas, 1988.

GARCIA MAYNEZ (58 8), **Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho.** Ed. Porrúa, S.A. México, 1958.

HARTMANN (86 2), Nicolai: **Ontología, III.** (Trad. al. **Der anfban der realen welt** por José Gaos). Fondo de Cultura Económica. México, 1986.

HEYMANN (64), Ezra: **Examen de la Fundamentación Kantiana de la Etica.** Cuadernos Uruguayos de Filosofía, III. Facultad de Humanidades y Ciencias. Universidad de la República. Montevideo, 1964.

..... (89): **Apuntes de Filosofía Kantiana.** Facultad de Humanidades y Educación. Universidad Central de Venezuela. mim. Caracas, 1989.

HIRSCHBERGER (72 4), Johannes: **Historia de la Filosofía, II.** (Edad Moderna, Edad Contemporánea). (Trad. al **Geschichte der Philosophie** por Luis Martínes S.J.). Ed. Herder. Barcelona, 1972.

KANT (77), Emmanuel: **Crítica de la Razón Pura.** (Trad. al. **Kritik der Vernuff** por Pedro Rivas). Ed. Alfaguara. 1977.

..... (51a), **Crítica de la Razón Práctica.** (Trad. al. **Kritik der praktischen Vernuff** por Manuel García Morente). Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1951.

..... (51b): **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres.** (Trad. al. **Grundlengung zur Metaphisik der sitten** por Manuel García Morente). Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1951.

KORNER (77), Stephen: **Kant.** (Trad. ing. por Ignacio Zapata). Ed. Alianza. Madrid, 1977.

MARECHAL (58), J.: **El punto de partida de la Metafísica, III.** Ed. Gredos. Madrid, 1958.

MARIAS (85 2), Julián: **Historia de la Filosofía.** Ed. Alianza. Madrid, 1985.

MILLAN PUELLES (62 2), Antonio: **Kant.** (En **Forjadores del Mundo Contemporáneo,** Tomo I. pp. 21-38). Ed. Planeta. Barcelona, 1962.

OLASO (79 3), Luis María: **Curso de Introducción al Derecho. Introducción filosófica al Estudio del Derecho.** Manuales de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1979.

PLATON (72 2): **Obras Completas. Diálogo: Lisis.** (Trad. Grieg. por Araujo et Allii). Ed. Aguilar. Madrid, 1972.

PEREDA (75), Clemente: **El mito de Kant.** Imprenta Universitaria, U.C.V. Caracas, 1975.

SCHOPENHAUER (50a), Arturo: **Obras. El Mundo como Voluntad y Representación.** (Trad. al. por Mary Ovejero). Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1950.

TORRETI (80 2), Mario: **Kant. Estudio sobre los fundamentos de la Filosofía Crítica.** Ed. Charcas. Buenos Aires. 1980.

El principio de la irregresividad de los derechos y conquistas fundamentales del hombre

José Rafael Tinoco-Smith A.

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1992

1.- INTRODUCCION

La concepción liberal del Estado de Derecho -cadáver insepulto del capitalismo primitivo- constituye la más grave amenaza a los derechos fundamentales del hombre en el siglo XXI, a la cual se enfrenta el principio de irregresividad de los derechos fundamentales y de las conquistas sociales del Estado Social de Derecho, de la Constitución Venezolana del 23 de Enero de 1961.

La coincidencia -en el tiempo- de la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) con la publicitada necesidad de un "derecho flexible" a caballo sobre la ola de liberalismo que recorre el mundo desde los epicentros financieros internacionales ubicados en los antiguos y no tan pretéritos centros de poder colonialista -España, Francia, Inglaterra y, Estados Unidos- como fundamento de un supuesto mejor funcionamiento de los sistemas económicos hace temer a sus enclaves -Venezuela- por las modestas conquistas del derecho del trabajo, derecho tuitivo por excelencia del débil jurídico que es, en definitiva, el trabajador y, de consolidarse, pondría en entredicho la vigencia de los derechos fundamentales del hombre, si no fuera por los principios del Estado Social de Derecho, en la especie, el principio de irregresividad de los derechos y conquistas sociales.

El principio de irregresividad de los derechos fundamentales del hombre, surge de la idea de que los mismos forman parte de su situación jurídica subjetiva -derechos naturales- (Doctrina Social de la Iglesia) y, como tal, no se puede menoscabar su goce y disfrute, mediante una ley -norma emanada del Poder Legislativo- que disminuya, altere o menoscabe tales contenidos, como sería el caso, del establecimiento de prestaciones sociales de cuantía

inferior a las actuales, o una ley que estableciera la privatización de la Educación Superior, al estar sometida la ley, y, por ende, el poder legislativo, -poder constituido- a la voluntad superior de la Constitución (Tocqueville).

La posibilidad que se atribuye el pensamiento liberal de someter la vigencia de los derechos fundamentales del hombre a la voluntad de la ley, y no a la Constitución -como es la concepción actual que parece predominar en los centros del poder financiero y políticos venezolanos-, radica en una errónea concepción de la Constitución y de la identificación equivocada de los derechos y garantías en el Estado Liberal de Derecho con la concepción de los mismos en el Estado Social de Derecho.

2.- DE LA CONCEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA RELACION CONSTITUCION-LEY EN EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO. LA ATRIBUCION EN EXCLUSIVIDAD Y CON CARACTER PREEMINENTE DE FACULTADES INTERPRETATIVAS AL PODER CONSTITUIDO -PODER LEGISLATIVO- DE LA CONSTITUCION

2.1- Para la Revolución Francesa de 1789, los derechos fundamentales constituyen limitaciones al poder y, la prestación que constituye su objeto es un no hacer. Inspirada en el pensamiento liberal, de esencia individualista, no incluye tal concepción los derechos sociales en virtud de que para tal pensamiento, cada quien controla su círculo de señoríos (Forsthoff) y, por ende, cada quien es responsable individualmente de la realización de su propio destino. De allí que no se encuentren en dicha concepción, disposiciones como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, ya que teniendo cada quien el control de su propio e inmediato ambiente (círculo de señoríos) resulta contradictorio con tal pensamiento, que la no realización de tales derechos pueda derivarse responsabilidad alguna para otro sujeto que no sea el propio titular de los mismos.

Un análisis de las Constituciones liberales, confirma que el Estado no asume responsabilidad alguna por el hecho de que el individuo no consiga trabajo, o que sufra deterioros en su salud, o que carezca de educación alguna. Sólo eventualmente, se señala -graciosamente- ciertos deberes de asistencia social, v.g. caridad pública.

2.2.- Acorde con tal concepto, las Constituciones liberales no consagran la responsabilidad del Poder Público, y en los excepcionales casos en que permiten la declaratoria de inconstitucionalidad por afectar a derechos fundamentales, la misma se limita en el ámbito de las órdenes de no hacer, en la que conceptúan tales derechos (Tocqueville).

2.3.- Conforme con ello, la Constitución y la Ley adoptan una concepción y relación muy peculiar al pensamiento liberal. La Ley adopta una posición de privilegio. Si bien el ordenamiento jurídico se diseña sobre el principio jerárquico -Constitución, Ley, Reglamento- es lo cierto, que el sistema liberal arranca de la Ley y no de la Constitución. La Constitución sólo es fuente de derecho frente a aquellas limitaciones. Para los demás, la Constitución no es un documento jurídico, sino político, con lo cual, la potestad constituyente pasa a residir en la potestad constituida, estando la Constitución a disposición de este último. En atención al *displacement of goals* -el poder- (Mitchel), los derechos fundamentales, en general, pasan a depender del poder constituido -la ley y, por ende, el Congreso- como se evidencia de la simple lectura de las Constituciones venezolanas.

El carácter *superstite* de tal concepción se revela en la interpretación que se ha dado en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Venezolana a la garantía constitucional de los derechos fundamentales del hombre contenida en el artículo 49 de la Constitución (el amparo constitucional, instituto de precaria existencia en nuestro país) del 23 de Enero de 1961, al negarse desde dicha fecha hasta fecha reciente (Caso Andrés Velásquez) la vigencia de tal garantía, al exigir en forma liberalmente equivocada y errónea como condición para su vigencia, la aprobación de una ley por el Congreso, con lo cual el derecho fundamental señalado, de naturaleza y origen constitucional pasa a depender de la voluntad de un cuerpo inferior a la Constitución, el poder constituido, valga decir, el Congreso. Afortunadamente, en sentencia que corrigió tan errónea interpretación en el caso Andrés Velásquez, el magistrado René De Sola en dicha decisión colocó a la ley en el lugar que le corresponde, subordinada a la Constitución Nacional, ratificando así la vigencia inmediata de la Constitución como fuente de Derecho, inmediatamente exigible.

2.4.- A los elementos señalados, la peligrosa concepción liberal para los derechos fundamentales en el siglo XXI, como simples limitaciones al poder

y, la errónea radicación de la potestad constituyente en el Congreso -y, por ende, en la ley- como potestad constituida, se agrega la evidente ausencia de consagración de la responsabilidad del poder público (Irresponsabilidad del Estado-Legislador, Estado-Juez y Estado-Administrador) por la no vigencia de los derechos fundamentales, violados por la inactividad legislativa al no producir leyes, -valga la terminología empresarial- o por la defectuosa e insuficiente formulación de la misma, ya que en todo caso, según tal concepción, tal vigencia es un problema de la sociedad civil (Libre juego de las fuerzas del mercado, llevadas por una mano "invisible"). Tales ideas sostenidas por el pensamiento liberal llevan a reducir la Constitución al carácter de una mera norma orientadora de los poderes públicos, y en la especie, de la actuación del Congreso, como centro del poder legislativo, a quien le corresponderá -exclusivamente- traducir en auténticos mandatos jurídicos los "principios" consagrados en la Constitución.

3.- DE LA CONCEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA RELACION CONSTITUCION-LEY EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.- LA ATRIBUCION EN EXCLUSIVIDAD Y CON CARACTER PREEMINENTE DE FACULTADES INTERPRETATIVAS ATRIBUIDAS POR EL PENSAMIENTO LIBERAL AL PODER CONSTITUIDO - PODER LEGISLATIVO- DE LA CONSTITUCION AL JUEZ CONSTITUCIONAL

En el Estado Social de Derecho, como es el caso del surgido de la Constitución venezolana del 23 de enero de 1961, se produce un radical cambio en la concepción jurídica de los derechos fundamentales del hombre, en la concepción de la propia Constitución y de la relación Constitución-Ley, así como el consecuente establecimiento de la garantía constitucional de la Responsabilidad del Poder Público, y la atribución al juez constitucional, en exclusividad y con carácter preeminente frente al poder legislativo de la interpretación de la Constitución.

3.1.- En las sociedades modernas, el hombre ha perdido todo control sobre la posibilidad de auto-realizar sus propios derechos fundamentales. No existe posibilidad alguna de controlar su propio círculo de señoríos. La simple posibilidad de disponer y/o beber agua -simple necesidad primaria- en las orbes modernas, sin requerir de la actividad del Poder Público es imposible.

Sin necesidad de esfuerzo intelectual alguno, tal imposibilidad es compartida para el derecho al trabajo, la educación, la salud e, inclusive, para el clásico derecho a la vida de la Declaración Francesa de 1789. Basta una simple molestia en la vida personal de Miguel Rodríguez, o un error de cálculo, en la tecnocracia gubernamental -nacional y extranjera- (representante formal de las concepciones liberales del actual gobierno) para que la tasa de desempleo aumente una o dos décimas, con lo cual, miles de venezolanos perdemos la posibilidad de hacer efectivo el derecho al trabajo, o la condonación de los errores financieros de la Electricidad de Caracas o de los despilfarros de PDVSA, para que sea necesario maquillar la obra de gobierno, mediante una reducción de los presupuestos de educación, con la consecuente pérdida -ya irreparable- de la posibilidad de educación para 130.000 niños sin escuela en el Estado Trujillo (ProTrujillo, 1991).

El Estado Social de Derecho concibe a los derechos fundamentales además de limitaciones al Poder Público -formal e informal, en este último caso, los monopolios- como órdenes de actuar impuestas al Poder Público a los fines de crear las condiciones necesarias para la realización de los derechos fundamentales del hombre. No sólo a la libertad personal y a la propiedad -elemento clave en las sociedades basadas en la riqueza inmobiliaria v.g. la Venezuela pre-social-, sino también el derecho a la vida, a la salud, (Calcaño de Temeltas), a la educación, el trabajo, la salud, la seguridad social, a la vivienda, derechos estos irrealizables por la sola voluntad del sujeto titular, vista la pérdida de control sobre su círculo de señoríos en las sociedades modernas.

3.2.- En el Estado Social de Derecho Venezolano, la relación Constitución-Ley del pensamiento liberal es modificada radicalmente. La Constitución pasa a ser el punto de arranque del sistema, pero ya como fuente de derecho directa acompañada de un sistema de garantías -especialmente la responsabilidad del Poder Público por la vigencia de los derechos fundamentales- y la consagración de la justicia constitucional, es decir, judicialización de la Constitución (USA), como exigencia inmediata de sus contenidos fundamentales.

Así, en la Constitución Venezolana de 1961, la Constitución es fuente de derecho y a su vez, norma que regula la producción jurídica, las fuentes del Derecho.

La Constitución deja de estar a la disposición del poder constituido -poder legislativo, Congreso- para convertirse en el criterio determinante de la regularidad de la actuación de dicho poder. La soberanía que se radicaba en el Poder constituido -el Congreso- es devuelta jurídicamente a su titular original, el pueblo (La soberanía reside en el pueblo, Art. 4 Constitución Nacional) sometiendo el ejercicio del poder público a la Constitución (La Constitución define las atribuciones del Poder Público, Art. 117 Constitución Nacional). La influencia de la concepción norteamericana de la Constitución es evidente, frente a la visión liberal-burguesa de la Declaración de 1789 (Morón).

Ello nos lleva a afirmar que los principios generales plasmados en la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma frente a toda norma inferior a ella y, ello no puede ser de otra forma. De allí que no pueda alegarse ni sostenerse la existencia de normas operativas y programáticas, -como ha venido sosteniendo un amplio sector de la doctrina venezolana- es decir, normas que contienen derechos que pueden exigirse directamente, ya, sin necesidad de requerir ley alguna que los implemente, frente a otras normas que contienen también derechos -sociales, económicos- que requieren de la condescendencia del Congreso para transformarlos en mandatos jurídicos exigibles por ante los Tribunales.

Un tribunal extranjero, el Tribunal Constitucional Español en sentencia 16/ de 28 de abril de 1982, señaló que "...no conviene olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento... Por ello, es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales..." Agrega dicho Tribunal, que "este principio no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable" (Sentencia 15/1982 de 23 de Abril. Pérez Royo, 1986:34)

Como consecuencia de lo expuesto, la ley pasa a estar subordinada a la Constitución. Tal subordinación es diferente de la pensada en la interpretación liberal, ya que si bien interpreta la voluntad del constituyente, no puede en cambio decir, cuál es la voluntad del constituyente contenida en la propia norma dictada e imponer tal definición del querer y voluntad del constituyente

a los demás. (Pérez Royo, 1986:51). Tarea por demás reservada al Juez Constitucional. De forma tal que una norma legal puede ser inconstitucional por no sólo desvirtuar la voluntad del constituyente, sino por insuficiencia de la misma en lograr tal interpretación en la norma producida.

3.3.- Lo expuesto nos lleva a afirmar que la sentencia constitucional irrumpe en el Estado Social de Derecho, como una nueva categoría de fuente de derecho. Deja de ser el legislador negativo -expulsa la norma inconstitucional- en que la simple declaratoria de inconstitucionalidad de limitaciones del poder la había convertido, con la consecuencia necesaria de quedar la materia sin regulación expresa (principio liberal de que el juez no puede sustituir al legislador o a la administración) o más terrible aún, haciendo renacer por virtud de la nulidad declarada la norma anterior que había sido derogada.

Las sentencias del juez constitucional en el Estado Social de Derecho como ha señalado reiteradamente la Doctrina Constitucional Europea, -reciente- judicializan la Constitución, es decir, la hacen directamente exigible, al atribuírsele al señalado Juez el control de la vigencia de la Constitución y ofrecérseles a los particulares un patrimonio -el del Poder Público- como garantía de tal violación (Duque Corredor) y, pasando en consecuencia el juez constitucional del rol de legislador negativo (simple nulidad de la norma o acto inconstitucional) a creador del Derecho. Resulta necesario subrayar con énfasis en este punto, que el control de la vigencia de la Constitución no se limita entonces a los actos violatorios de las limitaciones de poder (concepción liberal tradicional de los derechos fundamentales), sino que abarca también las abstenciones, el no hacer, el no crear las condiciones necesarias para la vigencia de los derechos fundamentales incluida su defectuosa elaboración (Caso Bivens. Tribunal Supremo de los Estados Unidos). Así, a nuestro juicio, el Estado sería responsable de restablecer las situaciones jurídicas lesionadas por su abstención o defectuosa conducta tales como error judicial, mal funcionamiento del servicio de administración de justicia (demora en dictar sentencia), carencia de trabajo, incumplimiento del deber de dictar reglamentos ordenados por Leyes v.g. Lusinchi y Pérez al negarse a dictar los Reglamentos de la Ley Orgánica de Medio Ambiente y Condiciones de Trabajo, mal funcionamiento de los servicios de inspección del trabajo, etc.

Las consecuencias de la concepción que afirmamos, son radicalmente diferentes frente al mundo liberal. Del sistema basado exclusivamente en la

Ley, se pasa al "case law" (Rubio Llorente), cada día más relevante en el sistema venezolano, como se evidencia de la adopción de las decisiones jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia Venezolana, en materia constitucional, y sobre las cuales pesa evidentemente la formación social de algunos de sus magistrados (Duque Corredor, Sosa, De Sola).

4.- LA INEXISTENCIA DE "DERECHOS FUNDAMENTALES NO EXIGIBLES" EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN VIRTUD DE LA JUDICIALIZACION DE LA CONSTITUCION

La interpretación clásica liberal de la Constitución, admite sólo la existencia de normas operativas por relación a los derechos fundamentales y como consecuencia de ello, el derecho a la vivienda, al trabajo, a la educación no son exigibles en tal interpretación, por considerarlos solamente "normas programáticas". La irrupción de los derechos sociales y económicos llevó a la interpretación liberal de la Constitución a concebir a tales derechos como normas programáticas, es decir, deseos del constituyente, no suceptibles de ser traducidos en pretensiones procesales y por ende, no exigibles ante Tribunal alguno. La posibilidad de su exigencia judicial se reservó a los derechos individuales clásicos -mal llamados en forma exclusiva por la Constitución colombiana, derechos fundamentales- en virtud del razonamiento derivado de ser sólo limitaciones al poder.

Para nosotros, al constituir los derechos fundamentales -además- mandatos jurídicos de actuar dirigidos al Poder Público ordenando la creación de las condiciones necesarias para la realización de tales derechos o la eliminación de los obstáculos que se opongan a ello, la imposibilidad de incorporar tales derechos -derecho a la educación- a las situaciones jurídicas subjetivas, en virtud del incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del Poder Público de ese deber, -mandato constitucional- pone en funcionamiento las garantías constitucionales, en especial, la responsabilidad del Poder Público derivada de su omisión o defectuosa actividad, generadora de la lesión que para la situación jurídica subjetiva significa tal conducta y por ende, la obligación de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la misma ("restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida", art. 49 y, "condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios en responsabilidad de la administración y disponer lo necesario

para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa", art. 206. Constitución Nacional).

En virtud de lo expuesto, afirmamos, que la concepción liberal de los derechos sociales y económicos como simples normas programáticas pierde todo significado, porque para el ciudadano individual, la carencia, o el menoscabo en su situación jurídica individualizada por violación de los mencionados derechos, abre el camino para exigir el restablecimiento respectivo por virtud de las garantías constitucionales de control judicial y responsabilidad del Poder Público.

5.- EL PRINCIPIO DE IRREGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS Y CONQUISTAS SOCIALES

El principio de irregresividad de los derechos y garantías sociales se encuentra consagrado en el Preámbulo de la Constitución, en el artículo 50, en el artículo 94, relativo a la Seguridad Social (en el término progresivamente, de progresivo (Mantero de San Vicente, Nikken) que avanza, que aumenta en cantidad o perfección; en el artículo 90, relativo a las relaciones colectivas de trabajo (favorecerá, establecerá relaciones colectivas de trabajo) y el cual reviste especial importancia ante la actual discusión del regresivo y liberal "Proyecto de Ley de Prestaciones Sociales" presentado por Fedecámaras y adoptado -gozosamente- por el Presidente de la República, que pretende eliminar las prestaciones sociales de rango constitucional de antigüedad y cesantía (art. 88) e iniciar la destrucción del principio de solidaridad del derecho constitucional a la seguridad social (art. 90). La doctrina italiana en consideración al artículo 38, 4to. párrafo de la Constitución de ese país, señala que la evolución del sistema jurídico de seguridad social es irreversible (Persiani). En este sentido, la sentencia del 21-12-82 que fundándose en los artículos 1, 9 y 2 de la Constitución española, señala que "debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas" en aplicación directa de la doctrina de la garantía institucional que protege a aquellas conquistas frente a medidas que impliquen su desaparición o transformación de efectos equivalentes.

Manifestaciones expresas de dicho principio, se contienen en:

5.1.- El principio de irregresividad de las prestaciones sociales contenido en el artículo 128 de la LOT, que establece que "Con el objeto de facilitar que el trabajador reciba el salario que requiere para satisfacer sus necesidades fundamentales y SIN MENOSCABO DE LA CUANTÍA DE LOS DERECHOS QUE ESTA LEY CONSAGRA EN SU INTERES con motivo de su permanencia en el trabajo, podrá dictarse una ley especial sobre el régimen a cumplir por patronos y trabajadores acerca de sus relaciones y derechos patrimoniales a que se refieren los Capítulos VI y VII del Título II de esta Ley y a la organización de un sistema a cargo de la Seguridad Social al cual contribuyen patronos y trabajadores, que ampare a éstos en caso de cesantía y los proteja en el retiro, vejez e invalidez".

5.2.- El principio de la irregresividad de las conquistas, derechos y garantías sociales y la llamada "Concession Barganing" (Kassalow) o convención colectiva de concesión, en la cual se acuerda la disminución de beneficios ya acordados por virtud de normas contenidas en contratos colectivos, pero (art. 525 y 526) (Caso LAV), siempre temporalmente y bajo condición de inamovilidad de los trabajadores amparados por el respectivo contrato colectivo y la prohibición de rebajar las escalas de sueldos de los funcionarios públicos, salvo en forma temporal por razones fundadas en especiales circunstancias de orden económico con la obligación de restablecerlas desaparecidas aquéllas. (art. 44, Ley de Carrera Administrativa).

5.3.- El principio de irregresividad de las conquistas sociales y la modificación de los contratos colectivos, manifestado en la precisión en el cambio de cláusulas en los contratos colectivos. Válvula de escape, de uso común, para la eliminación de condiciones más favorables en la práctica de la negociación colectiva venezolana y para la cual se requiere de motivación expresa y, la participación más efectiva del funcionario del trabajo en tal acto. (art. 511 y 512, LOT).

5.4.- El principio de irregresividad de las conquistas sociales frente al concepto de salario general o en cualquiera de sus especies, que impide que el mismo sea cuantitativamente inferior al contenido en las disposiciones legales modificadas, de forma tal que cualquier concepto de salario posterior que se admita no podría menoscabar las ventajas ya obtenidas por la señalada legislación. Admitir lo contrario, generaría la posibilidad de que un trabajador

perciba por su trabajo de hoy, menos cuantitativamente que lo obtenido bajo el régimen derogado, posibilidad a todas luces inaceptable. De allí la ilegalidad sobrevenida -en el supuesto de su vigencia- de la concepción reglamentaria del "salario normal" en el Reglamento de la Ley del Trabajo derogada por la LOT, la cual definía al salario normal como lo percibido en forma fija y permanente en su aplicación al concepto de salario base para el cálculo de las prestaciones sociales en virtud de la concepción "promedial" de la misma Ley del Trabajo derogada (art. 41, 2do. párrafo y artículos 37 y 39 ...cuantía periódicamente variable...").

Lo expuesto, nos revela entonces, la vigencia del principio de irregresividad de los derechos y garantías fundamentales del hombre, y su necesaria consideración ante los peligros que la concepción liberal del Estado implica para la vigencia de tales derechos en el siglo XXI, de lo contrario habría que admitir como posible aquella frase al final de la Rebelión de la Granja de Orwell, que cambia su inspiración ideológica inicial de ser todos los animales iguales, por la admisión de haber unos más iguales que otros.

Legislación

Comentarios sobre algunas disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo

Agustín Gómez Marín

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1992

I.- CONCEPTO DE SALARIO

En el lenguaje jurídico y para el jurista, el salario es la remuneración por lo general en dinero o excepcionalmente en especie, que se paga a la persona que hace un trabajo para otra en virtud de una relación laboral. Quiere indicarse con ese concepto, el aspecto más trascendente de la noción, cual es el carácter de obligación del salario para el empleador o patrono y de crédito para el trabajador, dentro de una relación de reciprocidad, es decir, como un derecho de éste y una obligación de aquél, cuyo objeto es la prestación de trabajo. Es por lo tanto, el salario, el objeto de la obligación fundamental del patrono y en consecuencia del derecho fundamental del trabajador; hoy por hoy delineado en la mayoría de las legislaciones, como compensación considerada no solamente en relación a la cantidad y cualidad del trabajo, sino a las necesidades subjetivas del trabajador derivantes de las exigencias de su vida individual, familiar y social. Se rompe con esta concepción holística, el criterio inicial de una equivalencia de prestación de servicio vendida por un precio o remuneración y se irrumpe en consideraciones más relevantes, como es de enfocar al trabajador como un ente de características de importancia social; más que un número inmerso en el entorno de la sociedad, como una persona susceptible del ejercicio de derechos y de contratación de obligaciones. Todo ello derivado de la contemporaneidad y del acercamiento del próximo milenio, de la necesidad del establecimiento de una economía global con ribetes de justicia social, y de una mayor competitividad y eficiencia.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 133 define el salario de la manera siguiente:

"...Para los efectos legales se entiende por salario la remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios y comprende tanto lo estipulado por unidad de tiempo, por unidad de obra, por piezas o a destajo, como las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como los recargos legales o convencionales por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación o vivienda, si fuere el caso, y cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que perciba por causa de su labor. Cuando el patrono o el trabajador, o ambos, estén obligados legalmente a cancelar una contribución, tasa o impuesto a un organismo público, el salario de base para el cálculo no podrá exceder del equivalente al monto del salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se cause el pago.

PARAGRAFO UNICO: No se considerarán formalmente parte del salario:

a) las gratificaciones no relacionadas directamente con la prestación de trabajo que por motivos especiales conceda voluntariamente el patrono al trabajador;
b) los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente;
c) los aportes del patrono para el ahorro del trabajador en cajas de ahorro, en otras instituciones semejantes o mediante planos acordados con este fin, salvo que el patrono y el trabajador acuerden tomar en cuenta dicho aporte en el salario de base para el cálculo de lo que corresponde al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo;
d) el reintegro al trabajador de los gastos que haya hecho en desempeño de sus labores...".

No cabe duda que el concepto transcrito, traduce una noción compleja y por lo tanto es imperativo para el intérprete, proceder con sumo cuidado y sobre todo con riguroso apego a las más correctas normas hermenéuticas, a los fines de deslindar su alcance o dimensión y los efectos prácticos de su aplicación en las relaciones ordinarias.

Lo primero que hay que señalar es que la Ley parte por precisar el **concepto jurídico de salario,** señalando que es la remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios o por causa de su labor. Con ello nuestra legislación, dilata sensiblemente el clásico reducido esquema de cambio, con el cual la doctrina tradicional y la Ley otorgaban al ligamen causal de la prestación de servicios con la remuneración. De tal modo, que para nuestra Ley las atribuciones patrimoniales integrantes del salario siguen vinculadas a la regla de la correlatividad y la equivalencia con la prestación del trabajo, pero, en un esquema más amplio en el cual, el ligamen no es sólo con la particular prestación de trabajo, sino también con los caracteres cualitativos y cuantitativos de la misma, ordinarios y extraordinarios, normales y anormales, y sobre todo, a los aspectos subjetivos de la persona trabajadora en relación con las exigencias de su vida y de su grupo familiar. De manera que, el ligamen o vinculación al esquema de cambio se amplía para calificar como salario cualquier atribución patrimonial que reciba el trabajador **a cambio o a causa de su trabajo.**

En segundo lugar, la aludida definición contiene las distintas modalidades de salario normalmente y universalmente conocidas. Así, se habla de salario estipulado por unidad de tiempo, por unidad de obra, por pieza o a destajo, e indirectamente se hace referencia a la modalidad de trabajo mixto o variable, al deducirse la posibilidad de que el salario sea estipulado con el pago de una parte fija y de otra variable, como lo sería, por medio de comisiones o con participación en las utilidades de la Empresa.

En tercer lugar, la definición contiene, los elementos que integran el salario, haciendo referencia en primer lugar al elemento base, constituido por la retribución mínima por unidad de tiempo y calificación profesional y que traduce en la práctica al llamado salario básico o salario tabulador. Además, al enumerar en forma enunciativa y no taxativa, otros elementos distintos de la paga básica, hace referencia al llamado salario marginal que, conjuntamente con la paga básica, forman y constituyen el llamado salario integral.

En cuarto lugar, la definición prescribe claramente y contiene cuál es y puede ser el objeto del salario, cuando establece que la remuneración debe ser por lo general un ingreso pecuniario, traducido en moneda o en especie, tales como alimentación o vivienda. En otras palabras, dibuja el objeto del salario

conforme a lo que en la práctica se conoce como el salario moneda o salario en especie.

Por último, enumera un conjunto de compensaciones que aun cuando pueden considerarse como integrantes de las remuneraciones otorgadas por el patrono al trabajador ya apreciables por el vínculo de dependencia de éste, no forman parte del salario en razón de no guardar una relación directa con la prestación del trabajo y ser producto de una concesión graciosa, o en fin, ingresos que conforme a una valoración económica hecha por el legislador deben quedar excluidas de los elementos integrantes del salario.

II.- CONCEPTO DE SALARIO BASICO

Deslindado el concepto jurídico de salario en los términos antes descritos, puede afirmarse sin lugar a dudas que el concepto del salario básico no es otra cosa que uno de los elementos y tal vez el más común y ordinario, integrante del salario. Con ello, quiere significarse la porción de remuneración mínima, establecida por unidad de tiempo o un resultado de trabajo y de una calificación profesional. De manera tal que puede hablarse del salario básico mensual, semanal, o diario, cuando el mismo ha sido estipulado por unidad de tiempo, o de las tarifas de destajo por unidades o volúmenes producidos en horas, en días, en semanas o en meses.

El salario básico no es otra cosa que una noción reducida del salario en términos amplios e integrales, y que legalmente y sobre todo, a los fines prácticos, constituye una unidad de medida para establecer el sistema de cálculo o de referencia para el pago de algunas prestaciones o indemnizaciones surgidas por la realización del trabajo o por causa de éste. En nuestro Derecho y conforme a la tradición jurisprudencial acogida por nuestro más alto Tribunal, el salario básico es la mínima retribución que recibe el trabajador a cambio de su labor ordinaria; esto es, por el trabajo ejecutado exclusivamente en la jornada diurna de ocho (8) horas o la nocturna de siete (7) horas. Como puede observarse, la noción de salario básico traduce el concepto de salario precio, vale decir, aquella cantidad o valor económico que el empleador o patrono otorga al trabajo humano dentro de la jornada legal como un factor o elemento de producción. Así lo ha entendido no sólo la contratación colectiva que normalmente precisa al salario básico como la suma fija que de

acuerdo con el tabulador, devenga el trabajador a cambio de su labor ordinaria, sin bonificaciones ni primas de ninguna especie. O como lo señalan algunos instrumentos legales, por ejemplo, la Ley de Política Habitacional que afirma o entiende por salario básico, el sueldo asignado al cargo, en el caso de los funcionarios públicos, y en el de los trabajadores del sector privado, la cantidad fija que, como cuota mensual o diaria, éstos perciban a cambio de su labor ordinaria sin pagos extras de ninguna naturaleza, o como lo hace el Decreto Nº 1.538 del 29 de abril de 1987, que estatuye el llamado Bono Compensatorio para el cual el salario básico, es la cantidad fija, mensual o diaria, que perciba el empleado o el obrero a cambio de su labor ordinaria.

Puede concluirse que la noción de salario básico se encuentra comprendida dentro del concepto de salario aportada por nuestra legislación y técnica y jurídicamente debe ser vista como una de las partes integrantes del salario, y que comúnmente es tomada como un criterio de referencia para el pago de ciertas prestaciones o indemnizaciones de naturaleza legal o contractual.

Hay que agregar además como una nota importante el que la Ley Orgánica del Trabajo, para el cálculo y pago de la mayoría de las indemnizaciones o prestaciones previstas por éstas, lo excluye como criterio de referencia o mecanismo de cálculo, prefiriendo la nueva forma del llamado salario normal, sin que con ello pueda entenderse, que las partes no puedan utilizarlo en aquellas prestaciones o indemnizaciones de naturaleza convencional, o donde la Ley no haya previsto en forma expresa otra forma de cálculo o de referencia.

III.- CONCEPTO DE SALARIO NORMAL

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo y a los fines de establecer el salario de base o de referencia para el cálculo de las vacaciones, horas extras diurnas y nocturnas, descanso semanal, días feriados, preaviso y antigüedad, se estableció un sistema o régimen de cálculo a través del salario normal.

La Ley no define lo que debe entenderse como salario normal. Sin embargo, hay que señalar que el artículo 114 del Reglamento de la Ley del Trabajo, lo entiende como *"...la retribución efectivamente devengada por el trabajador en forma regular y permanente en el tiempo inmediatamente anterior a la*

fecha de su determinación...". Esta definición de salario normal y por ende, este tipo de salario de referencia, era tomado como base para el cálculo solamente de las indemnizaciones de preaviso y vacaciones, alargándose en la nueva legislación a los casos ya mencionados de horas extras, descanso semanal obligatorio, días feriados y las indemnizaciones previstas para el caso de terminación del contrato de trabajo.

La noción de salario normal es incuestionablemente, al igual que la de salario básico, un elemento más, integrante de la noción general de salario, en la cual quedan incluidas todas las atribuciones patrimoniales que recibe el trabajador en virtud de su relación o contrato de trabajo en forma regular y constante, vale decir, habitualmente y que conforman pagos ciertos y permanentes como también regulares. El salario normal es por lo tanto, la suma comprensiva de las atribuciones patrimoniales que poseen el atributo de "regular" y "permanente" y que son pagadas al trabajador por la prestación de sus servicios o por causa de ésta, lo que implica que en ellas quedan comprendidas, el sueldo básico o la comisión que habitualmente recibe el trabajador; los pagos por horas extras y bono nocturno, cuando se devenga con cierta regularidad; la remuneración de los días de descanso y feriados legales y convencionales; la bonificación de transporte, el bono de alimentación, las primas de vivienda, el bono vacacional y otras retribuciones que de manera regular recibe el trabajador por la prestación de sus servicios o con ocasión de ellos.

IV.- SALARIO ORDINARIO

El salario ordinario es un tipo de salario fijado en relación y dependencia a la jornada de trabajo, vale decir, traduciendo en términos jurídicos la cantidad que el patrono o empleador paga al trabajador sólo y exclusivamente por el lapso de tiempo establecido por la Ley o por el contrato para la jornada de trabajo. En otras palabras, que el salario ordinario es el que excluye todo pago causado por prestaciones laborativas cumplidas fuera de la jornada ordinaria, verbigracia, las horas extras nocturnas y diurnas y lo pagado por días de descanso semanal y días feriados.

Hay que advertir sin embargo, que tanto un sector de nuestra Jurisprudencia como de nuestra Doctrina no comparten la aludida apreciación, por considerar

que es erróneo identificar el salario ordinario con jornada ordinaria, aludiendo en consecuencia a la labor realizada habitualmente por el empleado u obrero a razón de su contrato y con ello, incluyendo en la noción de salario, no sólo lo que exclusivamente devenga el trabajador por el pago del número de horas que comprenden su jornada de trabajo, sino también aquellas por concepto de horas extraordinarias, trabajos de emergencia o de descanso semanal. A decir verdad e independiente del criterio que pueda sustentarse para definir al salario ordinario, este concepto está en relación y en función no del trabajo efectivamente realizado por el trabajador según su contrato y la Ley, sino conmensurado al tiempo de la jornada laborativa y que se hace coincidir con la paga básica o el elemento básico del salario. En consecuencia, más que una modalidad salarial es una manera de ver la jornada de trabajo.

En conclusión, puede sostenerse que conforme a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el salario ordinario es la retribución que el trabajador recibe por el trabajo ejecutado en la jornada diurna o nocturna conforme al máximo legal, y en el cual quedan excluidos todas las gratificaciones, percepciones, retribuciones de horas extras, bonificaciones de trabajo, pagos por compensación de días feriados y cualquier otro concepto distinto del salario básico, aun cuando posean los atributos de permanencia y de regularidad. En otras palabras, que la noción de salario ordinario sería diferente a la noción de salario normal, aun cuando ésta pueda en la práctica quedar contenida en aquélla. En todo caso, creemos que la noción de salario ordinario, tal como lo ha concebido nuestra jurisprudencia, coincide con la noción de salario básico y tanto una como la otra están conmensuradas en función del tiempo de trabajo efectuado durante una jornada ordinaria, excluyendo cualquier otra cantidad que pueda calificarse de extraordinaria o emergente; así como sería salario ordinario y salario básico la cantidad fija diaria, semanal o mensual que recibe a cambio de su trabajo sin inclusión de pago por otros conceptos.

No cabe duda que entre el salario normal y el salario básico nos encontramos con nociones que se diferencian pero que no se excluyen. En efecto, lo que va a determinar el salario normal es su regularidad, independientemente de que el mismo sea causado dentro de la jornada ordinaria o fuera de la misma. De manera que bien puede existir un salario normal que a la vez sea básico como también existir un salario normal en el cual queden incluidos conceptos salariales ajenos al salario básico.

No escapa sin embargo el hecho de que las nociones de salario básico y de salario ordinario, son conceptos sobre los cuales se tejen y se han tejido incertidumbres e imprecisiones conceptuales y prácticas, que ocasionan y que han ocasionado problemas en el normal y armonioso desenvolvimiento de las relaciones laborales. Es correcto y consecuente aspirar que el próximo Reglamento de la Ley del Trabajo, así como la contratación colectiva, sean lo más preciso y seguro en delimitar el marco conceptual de esas nociones y permitir a las partes involucradas en el proceso productivo, una mejor y correcta aplicación de la Ley.

Yo creo sin embargo que, de todo lo expuesto en torno a las nociones de salario básico, normal y ordinario, pueden establecerse algunos criterios para un mejor comprensión de los mismos, a saber:

a.- El salario básico es una remuneración fijada en relación a una unidad de tiempo y calificación profesional, pero cuyo valor o cantidad se hace depender de la libre voluntad de las partes, dejando a salvo por supuesto el salario mínimo normal inderogable. Fíjese que aquí lo que determina la cuantificación del salario básico es una cuestión estrictamente de orden económico, es decir, de precio como si se tratase de una mercancía sujeta a los patrones de economía de mercado.

b.- El salario ordinario es una remuneración que se hace depender única y exclusivamente de la duración de la jornada laborativa legal. Entiéndese por lo tanto que lo que en última instancia cuenta para su determinación es el número de horas cumplidas y trabajadas por el trabajador en la jornada legal.

c.- El salario normal es una remuneración que se hace depender de la regularidad y permanencia de la misma, es decir, de una suerte de depuración del salario integral de sus componentes no normales o no habituales.

Como conclusión, hay que señalar que la noción jurídica de salario, es decir, el salario como prestación obligatoria guarda una relación de independencia y de causalidad con la prestación del servicio, de modo tal que ello explica por qué toda prestación de servicio subordinada es remunerada. Empero, cuando el salario no es visto como una prestación obligatoria sino como un medio de referencia o un criterio de base para el cálculo de algunas

indemnizaciones derivadas de la relación laboral o del contrato, evidentemente el salario no guarda una relación de dependencia causal con la prestación del servicio, siendo tan sólo un criterio para la determinación y el cálculo del pago de una indemnización de naturaleza legal o contractual.

V.- SALARIO DE BASE PARA EL CALCULO DE SOBRETIEMPO

Por sobretiempo entiéndese la labor cumplida por el trabajador fuera del límite máximo a que por Ley o por contrato se haya establecido para la jornada de trabajo, es decir, para aquel lapso de tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer libremente de su actividad y de sus movimientos.

Conforme a la Ley y salvo las disposiciones previstas en ella misma, la jornada la diurna no puede exceder de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y cuatro (44) horas semanales; la nocturna no podrá exceder de siete (7) horas diarias ni de cuarenta (40) horas semanales; y la jornada mixta no podrá exceder de siete y media (7 1/2) horas por día, ni de cuarenta y dos (42) horas por semana.

Al hablar de sobretiempo debe entenderse de horas extraordinarias o extras cumplidas fuera de la jornada ordinaria normal conforme a lo antes dicho. De manera que, y en relación a la naturaleza de la jornada, se habla de horas extras nocturnas y diurnas. Del mismo modo debe entenderse por sobretiempo la labor cumplida en los días festivos o de descanso semanal obligatorio.

Conforme a la Ley el salario base para el cálculo de las horas de sobretiempo, es el salario normal devengado por él durante la semana respectiva; se paga, si se trata de horas extraordinarias diurnas con un recargo del cincuenta por ciento (50%) por lo menos sobre el salario convenido para la jornada ordinaria, y del treinta por ciento (30%) de recargo por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada diurna (Art. 155 y 156 de la Ley Orgánica del Trabajo).

De un ligero examen del artículo 144 de la Ley Orgánica del Trabajo y de los artículos 155 y 156 **ejusdem**, pareciera existir una contradicción entre dichas disposiciones por cuanto la primera demanda como régimen para el cálculo

del sobretiempo el salario normal y sin embargo, la segunda hace referencia al salario convenido para la jornada diurna.

A decir verdad, la presunta contradicción es meramente semántica y no sustancial, por cuanto la Ley Orgánica del Trabajo habla de salario convenido y no de salario ordinario fijado como lo señalaba la vieja Ley, y lo cual se traduce que el salario convenido para la jornada, no lo es forzosamente sino aquel a que se refiere el legislador como el normal que recibe como pago por su trabajo. De manera pues, que una cosa muy distinta es hablar de salario ordinario fijado que salario convenido para la jornada ordinaria, y por supuesto que al hacer hincapié en la locución convenido no cabe duda que está haciendo referencia al criterio según el cual, la jornada ordinaria debe entenderse como aludiendo a trabajo realizado habitualmente por el empleado u obrero en razón de su contrato y con ello incluyendo en la noción de salario, no sólo lo que exclusivamente devenga el trabajador por el pago del número de horas que comprende su jornada de trabajo, sino también aquella por concepto de horas extraordinarias, de trabajo de emergencia o de descanso semanal. Hay un desplazamiento del criterio que sirve de valoración para la determinación del cálculo: de una mera referencia cuantitativa de la jornada, a una basada en la efectiva y real prestación de servicios del trabajador según su contrato.

En todo caso, y allende a la presente disquisición hermenéutica, a estas alturas y conforme a la Ley, no duraría que el cálculo y el pago tiene que realizarse sobre la base del salario normal devengado por el trabajador, durante la semana respectiva.

Siempre en relación con el cálculo y el pago del sobretiempo, es necesario dejar sentado que la Ley es clara cuando señala que la referida erogación debe hacerse sobre la base del salario normal devengado por el trabajador **durante la semana respectiva.**

Ahora bien, gramaticalmente "respectivo" es un adjetivo usado para calificar a personas o cosas determinadas. En este sentido pareciera que la Ley al referirse al salario respectivo no deja duda de que es al salario normal de esa semana y no de otra. Es decir, respectivamente a ella, como un calificativo que gramaticalmente elude necesariamente a la relación o consideración de

la semana concreta y específica durante la cual se ha causado el trabajo sobretiempo. De tal manera, que sería infundada y a la vez temeraria, la pretensión de una especie de "bola de nieve", o "recálculos sobre recálculos" para el pago del sobretiempo; es decir, que lo devengado en la semana respectiva debe contener los ingresos progresivamente y acumulativamente causados con anterioridad a ella, y que necesariamente van a influir en las eventuales y futuras horas de sobretiempo a causarse.

Una interpretación de tal naturaleza, vale decir, que dé ciudadanía al llamado "recálculo sobre recálculo" o a la llamada "bola de nieve", además de ilegal, resulta temerario y equivaldría a un golpe de estado económico de la ecuación financiera del contrato de trabajo que, traduciría por lo menos, una quiebra inexorable de la más próspera y productiva Empresa.

Además generaría un pesado gravamen sobre el patrono que desequilibraría de manera desproporcionada, la vinculación entre el factor trabajo y capital, con las secuelas socio-económicas que ello implica, como sería la recesión y desempleo.

VI.- INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 216, 217 y 218 DE LA LEY ORGANICA DEL TRABAJO EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 339 *IBIDEM*, EN CUANTO AL DESCANSO COMPENSATORIO

Puede afirmarse que las normas atañaderas a los días feriados y de descanso obligatorio tienen una regulación uniforme para los trabajadores del mar en relación con los laborantes de tierra, salvo las pocas excepciones previstas en la sección segunda del capítulo VII de la Ley Orgánica del Trabajo que regula el régimen especial del trabajo en la navegación marítima, fluvial y lacustre. Vistas así las cosas, es necesario puntualizar que las relaciones laborales de los trabajadores del mar tienen una regulación especial en los artículos previstos en el aludido capítulo y sección (artículo 333 al 357), complementado por las disposiciones generales de la Ley del Trabajo que le sean aplicables, en cuanto no las modifiquen. En otras palabras el régimen de las relaciones de trabajo de la gente de mar es especial, pero supletoriamente le son aplicables, siempre que no modifiquen el tratamiento especial de las normas generales previstas en la Ley Orgánica del Trabajo en la totalidad de las instituciones y materias por ella reguladas.

Una de esas normas de excepción en materia de descanso compensatorio, es la contenida en el artículo 339 de la Ley Orgánica del Trabajo, que textualmente recita lo siguiente:

> *"...La duración normal de trabajo en la navegación marítima, fluvial y lacustre será de cuarenta y cuatro (44) horas semanales pero podrá acordarse una jornada diferente, siempre que el promedio de duración del trabajo de un tripulante, en un lapso de ocho (8) semanas, no exceda de cuarenta y cuatro (44) horas por semana. El trabajo que deba realizarse por domingos y días feriados deberá justificarse y se remunerará conforme a lo previsto en el artículo 154. El descanso compensatorio podrá adicionarse a las vacaciones del trabajador..."*

Lo primero que hay que señalar es que de acuerdo a la aludida disposición, el trabajo que deba realizarse en domingos y en días feriados deberá ser justificado.

Considero que esta primera condición objetiva de la Ley se traduce en un comando jurídico que se expresa en lo siguiente: el trabajo que deba realizarse en domingos y días feriados deberá proceder solamente en aquellos casos en que la Ley lo autorice y en los límites de tiempo por ella permitido, además de su adecuada motivación en relación a las exigencias y naturaleza de la labor. En otras palabras, es necesario su legalidad y su seriedad, para que el mismo pueda ser realizado.

En segundo lugar, la aludida disposición reafirma el carácter oneroso de la remuneración en el contrato de trabajo, estableciendo la obligatoriedad de que el trabajo realizado en domingos y días feriados debe ser remunerado; señalando expresamente a tales fines que, esa remuneración se hará conforme a lo previsto en el artículo 154 de la Ley, es decir, calculado con un recargo del cincuenta por ciento (50%) sobre el salario ordinario.

Hay que señalar como dato curioso, que el artículo 154 de la Ley Orgánica del Trabajo a diferencia del artículo 155 y 156 **ejusdem**, utiliza el mismo lenguaje de la Ley vieja para establecer el salario base para el cálculo y pago de los días feriados, es decir, habla de salario ordinario y no de salario convenido para la jornada ordinaria.

Sin embargo, una interpretación objetiva y realística de la Ley y partiendo de lo previsto en el artículo 144 de la misma no debe sino traducirse en el criterio según el cual los días festivos y feriados deben ser remunerados a base de salario normal y por supuesto también su recargo; sería una contradicción en acto pretender remunerar sobre una base de cálculo diferente lo accesorio de los principal, es decir si lo principal que es el día de descanso y día feriado se calcula sobre salario normal, necesariamente lo lógico y correcto es que el recargo por concepto de días festivos y de descanso trabajado, se remuneren en forma idéntica y no diferente. Personalmente considero, que la Ley no quiso establecer un tratamiento diferente sino que involuntariamente por error de técnica legislativa y por la costumbre en el manejo del texto derogado se aludió incorrectamente al salario ordinario cuando debió hablarse de salario normal o, salario convenido para la jornada ordinaria.

Refuerza el criterio aquí expuesto un argumento de orden legal, cual es el siguiente: el legislador al establecer en el artículo 145 de la Ley Orgánica de Trabajo el régimen de cálculo para el pago de las vacaciones, expresamente señala que el mismo debe hacerse a base de salario normal; pero sin embargo, en el artículo 133 en concordancia con el artículo 233 de la misma Ley, prevé que el Bono Compensatorio debe calcularse y pagarse en base a salario integral o salario a secas. Se deduce fácilmente entonces que el legislador cuando ha querido distinguir un régimen de cálculo para el pago de un único instituto o indemnización lo ha hecho, pero en respeto del principio según el cual los accesorios de una prestación principal no pueden desmejorar el mínimo legal inderogable establecido para la prestación principal. En otras palabras, que la Ley sí permite que una indemnización se pague a base de salario normal y otra consecuencia directa de ésta, se pague a salario integral, pero lo contrario no es jurídicamente posible ni admisible en el Derecho del Trabajo, el cual permite en larga medida las reformas *in melius* pero no *in peius* de los derechos de los trabajadores.

Independientemente de esa interpretación personal, es evidente que existe una contradicción entre dos disposiciones de una misma Ley, vale decir, entre el artículo 154 y el artículo 144 de la Ley Orgánica de Trabajo, que brindaría al intérprete la posibilidad de dos soluciones para un mismo caso.

Esta situación enmarcaría incuestionablemente en unos de los supuestos o hipótesis de aplicación del principio *in dubio* pro operario, o del "favor"

como también se le conoce. Por lo tanto, en última instancia, la cuestión quedaría resuelta por la aplicación de este principio que con la entrada en vigencia de la nueva Ley del Trabajo adquirió ciudadanía y valoración normativa en el artículo 38 de la misma.

En consecuencia, creo que los conflictos existentes entre los artículos 155 y 156 con el 144 de la Ley Orgánica del Trabajo, lo mismo que el 154 y 144 **ejusdem**, deberían ser resueltos sin mayores traumas y problemas aplicando el principio de la norma más favorable para el trabajador conforme a lo estatuido en el artículo 38 de la Ley en cuestión.

El artículo **in comento** expresa que el descanso compensatorio podrá adicionarse al de la vacaciones del trabajador marino. Sobre este particular, hay que señalar antes de todo, que el descanso compensatorio es un beneficio de orden legal incorporado por la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 218, y cuyo origen inmediato se encuentra en el artículo 90 del Reglamento de la Ley del Trabajo vigente. Según esa disposición, cuando un trabajador hubiere prestado servicios en días domingos o en el día que le corresponda su descanso semanal obligatorio, por cuatro (4) o más horas, tendrá derecho a un día completo de salario y de descanso compensatorio; y cuando haya trabajado menos de cuatro (4) horas, tendrá derecho a medio día (1/2) de salario y de descanso compensatorio. Estos descansos compensatorios deben concederse en la semana inmediatamente siguiente al domingo o día de descanso semanal obligatorio en que hubiere trabajado.

Igualmente la referida disposición prevé que cuando el trabajo se efectúe los días 1° de enero, jueves y viernes santos, 1° de mayo y 25 de diciembre, los señalados en la Ley de fiestas nacionales y los declarados por el Estado o Municipalidades como compensatorios, salvo que algunos de estos días coincida con el domingo o con su día de descanso semanal.

Estimo acertada la opinión de quien ha considerado que la norma en referencia mejora sensiblemente su antecedente reglamentario, ya que al incorporar la frase "o en el día que le corresponda su descanso semanal obligatorio", deja clara la situación de empresas que por su propia naturaleza, deben trabajar los domingos, y por ende, no les coincide el reposo semanal o el descanso obligatorio con el domingo.

El descanso compensatorio es un beneficio legal que no se traduce en un contenido material monetario, sino en un privilegio o derecho por parte del trabajador al goce de un descanso en la semana inmediatamente siguiente al domingo o día siguiente de descanso semanal obligatorio en que hubiere trabajado.

La Ley condiciona el referido derecho a la realización de la prestación del servicio en día domingo o en el día que le corresponda su descanso semanal obligatorio, excluyendo de esos supuestos los días de descanso convencionales como cuando el trabajo se efectúe en los casos previstos en el último aparte, del **in fine** artículo 218 de dicha Ley.

Conforme al artículo 216 de la Ley Orgánica del trabajo, el descanso semanal obligatorio será remunerado, con el pago de una cantidad equivalente al salario de un día, lo mismo que el día de descanso semanal adicional convenido por las partes conforme al artículo 196 **ejusdem**.

Ahora bien, cuando el trabajador tipifica el supuesto de hecho del artículo 218 de la Ley Orgánica del Trabajo, es evidente que surge para él los siguientes derechos: a.- El goce a un día completo de salario como consecuencia de haber prestado servicio en el día domingo o en el día que le corresponda su descanso semanal obligatorio; b.- el recargo del cincuenta por ciento (50%), conforme a lo previsto en el artículo 154 **ejusdem** y; c.- el goce a un día o medio día según los casos, de descanso compensatorio en la semana inmediatamente siguiente al domingo o día de descanso semanal obligatorio en que hubiere trabajado.

En relación a esta materia, es necesario dejar claro que el trabajador por el hecho de prestar servicios en día domingo o en el día que le corresponda su día de descanso semanal obligatorio, no tiene derecho, como erróneamente algunos lo han creído, al cobro de dos días por concepto de descanso semanal obligatorio, sino solamente a un día con el recargo del cincuenta por ciento (50%) de que habla la Ley, es decir, que no existe una duplicidad de cobro: una conforme al 217 y otra conforme al 218, dejando a salvo por supuesto el goce del descanso compensatorio con arreglo a la Ley.

Realmente, la confusión radica en lo siguiente: la Ley en su artículo 217 hace depender el pago por concepto de trabajo realizado en día de descanso

obligatorio y del recargo del cincuenta por ciento (50%), a la labor efectiva de una jornada laborativa de ocho horas. Por el contrario, el artículo 218 la hace depender no de un día de trabajo efectivo, sino de cuatro o más horas para tener derecho al cobro de ese día, o menos de cuatro horas para tener derecho al cobro de medio día de salario.

Gráficamente tendríamos entonces, que un oficial al servicio de una empresa naviera tendría el derecho al cobro de los días de descanso convencionales y legales, que normalmente por ser su salario mensual, estarían comprendidos en la correspondiente paga, pero que sin embargo cuando trabajen los domingos o en un día que le corresponda su descanso semanal obligatorio, tendría derecho al cobro de ese día con el correspondiente recargo, y por supuesto al goce de un día de descanso compensatorio conforme a lo ya dicho en esta consulta.

Hay que señalar que conforme al artículo 218 de la Ley Orgánica del Trabajo en concordancia con el artículo 239 **ejusdem**, el legislador ha previsto la posibilidad que el descanso compensatorio pueda adicionarse a las vacaciones del trabajador. A mi manera de ver las cosas, esta norma en principio, permite que el día de descanso compensatorio de los trabajadores marinos puede excepcionalmente postergarse en cuanto a la oportunidad legal de su goce, para el momento del goce de las vacaciones por parte del trabajador, en el sentido de una adición al número de días que por Ley o por el contrato tiene derecho al goce, y no como un sustituto de naturaleza económica.

Esta disposición de la Ley a mi juicio, además de rígida es irreal. Rígida por cuanto al tratarse de una materia de estricto orden público y de naturaleza preceptiva, no permite su relajamiento por medio de acuerdos interpartes. Irreal, por cuanto su aplicación comportaría un alargamiento tan extenso del goce de los días de vacancia que resultaría a la postre inaplicable o de inconveniente cumplimiento. Por lo tanto, considero que es necesario estudiar fórmulas para solventar esta problemática tan delicada, tanto para las Empresas como para los Sindicatos. Por lo pronto, soy de quien considera que el problema puede resolverse en sede de contratación colectiva y con arreglo a lo previsto en el artículo 512 de la Ley, la cual permite que las partes convencionalmente, puedan modificar las condiciones de trabajo vigente, siempre que tales modificaciones comporte una compensación que garantice beneficios que en su conjunto proyecte una reforma **in melius** del contrato.

VII.- APLICACION PREFERENTE DE LA LEY O DEL CONTRATO COLECTIVO EN LAS SITUACIONES DE MODIFICACIONES LEGALES EN CUANTO AL REGIMEN DE UTILIDADES Y VACACIONES

Lo primero que debe tomarse en consideración al abordar este punto es el principio consagrado en nuestro Código Civil en materia de Contratos en general y según el cual, éstos tienen fuerza de Ley entre las partes, no pudiendo revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.

En el plano del Derecho Laboral el aludido principio tiene una aplicación parcial y relativa por cuanto en los casos de reformas legales sobrevenidas que modifiquen el contenido de los contratos, la tendencia universal, avalada en los convenios colectivos, es el de la aplicación del régimen más favorable para el trabajador.

Esta realidad legal encuentra su justificación en primer lugar, en la norma que rige la interpretación de los contratos consensuales y que son ejecutables **bona fide**, según la cual 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.

En segundo lugar, en el principio de naturaleza laboral según el cual el trabajador tiene derecho a que se le aplique el régimen más favorable, en aquellos casos de modificación del régimen contractual por uno legal que establezca mejores condiciones para él.

La problemática que la aplicación preferente de la Ley sobre el contrato o viceversa, cuando sobrevienen reformas que producen mejoras en las previsiones contractuales, lo plantea la pretensión de quienes creen que la aplicación del régimen más favorable consiste no sólo en la opción de un tratamiento por otro, sino también en el cúmulo de esos tratamientos cuando resulten más favorables para el trabajador.

Lo antes dicho puede entenderse mejor con un ejemplo: conforme a la nueva Ley Orgánica del Trabajo se establece en materia de vacaciones la obligación por parte del patrono de cancelar a los trabajadores por cada año de servicio

ininterrumpido, quince días de salario normal por año, más lo que le pueda corresponder por concepto de bono vacacional. Ahora bien, en la hipótesis que la cláusula contractual prevea el pago de quince días de salario y treinta días adicionales de salario básico, la aplicación del régimen más favorable supondría el pago de cuarenta y cinco días a base de salario normal; es decir, acumulando el beneficio legal que establece un régimen de cálculo más favorable con el beneficio contractual que establece un mayor número de días.

Ahora bien, la aludida pretensión además de temeraria e irreal, es contraria al principio de interpretación y ejecución de los contratos a que hemos hecho referencia, por cuanto lo que la Ley y la equidad demandan es que entre dos regímenes contemporáneamente aplicables se escoja y se aplique el más favorable para el trabajador. Lo contrario supone admitir el establecimiento de una sanción patrimonial imprevisible y surgida por una causa no imputable a las partes y que erosionaría fuertemente la ecuación financiera del contrato de trabajo. Por lo tanto, considero que en los casos de reformas legales, como las operadas por la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, modificadoras del tratamiento contractual vigente, lo que procede es la aplicación del régimen más favorable en cada caso concreto, y que por lo demás está previsto en casi todos los contratos colectivos que regulan las relaciones laborales de los trabajadores del mar.

Decisiones Judiciales

El Derecho al revés

Ultima sentencia de casación en el divorcio Lusinchi

Arturo Luis Torres-Rivero
Doctor y Profesor Titular
Universidad Central de Venezuela

Revista de la Facultad de Derecho, Número 44
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1992

El respeto a la institución Corte Suprema de Justicia no impide la crítica sin eufemismo -con verdades, sin ofensas- a sus decisiones y mucho menos a sus Magistrados.*

No me voy a referir a lo que es hecho notorio, ya perteneciente a la historia: el escándalo del mencionado divorcio. Mi propósito ahora es dar a conocer la sentencia de la mayoría tripartita (hubo votos salvados de René Plaz Bruzual y Jesús Petit Da Costa) de la Sala Accidental de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en 1 de agosto de 1991, con lo cual ratifico y explano lo que ya dije a la prensa[1]. El hecho de haber sido tres contra dos es circunstancia descalificadora, porque predominó lo cuantitativo sobre lo cualitativo, como en cualquier disputa común, y ha podido resultar a la inversa, si un Magistrado, de acuerdo con la ley y con la ética, se hubiera inhibido como ha debido hacerlo[2].

La sentencia es, en páginas tamaño oficio, 93 en total, comprendidas 14 de los votos salvados. De las 79 restantes debemos excluir 2 de narrativa y 13

---

* Al finalizar este artículo publicamos la sentencia de la Sala Accidental de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a que se refiere el Dr. Torres-Rivero. (Nota del Editor).

[1] "El Nacional", Caracas, domingo 11 de agosto de 1991, D-4.

[2] La demandada recusó a Aníbal Rueda, y en la incidencia la actuación del recusado fue de antología jurídica -ahí están el expediente y el Juez comisionado Arturo Pérez Benítez y el Secretario Néstor Angola S.-.
R es mi enemigo y por ello lo recusé en el proceso que seguí a propósito del RAP, y después, en el del divorcio Lusinchi. Con R he tenido enfrentamientos muy fuertes, no sólo en el mencionado divorcio -varias actuaciones mías, la primera, la de 30 de noviembre de 1988-, sino también en el proceso del RAP y a través de la prensa -crítica a su infeliz ponencia en el caso por mí planteado sobre la para entonces ilegalidad del seguro de responsabilidad civil en materia de tránsito terrestre, publicación instándolo a inhibirse, declaraciones mías-.

de transcripciones, lo que hace un neto de 64 páginas. En la sentencia de la mayoría tripartita aparece como ponente Alberto Baumeister Toledo y son coautores Aníbal Rueda y Carlos Trejo Padilla[3]. Advierto que mi análisis cita las páginas del original de la sentencia.

---

[3] De los tres no sé de autoría de obra jurídica o de fallo valioso; tampoco de ejercicio profesional genuino (¿Habrán redactado alguna demanda o alguna contestación de demanda o algunos informes o alguna formalización de recurso de casación?)

El **curriculum jurídico** que conozco es:

De BT, el benjamín, aparte de tenérsele como rico por ser hacendado heredero, ha tenido pasantía como suplente o temporal o interino o contratado, como quiera que se le llame, en una miscelánea de cátedras jurídicas (prácticas o/y teóricas, en Procesal Civil, Mercantil, Civil) en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, de lo cual quienes estaban registrados como cursantes deben recordar su **puntual** asistencia a clases y el exhibicionismo de transportarse en motocicleta y usar un gran maletín; esto último como el abogado caraqueño José Vicente López Núñez (que en paz descanse), a quien conocí en la década del 60. Su actuación más sonora ha sido por sus charlas a raíz del vigente Código de Procedimiento Civil de 1986, reformado en 1987 y 1990. **Saltó** recientemente a ser Conjuez de la Sala de Casación Civil, en la ocasión de la salida del Conjuez Simón Araque, y por el apoyo (¿"**merideñada**"?) de Adán (no él del Edén), quien me lo dijo.

De R, el ser de partido, **adeco**, lo ha convertido a la carrera, así como a muchos, en alto funcionario. He oído y leído comentarios de su actuación en la Corte -verbigracia, los del abogado y profesor universitario José Guillermo Andueza-, y alguien me informó que no era **caraviveño**, porque no era de Caracas, sino **carabobeño**, ya que es oriundo del mismo Estado de quien dicen ser su protector, un "policía" adeco, hoy, por cierto, el "**policía mayor**".

De TP, híbrido partidista, **uerreadeco**, es el auténtico burócrata judicial, por la vetustez. Su origen, de Guasdualito, Distrito Páez del Estado Apure, debiera obligarlo a recordar la inmensidad de la llanura, la amplitud, el horizonte, que ha inspirado a descollantes poetas de la región; sin embargo, por su no comunicación, su síndrome de encierro, de ese ambiente lo que más ha predominado en él es el recuerdo del potrero. Muy distinto al hermano -aunque no es raro, la Biblia trae varios pasajes-, Rafael, quien fue mi apreciado amigo, de feliz memoria, abogado también y profesor universitario. Me he enterado de altercados con sus colegas de Corte, De Sola, Velandia, Duque Sánchez y Plaz Bruzual. Aunque el contagio es de las enfermedades y no de la salud, sorprende que no haya tomado lo positivo que se ha dicho de los otros apureños colegas de Corte: "la brillantez y la elocuencia de Zoppi y la sabiduría y la clase del en el otrora estudiantil conocido Bachiller Marín".

En la vigencia del reciente Código de Procedimiento Civil ha sido ponente y coautor de decisiones que lo maldistinguen. Así, la relativa a la actuación del abogado en Casación Civil (artículo 324), la referente al cómputo de los lapsos (artículo 197), la de 10 de febrero de 1988 relacionada con el lapso para sentenciar y apelar y para sentenciar y anunciar casación (artículos 515, 521, 298 y 314). En estas decisiones la posición asumida contradice el ordenamiento legal venezolano imperante y principios generales de la hermenéutica jurídica, con lo cual ha creado una incertidumbre que conduce al desconcierto y a la inseguridad jurídicas; ha infringido abiertamente el nuevo Código de Procedimiento Civil en disposiciones terminantes que por su claridad se interpretan por sí mismas. Se ha erigido en una especie de Magistrado-Congreso, porque en vez de interpretar y aplicar la ley al caso concreto -como es lo que resulta de artículos

El divorcio a que se refiere la sentencia está rodeado de circunstancias muy peculiares:

Fue intentado cuando el demandante se hallaba en la más alta investidura del país, y se trató de aprovechar la coyuntura de la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, el cual, por cierto, dio lugar a muchos planteamientos.

La demanda, hoy por demás conocida, se basa en hechos producto de la invención, y el juicio, por una confabulada superaceleración, se desarrolló con innumerables irregularidades, en las que destacan: el rechazo a la promoción de las cuestiones previas; la no realización del acto de la contestación al fondo de la demanda; la actuación, en 12 de abril de 1988, tenida como sentencia de primera instancia, a pesar de no firmarla un juez asociado; la distorsión de la oportunidad para apelar, punto este último que no es original de la sentencia de la mayoría tripartita, sino de anterior fallo de casación -ver Nota 3- y que es la causa de la sentencia interlocutoria de segunda instancia con fuerza de definitiva, en 2 de junio de 1988, de la nueva sentencia definitiva de segunda instancia, en 21 de febrero de 1990, y de la sentencia de casación objeto de esta crítica. Por ello es que en el proceso sobresale que la actuación tenida como sentencia de primera instancia tocó el fondo, pero las dos decisiones de segunda instancia no, y de ahí que, ante tal singularidad, en las sendas formalizaciones de los dos recursos de casación que hubo, no se denuncien infracciones de fondo de las dos sentencias de alzada, sino de la dicha actuación de primera instancia tenida como sentencia,

---

321 a 323 de vigente Código de Procedimiento Civil-, la modifica y legisla por vía general y abstracta -atribución que corresponde al Congreso, o sea, a las dos Cámaras actuando como cuerpos colegisladores-, o la anula, no en el caso resuelto (que sí corresponde al órgano jurisdiccional, por la llamada inconstitucionalidad difusa o excepción de inconstitucionalidad, artículo 20 de Código de Procedimiento Civil), sino para la generalidad de los casos (la nulidad con este alcance es atribución de la Corte Suprema de Justicia en pleno, Constitución y Ley Orgánica del Alto Tribunal). Con esa actitud ha violado también la distinción conceptual entre la interpretación **de lege lata**, que se refiere a la ley vigente, y la interpretación **de lege ferenda**, que atañe a las consideraciones para una reforma de la ley, la cual, por supuesto, es atribución del Congreso y no del Poder Judicial. En definitiva, **ha hecho lo que le ha dado la gana** y ha suscitado una dualidad de Códigos de Procedimiento Civil: el verdadero, cuerpo orgánico sancionado por el Congreso y promulgado por el Ejecutivo en 1986, reformado en 1987 y 1990, y el otro, con la paternidad suya, que viene a ser un Código de Procedimiento Civil de la Sala de Casación Civil, pero que, por no constituir un cuerpo orgánico, atenta contra la seguridad jurídica debido al azar que genera.

por si la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia entraba al fondo y resolvía sin reenvío, posible hoy día por la innovación que trae nuevo Código de Procedimiento Civil, artículo 322. Cabe añadir que tampoco tocan el fondo la casación de oficio, en 2 de agosto de 1989, ni la sentencia de la mayoría tripartita, en 1 de agosto de 1991.

El resultado es que en el caso juzgado la sentencia de la mayoría tripartita ha consolidado una verdad procesal que no coincide ni tiene ninguna relación con la verdad substancial, algo así como **un divorcio sin causa real.**

- I -

En 2 de junio de 1988, de la segunda instancia emanó una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, y ante ella, el recurso de casación[4] que dio lugar a la casación de oficio, en 2 de agosto de 1989, en la cual un punto previo a resolver expresamente, si no por obligación, sí por conveniencia, era el de la apelación. Sin embargo, al respecto nada encontramos en el dispositivo. A pesar de que la recurrida de 2 de junio de 1988 se concreta solamente al punto de la apelación y, por supuesto, no toca el fondo, la casación de oficio, como fallo en sí, suscitó muchas críticas en lo jurídico; las mías fueron hechas oportunamente en el expediente del divorcio y después las he reiterado. El fallo, en el que aparece como ponente **R** y coautores **TP** y los otros tres Magistrados naturales, Plaz Bruzual, Adán Febres Cordero y Luis Darío Velandia, dispone nada más sobre la reposición a segunda instancia *("...decreta la NULIDAD de las actuaciones y REPONE la presente causa al estado en que se encontraba para el día 9 de marzo de 1988, en que se incurrió en la primera infracción grave de procedimiento, a fin de que continúe de nuevo su curso y se efectúen los actos procesales de nombramiento de asociados; señalamiento del término para informes de las partes y sentencia de la causa, todo ello conforme a lo señalado en los artículos 119, 120, 518 y 521 del Código de Procedimiento Civil. Se ordena devolver el*

[4] La respectiva formalización -instamos a estudiarla- está publicada en el Tomo III de la obra documental "Historia de un Proceso Jurídico, El Divorcio del Presidente", Ediciones Centauro, Caracas-Venezuela, 1988, y en ella está calcada, salvo las circunstancias sobrevenidas, la formalización del nuevo recurso de casación contra la nueva sentencia de segunda instancia, en 21 de febrero de 1990, la cual repite, inexplicablemente, copia al carbón, la película de la primera recurrida.

expediente ..."), y únicamente (págs. 9 y 10 en la parte motiva, **no en la dispositiva para el juez de reenvío**, se indica esta consideración ACERCA DE LA RECURRIDA de 2 de junio de 1988: *"Por consiguiente, a juicio de la Sala, es en la sentencia definitiva sobre el mérito en donde se debe resolver, en forma previa, sobre la extemporaneidad o no de la apelación propuesta, porque si se declara que dicho recurso fue anunciado extemporáneamente, no habrá necesidad de decidir sobre el fondo del proceso. En consecuencia, al no proceder en tal forma la recurrida, no sólo creó con su sentencia interlocutoria de fecha 2 de junio de 1988 un incidente procesal no previsto en Ley alguna, sino que invadió la órbita de los derechos privados que sólo las partes son dueñas de renunciar o dejar perecer ...".*

De lo transcrito y del resto de la casación de oficio está claro que una cosa es la parte motiva (en la que es mencionada **la recurrida** de 2 de junio de 1988) y otra es la dispositiva (que obviamente es la orden para **el juez de reenvío**). **La recurrida** es la sentencia de segunda instancia afectada por la casación de oficio. **El juez de reenvío** es el que va a dictar la nueva sentencia de segunda instancia.

Esta nueva sentencia de instancia, en 21 de febrero de 1990, tergiversó y contrarió la casación de oficio, por cuanto, en vez de atenerse a lo ordenado en el dispositivo, partió de una mentira, de un falso supuesto, de una orden inventada, de una premisa falsa, extraída de la parte motiva referida a **la recurrida**, que es la sentencia casada y jamás la nueva sentencia a dictar. Vale recordar dos enseñanzas jurídicas: *"El fallo es la parte dispositiva; y lo demás de la sentencia, explicación del fallo". "Cuando haya contradicción entre los resultandos y los considerandos, hay que atenerse a aquéllos".*

Tal tergiversación y contradicción fue lo que indujo a la demandada a interponer el recurso de nulidad -artículo 323 de vigente Código de Procedimiento Civil-, sustentado, entre otros argumentos: " En cuanto a la casación cabe también, **mutatis mutandi**, el criterio respecto de la apelación esgrimido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en 4 de abril de 1979 (página 9 del fallo de 2 de agosto de 1989): *"bien puede el Superior entrar a decidir el fondo de la controversia llevada a su conocimiento, sin que necesite para confirmar, revocar o reformar la sentencia apelada, declarar previamente con o sin lugar la apelación*

interpuesta, tanto más que la simple declaración con o sin lugar de la demanda entraña pronunciamiento sobre la apelación misma". En lo que atañe a la casación de oficio en mi caso, es perfectamente sostenible que "BIEN PUEDE LA SALA DE CASACION CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ENTRAR A DECIDIR EL RECURSO DE CASACION SIN QUE NECESITE PARA ELLO DECLARAR SOBRE LA APELACION PREVIA A DICHO RECURSO EXTRA-ORDINARIO, YA QUE LA SOLA DECLARATORIA CON O SIN LUGAR DE ESTE ENVUELVE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA APELACION PREVIA MISMA".

Algo más grave. La sentencia de la mayoría tripartita, en 1 de agosto de 1991, al tratar dicho recurso de nulidad (págs. 354 a 358), incurre en la misma tergiversación y contradicción en la cual incurrió la sentencia de segunda instancia, en 21 de febrero de 1990, ya que en vez de atenerse a lo ordenado en el dispositivo de la casación de oficio, en 2 de agosto de 1989, partió **de una mentira, de un falso supuesto, de una orden inventada, de una premisa falsa,** extraída de la parte motiva en la que la casación de oficio se refiere a **la recurrida,** que es la sentencia casada y jamás la nueva sentencia a dictar por el juez de reenvío.

La decisión de la mayoría tripartita reza (pág. 354): *"La sentencia de fecha 2 de agosto de 1989 casó de oficio el fallo del 2 de junio de 1988..., y ordenó que se siguiera de nuevo el curso de la causa y se efectuaron los actos procesales de nombramiento de asociados; señalamiento del término para informes y sentencia definitiva de la causa, EN DONDE SE DEBE RESOLVER, EN FORMA PREVIA, SOBRE LA EXTEMPORANEIDAD O NO DE LAS DISTINTAS APELACIONES PROPUESTAS EN EL JUICIO".*

Más adelante afirma (pág. 355): *"... la causa prosiguió su curso, habiendo constancia de la celebración del acto de informes y del de observaciones escritas. Y LUEGO, EN PUNTO PREVIO A LA SENTENCIA SOBRE EL MERITO DEL PRESENTE JUICIO -COMO SE LO HABIA ORDENADO EXPRESAMENTE LA SALA- RESOLVIO LA EXTEMPORANEIDAD DE LAS DISTINTAS APELACIONES Y LA RATIFICACION DE LA MISMA. Por consiguiente, al cumplir la recurrida cabalmente con la sentencia de la Sala de fecha 2 de agosto de 1989, el presente Recurso de Nulidad debe ser declarado sin lugar y así se establece".*

Un mero cotejo evidencia, corrobora, que es totalmente incierta la aseveración de la sentencia de la mayoría tripartita. Ello es debido a que, para confrontar

la decisión del juez de reenvío con la decisión de la casación de oficio, se realizó una simple lectura, (*"la Sala, ... procede a leer"* pág. 354; *"Al proceder a leer"*, pág. 355), actitud ligera, de sumisión -que por exceder lo exegético raya en lo ritual- a lo que indica artículo 323 de Código de Procedimiento Civil: *"... la Corte Suprema de Justicia, ...leerá la sentencia que dictó y la del Juez de reenvío, y las demás actas del expediente que fuere necesario para formarse criterio sobre el particular..."*

La mala lectura y la falta de análisis han configurado un disparate jurídico, un absurdo, una contradicción a la vista: **sin apelación, hubo una casación de oficio y, más tarde, contra la nueva sentencia de segunda instancia, hubo anuncio de nulidad y de casación.**

La decisión de la casación de oficio -con todos los reparos que se le pueda hacer y que le hice y le hago- fue por unanimidad, incluidos **R**[5], mencionado como ponente, y **TP**, pero lo que antes habían expresado, los dos, después, en el fallo de la mayoría tripartita, lo modifican y lo contradicen abiertamente (lo que, por supuesto, hacen sin la participación de los otros Magistrados naturales firmantes de la decisión de la casación de oficio; de los tres el único que por ser integrante de la Sala Accidental ha podido decir algo en su voto salvado y no lo hizo, lamentablemente, fue Plaz Bruzual).

¿Por qué **R** y **TP**, si tenían ese criterio de la extemporaneidad de las apelaciones, no fueron más honestos consigo mismos y lo exteriorizaron en la decisión de la casación de oficio, con lo que hubieran evitado la pérdida de tiempo habida con la reposición a segunda instancia? En Derecho, la reposición tiene que ser siempre útil, y en el proceso del divorcio terminó siendo inútil. Lo que ha ocurrido entre la decisión de la casación de oficio y la sentencia de la mayoría tripartita es una contradicción manifiesta, agravada todavía más en **R**, mencionado como ponente en la decisión anterior, y **TP**, coautor. ¿No es eso una **cantinflada?**

---

[5] Esos son los tumbos y tambos de R en ese proceso de divorcio, lo cual es muy congruente con su acontecer judicial: siempre preocupado por sentenciar más que por sentenciar bien, y para ello con un control casi de aficionado hípico, según me dijo alguien de la Corte. Esto coincide con un conterráneo y copartidario suyo entregado a los numeritos de "La Fusta", y sirva el dato para la señora del dirigente Juan José Delpino.

Lo decidido en la casación de oficio produjo cosa juzgada en el proceso, y así, en el recurso de nulidad, la demandada lo alegó, apoyándose en sentencias de 1971 y 1973, citadas en obra de Duque Sánchez.

Huelga insistir en que tal recurso de nulidad es porque hubo un recurso de casación con lugar (artículo 323 de Código de Procedimiento Civil), y el recurso de casación supone apelación (artículos 312 y 313 de mismo Código, *"...agotados todos los recursos ordinarios ..."*; dejo a salvo la sentencia en el juicio de invalidación, la que es de única instancia y es recurrible en casación, artículo 337 **ejusdem**). Dicho a la inversa, la apelación, recurso ordinario, se requiere para que haya casación, recurso extraordinario, y la casación con lugar se requiere para que contra la nueva sentencia de segunda instancia haya nulidad, recurso extraordinario ulterior. Son tres recursos sucesivos, en los cuales el primero es presupuesto del segundo y éste del tercero, por lo que, al contrario, el tercero descansa sobre el segundo y éste sobre el primero. Es imposible imaginar una casación sin apelación y una nulidad contra la nueva sentencia de segunda instancia sin previa casación con lugar. En síntesis, sin apelación es imposible casación contra la sentencia de segunda instancia y nulidad ulterior contra la nueva sentencia de segunda instancia.

Aun en la hipótesis de que la decisión de la casación de oficio hubiera en el dispositivo ordenado al juez de reenvío resolver lo de las apelaciones, ello a la decisión la afectaría de contradictoria -vicio que produce la nulidad de la sentencia, artículo 244 de Código de Procedimiento Civil-, por lo que la Sala de Casación Civil estaba en el deber de rectificar y corregir el error, para salvar la contradicción y así preservar el principio de que la casación supone apelación.

La sentencia de la mayoría tripartita sustenta que la Sala de Casación Civil no puede corregir sus errores en el proceso, porque iría contra lo ya juzgado. Tal argumento de la cosa juzgada está bien en lo de fondo o sustantivo, pero es un sofisma en lo de forma o adjetivo. Sabido es que mientras el juicio está en curso, mientras no ha terminado, los errores de procedimiento deben ser subsanados. ¿Quién más que la propia Corte para rectificar o corregir sus errores de procedimiento? Lo demás sería partir de una concepción heterodoxa, incurrir en la **justicia de avestruz**, considerando que cualquier actuación

procesal en el procedimiento por parte de la Corte, aunque sea una barbaridad, entra dentro de una infalibilidad no atribuida que conduce a la violación de los procedimientos y de la lógica, con el agravante de que el error de la Sala ha de soportarlo la parte a quien perjudique.

La sentencia de la mayoría tripartita no sólo yerra al aducir erróneamente lo de la cosa juzgada, sino que el error se hipertrofia en el contexto de la sentencia, debido a que si lo de las apelaciones es punto previo, necesario es decidirlo al principio, y si el criterio era ese de la extemporaneidad, porque no hubo apelación, entonces, consecuencialmente, debió declarar inadmisibles el recurso de nulidad y el recurso de casación. La sentencia de la mayoría tripartita no lo hizo así, sino que antes entró a conocer los recursos en su procedencia o improcedencia (dicho sea de paso, esto es distinto de admisibilidad o inadmisibilidad), y se pronunció sobre el de nulidad, "**declarado sin lugar**", y en seguida sobre el de casación, también "**sin lugar**". La sentencia de la mayoría tripartita dislocó el orden lógico, ya que al afirmar la extemporaneidad de las apelaciones, lo demás es inútil, y, por lo tanto, la mayor parte de las 64 páginas netas son de relleno y, por ende, superfluas.

De cuanto he expuesto **el final es que el recurso de nulidad** interpuesto por la demandada contra la nueva sentencia de segunda instancia, en 21 de febrero de 1990, **debió ser declarado con lugar y, entonces, el recurso de casación subsidiario resultaba de innecesario examen.**

-II -

Es de advertir que en la generalidad la Corte y sus Salas aplican la llamada en el lenguaje popular **ley del embudo,** lo ancho para ella y lo angosto para los demás. En el proceso del divorcio se infringieron las normas de sustanciación y de trámite; sucedió en los lapsos, en las incidencias de inhibición y de recusación y hasta en llevar en la misma pieza los dos recursos de casación anunciados (uno de la demandada directamente y otro de uno de sus abogados), a pesar de que *"la sustanciación se hará en cuadernos separados"* -aparte último de artículo 320 de Código de Procedimiento Civil-. La verdad es que rige -y no cometo ningún atrevimiento en la calificación- una dictadura para hacer lo que les venga en gana y letra muerta es lo que la ley establece. A las partes sí le aplican con rigor el más mínimo detalle procedimental.

-III-

He aquí ciertas **precisiones** conceptuales acerca **del recurso de casación:**

1.- Es un recurso de derecho causado, y por ende fundamentado, por la violación o infracción o quebrantamiento de la ley, y la consecuencia es la nulidad o anulación del fallo judicial recurrido. Similar es lo que se presenta en el recurso contencioso administrativo, con causa, con fundamento, en la violación o infracción o quebrantamiento de la ley, y la consecuencia es la nulidad o anulación del acto administrativo recurrido. El recurso contencioso es en lo administrativo lo que el recurso de casación es en lo procesal común, puesto que en ambos la causa es la misma (la violación o infracción o quebrantamiento de la ley) y la consecuencia es la misma (la nulidad o anulación de lo recurrido).

2.- La violación o infracción o quebrantamiento de la ley es concepto genérico, por lo que no hay impropiedad cuando se habla de violación o infracción o quebrantamiento de la ley para comprender a cualquier ley violada, adjetiva o de forma, sustantiva o de fondo. Si la referencia es a lo específico, lógicamente tendrá que decirse: violación o infracción o quebrantamiento de la ley adjetiva o de forma; violación o infracción o quebrantamiento de la ley sustantiva o de fondo. Lo que sí es desacertado indiscutiblemente es llamar violación o infracción o quebrantamiento de ley adjetiva o de forma a lo que es contrario a una ley sustantiva o de fondo, o viceversa. El derogado Código de Procedimiento Civil de 1916 llama "**quebrantamiento de forma**" -artículo 421- a las velaciones adjetivas, y rotula "**infracción de ley**" -artículo 420- a las violaciones sustantivas. Tal distinción en las denominaciones provoca un reparo, porque si lo que se quería eran menciones específicas, se ha debido indicar más bien **quebrantamiento de fondo**, para las violaciones sustantivas y no quedarse en lo genérico, dado que "**infracción de ley**" abarca al "**quebrantamiento de forma**". El vigente Código de Procedimiento Civil en lo literal se aparta de la distinción que acabamos de comentar y usa expresiones varias que aluden a la **infracción de ley**, adjetiva o sustantiva. Si bien se halla alguna coincidencia terminológica, me parece mejor lo que vierten artículos 313, 317 y 320. Dentro de la **monserga** que constituye la sentencia de la mayoría tripartita encuentro que, después de decidirse unas denuncias, se emplea

"**RECURSO POR INFRACCION DE LEY**" (sic, página 366). ¿Qué quiere decir eso? ¿Acaso las otras denuncias no fueron también por infracción de ley? Considero que ha habido una expresión **muletilla** o **estribillo** que en la jerga jurídica trata de impresionar.

3.- Sabido es que, salvo en la invalidación -artículos 329, 330, 331 y 337 de Código de Procedimiento Civil-, el recurso de casación es contra la sentencia definitiva de segunda instancia, y al proponerse o anunciarse, envuelve, concentración procesal, la proposición o el anuncio contra "las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado en ella" -penúltimo párrafo de artículo 312 de mismo Código-. En lo expuesto ha habido un cambio respecto del derogado Código de Procedimiento Civil de 1916 -aparte último de artículo 418 y encabezamiento de artículo 424-, toda vez que en éste se consagra la autonomía de la proposición o del anuncio del recurso de casación contra tales interlocutorias.

4.- Sabido es asimismo la diferencia consecuencial de la declaratoria con lugar del recurso de casación por infracción de la ley adjetiva o de forma, con la del recurso de casación por infracción de la ley sustantiva o de fondo: en la primera, la de la nulidad o reposición, mientras que en la segunda, la de dejar sin efecto el fallo recurrido y ordenar una nueva sentencia de acuerdo con lo que en el caso establece la sentencia de casación -Código de Procedimiento Civil, artículos 320, apartes segundo y tercero, y 322, encabezamiento y aparte primero-. He ahí lo tradicional u ortodoxo, dado que hoy día, con vigente Código -aparte último de artículo 322-. la Sala de Casación Civil tiene la facultad ("**podrá**") de casar sin reenvío y entrar al fondo, modalidad o alternativa nueva o heterodoxa en Derecho venezolano[6].

---

[6] Nada dice la Exposición de Motivos de vigente Código de Procedimiento Civil.
En "Poderes y Funciones de la Casación en el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano", páginas 91 a 102 de "Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil", Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4 Serie Eventos, Caracas 1986, Leopoldo Márquez Añez se refiere a la casación sin reenvío en España, Italia y Francia -país de donde fue tomada para Venezuela- y trata, en la aplicación al respecto de vigente Código de Procedimiento Civil, las exigencias a cumplir. En "Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Civil", Maracaibo 1986, página 247, Ricardo Henríquez La Roche, al destacar la casasión sin reenvío, afirma que se deja la "casación pura" y se opta por la "plenitud de jurisdicción".

5.- Hoy día, en la formalización del recurso de casación se ha de observar lo previsto en artículo 317, en concordancia con 313, de Código de Procedimiento Civil. -"*...la parte o partes recurrentes deberán consignar un* ***escrito razonado, ... que contenga en el mismo orden que se expresan,*** *los siguientes requisitos:... 2º Los quebrantamientos u omisiones a que se refiere el ordinal 1º del artículo 313. 3º La denuncia de haberse incurrido en alguno o algunos de los casos contemplados en el ordinal 2º del artículo 313, con expresión de las razones que demuestren la existencia de la infracción, falsa aplicación o aplicación errónea...*"-. Según el 313, las violaciones o infracciones o quebrantamientos de forma que hayan habido "**en el proceso**" -ordinal 1º-, por lo que sobra decir en todo el proceso, desde su inicio y por lo tanto comprendidas la primera y la segunda instancias; y, luego, las violaciones o infracciones o quebrantamientos de fondo, *"determinante de lo dispositivo en la sentencia"* -ordinal 2º-, la cual, por supuesto, es la recurrida. **El artículo 317 contempla la formalización del recurso de casación tradicional u ortodoxo**, en el cual las denuncias de quebrantamientos de fondo atañen a la sentencia recurrida, que es la de segunda instancia siempre -salvo, como ya dije, en la invalidación-, pero las denuncias de quebrantamientos de forma son respecto del curso del juicio, es decir, "**en el proceso**". Sintetizo la diferencia: los quebrantamientos de forma se refieren al **proceso**; y los de fondo, a la **sentencia de segunda instancia recurrida**. Para el formalizante, el único **orden** en la formalización es el de citado artículo 317 -"*...en el mismo orden que se expresen, ...: 2º Los quebrantamientos u omisiones ... 3º La denuncia de haberse incurrido en ...infracción, falsa aplicación o aplicación errónea ...*"-. Tal orden ha de entenderse como una orientación o guía para el formalizante; nunca como una fórmula hermética o sacramental, porque en lo humano y en lo jurídico el orden es casuístico, individual y relativo. Los asuntos jamás son iguales, más bien diferentes, aunque sea en minucias, y de ahí que el orden de un caso no es el orden de otro. Esto, que es cotidiano, es lo que a veces conduce a que el orden de uno sea el desorden de otro.

6.- Por lo mismo que acabo de expresar, puntualizo que el orden que atañe al recurrente formalizante no es vinculante, no ata, no amarra, no obliga, a la Sala de Casación Civil, la cual, al sentenciar el recurso, tiene libertad plena, de acuerdo con lo pautado en artículo 320 de Código de Procedimiento Civil, para establecer su orden, que es el orden de la sentencia y que es el que prevalecerá, pero no por ello se debe desdecir del orden de la formalización,

a menos que se trate de algo burdo por lo disparatado y herético, lo cual no ha acontecido en el proceso del divorcio. En resumen, existe conformidad con el Derecho si la formalización se ciñe a citado artículo 317; también hay esa conformidad si la sentencia de casación se somete a lo dispuesto en citado artículo 320. Si bien con el orden de la formalización puede coincidir el orden de la sentencia de casación, es absurdo pensar en ello como una situación necesaria, y, por ende, más absurdo todavía ver la no coincidencia con rubor.

La sentencia de la mayoría tripartita manifiesta (páginas 358 y 359): *"...podría la Sala rechazar el escrito de formalización presentado por el co-apoderado doctor Arturo Luis Torres Rivero, porque en él se violentan todas las normas legales y todos los principios que la doctrina de este Alto Tribunal ha establecido mediante jurisprudencia pacífica y reiterada, respecto a la técnica necesaria e impretermitible para ser empleada en la formalización del recurso extraordinario, porque en este escrito se mezclan, inseparablemente, denuncias de infracción de forma y de fondo, se citan sentencias interlocutorias que estarían comprendidas también en el Recurso, por el principio de la concentración procesal, pero sin la necesaria separación entre las denuncias que abarcan varias sentencias de esta naturaleza, sin recordar que la Sala se abstendrá de conocer de las otras denuncias de infracción formuladas, si declara con lugar una violación que afecte una interlocutoria que haya producido un gravamen no reparado en ella. Sin embargo, extremando sus deberes, y como lo ha hecho en otras ocasiones, entra a analizar, en primer término, las denuncias de infracción que afecten a las distintas sentencias interlocutorias, porque ese es el orden lógico de resolver el Recurso de Casación..."*.

Lo transcrito revela no adecuación jurídica. Se soslaya la regulación jurídica pertinente -**supra**-, reforzada por la Exposición de Motivos de vigente Código de Procedimiento Civil, en cuanto a los textos de artículos 317, *"un orden de prelación en las denuncias"*, 313 (1º), *"defectos de actividad"*, y 320, *"orden de prelación en el conocimiento y pronunciamiento ... para abstenerse de decidir cuestiones de fondo cuando ha declarado con lugar las denuncias de defectos de forma"*. En definitiva, para el formalizante, orden de prelación en las denuncias de forma y de fondo, y, para el juzgador, orden de prelación en la decisión.

En el proceso del divorcio, en el escrito de 24 de mayo de 1990 se dice: *"En atención a lo previsto en los artículos 317 y 313 del actual Código de*

Procedimiento Civil, se formaliza el recurso de casación ... En el proceso LUSINCHI-CASTILLO hubo los siguientes quebrantamientos (ordinal 1º de citado artículo 313) ...'' Las denuncias, cada una con su título y sujetas al orden cronológico de los quebrantamientos de forma **en el proceso**, están identificadas desde "**A**" hasta "**M**". Después se expone: *''Aunque estoy segura de la procedencia de los quebrantamientos denunciados -ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, supra, I-, ... por lo cual la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil se abstendrá -aparte segundo del artículo 320* ***ejusdem-****, de conocer de las otras infracciones (ordinal 2º de citado artículo 313), las hago saber a todo evento, sin perjuicio de la facultad de oficio que tiene el Alto Tribunal de casar el fallo cuando hay ''infracciones de orden público y constitucionales'' -aparte tercero del indicado artículo 320- y también de casar el fallo sin reenvío, para poner término al juicio -aparte último de artículo 322 del mismo Código de Procedimiento Civil-''*. En vista de que, como ya dije, en el proceso del divorcio las dos decisiones de segunda instancia tocaron solamente lo de la apelación, en la formalización del recurso de casación contra la nueva sentencia de segunda instancia, en 21 de febrero de 1990, no se denuncia (lo mismo que en la anterior formalización) sino las infracciones de fondo de la actuación de primera instancia tenida como sentencia, por si la Sala de Casación Civil resolvía sin reenvío y entraba al fondo, modalidad o alternativa nueva o heterodoxa en Derecho Venezolano, según la cual la Sala, además de tribunal de derecho, actúa como tribunal de instancia en alzada **-supra, 4-**.

Por lo que acabo de exponer me extraña en demasía que en lo transcrito de la sentencia de la mayoría tripartita -con pretensión de hacer del recurso de casación algo inalcanzable para los mortales- se usen expresiones alegres, huecas, manidas, lugares comunes, muletillas, estribillos, jerigonzas, galimatías, relumbrón para llamar la atención y establecer dogmas. Hablar por hablar, decir por decir, repetir por repetir, con alarde **-ad pompam et ostentationem,** en el léxico romanístico- del empleo de la ficha[7], para una cita a veces inadecuada o mal traída. A esto se agrega el tono despiadado, con la

[7] La aplicación del fichaje o, como actualmente, el posible auxilio del sistema automatizado de procesadora de palabras o de computadora requieren de cerebro y conocimiento, para poder discernir, distinguir y analizar. La cibernética no funciona con el "**mal de pensar**" - el del diagnóstico del médico de **Juan Peña**, el hijo de **Pablo**, en el famoso cuento venezolano del siglo pasado-.

vehemencia de quienes, al actuar en una sentencia, saben que no hay enfrentamiento y por lo tanto están más que sobre seguros -alevosía[8]- para decir y arremeter. Recuerdo la máxima: "**Juez apasionado no puede ser justiciero**". No hay comedimiento, no hay ponderación, no hay objetividad, los términos no parecen de un órgano jurisdiccional -y menos del de más alta jerarquía-, sino más bien se podrían esperar, y hasta explicar, si provinieren de cualquier parte en juicio -a pesar de la consabida "**lealtad y probidad**" predicadas por artículos 170 y 171 de Código de Procedimiento Civil-.

¿Qué es eso de "**todas las normas legales y todos los principios que la doctrina de este Alto Tribunal ha establecido mediante jurisprudencia pacífica y reiterada, respecto a la técnica necesaria e impretermitible para ser empleada en la formalización**"? !Qué fácil es generalizar tan bonito! ¿Hay algunas otras normas aparte de citados artículos 317, 313 y 320 de vigente Código de Procedimiento Civil? ¿Cuáles son esos "**principios**" y esa "**doctrina**"? Serán en relación al derogado Código de Procedimiento Civil de 1916, puesto que no ha habido tiempo para ello respecto del novísimo vigente Código, acerca del cual en casación hay "**modificaciones del régimen tradicional**" - lo anota la Exposición de Motivos-. ¿Qué es eso de "**jurisprudencia pacífica**"? Es una de las cantaletas forenses más trajinadas. Todo es **pacífico** mientras no se cuestione, no se discuta, no se cambie. La Corte y sus Salas cambian de criterio, los Magistrados también. Lo pacífico no puede conducir a inmutabilidad, a inmodificabilidad, porque si no se perpetuarían los disparates, las barbaridades, los absurdos, los desatinos, y, además, ello iría contra la naturaleza del Derecho, que, por ser vida, es dinámico.

¿Cuál es esa "**técnica necesaria e impretermitible**"? Para hablar de técnica hay que ser técnico, para lo cual se requiere ser especialista, y para esto se requiere especialización[9]. Viene al pelo la pregunta de la sabiduría: "**¿Con qué obra se le sirve a Dios?**" Técnica de balbucientes.

---

[8] Código Penal de Venezuela, artículo 77 (1°): "Hay alevosía cuando ... obra... sobre seguro".

[9] En la llamada democracia venezolana es frecuente que a quien va a ocupar una función no le exijan la especialización, y, a lo mejor, se trata de uno de los llamados "**toero**" o de alguien que ha estudiado sólo **monear**, a lo campesino "**moniar**" o "**monía**" o "**moniá**". El fenómeno acontecido es que después de llegar al cargo -por elección, o por designación o nombramiento o a dedo- se convierte en especialista y pontifica. De ahí que muchos juristas sean producto de los partidos o de los jerarcas. A los primeros, les llamo **jurispartido**; y a los segundos, **jurisdedo**.
La realidad nuestra es que los juristas de verdad están en sus casas.

¿Dónde se especializaron en casación los tres integrantes de la mayoría tripartita? ¿En La Colorada, en Flor Amarilla, en Santa Cruz? ¿Cuándo? ¿Cómo? Si bien a veces la especialización es por la experiencia en el tiempo, no siempre cabe encuadrar en el supuesto, porque la herrumbre afecta hasta llegarse a *"rey viejo y tonto, que ya no sabe ni pedir consejo"* (Biblia, Eclesiastés).

¿Cuál es ese "**orden lógico a resolver**" primero las interlocutorias? Sinceramente, el orden que se escogió es el más ilógico y por ello se resuelven denuncias inútiles y se omite el pronunciamiento de otras denuncias.

Sin perjuicio de lo que dije acerca de la debida declaratoria con lugar del recurso de nulidad y, por ende, del innecesario examen del recurso de casación subsidiario, me voy a referir al **orden desorden** de la sentencia de la mayoría tripartita, que resuelve sucesivamente la procedencia del recurso de nulidad y del de casación ulterior, para en el medio de este último (páginas 367 a 379) decidir la denuncia relativa a la apelación. Si éste es aspecto de prelación al recurso de nulidad y al de casación ulterior, la más elemental lógica imponía e impone su decisión al inicio y, como la sentencia de la mayoría tripartita desechó esa denuncia de la apelación, entonces, ha debido declarar inadmisibles los dos recursos extraordinarios, ya que la apelación es imprescindible para la proposición del recurso de nulidad y del de casación ulterior, y no extenderse en la regorgalla de las 64 páginas netas.

No obstante, si me ciño a lo realmente planteado por la sentencia de la mayoría tripartita, el orden tampoco podía ni puede ser el que se expone. Por la concentración procesal, el anuncio del recurso de casación contra la definitiva del juicio abarca a las interlocutorias -por supuesto, agotado contra éstas los recursos ordinarios-. El anuncio del recurso de casación es uno y se hace contra la sentencia del juicio. El alcance del anuncio es amplio, porque, a más de envolver expresamente a la directamente recurrida, se sobreentiende y, por lo tanto, arropa a las interlocutorias "**que hubieren producido un gravamen no reparado en ella**" -artículo 312 de Código de Procedimiento Civil-. Hay una secuencia **principal**: el juicio, por el asunto que lo origina, la sentencia definitiva al respecto y el anuncio expreso del recurso de casación contra dicha sentencia. Hay otra secuencia **accesoria:** toda incidencia planteada por

el punto que la motive, la respectiva decisión interlocutoria y, si hubo anuncio del recurso de casación contra la definitiva del juicio, el anuncio sobreentendido de tal recurso contra las interlocutorias. Conocidísimos principios de lógica imponen que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal,** porque esto comprende aquello, vale decir que en el **continente** está el **contenido,** o lo que es lo mismo, que en el **todo** está la **parte.** En la relación lógica **principal** o **continente** o **todo** y **accesorio** o **contenido** o **parte,** prevalece lo primero sobre lo segundo y de ahí que la suerte de lo primero le siga a lo segundo, a menos, y no es el caso que nos ocupa, lo segundo haya sido separado o independizado (es decir, autonomía) de lo primero. Quizás, en el derogado Código de Procedimiento Civil de 1916 pueda hablarse de tal separación o independencia de esas interlocutorias respecto de la definitiva del juicio en lo tocante a la proposición o al anuncio del recurso de casación, debido a la autonomía de la proposición o del anuncio -artículo 424, **supra,** 3.- En vigente Código de Procedimiento Civil -artículo 312- la concentración procesal en el anuncio del recurso de casación contra la sentencia definitiva del juicio excluye evidentemente tal separación o independencia, puesto que lo contrario es una paradoja. Entonces, es risible esa lógica de la sentencia de la mayoría tripartita. Comenzar a resolver el recurso por lo accesorio, el contenido, la parte. Comenzar al revés. Caminar con la cabeza. De ser así, comenzar por la interlocutoria, se puede llegar al absurdo de que prosperen las denuncias y que, sin embargo, contra la definitiva del juicio, no haber apelación, como decidió la sentencia de la mayoría tripartita. En esta hipótesis se llegaría al resultado de terminado el juicio y la procedencia, sin ninguna utilidad, de las denuncias relativas a las interlocutorias. Tiempo perdido, por la ilogicidad aducida y empleada.

La sentencia de la mayoría tripartita estaría mejor si hubiera adoptado el orden cronológico de las denuncias (incluidas las atinentes a las interlocutorias, aparte segundo de artículo 320 de Código de Procedimiento Civil) presentado por la demandada formalizante, a fin de que si prosperaba la denuncia de la circunstancia más vieja considerar inútil la denuncia de la más nueva, por repercutir en ésta la anterior.

Más todavía, en el cuadro presentado por la sentencia de la mayoría tripartita -y dejando a salvo cuanto he expuesto- si lo de la **apelación** es llamado "**denuncia fundamental del Recurso de Casación**" (página 372), se ha

debido comenzar a resolver ese punto y luego seguir el orden **según el rechazo o no de esa denuncia.**

De declararse **sin lugar,** esto es, que no hubo apelación, decidir la denuncia de la no firma de un asociado en la actuación tenida como sentencia de primera instancia, y si esta denuncia tampoco prospera, esa actuación tenida como sentencia de primera instancia queda firme y se ha de ejecutar. Todas las demás denuncias (incluso, y con mayor razón, la de las interlocutorias), son de análisis inútil, y sobre esto debe haber pronunciamiento -aparte segundo de artículo 320 del Código de Procedimiento Civil-. Al no haber apelación de lo principal, queda firme la sentencia de fondo o la actuación que se ha tenido como tal y las denuncias atinentes a las interlocutorias pierden interés, porque lo principal deja sin efecto a lo derivado. Si la denuncia de la no firma de un asociado en la actuación tenida como sentencia de primera instancia prospera, por ser inexistente tal sentencia, no puede haber ejecución y por lo tanto debe reponerse al estado de dictar nueva sentencia, para que contra ésta quepan oportunamente apelación y posterior casación, con la concentración procesal que abarca a las interlocutorias, cuya casación entonces será también para esta posterior oportunidad del nuevo o segundo recurso de casación.

De declararse **con lugar,** esto es, que hubo apelación, decidir las denuncias en orden cronológico del proceso y de prosperar la denuncia de la circunstancia más vieja resulta inútil toda denuncia de circunstancia posterior o más nueva. Dentro de lo cronológico, están abarcadas las denuncias atinentes a las interlocutorias -aparte segundo de artículo 320 de Código de Procedimiento Civil-, pero teniendo en cuenta lo antes anotado acerca de la inutilidad que quepa.

7.- La sentencia de la mayoría tripartita se dislocó en su **orden desorden** y omitió (¿Quién sabe por qué?) algunas denuncias de la formalización, de las que hay dos gravísimas, por quebrantamientos de forma, las cuales quedaron sin resolver y, por ello, hay silencio absoluto al respecto, ni siquiera se dijo nada sobre la inutilidad de su análisis, si así se hubiese considerado. Esas dos denuncias son: la de **Violaciones por rechazo de las cuestiones previas, F),** y la de **Actuación sin firma de un Asociado, por lo que no es sentencia, K).**

A pesar del orden público preponderante por tratarse de normas procesales de ineludible cumplimiento, máxime en un proceso de divorcio, también

materia de orden público, la sentencia de la mayoría tripartita soslayó esas dos denuncias de la formalización de la demandada, que aun cuando no se hubieran planteado eran base para una casación de oficio -aparte cuarto de artículo 320 de Código de Procedimiento Civil-.

Por lo que atañe a la denuncia de **Actuación sin firma de un Asociado, por lo que no es sentencia,** K), en ninguna parte de la sentencia de la mayoría tripartita se analizan ni se mencionan los artículos claves sobre el particular, transcritos en la formalización de la demandada y que son de Código de Procedimiento Civil los 124 (*"Si murieren o FALTAREN POR CUALQUIER OTRO MOTIVO, los Asociados nombrados, o alguno de ellos, se llenará su falta del mismo modo como se les nombró"*) y 246 (*"La sentencia expresará la fecha en que se haya pronunciado y se firmará por los miembros del Tribunal, pero los que hayan disentido respecto de lo dispositivo, podrán salvar su voto, el cual se extenderá a continuación de la sentencia firmada por todos.- NO SE CONSIDERARA COMO SENTENCIA NI SE EJECUTARA, LA DECISION A CUYO PRONUNCIAMIENTO APAREZCA QUE NO HAN CONCURRIDO TODOS LOS JUECES LLAMADOS POR LA LEY, NI LA QUE NO ESTE FIRMADA POR TODOS ELLOS"*). Ambos son tan tajantes, tan terminantes, tan claros, que en vigente Código de Procedimiento Civil (y así se asevera en la formalización de la demandada) no ofrecen discusión y solucionan el punto. Viene a colación el aforismo: "**Donde no hay ambigüedad no cabe interpretación**". Quien sea, cualquier particular, cualquier funcionario, cualquier juez -**a fortiori**, la Corte Suprema de Justicia y sus Salas-, tiene que acatar y hacer cumplir las normas transcritas y todos los subterfugios y torceduras no son más que fraude a la ley.

En el proceso del divorcio, la primera instancia, la segunda y la Sala de Casación Civil, incluidas la sentencia de la casación de oficio y la sentencia de la mayoría tripartita, se desentendieron de esa situación a la vista en el juicio y comentada en la opinión pública, por lo que no cabe excusa alguna.

Sin embargo, la sentencia de la mayoría tripartita, con el soslayo de esas denuncias, pisoteó burdamente las dos disposiciones transcritas, puesto que, al final del dispositivo indica únicamente, con cita de artículo 326 de Código de Procedimiento Civil: *"...y remítase directamente este expediente al tribunal de la causa, ..."*. Sin ningún pronunciamiento sobre esas denuncias, con el olvido de dichos artículos 124 y 246, saltados olímpicamente, se

cumplió más que rápido una ejecución inmediata de la actuación de 12 de abril de 1988 tenida como sentencia de primera instancia, a pesar de faltarle la firma de un asociado. Esto de ninguna manera impide que la demandada actúe para hacer valer la inexistencia de sentencia y con lo cual el proceso puede ir otra vez a la segunda instancia y a casación -artículo 312 de Código de Procedimiento Civil: *"El recurso de casación puede proponerse: ... 3º Contra los autos dictados en ejecución de sentencia que resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él; o los que provean contra lo ejecutoriado o lo modifiquen de manera sustancial, después que contra ellos se hayan agotado todos los recursos ordinarios ..."*-.

Es oportuno recordar que en los juicios de divorcio la ejecución de la sentencia se desarrolla mediante la **autoejecución** y la **ejecución subsiguiente** en la gran secuela que en el tiempo va produciendo el fallo firme que declaró el divorcio[10]. Si por alguna realidad inmediata se considera que la sentencia de la mayoría tripartita favoreció al demandante, ello no pasa de ser una obnubilación que ilusiona. Ante citado artículo 246 y en vista de las circunstancias de que la sentencia de la mayoría tripartita deja un vacío sobre el particular, en la ejecución subsiguiente nada tiene de extraño, no debe sorprender, por lo que es esperable jurídicamente, la posibilidad de que a la hora de intereses, familiares, personales, patrimoniales, entre éstos los hereditarios, alguien, la demandada, un hijo común, un pariente afectado, un ligado a la nueva unión matrimonial que haya podido realizarse, suscite el planteamiento de una acción merodeclarativa acerca de que la mencionada actuación de 12 de abril de 1988 es inexistente como sentencia, debido a la falta de firma de un asociado. De esto la sustentación legal está en el Código de Procedimiento Civil, artículo 16 (*"Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente"*). Como observa, al dejar esa brecha, la sentencia de la mayoría tripartita le deja al

[10] Arturo Luis Torres-Rivero, "**Derecho de Familia -Parte General-**", Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1967, Tomo II, Procesos de estado de familia. **Ejecución**, páginas 143 a 149, 181 y 182.

demandante problemas a surgir eventualmente. No se olvide que los criterios cambian, que los jueces y magistrados cambian, que los tiempos cambian. ¡He ahí los riesgos jurídicos!

8.- Como quiera que aparte último de artículo 322 de Código de Procedimiento Civil es el único precepto que trata la incorporación de la casación sin reenvío **-supra, 4-**, es menester puntualizar que, como derivación, y aunque la ley nada dice, en la formalización del recurso de casación deben señalarse también las violaciones o infracciones o quebrantamientos sustantivos o de fondo de la sentencia de primera instancia, que no obstante no ser la recurrida -sabido que es la de segunda instancia-, hay que desmenuzarla para enterar a la Sala de Casación Civil, a fin de que tenga en cuenta lo pertinente ante una eventual decisión de fondo que configure una casación sin reenvío y actúe como juzgador de instancia en alzada, que acoge o rechaza lo de la sentencia de primera instancia. De no ser esas denuncias en la formalización, entonces, nunca se podrían señalar a la Sala las violaciones o infracciones o quebrantamientos sustantivos o de fondo de la sentencia de primera instancia. ¿Acaso hay alguna otra oportunidad o alguna otra manera previstas para ese señalamiento respecto de la sentencia de primera instancia?

Esto que hubiera sido una herejía a la luz del derogado Código de Procedimiento Civil de 1916, hoy día es perfectamente ajustado a derecho y a ello se llega para poder aplicar a cabalidad lo que señala citado aparte último de artículo 322 de vigente Código de Procedimiento Civil, el consagrar esa modalidad o alternativa nueva en Derecho Venezolano.

En síntesis, actualmente en la formalización del recurso de casación, a más del orden indicado en citado artículo 317, caben agregar las denuncias de las violaciones o infracciones o quebrantamientos sustantivos o de fondo de la sentencia de primera instancia, por si la Sala de Casación Civil casa sin reenvío.

Lo último lo hizo la demandada en la formalización, y había que hacerlo necesariamente porque el proceso del divorcio, además de lo notorio y conocido dado los protagonistas, tiene la particularidad de que ninguna de las dos decisiones de segunda instancia tocó el fondo, al cual sí se refiere la actuación de 12 de abril de 1988 tenida como sentencia de primera instancia, a pesar de faltar la firma de un asociado **-supra, 6-**.

En el cuadro presentado por la sentencia de la mayoría tripartita, una vez desechada la denuncia relativa a la apelación, lo lógico era pronunciarse por la inutilidad del análisis de las denuncias de las violaciones o infracciones o quebrantamientos sustantivos o de fondo de la actuación tenida como sentencia de primera instancia. Sin embargo, se dedica a rechazarlas (páginas 379 a 382) con el argumento de que la recurrida es la de segunda instancia y *"por tanto, cualquier vicio en que hubiere incurrido el Juez de Primera Instancia es, en principio, inatacable directamente en Casación"*. Esto lo repite en el rechazo de cada denuncia y hasta usa gozosamente *"Por enésima vez"* (página 382). Sin menoscabo de lo que afirmo acerca de la inutilidad, ¿por qué ese rechazo no se hizo globalmente con dicho argumento, sino que se separaron las denuncias y se rellenaron sin necesidad 9 páginas de ese adefesio de sentencia? Indudablemente que no leyeron bien la formalización de la demandada, que no tuvieron en cuenta lo de la casación sin reenvío y su secuela en la formalización, que no sopesaron el proceso de divorcio a juzgar.

Llama la atención por lo inexplicable, más que insólito, que la sentencia de la mayoría tripartita no haya hecho uso de la facultad ("**podrá**") de la casación sin reenvío, para solucionar un caso, materia de orden público, de tanta repercusión en Venezuela y en el exterior, sino que se haya valido del mecanismo procedimental frío e inventado de la extemporaneidad de las apelaciones. Sobra decir que se trata de un divorcio histórico.

De lo argüido acerca de que son "**inatacables directamente en Casación**" las denuncias en cuanto a la actuación de 12 de abril de 1988 tenida como sentencia de primera instancia, sobresale la frase "**en principio**", la cual, a mi modo de ver, asoma que la sentencia de la mayoría tripartita reconoce la posibilidad de esas denuncias en la formalización del recurso de casación.

De la sentencia de la mayoría tripartita es la expresión muletilla altisonante *"extremando sus deberes"* (páginas 358 y 387) ¿por qué esto no indujo a la aplicación de la casación sin reenvío? Tanto aspaviento ("**vanidad de vanidades y siempre vanidad**") para producir una sentencia que, por chambona, por ramplona, constituye una infamia para los protagonistas, para el Derecho y para la Historia, y un irrespeto a la institución Corte Suprema de Justicia.

El haber actuado por dignidad y sin remuneración en el proceso del divorcio, mi inquietud por estudiar, aprender, enseñar, escribir, y el tiempo para ello que dispongo (ahora más, cuando, Dios mediante, espero vivir para completar por lo menos un siglo, no obstante que tendré que lamentar el entierro de muchos) me ha obligado al análisis de la sentencia de la mayoría tripartita, a lo cual se agrega la motivación de mi defensa -por instinto, por derecho natural y por derecho constitucional según Constitución de 1961, artículo 68- ante el estratagema, la diatriba, contra mí. Si bien en Venezuela no se suele criticar siempre los fallos judiciales -más si son del más alto nivel-, no me voy a abstener de decir algo con dureza -sujeto a la lección divina de que "**Con la vara que mides, serás medido**"-.[11]

En lo del orden de la formalización y en el rechazo de las denuncias de las violaciones o infracciones o quebrantamientos sustantivos o de fondo atinentes a la actuación de 12 de abril de 1988 tenida como sentencia de primera instancia, a más de en otras circunstancias dispersas, la sentencia de la mayoría tripartita, en un descarado **abuso de derecho** -Código Civil, aparte único de artículo 1185-, se ensaña para atacarme y pretender hacerme aparecer como un ignorante supino, como un imbécil, como un mentecato. ¡Vaya usted a saber por qué! Me vienen imaginaciones ¿Venganza por enemistad? ¿Animadversión gratuita por envidia? ¿Antipatía o no simpatía por senilidad, o por inmadurez o novelería o afán de figuración?

Sería una irresponsabilidad mía, humana, ciudadana, profesional y académica, que silencie ante la sentencia de la mayoría tripartita que con actitud ladina y sibilina me maltrata hasta querer verme vuelto una piltrafa. Después de una vida útil -en lo profesional, desde el 17 de octubre de 1956, 35 años-, sin mácula[12], que lo digan quienes me conocen, no le tengo miedo a la polémica

---

[11] En lo proverbial: "**Quien a hierro mata a hierro muere**" ."**Quien a mazo mata, no muere a sombrerazos**".
Por eso sostengo que **la guerra es con balas y no con flores.**

[12] De mi labor conocida dejo la divulgación a los demás. Sólo sé que tengo defectos y virtudes -espero que éstas sean más que aquéllos-, que tengo familia, que soy hombre de bien, siempre con autonomía de acción, porque de los venezolanos soy de los más independientes y de los más inconoclastas -si no el más- y porque no tengo recomendaciones, ni padrinos, ni muletas. No soy tarado, ni irresponsable, ni homosexual, ni drogómano, ni ladrón, ni corrupto, ni proteico fácil, ni adulante, ni cabrón. Mucho menos delincuente -sin embargo, he sufrido embates, como el juicio militar que, por el divorcio y para congraciarse con la entonces Reina y su Príncipe Consorte, me fabricaron unos rufianes castrenses-.
Por creer en Dios, por cuanto "**el tiempo cubre y descubre**" y por aquello de que "**entre el cielo y la**

ni al fuego ni a la guerra[13], por lo que no estoy dispuesto a permitir (no debo ni puedo) que se trate de echar por la borda lo honroso que es inherente a mi persona. **A los integrantes de la mayoría tripartita los emplazo públicamente para, en cualquier foro o mesa redonda o curso, o como se le llame, ratificarles mi análisis de su sentencia y debatir sus demás desatinos.**

-IV-

Ahora toca la decisión de la denuncia de la apelación (páginas 367 a 379) y que es el punto central de lo que resolvió la sentencia de la mayoría tripartita.

La formalización de la demandada es exhaustiva en **M)** de **quebrantamientos de forma** y la sentencia de la mayoría tripartita inserta (páginas 367 a 372) gran parte de ello, pero omite señalamientos y razones muy importantes.

Se ha debido comenzar la transcripción (página 367) con esto:

> *"En el proceso de divorcio la Juez a quo y un Juez Asociado firmaron la actuación que se hizo pública el 12 de abril de 1988. De esa actuación (**supra**, CONSIDERAMOS, A TENOR DEL ARTICULO 246 DEL ACTUAL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, QUE NO ES SENTENCIA, POR NO ESTAR FIRMADA POR EL OTRO JUEZ ASOCIADO), APELAMOS EL 14 DE ABRIL DE 1988, o sea, dentro de los cinco días siguientes. Como quiera que a la actuación de 12 de abril de 1988 se le ha querido hacer aparecer como la sentencia definitiva en dicho proceso, APELAMOS NUEVAMENTE EL 26 DE ABRIL DE 1988, EN VISTA DE LO QUE DISPONE EL ARTICULO 515 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ACERCA DE QUE LA SENTENCIA DEFINITIVA EN PRIMERA INSTANCIA SE DICTARA DENTRO DE LOS SESENTA DIAS SIGUIENTES A LA*

---

tierra no hay nada oculto", he hecho de mi vida este lema: **me considero un hombre normal, no más vivo ni más tonto que los demás; quien se considera demasiado vivo, al final es demasiado tonto.**

[13] No me cae el viejo consejo llanero: **"El que tiene rabo de paja no se arrima a la candela"**, el cual, por cierto, está actualizado a lo libanés, en versión del numen de Zoppi -repotenciado después de su guerra arabe-israelí con De Sola y luego de la guerra del Golfo Pérsico-: **"El que tiene rabo de tela no se acerca a quien sea llamado notable"**.

PRESENTACION DE LOS INFORMES, EL CUAL "TERMINO SE DEJARA TRANSCURRIR INTEGRAMENTE A LOS EFECTOS DE LA APELACION". En el juicio de divorcio, el acto de informes se realizó el 25 de febrero de 1988, por lo que los sesenta días vencieron el 25 de abril de 1988. Y NUESTRA APELACION EL 26 DE ABRIL DE 1988 ES OPORTUNA POR HABERSE ANUNCIADO EN EL PRIMER DIA DE LOS CINCO SIGUIENTES AL 25, lo que se ajusta a los artículos 298 y 197 de dicho Código de Procedimiento y al artículo 12 del Código Civil. En 29 de abril de 1988 fue ratificada una vez más la apelación de 26 de abril. El 3 de mayo de 1988 fue oída (evidentemente, de acuerdo con los artículos 515 y 298 del Código de Procedimiento Civil) la anterior apelación, ratificada también. El 4 de mayo subió el expediente al Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, que, como distribuidor de alzada, lo envió meteóricamente el mismo 4 de mayo al Juzgado Superior Quinto. Ante éste -ya en poder del Expediente en todas sus piezas- inmediatamente en horas de la mañana del 4 de mayo presentamos un escrito para reiterar o remachar nuestra apelación. En definitiva, nuestro rechazo o inconformidad, con la actuación de 12 de abril de 1988 lo hemos expresado en cuatro oportunidades, de las cuales son indudablemente valederas las de 26 y 29 de abril de 1988, por estar dentro del lapso a que se refiere citado artículo 515 de Código de Procedimiento Civil. A propósito, el Juzgado Superior Quinto, en auto de 5 de mayo de 1988, expresó: "...SI FUE OIDA LA APELACION, NADA HAY QUE PRONUNCIAR SOBRE SU RATIFICACION ... YA QUE, LO PROCEDENTE, ANTE EL RECIBO DEL EXPEDIENTE ENVIADO POR EL SUPERIOR REPARTIDOR, ES FIJAR LOS LAPSOS SIGUIENTES..." Es decir, que el Juzgado Superior Quinto, en el mencionado auto, el cual no fue impugnado por ninguna de las partes, se pronunció acerca de que, por oportuna, la apelación es eficaz. Está claro entonces que -de acuerdo con citado 515- el Expediente del proceso de divorcio llegó al Juzgado Superior Quinto por APELACION ANUNCIADA OPORTUNAMENTE Y OIDA POR LA JUEZ DE LA CAUSA Y DE AHI MAS QUE UNA TEMERIDAD UNA LOCURA PRETENDER QUE LA ACTUACION DE 12 DE ABRIL DE 1988 (que no es sentencia, por lo dispuesto en mencionado artículo 246 ejusdem) haya quedado definitivamente firme. Para esto se precisa que la decisión de que se trate no sea susceptible de recurso, o que de serlo se le haya renunciado o no se le haya ejercido a tiempo; ninguno de tales supuestos están dados en el caso de autos... Es

de advertir que en el caso de autos la apelación fue oída el 3 de mayo de 1988 y el Expediente llegó al Juzgado Superior Quinto el 4 de mayo de 1988 -algo inusual por lo superlativamente vertiginoso-. Es manifiesta la voluntad de reiterar la apelación el 4 de mayo de 1988 -primer día siguiente a los sesenta y ocho días del invocado criterio de la Sala-, pero ¿cómo hacerlo ante el Juzgado a quo si el Expediente voló al Juzgado Superior Quinto? Esta a la vista la imposibilidad material, física, para esa reiteración ante el Tribunal de la causa y por ello el escrito, ante esa alzada en 4 de mayo de 1988, de reiteración de la apelación. La demandada ha sido más que diáfana en la exteriorización de inconformidad con la actuación de 12 de abril de 1988 firmada por la Juez a quo y por un Juez Asociado solamente; apeló inmediatamente, después dos veces oportunamente y por último ante la alzada ratificó la apelación, a manera de anuncio nuevo de ésta, por si acaso. Como la apelación fue oída por el Juzgado a quo y recibido el Expediente en todas sus piezas, son existentes y eficaces todas las actuaciones en la segunda instancia. El envío del Expediente a la alzada es imputable al Juzgado a quo y no a las partes, por lo que si fuere menester, cabría aplicación de artículo 202, 206 y 211 del vigente Código de Procedimiento Civil".

Artículo 202 de Código de Procedimiento Civil reza en su encabezamiento: *"Los términos o lapsos procesales no podrán prorrogarse ni abrirse de nuevo después de cumplidos, sino en los casos expresamente determinado por la ley, O CUANDO UNA CAUSA NO IMPUTABLE A LA PARTE QUE LO SOLICITE LO HAGA NECESARIO".*

Por la omisión de lo que acabamos de transcribir es que la sentencia de la mayoría tripartita en el recuento (páginas 372 y 373), no indica la verdad total: NO REGISTRA QUE EL 3 DE MAYO FUE OIDA LA APELACION. TAMPOCO REGISTRA QUE VIOLENTAMENTE EL 4 DE MAYO EL EXPEDIENTE SUBIO AL DISTRIBUIDOR DE ALZADA Y QUE INMEDIATAMENTE ESTE ENVIO EL EXPEDIENTE AL JUZGADO SUPERIOR QUINTO, LO CUAL FORZO A LA REITERACION DE LA APELACION EN LA ULTIMA FECHA.

"Juez que mal se informa, nunca bien pronuncia". De ahí que es indignante que la sentencia de la mayoría tripartita (página 376) mienta irresponsable y alegremente, al afirmar:

"Igualmente es improcedente la ratificación de dichas apelaciones, formulada por el apoderado de la parte demandada el día cuatro (04) de mayo de 1988, pero ante el Juzgado Superior en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, no sólo porque según el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil la apelación se interpondrá ante el Tribunal que pronunció la sentencia (El Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil), sino porque conforme lo expresa Marcano Rodríguez, en ningún caso puede apelarse"... per saltum et omisso medio...", es decir, prescindiendo de uno de los grados intermedios de la escala judicial".

Al más lerdo, una simple comparación de lo omitido y transcrito de la formalización de la demandada con lo transcrito de la sentencia de la mayoría tripartita lleva a la convicción de un falso supuesto inexcusable, ya que no hubo **saltos** ni **prescindencias** en nada, lo que hubo fue manifestación de apelación en cuatro oportunidades, debido ello a los avatares del proceso del divorcio, a la anarquía interesada que se sembró con la coyuntura de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil y a los dispensadores de favores, que nunca faltan.

Dudo que la mayoría tripartita hubiera leído bien el expediente y sus piezas -unas cuantas-, pero lo que no dudo es que ella estuviera enterada del hecho notorio de las vicisitudes mencionadas.

La reiteración de la apelación ante el Superior fue una actuación a que se vio forzada la demandada por las carreras de la Juez de la causa y de los jueces de alzada, es decir, por una causa no imputable a la demandada apelante, por lo que cabía aplicar transcrito artículo 202 y ordenar abrir de nuevo el lapso de apelación, lo cual, por cierto, alude Petit Da Costa en su voto salvado *"...la conclusión de la mayoría debió ser la reposición al estado en que se encontraba para el momento en que fue enviado el expediente al Superior, a los fines de que corra íntegro el lapso de apelación ..."* (página 398).

Creo que no haya otro juicio en el cual se haya apelado más. Ante las presiones del momento, cuando el demandante estaba en la más alta posición del país, lo aconsejable era apelar, y así se hizo el 14 de abril de 1988 para prevenir -con lo cual no se causaba ningún daño-. Después, con sujeción a Código de Procedimiento Civil, artículos 515 (*"PRESENTADOS LOS INFORMES,... EL TRIBUNAL*

DICTARA SU FALLO DENTRO DE LOS SESENTA DIAS SIGUIENTES. ESTE TERMINO SE DEJARA TRANSCURRIR INTEGRAMENTE A LOS EFECTOS DE LA APELACION... ")y 298 ("EL TERMINO PARA INTENTAR LA APELACIONES DE CINCO DIAS, SALVO DISPOSICION ESPECIAL'), por cuanto el lapso de sesenta días para sentenciar terminó el 25 de abril de 1988, la demandada apeló el 26 de abril y volvió a hacerlo, ratificación, el 29 de abril de 1988. Hasta aquí hay **tres apelaciones** (una inmediata a la actuación de primera instancia tenida como sentencia y dos en el lapso para apelar siguiente a los sesenta días mencionados). Pero como quiera que había que complacer al jerarca demandante se puso en el tapete el criterio del famoso fallo, con ponencia de **TP**, el 10 de febrero de 1988 -Nota 3-, que **de lege ferenda** cabe, pero jamás puede tener entrada **de lege lata.** Citado artículo 515 es clarísimo en iniciar el cómputo para sentenciar desde "**PRESENTADOS LOS INFORMES**", por lo que es a partir de esto cuando corren los sesenta días para sentenciar y, por supuesto, seguidamente los cinco días para apelar. Los razonamientos al respecto son extensos en la formalización de la demandada y ahora los ratifico, aunque debo añadir que la sentencia de la mayoría tripartita[14] lucubra y remata con que los sesenta días para sentenciar no son sino desde **PRESENTADAS LAS OBSERVACIONES A LOS INFORMES**, lo cual extrae de la fusión de citado 515 con el 513 **ejusdem**, para así consagrar un nuevo supuesto y, por ende, legislar. **La sentencia de la mayoría tripartita no interpreta sino que legisla, no aplica citado 515 sino que aplica un precepto inventado, producto de la mezcla de dicho artículo con indicado 513.** La sentencia de la mayoría tripartita violó la Constitución, al convertirse en legislador, y ocasionó una inseguridad jurídica gravísima, al cambiar el cómputo del lapso para sentenciar y, por ende, el del inicio del lapso para apelar.

La apelación inmediata -como la de 14 de abril de 1988-, por ser demostradora o demostrativa de inconformidad con la decisión, ha sido acogida en Venezuela y en el exterior. A propósito, el voto salvado de Plaz Bruzual

---

[14] Por una exalumna, abogada en ejercicio, mucho antes supe -y de paso me insinuó la recusación- que quien aparece como ponente en la decisión que comento, **BT**, en charla suya, al referirse a lo de las apelaciones en el proceso del divorcio, adhirió al criterio de la sentencia de 10 de febrero de 1988, con ponencia de **TP** -Nota 3-.
No me sorprende la coincidencia, porque, según me informó alguien de la parentela, el único hijo de **TP**, con igual nombre y abogado egresado de la Universidad Santa María, trabaja con **BT**.

(páginas 393 y 394) expresa que "**estuvo bien interpuesto el recurso de apelación**".

Las otras dos apelaciones de 26 y 29 de abril de 1988 -conforme a citado 515- son a tiempo, oportunas, aunque, conforme a lo legislado por la sentencia de la mayoría tripartita, son más bien anticipadas, por lo que entonces vienen a ser inmediatas, como la anterior, pero indudablemente que demuestran igual inconformidad con la decisión, lo cual fue reiterado una vez más ante la alzada -y no ante el juzgado **a quo-**, debido a la causa ya mencionada no imputable a la demandada.

A pesar de tantas evidencias de inconformidad con la decisión, la sentencia de la mayoría tripartita, con base en su invento legislado, desecha alegremente la apelación de la demandada y se auxilia (página 379) del *"principio de la preclusión, desarrollado brillantemente por Chiovenda, no ... conocido en Venezuela, como lo demuestran los comentarios que al respecto hace en su texto Arminio Borjas, en el cual no sólo se guarda absoluto silencio sobre la doctrina del Maestro, sino que ni siquiera se le menciona en su obra"* [15].

La mayoría tripartita parece no haber leído la obra de Chiovenda, porque en ella no sólo se define la **preclusión** (*"consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general, actos procesales"*) sino que entre los aspectos inherentes, como las "**condiciones de tiempo**", "**términos perentorios**", se señala que *"El transcurso de términos preclusivos produce caducidad del derecho de*

[15] De muy mal gusto son las expresiones de la sentencia de la mayoría tripartita. En la época cuando escribió Borjas, que no era la de las comunicaciones tecnológicas actuales, pedirle que estuviera informado de todo cuanto acontecía en el mundo es como pedirle lo imposible. Constituye una irreverencia, una blasfemia, al autor de "Comentarios al Código de Procedimiento Civil" y "Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal", obra ciclópea de la que se ha ilustrado el ámbito jurídico venezolano durante la mayor parte del presente siglo, por lo que no se puede permitir que desdigan de ella quienes hasta ahora no han publicado libro alguno.
Eso de que la preclusión "no era conocido en Venezuela" es una mentira parcial, ya que **la idea y el concepto**, que no es más que el de **la extinción de las oportunidades procesales**, siempre han existido y Borjas y los autores venezolanos tratan esto cuando ha lugar, aunque no les llamen preclusión ni toquen el enfoque de Chiovenda. Siempre la mente humana presenta coincidencias, no obstante las distancias y las denominaciones y los desarrollos diversos. Por ello, califico de desplante esa aseveración de la sentencia de la mayoría tripartita.

realizar los actos para los cuales se había fijado el término"; y además, en los medios de impugnación de las sentencias se informa que "**se puede apelar de una sentencia aun antes de su notificación**". Esto, que está claro en la obra del gran procesalista[16], desvirtúa eso de que la sentencia de la mayoría es (página 379) *"con apego absoluto al principio de la preclusión, columna vertebral en las modernas concepciones sobre la relación jurídico-procesal en nuestro sistema"*. ¡Qué grandilocuencia! ¡Qué rimbombancia!

Como se observa. *"El transcurso de términos preclusivos ..."* significa el paso del tiempo para que opere la llamada preclusión y en el caso de la apelación, en el Derecho Italiano de la época de Chiovenda, se admite anticipadamente, lo cual, por lo demás, está más de acuerdo con la interpretación teleológica de la apelación y del lapso para ello, toda vez que lo que se persigue es la manifestación de inconformidad con el pronunciamiento. Dicho de otra manera, la preclusión es finalizado el lapso, no antes de su comienzo.

Aun partiendo de lo inventado por la sentencia de la mayoría tripartita (expresable de dos maneras: el lapso de sesenta días para sentenciar es a partir de las observaciones a los informes; el lapso para sentenciar no es de sesenta días sino de sesenta y ocho, toda vez que a los sesenta hay que agregar al inicio los ocho días para las observaciones a los informes), y aplicando el argumento de la sentencia, jamás puede haber preclusión, primero, por lo de las apelaciones anticipadas, que se admiten no sólo en Venezuela sino también en el Derecho Italiano, y segundo, porque en el vigente Código de Procedimiento Civil los lapsos procesales (entre ellos, por supuesto, el de la apelación) se pueden prorrogar o reabrir *"cuando una causa no imputable a la parte ...lo haga necesario"* -artículo 202-. Es decir, a la regla de la preclusión le cabe la excepción por "**causa no imputable a la parte**". La sentencia de la mayoría tripartita soslaya lo que aparece del expediente y de la formalización de la demandada en cuanto a que el 3 de mayo de 1988 fue oída la apelación y que el 4 de mayo de 1988 ya el expediente del divorcio había llegado (¡**gran carrera**!) del Superior distribuidor al Superior que conocería del proceso y, por lo tanto, la demandada se hallaba en la imposibilidad de apelar una vez más ante el juzgado de la causa y tuvo que

[16] José Chiovenda **Principios de Derecho Procesal Civil**, traducción del Profesor José Casais y Santaló, Instituto Editorial Reus, Madrid, Tomo II, páginas 396, 398, 129, 130, 508 y 554.

hacerlo (a manera de ratificación, el nombre no importa) ante el Superior, a fin de adecuarse al invento de la decisión de 10 de febrero de 1988, invento que sumisamente repite la sentencia de la mayoría tripartita.

En definitiva, por ésta no haber tenido en cuenta citado artículo 202 -que para nada menciona-, se aplicó erróneamente la preclusión y se desvirtuaron las explicaciones de Chiovenda, a quien, al parecer, sin leerse, se cita, y si fue leído no lo asimilaron[17].

-V-

Sin desmedro de las discrepancias jurídicas que son normales y que respeto, no puedo dejar de hacer **algunos reparos** al resto de la sentencia de la mayoría tripartita:

1.- En la denuncia atinente a los actos conciliatorios y al acto de la contestación de la demanda, se deja sin resolver lo de este último y en cuanto a los actos conciliatorios se expresa: *"la presencia de ambas partes convalidó cualquier vicio relativo en la sustanciación ..."* (páginas 359 y 360). A más de que la dicha omisión es grave, ¿cómo en el proceso de divorcio, en el cual predomina aún más el orden público, la sustanciación de los actos conciliatorios ha de quedar en manos de las partes?

2.- En la denuncia acerca de **omisión después de la citación por Notario,** no hubo pronunciamiento.

3.- En la denuncia de **errónea aplicación de citación tácita o presunta,** se desecha, porque (página 361) *"habiendo comparecido personalmente la demandada ... el día 26 de octubre de 1987 al acto de la contestación de la demanda, las irregularidades denunciadas, si ciertamente existieron, quedaron debidamente convalidadas con su presencia en dicho acto"*. Del expediente y de la formalización de la demandada es evidente -y lo digo en esta exposición, **supra**- que se rechazaron las cuestiones previas promovidas por los apoderados de la demandada y que no hubo acto de la contestación al fondo

[17] Ello me hace recordar la actitud de un estudiante en mi época de bachillerato en la tierra cumanesa: permanentemente él compraba libros y se comportaba como una librería ambulante (porque los ostentaba), no como una biblioteca (porque no los estudiaba).

de la demanda. Por lo tanto, la sentencia de la mayoría tripartita está afirmando algo que no es cierto, y la comparecencia de la demandada al acto de la contestación de la demanda, por ser imaginación, es un falso supuesto.

4.- Respecto de la denuncia sobre actuaciones del Ministerio Público, en la decisión que comento se silencia la estructura jurídica de la institución y por eso nada se dice sobre la Constitución ni sobre la Ley Orgánica del Ministerio Público y su prevalencia, sino que se hacen consideraciones ligeras con algunos gazapos: *"la actuación cuestionada (negativa de adhesión de la Fiscal 23a a la apelación de la demandada) obraba contra los intereses de la Fiscalía General de la República, y no contra los concretos y específicos de la parte demandada"* (página 363). *"...si bien el Fiscal tiene iguales poderes y facultades que las partes interesadas en las causas que él mismo habría podido promover, ni en estos casos ni cuando interviene en forma limitada en los juicios de divorcio y separación de cuerpos, puede interponer apelación ni cualquier otro recurso contra las decisiones dictadas, porque el sistema venezolano no es en materia civil el del Ministerio Público agente sino coadyuvante ..."* (página 363).

Eso de "**obraba contra los intereses de la Fiscalía General de la República**" (sic) constituye una impropiedad que suele oírse en el vulgo, pero que es inexcusable en una decisión judicial, máxime si es del más alto nivel. En primer lugar, los intereses en juego son, por superiores, de la sociedad, a la que el Ministerio Público representa, y de la juridicidad -constitucionalidad y legalidad-, de la que el Ministerio Público es vigilante o guardián. Por lo mismo, esos intereses son de la institución Ministerio Público. He ahí el primer gazapo. En segundo lugar, de acuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica respectiva, la institución se llama Ministerio Público y su máximo representante es el Fiscal General de la República; éstos son los nombres indicados en ambos textos, pero no existe en el vigente Derecho Venezolano ningún **nomen juris Fiscalía General de la República**, por lo que esto resulta mal usado en la decisión que comento[18].

---

[18] En el lenguaje extrajurídico algunos nombres a veces se repiten frecuentemente, pero una decisión judicial debe cuidarse en los vocablos. Por ejemplo, ocurre hoy, a pesar de no estar indicados en el vigente ordenamiento jurídico, que se habla de Viceministro por Director General de Ministerio, de Ministerio de Estado para mencionar lo atinente a un Ministro de Estado, cuando sabemos que éste es más bien **ad personam**, porque es Ministro sin Cartera o sin Ministerio.
Es una inelegancia que una decisión judicial se expresara así.

En lo de que el Ministerio Público no "**puede interponer apelación ni cualquier otro recurso contra las decisiones dictadas, porque el sistema venezolano no es en materia civil el del Ministerio Público agente sino coadyuvante**" es una afirmación que, por ligera, hay que cuestionarla, porque, aparte de que calla la Constitución y la Ley Orgánica de la materia -en la que hay mucho que cortar si se recuerda su artículo 41, en concordancia con los artículos 220 y 163 de la Constitución-, en vigente Código de Procedimiento Civil, artículos 129 a 135, la actuación del Ministerio Público es en lo civil de agente (promover la acción) o de coadyuvante (intervenir), pero no es absolutamente de lo último, como se pretende hacer ver.

5.- Acerca de la denuncia de la violación de artículos 312 y 313 de Código de Procedimiento Civil, como la decisión que comento se fundamenta otra vez en la sentencia de la casación de oficio, en 2 de agosto de 1989, es oportuno tener presente cuanto he expuesto en la crítica respecto a lo resuelto sobre el recurso de nulidad -**supra**, I-.

6.- No obstante que no me atañe directamente, voy a tratar la decisión del otro recurso de casación interpuesto por Reynaldo Gadea Pérez, también abogado de la demandada:

Ella previamente se refiere a la apelación y al conocimiento de la alzada, para aseverar que "**no puede entrar a considerar la Sala la solicitud de "inexistencia"** (página 387) de la actuación de 12 de abril de 1988 tenida como sentencia de primera instancia, y luego agregar: *"no indica el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil la oportunidad en que los Jueces que integran un Tribunal de Asociados deben proceder a firmar el fallo aprobado por la mayoría de ellos, pero frente al cual se ha anunciado voto salvado"* (página 387).

A mi juicio, citado 246 -transcrito, **supra**, III, **7**.- comprende a las sentencias en general, incluida la de un tribunal con asociados; el precepto es superclaro, no ofrece discusión, y hay disposiciones complementarias como son las que trae la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 20, 21 y 22, a más de las regulaciones sobre asociados del mismo Código de Procedimiento Civil, especialmente artículo 124 -también transcrito, **supra**, III, **7**-, que es nuevo y que resuelve lo que antes era punto de opinión doctrinal, el de la falta del

asociado no sólo por muerte sino "**por cualquier otro motivo**". La sentencia de la mayoría tripartita no vierte el texto de 246 e ignora citado 124 y lo que hace es distraerse en especulaciones, en afirmaciones erróneas (como la de que "**no existe norma legal que resuelva el asunto**", por lo que aplica por analogía el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, páginas 388 y 389), y en conclusión también errónea de que no hay vicio de orden público (página 391).

Con esa aplicación analógica, viola la hermenéutica en dos reglas que son abecé: a) La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sus artículos, incluso por supuesto citado 60, es legislación especial, normativa que no es susceptible de aplicación analógica, por lo que es sólo para el Alto Tribunal y no para los demás órganos del Poder Judicial. b) La analogía, como manera o medio de integración del Derecho, es "**Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley**" -aparte único de artículo 4 de Código Civil-, de lo cual se determina que la sentencia que comento aplicó por analogía citado 60 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no obstante haber disposiciones que prevén el asunto -citados artículos 246 y 124 de Código de Procedimiento Civil y 20, 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-.

La sentencia que comento, además de consideraciones que quizás quepan de **lege ferenda** y no de **lege lata**, se manifiesta muy subjetiva, cuando ensalza[19] a la juez de la causa, la de avanzadas **margariteñerías jurídicas**, la **exhalación procesal** y las **exquisiteces** (" *el Juzgado de Primera Instancia con Asociado, extremó su celo en la forma como llevó adelante el proceso del estudio y preparación del proyecto del fallo*", página 390) y cuando censura al juez asociado que no firmó[20] ("*resultaba deber para el Juez Asociado estar en cuenta del proceso de preparación y revisión del fallo, acatando un deber inherente al cargo para el cual prestó su juramento de cumplirlo bien y fielmente*", página 390; "*debe quedar por igual establecido que el Juez no es parte en el proceso, sino el Magistrado llamado a cumplir con el control*

[19] ¡Qué c...orazón! ¡Qué b...ondades!

[20] En el expediente consta -y se destaca en la formalización de la demandada, K)- la actuación seria y responsable del asociado doctor Francois Ciavaldini Ortega, a quien se agravia injustamente sin reconocérsele su trayectoria de distinguido abogado -en la Universidad Central de Venezuela, fue profesor de Derecho Civil, Obligaciones, Director de la Escuela de Derecho y Decano de la Facultad de Derecho-.

del mismo, y el deber de dictar el fallo, circunstancias e imperativos que se suponen deben ser de su conocimiento desde que queda constituido el Tribunal de Asociados'', página 391).

Asombra que se establezca que no hay vicio de orden público en una sentencia si falta la firma de uno de los jueces asociados. En vigente Código de Procedimiento Civil, artículo 246, en el texto los verbos reflexivos en imperativo negativo son ineludibles por lo enfático: *''...No se considerará como sentencia ni se ejecutará, la decisión a cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por la ley, ni la que no esté firmada por todos ellos''*. Lo transcrito es un aparte único consecuencia del encabezamiento del artículo que comienza: *''La sentencia expresará la fecha en que se haya pronunciado y se firmará ..., ...los que hayan disentido respecto de lo dispositivo, podrán salvar su voto ... a continuación de la sentencia, firmada por todos''*. El precepto 246 se halla preservado por lo que **in fine** dispone el 209 **ejusdem** -justamente, ello está planteado en K) de la formalización de la demandada y la sentencia de la mayoría tripartita calló, **supra, III, 7-**. ¿Si tan trascendente previsión acerca de la sentencia no es de orden público, entonces, cuál ha de ser? El parecer de la decisión que comento (con opiniones que valen como tal[21], aunque sin cabida cuando hay un artículo tan terminante, citado 246, ya que **''Contra la ley no pueden citarse costumbres''**, ni puntos de vista), si se extrema, si se exagera, podría ser base para sustentar la eficacia de la sentencia de un tribunal unipersonal o individual no firmada por el juez. Una locución dice que **''Es inadmisible toda interpretación o diligencia que conduzca al absurdo''**. Por ello, critico y rechazo cuanto ha expuesto al respecto la sentencia de la mayoría tripartita.

-VI-

Como se ve, lo que he dicho no es improvisado, sino derivado del estudio, del análisis y de la reflexión durante más de tres meses, a partir del 1 de agosto de 1991, cuando fue publicada la sentencia que comento, la cual, por falsos supuestos (ojalá que en el caso no impere el adagio **''la mentira implica mala fe''**), por contradictoria, por confusa, por errónea, por omisa, por inventora, APLICA EL DERECHO AL REVES.

---

[21] Se cita la de Mattirolo (páginas 389 y 390), pero si este autor se enterara del texto de citado 246, a lo mejor se levantaba de la tumba y a los responsables diera -perdóneseme lo jocoso- un **''mati''** con el **rolo.**

Por ello, los **integrantes de la mayoría tripartita deben renunciar;** si no, deben ser destituidos o excluidos o no reelegidos, salvo quien tenga derecho a la jubilación.

Inspirado por lo genial del inmortal Andrés Eloy Blanco[22] y para ser explícito en mi voluntad lapidaria de la sentencia por la cual el divorcio -con comienzo de **comedia**- terminó en **tragicomedia**, dejo el epitafio:

De tres leguleyos de tercera,
es esta ... torta jurídica de primera.

-VII-

Independientemente de la crítica jurídica, mi planteamiento es de calidad judicial (sin que sea extrañable entre nosotros, no se trata de **Anitas** ni de **Anitos,** a lo Anita Hill, quien le salió a Clarence Thomas, hoy Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América) y, a más de estar destinado al ámbito jurídico y al nacional, me dirijo:

De inmediato, a la institución Corte Suprema de Justicia y al Congreso Nacional;

A los venerables patriarcas doctores Rafael Caldera y Gonzalo Barrios y a demás dueños del feudo venezolano, a quienes atañe rectificar en la elección;

Al doctor Arturo Uslar Pietri y sus seguidores llamados **notables,** para su acopio.

Eventualmente, a la Alta Comisión de Justicia (por si va la enmienda constitucional proyectada al respecto);

A quienes emerjan de ese coco tan anunciado de algo que se dice superará al 27 de febrero, acontecimiento que, al soñarlo, muchos han confirmado que se ve venir -porque así es la interpretación que les ha dado el espíritu del sobrenatural José, el hijo de Jacob y primer Ministro del Faraón de Egipto-.

---

[22] José Rivas Rivas, "Ingenio y gracia de Andrés Eloy Blanco", Tomo I, Segunda Edición, Centro Editor C.A., Caracas, 1970, página 146.

Valgan estas **apostillas:**

- En la Venezuela actual, el Derecho que se aplica no es el contenido en los libros y en el ordenamiento jurídico y, por provenir de arriba, es el que se impone a los de abajo, pero no significa la razón ni la verdad.

- Quienes administran justicia no siempre actúan con conocimiento, objetividad, imparcialidad, honestidad, rectitud, juridicidad, por lo que el pedir justicia se ha convertido en juego de suerte, en una lotería, y de ahí que es mejor no actuar judicialmente sino en lo que es forzoso y no permite arreglo. Por eso, en lo profesional, he jurado, por Dios, por mi religión católica y apostólica romana, por mi honor y por mi conciencia -está en la fórmula tradicional, que se ha practicado, por ejemplo, derogado Código de Procedimiento Civil de 1916, artículo 350-, dedicarme únicamente a la consulta, al asesoramiento, y más al estudio y a la vida.

- El panorama descrito quizás sea por la degeneración nuestra, que la hubo en la **barbarocracia** de la **Gomezuela**, de que habla Rufino Blanco Fombona, y que a finales de siglo, en la **Perezuela** también la hay, debido al tránsito decadente de **democracia** a **partidocracia, carnetcracia, cogollocracia, vaginocracia, lococracia, caoscracia.** A esto se agrega la **extranjerocracia,** que había en ciertos ámbitos, que existe ya en el poder político y que se avizora con más dominio, en vista de la cacareada **privatización,** idea de la megalomanía gocha y que traerá más costo y más especulación, y de la anunciada **enmienda constitucional de igualdad a los naturalizados para ocupar las más altas posiciones del Estado,** idea de la megalomanía chocha y que por ambición demagógica enfermiza quién sabe cuánto costará al país, aunque espero no prospere.

- Quizás sea también por la situación, que aún subsiste, descrita gráficamente por mi recordado profesor de Derecho Minero (autor de una obra sobre el Régimen Legal del Petróleo en Venezuela), el doctor Rufino González Miranda: **El poder en Venezuela se manifiesta como un paracaídas en una pantaleta.** Esto último hace que haya siempre lo que he llamado **celestinaje de Estado.**

- Finalmente, me permito insinuar al demandante, de quien he leído aspira repetir presidencialmente (no sorprende, por el caso vigente), que, de llegar

otra vez, designe tres Ministros de Estado, para asesorar a la Primera Dama: uno, bien podría ser en INAGER; en pro de los ancianos; otro, para una campaña psicológica odontológica en favor de los **dientes rotos**; y un tercero, para el desarrollo de la madurez.

- ¡Dios tenga en la gloria a Fernando de Rojas y a Pedro Emilio Coll!

¡Pobre Venezuela, que era país!

Para cerrar, traigo a colación del refranero muy común en el oriente venezolano: "**Unos se comen las verdes** (así nos pasó a los tres abogados de la demandada) **y otros se comen las maduras**". Pero yo agrego, éstas a veces las encuentran podridas. Y del litoral sucrense, "**El pendejo amarra el bote**". ¿Es de identificar a quién le tocó el amarre?

Este estudio es **MI SENTENCIA DE UNA SENTENCIA DEL ANTIJUEZ.**

LA REPUBLICA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Ponencia del Quinto Conjuez ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO.-

VISTOS.-

En el juicio de divorcio seguido por el doctor **JAIME LUSINCHI**, mediante sus apoderados Morris Sierralta, Mario Villarroel, Morris José Sierralta y Norka Sierralta de Villarroel, contra la ciudadana **GLADYS CASTILLO DE LUSINCHI**, judicialmente representada por sus mandatarios Arturo Luis Torres Rivero, Ernesto Lesseur Rincón y Reynaldo Gadea Pérez, el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, conociendo como Tribunal de Reenvío, publicó sentencia con fecha 21 de febrero de 1990, en la cual declaró inadmisibles, por extemporáneas, las apelaciones interpuestas los días 14, 26 y 29 de abril de 1988, e inadmisible la ratificación de dichas apelaciones, efectuada el 4 de mayo de 1988 ante el Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial.

Contra la sentencia del Juzgado Superior fueron interpuestos Recursos de Nulidad y de Casación por los apoderados judiciales de la parte demandada. Se dio cuenta en Sala del asunto y anunciaron inhibición los Magistrados Adán Febres Cordero y Luis Darío Velandia. Declaradas con lugar, se

constituyó la Sala Accidental con los doctores Jesús Petit Da Costa y Alberto Baumeister, quienes fueron convocados en su carácter de Primer Suplente y Quinto Conjuez de la Sala. Se nombró Magistrado ponente al último de los citados. Oportunamente fue formalizado el Recurso de Casación, sin contestación. Concluida la sustanciación del mismo, procede la Sala a dictar la sentencia en los siguientes términos:

RECURSO DE NULIDAD

En virtud de que contra la sentencia recurrida se anunció Recurso de Nulidad, la Sala, en primer término, procede a leer la sentencia de fecha 2 de agosto de 1989, y la dictada por el Juez en sede de Reenvío, de fecha 21 de febrero de 1990, a fin de formarse criterio sobre el particular y examinar si esta última decisión contrarió lo decidido por la Sala en su fallo del 2 de agosto de 1989, en cuyo caso ordenará que se dicte nueva sentencia obedeciendo su decisión.

La sentencia de fecha 2 de agosto de 1989 casó de oficio el fallo del 2 de junio de 1988, dictado por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, y repuso la causa al estado en que se encontraba para el día 9 de marzo de 1988, oportunidad a la que consideró necesario volver al proceso para restablecer el orden jurídico que consideró infringido, y ordenó que se siguiera de nuevo el curso de la causa y se efectuaran los actos procesales de nombramiento de asociados; señalamiento del término para informes y sentencia definitiva de la causa, en donde se debe resolver, en forma previa, sobre la extemporaneidad o no de las distintas apelaciones propuestas en el juicio.

En la parte narrativa del fallo dictado por el Tribunal de Reenvío con fecha 21 de febrero de 1990, se expresa que con fecha 24 de octubre de 1989 se llevó a efecto el acto de nombramiento de asociados en la presente causa, habiendo sido escogidos los doctores Juan Vicente Ardila y Armando Núñez González. Que con fecha 31 de octubre del mismo año, y luego de haberse cumplido el procedimiento previo de aceptación y juramento, se constituyó el Tribunal Superior Primero en lo Civil y Mercantil, con asociados. Y que por cuanto la parte demandada, que había solicitado la constitución del Tribunal con asociados, no consignó los honorarios de los mismos dentro del plazo de Ley, la causa siguió su curso legal, habiéndose verificado el día 5 de diciembre de

1989, el acto de informes en cuya oportunidad el co-apoderado de la parte demandada doctor Arturo Luis Torres Rivero ratificó el contenido de los presentados ante la primera instancia. El día 13 del citado mes y año, los doctores Morris Sierralta y Morris José Sierralta, en su carácter de apoderados judiciales de la parte actora, consignaron a su vez las observaciones escritas a los informes presentados por su contraparte.

En la parte motiva de la decisión publicada por el Tribunal de Reenvío con fecha 21 de febrero de 1990, en punto previo, la recurrida examinó detalladamente la cuestión relacionada con la extemporaneidad de las distintas apelaciones propuestas contra la sentencia de primera instancia dictada con fecha 12 de abril de 1988. Y después de relatar la secuela procesal de dichas apelaciones, formuladas los días catorce (14), veintiseis (26) y veintinueve (29) de abril de 1988; el acto de ratificación de dichas apelaciones, efectuado el día 4 de mayo de 1988 ante el juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial; y apoyándose en doctrina reiterada de la Sala, entre ellas, una que citó de fecha 2 de agosto de 1989, declaró inadmisibles, por extemporáneas, las citadas apelaciones y asimismo inadmisible, por improcedente, la ratificación de ellas. Como consecuencia de la declaratoria de extemporaneidad de las apelaciones, no entró a resolver sobre el fondo mismo del juicio de divorcio propuesto por el doctor Jaime Lusinchi contra Gladys Castillo de Lusinchi.

Al proceder a leer las dos sentencias, la Sala encuentra que la dictada por el Juez de Reenvío no contrarió lo por ella decidido con fecha 2 de agosto de 1989, porque al recibir los autos y avocarse al conocimiento de la causa fijó día y hora para el nombramiento de asociados; los designados en esa ocasión aceptaron, se juramentaron y constituyeron el Tribunal Superior con Asociados. Y al no haber consignado la parte interesada los honorarios de Ley, la causa prosiguió su curso, habiendo constancia de la celebración del acto de informes y del de observaciones escritas. Y luego, en punto previo a la sentencia sobre el mérito del presente juicio -como se lo había ordenado expresamente la Sala- resolvió sobre la extemporaneidad de las distintas apelaciones y la ratificación de la misma. Por consiguiente, al cumplir la recurrida cabalmente con la sentencia de la Sala de fecha 2 de agosto de 1989, el presente Recurso de Nulidad debe ser declarado sin lugar y así se establece.

PUNTO PREVIO

Es de doctrina que las sentencias de las diversas Salas de la Corte podrán diferir en la trascendencia de sus efectos, pero no difieren en nada en cuanto a su fuerza de cosa juzgada no revisable, ni por consiguiente, en cuanto al acatamiento que le deben dar, sin vacilaciones ni escrúpulos de ningún género, así los particulares, como los funcionarios y los Poderes Públicos, por imposición inexorable de nuestro sistema constitucional en vigencia. En fallo de fecha 17 de noviembre de 1939, la extinta Corte Federal y de Casación expresó que no sólo porque no lo permite la Ley, sino porque sería desconocer los más elementales principios de filosofía procesal podía admitirse el que la Corte anulase sus propios fallos, haciendo nugatoria la autoridad de la cosa juzgada; ello equivaldría a que pudiese sentenciar varias veces en diversos sentidos, un mismo asunto.

En consecuencia, la sentencia de la Sala de fecha 2 de agosto de 1989, dictada en este proceso y que dio origen al reenvío, se redujo a determinar si en la conducta de las partes y del Juez, durante el trámite procesal del presente juicio, se cumplieron las formas establecidas por la Ley. La doctrina observa que cuando se verifica tal examen sobre los errores de actividad, no se trata de corregir vicios exclusivamente mecánicos, sino examinar esas irregularidades en tanto trasciendan sobre la decisión de fondo. Y buen cuidado tuvo la Sala en distinguir en dicho fallo entre los vicios propios de la decisión recurrida y los derivados; es decir, los observados a la sentencia de primera instancia, puesto que la trascendencia de estos últimos es más extensa que la de los propios.

En efecto, en los errores de actividad la reposición sobre los derivados (la sentencia de primera instancia) afecta a los actos de primer grado, mientras que en los propios (la sentencia de segunda instancia) sólo al fallo dictado por el Tribunal Superior. Por ello, al subvertir el procedimiento de segunda instancia la sentencia recurrida de fecha 2 de junio de 1988, dictada originalmente por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil y Mercantil, la decisión de la Sala de fecha 2 de agosto de 1989 ordenó la reposición de la causa al estado de corregirlos y continuar luego la sustanciación del proceso hasta sentencia definitiva. Según el parágrafo primero del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, si al decidir el recurso la Corte encontrare procedente

una infracción de las descritas en el ordinal 1° del artículo 313, se abstendrá de conocer las otras denuncias de infracción formuladas, y decretará la nulidad y reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido.

En esta materia hay una diferencia fundamental en relación con el artículo 436 del derogado Código de Procedimiento Civil, pues éste ordenaba la reposición pero al estado en que se encontraba al incurrirse en la primera infracción, para que se siguiera de nuevo, corrigiéndose las faltas de procedimiento, hasta dictar nueva sentencia. Según la doctrina y la jurisprudencia que interpretaron esa norma, la primera infracción no era la que hubiera colocado en primer lugar el formalizante, ni la primera que haya analizado la Sala en su fallo. Era el vicio más remoto advertido en el proceso, de forma tal que, entre un error en la prueba y un error en la citación, éste será el determinante del límite de la reposición y no el de la prueba. En cambio, al relacionar el nuevo Código los "quebrantamientos u omisiones de formas sustanciales de los actos" con el concepto de indefensión, el primer motivo del recurso de forma y la nulidad y subsiguiente reposición que ordene la Sala, dependerá de la **calificación** que la misma efectúe respecto a si el quebrantamiento o la omisión de formas sustanciales causaron o no indefensión a alguna de las partes en el proceso.

Debido a ello, la sentencia de la Sala de fecha 2 de agosto de 1989, al propio tiempo que observó la subversión del procedimiento seguido en segunda instancia, porque el Juez Superior Sexto en lo Civil y Mercantil, para resolver sobre la extemporaneidad de las apelaciones, creó "un incidente procesal" no previsto en ley alguna, también declaró que con dicho ilegal procedimiento produjo un estado de indefensión claro y manifiesto a una de las partes, porque impidió que se constituyera con asociados el Tribunal Superior, derecho éste expresamente reconocido a cualquiera de las partes por el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, el dispositivo de la sentencia de fecha 2 de agosto de 1989 fue el de nulidad de las actuaciones en segunda instancia y reposición de la causa al estado en que se encontraba para el día en que la parte demandada había solicitado la constitución con asociados del Tribunal Superior.

Es forzoso concluir, pues, que nunca, ni la Sala Natural ni la Accidental podrán conocer de recurso alguno, que implique revisión o anulación de las

sentencias dictadas para un caso concreto por la Corte. Y quizá la única excepción a este postulado resulta del recurso de invalidación, previsto por la ley para casos muy especiales, como puede observarse en el artículo 328 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, la autoridad de la cosa juzgada proveniente de la sentencia de la Sala de fecha 2 de agosto de 1989 se limita a lo que ha sido objeto del fallo entre unas mismas partes, como es el caso de autos, a despecho de cualquier autoridad o personas. Y si los jueces de la casación en los nuevos casos que se le presenten, estiman errada la aplicación del derecho que efectuaron anteriormente para otro caso distinto, pueden y deben apartarse de las que antes habían establecido y rectificar aquellos errores. Pero los efectos del primer fallo limitados al caso en que recayó, esto es, a las partes que en él intervinieron, deben ser acatados para así respetar la cosa juzgada.

Afirmados por la Sala los efectos de la cosa juzgada que produce su sentencia de fecha 2 de agosto de 1989, que originó la dictada por el reenvío con fecha 21 de febrero de 1990, procede ahora a examinar y resolver el Recurso de Casación que la parte demandada formalizó contra dicho fallo.

RECURSO DE CASACION DE GLADYS CASTILLO DE LUSINCHI

En primer lugar, podría la Sala rechazar el escrito de formalización presentado por el co-apoderado doctor Arturo Luis Torres Rivero, porque en él se violentan todas las normas legales y todos los principios que la doctrina de este Alto Tribunal ha establecido mediante jurisprudencia pacífica y reiterada, respecto a la técnica necesaria e impretermitible para ser empleada en la formalización del recurso extraordinario, porque en este escrito se mezclan, inseparablemente, denuncias de infracción de forma y de fondo, se citan sentencias interlocutorias que estarían comprendidas también en el Recurso, por el principio de la concentración procesal, pero sin la necesaria separación entre las denuncias que abarcan varias sentencias de esta naturaleza, sin recordar que la Sala se abstendrá de conocer de las otras denuncias de infracción formuladas, si declara con lugar una violación que afecte una interlocutoria que haya producido un gravamen no reparado en ella. Sin embargo, extremando sus deberes, y como lo ha hecho en otras ocasiones, entra a analizar, en primer término, las denuncias de infracción que afecten

a las distintas sentencias interlocutorias, porque ese es el orden lógico de resolver el Recurso de Casación, no sólo anunciado contra la sentencia definitiva sino también contra las distintas interlocutorias cuyo gravamen no fue reparado por la definitiva.

RECURSO DE CASACION CONTRA
SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE FECHA
12 DE NOVIEMBRE DE 1987

Sostiene el formalizante que el presente Recurso comprende también la sentencia interlocutoria de fecha 12 de noviembre de 1987, dictada por el juez Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, que resolvió negativamente acerca de vicios denunciados cometidos en la fijación del día para celebrar los actos reconciliatorios del juicio y en el señalamiento de una hora fija para que se verificara el acto de contestación. En consecuencia, estima el recurrente que en relación con la falta de fijación del día para celebrar el primer acto reconciliatorio se infringieron los artículos 7, 14, 756 y 757 del Código de Procedimiento Civil y también el artículo 68 de la Constitución Nacional; y que al no señalarse una hora fija para el acto de contestación, se violaron los artículos 15, 757 y 758 del Código de Procedimiento Civil y nuevamente el artículo 68 de la Constitución Nacional.

Para resolver, la Sala observa:

El auto de admisión y emplazamiento dictado por el Juez de la causa es el siguiente:

> *"..Emplácese a las partes para que comparezcan personalmente, pasado que sean cuarenta y cinco (45) días después de la citación de la demandada, a las dos de la tarde, a fin de que tenga lugar el primer acto conciliatorio del juicio, pudiéndose hacer acompañar de dos parientes o amigos, conforme a lo previsto en el artículo 756 del Código de Procedimiento Civil, y de no lograrse la conciliación, quedan emplazados para el segundo acto conciliatorio del juicio, pasados que sean cuarenta y cinco (45) días a la misma hora, lugar y forma; y si no hubiere conciliación y el actor insistiera en la demanda, quedarán emplazadas*

para que comparezcan al quinto (5to.) día, siguiente a la celebración del segundo acto conciliatorio, a fin de que tenga lugar el acto de la contestación de la demanda, que se celebrará en la hora comprendida de 2 a 3 pm, de conformidad con el artículo 757 ejusdem....".

En primer lugar, estando a derecho el actor, es superfluo que se le cite expresamente para los actos conciliatorios y el de contestación de la demanda; y en cuanto a la demandada, si ésta quedó citada mediante Notario Público, es a partir de su citación que cuarenta y cinco (45) días después, y a la hora que fije el Tribunal ("...a las dos de la tarde...") tendrá lugar el primer acto conciliatorio del juicio, conforme lo dispone el artículo 756 del Código de Procedimiento Civil. En segundo lugar, si compareció el demandante a dicho acto y no se lograre la reconciliación, las partes quedan emplazadas para un segundo acto conciliatorio, pasados que sean cuarenta y cinco (45) días del anterior, a la hora que fije el Tribunal, en el cual se observarán los mismos requisitos cumplidos en el primer acto conciliatorio.

En consecuencia, el día para la celebración de los dos actos conciliatorios del juicio de divorcio no lo fija el Juez, como es el criterio del recurrente, sino los señala la Ley a partir del acto de citación de la persona demandada y a la hora fijada por el Tribunal, lo cual ocurrió en el caso de autos, pues hay constancia de que con fecha 4 de septiembre de 1987 y 20 de octubre de 1987 se celebraron en el proceso ambos actos con asistencia de las partes y no se logró la reconciliación. En todo caso, si hubo las irregularidades anotadas por el recurrente, la presencia de ambas partes convalidó cualquier vicio relativo en la sustanciación de los actos reconciliatorios.

Por las razones expuestas se declara sin lugar la denuncia antes analizada. Así se decide.

RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE FECHA 21 DE JULIO DE 1987

Sostiene el formalizante que el presente Recurso de Casación comprende también la sentencia interlocutoria de fecha 21 de julio de 1987, dictada por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, en la cual resolvió negativamente sobre presuntas "irregularidades"

ocurridas en el acto de citación de la señora Gladys Castillo de Lusinchi. Según el recurrente, una vez citada la demandada mediante Notario Público y al negarse a firmar el recibo, se omitió el requisito de que el Juez disponga que el secretario del Tribunal libre una boleta de notificación en la cual comunique al citado la declaración del Alguacil relativa a su citación.

Conforme lo expresa el formalizante, otra irregularidad habría ocurrido en la sustanciación de dicha etapa procesal. En efecto, al comparecer el día 20 de julio de 1987 los apoderados judiciales de la demandada, el Juez de la causa declaró consumada la citación tácita o presunta, cuando el supuesto del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil habla de que las diligencias de los apoderados en el proceso ocurran antes de la citación, y en el caso de autos, la citación de la demandada mediante Notario tuvo lugar el día 15 de julio de 1987. Por consiguiente, según el recurrente fueron infringidos los artículos 15, 218, 216 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 68 de la Constitución.

Para resolver, la Sala observa:

En la doctrina de la Sala, la citación es un requisito necesario, pero no esencial para la validez del juicio, con lo cual se quiere significar que las irregularidades que ocurran en su realización no conllevan forzosamente la nulidad del acto y la consiguiente reposición del proceso, porque la regla general es que tales irregularidades son convalidables por la presencia del demandado. En tal sentido, la Sala ha establecido una importante distinción entre la situación que surge cuando hay falta absoluta de citación, y aquellas otras situaciones en las que se han producido irregularidades en la citación, sentando la doctrina conforme a la cual la falta absoluta de citación configura una infracción de orden público, alegable por primera vez en Casación; y la citación irregularmente practicada, que afecta principalmente los intereses privados de las partes, al no lesionar normas de orden público, sus vicios pueden ser convalidados con la presencia del demandado. (Sentencia de fecha 28 de julio de 1966. G.F. Nº 53. 2ª Etapa. Págs. 183 y ss.). En consecuencia, habiendo comparecido personalmente la demandada Gladys Castillo de Lusinchi el día 26 de octubre de 1987 al acto de contestación de la demanda, las irregularidades denunciadas, si ciertamente existieron, quedaron debidamente convalidadas con su presencia en dicho acto.

Por las razones expuestas se declara sin lugar la denuncia antes analizada. Así se decide.

RECURSO DE CASACION CONTRA
SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DE FECHAS
13 DE FEBRERO DE 1988 Y 23 DE MAYO DE 1988

Sostiene el formalizante que el presente Recurso de Casación comprende también **las sentencias interlocutorias de fecha 13 de febrero de 1988**, dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, y **la de fecha 23 de mayo de 1988**, dictada por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, que negaron respectivamente la apelación que la Fiscal 23ª del Ministerio Público había formulado al auto de fecha 27 de octubre de 1987, que negó la promoción de cuestiones previas en el juicio de divorcio y que desechó la adhesión de la citada Fiscal a la apelación de la demandada propuesta contra la sentencia definitiva de fecha 12 de abril de 1988 dictada por el Tribunal de la causa. Por consiguiente, según el recurrente se violaron los siguientes artículos: 220 (2°) y 163 de la Constitución, 1, 6 (4°), 39 (14), 41 (1°, 3°), 42 (14, 20) y 51 (1°, 3°) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 196 y 14 del Código Civil y 129 del vigente Código de Procedimiento Civil y los artículos 299 (2°) y 163 de la Constitución, 1, 6 (4°), 39 (14), 41 (1°, 3°), 42 (14, 20) y 51 (1°, 3°) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 196, 14 del Código Civil, 129 del vigente Código de Procedimiento Civil -**supra**-, G- y 299, 301, 302 y 303 de este último Código.

Para resolver, la Sala observa:

Para los fines de impugnar un acto procesal viciado se necesita, así como para ejercer la acción, o interponer la apelación, tener legitimación e interés, pues aun cuando el derecho de impugnar o invalidar corresponde a la parte, no está atribuido ese derecho a cualquiera de ellas, sino precisamente a aquella parte agraviada por el acto viciado, dado que el agravio es el que atribuye interés para invalidar. En relación con la sentencia interlocutoria de fecha 23 de mayo de 1988, existe un Recurso de Casación, intentado por la señora Gladys de Lusinchi, que la Sala resolvió con fecha 17 de febrero de 1989, en cuya sentencia se precisó el concepto de legitimación para recurrir, toda vez que

la actuación cuestionada (negativa de adhesión de la Fiscal 23ª a la apelación de la demandada) obraba contra los intereses de la Fiscalía General de la República, y no contra los concretos y específicos de la parte demandada.

Expresó la Sala que la actuación del Ministerio Público en el juicio de divorcio, no puede calificarse en beneficio o en contra de alguna de las partes en dicho proceso, porque su función esencial es la defensa de la legalidad y la guarda y custodia del estado de derecho, todo lo cual está comprendido en la conocida frase "es parte de buena fe", lo cual significa además que no puede el Fiscal identificarse con alguna de las partes en el proceso. Por otra parte, si bien el Fiscal tiene iguales poderes y facultades que las partes interesadas en las causas que él mismo habría podido promover, ni en estos casos ni cuando interviene en forma limitada en los juicios de divorcio y separación de cuerpos, puede interponer apelación ni cualquier otro recurso contra las decisiones dictadas, porque el sistema venezolano no es en materia civil el del Ministerio Público agente sino coadyuvante. Por tanto, carece de legitimidad la parte demandada para formalizar el Recurso de Casación con fundamento en las normas específicas que regulan la actuación del Ministerio Público y así se establece.

Por las razones expuestas se declara sin lugar la denuncia antes analizada. Así se decide.

RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE FECHA 15 DE OCTUBRE DE 1987

Sostiene el formalizante que el presente Recurso de Casación comprende la sentencia interlocutoria de fecha **15 de octubre de 1987**, dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, que negó la prueba de posiciones juradas que debía absolver el actor Jaime Lusinchi. Por consiguiente, según el recurrente se infringieron los artículos 6º del Código Civil; 15 y 406 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 68 de la Constitución.

Para resolver, la Sala observa:

Según el denunciado artículo 406, la parte que solicite las posiciones deberá manifestar su disposición a comparecer ante el Tribunal a absolverlas

recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquéllas no serán admitidas. Según la Exposición de Motivos del nuevo Código de Procedimiento Civil, en esta forma se desea dar vigencia al principio de la igualdad procesal en esta materia y poner cese con la práctica desleal de que la parte solicita posiciones, y como se requiere citación personal para absolverlas, luego elude ser citada recíprocamente para absolverle ella posiciones a la parte contraria. Por tanto, con el sistema escogido, el legislador pretende hacer posible en este campo la plena vigencia de los principios de igualdad y de lealtad en el proceso. Por consiguiente, si la parte que solicitó las posiciones del actor en este proceso, no manifestó estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, obró ajustada a derecho la recurrida cuando confirmó el fallo apelado que no había admitido la prueba de posiciones juradas del actor en el presente juicio.

Por las razones expuestas se declara sin lugar la denuncia antes analizada. Así se decide.

RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE FECHA 23 DE FEBRERO DE 1988

Sostiene el formalizante que el presente Recurso de Casación también comprende la sentencia interlocutoria de fecha **23 de febrero de 1988**, dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, que en materia de promoción de pruebas, efectuó los planteamientos siguientes contrarios a los intereses de la parte demandada.

a.- Negó la evacuación de la prueba de testigos en el extranjero, porque el promovente no indicó cuáles eran los hechos que acontecieron y debían probarse en el extranjero; y porque no se hizo constar que los testigos que deban declarar residan en el lugar donde haya de evacuarse la prueba.

b.- Porque al disponer oficiosamente el traslado y constitución del Tribunal en la morada de los Ex-Presidentes Rafael Caldera, Carlos Andrés Pérez y Luis Herrera Campins, le cercenó a la parte demandada la facultad que le otorga el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil que, respecto de las personas exceptuadas para comparecer a declarar voluntariamente, prevé distintas modalidades para ser aplicadas a la manera como deben rendir sus testimonios.

c.- Porque no ha debido admitir la prueba de testigos del actor, en virtud de que en el escrito de promoción respectivo se omitió la indicación de la profesión y actividades de la mayoría de esos testigos, los cuales en consecuencia son inhábiles para declarar, conforme lo establece el artículo 479 del Código de Procedimiento Civil.

Para resolver, la Sala observa:

En primer lugar, si bien el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil admite el término extraordinario para las pruebas que hayan de evacuarse en el exterior; de seguidas establece las circunstancias que deben concurrir para el otorgamiento efectivo del término extraordinario, entre las cuales se encuentran que lo que se intentare probar haya ocurrido en el lugar en donde haya de evacuarse la prueba, y que haya constancia de que los testigos que deban declarar residan en el lugar donde haya de evacuarse la prueba. Por tanto, para la promoción de la prueba de testigos cuya evacuación requiera del término extraordinario, se requiere que el promovente suministre al Juez una información adicional, como lo establece el citado artículo 393, circunstancia esta que obliga a aplicar en la materia esta disposición y no otra, porque constituye una especialidad en relación con las normas generales sobre testigos contenidas en el Capítulo VIII, Sección 1ª, del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Por último, idéntico razonamiento cabe en relación con el requisito de la residencia, señalado por el ordinal 2º del artículo 393 **ejusdem**.

Y si bien el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil faculta a las partes para solicitar al Juez que rindan en su morada declaración las personas exceptuadas de comparecer voluntariamente, también el artículo 490 **ejusdem** faculta al Juez para trasladarse a la morada del testigo, en caso de tener impedimento justificado para comparecer, a fin de que allí sea examinado sobre los hechos que le conste. Y la circunstancia de que no se haya indicado en el escrito de promoción de la prueba de testigos la "profesión" y "actividades" de la mayoría de ellos, no es causa de inhabilidad de los mismos, porque no sólo no lo consagra así ninguna norma expresamente, sino porque es de principio que las sanciones deben constar en norma expresa.

Por las razones expuestas se declara sin lugar la denuncia antes analizada. Así se decide.

RECURSO DE CASACION CONTRA AUTOS INTERLOCUTORIOS DE FECHA 3 Y 9 DE NOVIEMBRE DE 1987

Sostiene el formalizante que el presente Recurso de Casación comprende también los "autos" interlocutorios de fecha **3 y 9 de noviembre de 1987,** dictados por la Juez Séptimo (hoy Quinto) de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, que resolvió no tramitar una recusación propuesta contra la citada Juez fundada en causa legal, infringiendo por tanto los artículos 68 y 117 de la Constitución; artículo 62 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 15 y 95 del Código de Procedimiento Civil.

Para resolver, la Sala observa:

Si como se expresa en la fundamentación del Recurso, en el auto de fecha 9 de noviembre de 1987, la Juez de la causa declaró que era irrecurrible su decisión de fecha 3 del mismo mes y año, que no admitió a sustanciación una recusación propuesta contra ella, ha debido el recurrente ocurrir de hecho ante el Superior a fin no sólo de controlar la legalidad de dicho pronunciamiento, sino también para ejercer plenamente en la instancia los recursos ordinarios, antes de proponer el extraordinario de casación. Por tanto, si el recurrente no agotó en la instancia el recurso ordinario, no puede ejercer el extraordinario en la materia a la cual se refiere esta denuncia.

Por las razones expuestas se declara sin lugar la denuncia antes analizada. Así se decide.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DE FECHA 21 DE FEBRERO DE 1990 RECURSO POR INFRACCION DE LEY

I

Se alega la infracción de los artículos 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil, porque la recurrida en el auto de fecha 12 de febrero de 1990, al diferir

el acto de dictar sentencia en este proceso, no "motivó la causa grave" que justificaba dicho diferimiento.

Para resolver, la Sala observa:

Para el caso de que el vicio realmente existiera, se trataría de una irregularidad procesal absolutamente irrelevante para la suerte del proceso, porque si la sentencia fue publicada dentro del lapso de diferimiento (realmente así aconteció: se publicó el 21 de febrero de 1990), las partes estaban a derecho y por tanto en capacidad de ejercer el recurso de casación, como efectivamente lo hizo la parte demandada.

Por las razones expuestas se declara sin lugar la denuncia antes analizada. Así se decide.

II

Se denuncia la violación de los artículos 22, 759, 515, 298, 197, 202, 206 y 221 del Código de Procedimiento Civil y de los artículos 4° y 12 del Código Civil, por las siguientes razones:

> *"La alzada se basa en criterio, de 10 de febrero de 1988, de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y soslaya lo que disponen los artículos 515 y 298 del actual Código de Procedimiento Civil sobre el anuncio de la apelación y su lapso; o sea la decisión de 19 de febrero de 1990 aplica una jurisprudencia y no la ley, conducta que en el sistema jurídico venezolano reinante no es ortodoxa, puesto que la ley es la que rige en general -para todos los casos- y la jurisprudencia impera en lo particular -en el caso concreto a que se refiere-. Es más, para el cómputo del lapso de apelación -según citado artículos 298, en concordancia con 197 ejusdem-, la decisión del 19 de febrero de 1990 ha debido tener en cuenta lo análogo -a tenor del artículo 4 del Código Civil- que para el anuncio del recurso de casación señala el artículo 314 del mismo Código de Procedimiento Civil, "...**dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de los lapsos indicados en el artículo 521 según los***

*casos..." De ahí que en virtud del citado 298, "**para intentar la apelación**", los cinco días son los "**siguientes al vencimiento de los lapsos indicados en el artículo 515 "según los casos"**.*

.....

.....

*"Aplicar ese criterio de la mayoría de la Sala de Casación Civil a la generalidad sería convertir a dicha Sala en Legislador y modificar los artículos 515 y 521 por el citado fallo de 10 de febrero de 1988 -con el voto salvado referido-. Muy heterodoxa es esta modificación o derogatoria parcial de los artículos 515 y 521, cuando bien sabido es que, por la Constitución, artículo 177, '**Las leyes sólo se derogan por otras leyes, y podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que es objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas**' (igual en Ley de Publicaciones Oficiales, artículo 5), y 174, '**La ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente "Cúmplase" en la Gaceta Oficial de la República**' (de ahí Código Civil, artículo 1, la obligatoriedad de la ley desde esa publicación o desde la fecha posterior que la ley indique). Los artículos 515 y 521 no han sido sometidos a esta exigencia constitucional y legal, sino que se les pretende modificar por una decisión de la Sala de Casación Civil, la cual, por lo demás, en Derecho Venezolano constituye un punto de vista respetado y respetable en un caso concreto resuelto, pero no una norma de conducta por vía general y abstracta para llegar al absurdo de que a lo que dicen textualmente los artículos 515 y 521 ("PRESENTADOS LOS INFORMES, ...EL TRIBUNAL DICTARA SU FALLO DENTRO DE LOS SESENTA DIAS SIGUIENTES. ESTE TERMINO SE DEJARA TRANSCURRIR INTEGRAMENTE A LOS EFECTOS DE LA APELACION..." "PRESENTADOS LOS INFORMES... ESTE TERMINO SE DEJARA TRANSCURRIR INTEGRAMENTE A LOS EFECTOS DEL ANUNCIO DEL RECURSO DE CASACION") se le ha de modificar y leerse distintamente así (esto es lo que sostiene la Sala): 'PRESENTADAS POR CADA PARTE LAS OBSERVACIONES ESCRITAS SOBRE LOS INFORMES DE LA CONTRARIA..., EL TRIBUNAL DICTARA SU FALLO DENTRO DE LOS SESENTA DIAS SIGUIENTES. ESTE TERMINO SE DEJARA TRANSCURRIR INTEGRAMENTE A LOS EFECTOS DE LA APELACION...'; 'PRESENTADAS POR CADA PARTE LAS OBSERVACIONES ESCRITAS SOBRE LOS INFORMES DE LA CONTRARIA, EL*

TRIBUNAL DICTARA SU FALLO... ESTE TERMINO SE DEJARA TRANSCURRIR INTEGRAMENTE A LOS EFECTOS DEL ANUNCIO DEL RECURSO DE CASACION'".

"De ser así, la inseguridad Jurídica ha de ser tremenda, puesto que habría que concluir en que, ante preceptos legales tan precisos en sus textos, como los artículos 515 y 521, que hablan de 'PRESENTADOS LOS INFORMES', prevalezca algo muy contrario a la primera interpretación, la textual o literal, que consagra el artículo 4 del Código Civil: un criterio aislado y con voto salvado, según el cual esos artículos lo que dice es 'PRESENTADAS POR CADA PARTE LAS OBSERVACIONES ESCRITAS SOBRE LOS INFORMES DE LA CONTRARIA'".

"Diferente sería si el criterio de la Sala se argüyera -como debe ser- para una futura reforma de los artículos 515 y 521; por eso dijimos que lo sustentado por la Sala está bien de ***lege ferenda****, pero no de* ***lege lata****. Si no, no sabríamos a qué atenernos: si a la Ley o si a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia o de una de sus Salas, con lo que la incertidumbre llegaría al colmo, y, en vez del viejo principio de que* ***'La ignorancia de la Ley no excusa su cumplimiento'*** *(Código Civil, artículo 3) se forzaría uno nuevo, absurdo -como sorpresa, a manera de trampa-, enunciable de esta manera:* ***la ignorancia de los criterios de la Corte Suprema de Justicia o de una de sus Salas no excusa de su cumplimiento y la Ley queda a un lado****. Lo que quiere decir que, en vez de la Ley y de la pregunta cuál es la Ley vigente, lo que se impondría es la jurisprudencia de casación y la interrogante de cuál es el criterio vigente".*

"Una cosa es modificar la Ley y otra es interpretarla. La interpretación tiene que ser racional, lógica y concordante y no puede llegar a la distorsión. La decisión de 10 de febrero de 1988 la entendemos como una crítica a lo previsto en los artículos 515 y 521, pero en cuanto a cómputo de lapso para anuncio de recurso, en lo cual la Ley, por lo de la preclusión, tiene que ser precisa y terminante, no se puede alegremente cambiar los textos y afirmar que donde reza una cosa: ('PRESENTADOS LOS INFORMES') lo que dice es otra cosa ('PRESENTADAS POR CADA PARTE LAS OBSERVACIONES ESCRITAS SOBRE LOS INFORMES DE LA CONTRARIA')".

.....

.....

"Los artículos 515 y 521 establecen lapso de sesenta días para la sentencia definitiva y cumplido él se cuenta el lapso para recurrir. El criterio de la Sala establece sesenta y ocho días y cumplido éste es cuando se ha de recurrir. Valdría preguntar: ¿Son sesenta o sesenta y ocho? Mientras no se modifiquen los artículos 515 y 521 son sesenta. Por ello, consideramos que la apelación del 26 de abril y su ratificación del 29 de abril fueron en tiempo útil, a tenor del artículo 298 del vigente Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los referidos 515 y 521, a más del apuntalamiento de la apelación de 14 de abril de 1988 inmediatamente después de la actuación de marras de 12 de abril de 1988 -lo cual no debe extrañar porque el actual Código de Procedimiento Civil da entrada en algunos preceptos a la apelación inmediata, verbigracia, artículo 341, y, es más, la Exposición de Motivos de dicho Código, al verter proyectado artículo 515 trae: '...el ***Tribunal dictará su fallo dentro de los sesenta días siguientes. Este término se dejara transcurrir íntegramente a los efectos de la apelación, a menos que ésta sea interpuesta antes del vencimiento de aquél'****. Sabido es que la finalidad de la apelación es que con ésta se alce contra el fallo quien, por perdidoso, no esté conforme con él; si así procediere se satisface esa finalidad y no importa que ello ocurra inmediatamente al fallo o antes de los días para apelar; lo que se persigue con este lapso y su consiguiente preclusión es sancionar al descuidado o negligente en el anuncio del recurso, mas no al cuidadoso o diligente, por hacerlo valer prematuramente por inmediato. Valga la comparación, sería algo así tan absurdo como si el deudor que paga antes de tiempo y se diga que es ineficaz dicho pago por extemporáneo, por prematuro. ¿Acaso el deudor no puede deshacerse del término en las obligaciones, lo cual por regla es en su beneficio? Código Civil; artículo 1214".*

"De todo lo expuesto es evidente que la decisión del mencionado Juzgado Superior Primero, el 21 de febrero de 1990, en este juicio de divorcio no computó el lapso para sentenciar en primera instancia desde** 'Presentados los informes...', **por lo que infringió el artículo 515 del actual Código de Procedimiento Civil, acerca del procedimiento ordinario y el lapso para sentenciar en primera instancia, con lo cual de dicho

***Código de Procedimiento violó también los artículos 22, en aquello de que la aplicación preferente de las disposiciones especiales es** 'sin que por ese dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables al caso', **y 759, en cuanto a de que** 'Contestada la demanda... la causa continuará por todos los trámites del procedimiento ordinario'.*

*"El Juzgado Superior Primero, en la decisión de 21 de febrero de 1990, motiva: "**...Presentados los Informes en la Primera Instancia el 25 de febrero de 1988, fueron presentadas las Observaciones a dichos Informes el 04 de marzo de 1988, que se corresponde con el octavo (8º) día contado a partir del de la presentación de Informes. Luego, al día siguiente al 04 de marzo de 1988 comenzaban los sesenta días para dictar la sentencia,..**". Y concluye que la apelación oída "**mediante auto de fecha 03 de mayo de 1988, viola lo establecido en el artículo 515 del Código de Procedimiento Civil**". Salta a la vista la incongruencia entre la motivación y la conclusión, toda vez que se ha invocado un supuesto de hecho que no es el del citado artículo 515; éste habla de los sesenta días para sentenciar desde "PRESENTADOS LOS INFORMES" y no desde las observaciones a los informes, a lo cual se refiere el (artículo 513. Luego, entonces, el **Juzgado Superior Primero, en la decisión de 21 de febrero de 1990 mal aplica el 515, al atribuirle un supuesto de hecho del 513.***

***"Al no tener presente** 'Presentados los informes'... **en citado 515, la decisión de 21 de febrero de 1990 incurrió en infracción del artículo 4 del Código Civil, pues no observó la exigencia de éste referente al** 'significado propio de las palabras'".*

"Como consecuencia de las malas interpretación y aplicación de dicho artículo 515, la decisión del 21 de febrero de 1990 quebrantó, además, los artículos 298 y 197 del mismo Código de Procedimiento, puesto que los cinco días calendarios consecutivos para apelar no los cuenta desde el día siguiente al vencimiento de los sesenta días para sentenciar, para lo cual, de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, ha debido observarse por analogía lo que dispone el artículo 314 del nombrado Código de Procedimiento Civil, y de ahí, asimismo, la infracción de estos artículos 4 y 314".

"En vista de que se fundamentó no en la ley sino en criterio de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, de 10 de febrero de 1987, la decisión de 21 de febrero de 1990 viola la Constitución en los artículos 177 *(la derogatoria y reforma de la ley es por otra ley)* ***y 174*** *(la ley se promulga al publicarse en la Gaceta Oficial de la República), y quebranta simultáneamente el artículo 1 del Código Civil (la Ley es obligatoria desde su publicación oficial o desde la fecha posterior que ella indique),* ***así como viola también el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil*** *("...La doctrina del fallo de casación... es vinculante para el juez de reenvío...", es decir, para el caso concreto, no para la generalidad)* ***y yerra en la interpretación del contenido del artículo 321 ejusdem, cuyo texto es aspiración pedagógica, mas no imperativo vinculante que sustituya a la ley positiva vigente*** *("Los jueces de instancia* ***procurarán*** *acoger la doctrina de casación...", lo cual no significa* ***acogerán,*** *que es muy distinto)".-*

Para resolver, la Sala observa:

Es ésta la denuncia fundamental del Recurso de Casación, porque intenta combatir la cuestión de derecho acerca de la extemporaneidad de las distintas apelaciones formuladas a la sentencia de fecha 12 de abril de 1988, con influencia decisiva sobre el mérito del proceso, porque no resolvió la recurrida sobre el fondo mismo del juicio de divorcio, como lo hace constar expresamente en la parte dispositiva del fallo recurrido.

Para una mejor comprensión de la forma como se resolverá el Recurso, la Sala efectúa una síntesis breve y sumaria de los actos procesales cumplidos en el Tribunal de Primera Instancia. En consecuencia:

a.- El día 25 de febrero de 1988 se llevó a efecto el acto de informes, con asistencia de ambas partes, quienes los presentaron en forma escrita.

b.- El día 04 de marzo de 1988 tuvo lugar el acto de observaciones escritas en relación con los informes presentados por las partes.

c.- El día 12 de abril de 1988, el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil de esta Circunscripción Judicial, constituido con asociados, dicta sentencia definitiva y declara con lugar la demanda.

d.- El día 14 de abril de 1988, la parte demandada apela por primera vez de la sentencia de fecha 12 de abril de 1988.

e.- El día 26 de abril de 1988, la parte demandada apela por segunda vez de la sentencia definitiva de fecha 12 de abril de 1988.

f.- El día 29 de abril de 1988, la parte demandada apela por tercera vez de la sentencia definitiva de fecha 12 de abril de 1988.

g.- El día 04 de mayo de 1988, ante el Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, la parte demandada ratifica la apelación oída por el Tribunal de la causa.

h.- El día 03 de mayo de 1988, vencen los sesenta (60) días del lapso fijado para dictar sentencia definitiva en primera instancia.

En la sentencia del 10 de febrero de 1988, citada también por la recurrida y el formalizante, la Sala procedió a unificar las distintas interpretaciones en relación con el cómputo de los lapsos y términos establecidos en los artículos **516, 517, 518, 521 y 314** del Código de Procedimiento Civil -a los efectos de la oportunidad para el anuncio del Recurso de Casación- cuyo criterio es también aplicable a lapsos y términos señalados por los artículos **511, 512, 513, 515 y, 298 ejusdem**, respecto a la oportunidad para el ejercicio del recurso de apelación.

La sentencia del 10 de febrero de 1988, resolvió expresamente los problemas de interpretación acerca de si el lapso de ocho (08) días establecidos por los artículos 519 y 513 del Código de Procedimiento Civil, empezaban o no a correr paralelamente a los lapsos para sentenciar señalados por los artículos 521 y 515 **ejusdem**. Para la Sala, el criterio que en definitiva se adopte respecto a esta cuestión, trasciende a la sustanciación de los procesos, porque la oportunidad para anunciar el recurso de casación o el de apelación difieren, según se acoja uno u otro criterio.

Examinó la sentencia del 10 de febrero de 1988, las dos hipótesis que ocurren el día prefijado para la celebración del acto de informes. La primera, cuando llegado el término para su presentación, ninguna de las partes hace uso de este

derecho. Por tanto, no habiendo informes, no hay tampoco observaciones que formular, por lo que no se abre el lapso de ocho (08) días establecido en los artículos 519 y 513 del Código de Procedimiento Civil, y el lapso para dictar sentencia, establecido por los artículos 521 y 515 **ejusdem**, comenzará a correr desde el día siguiente al prefijado para la presentación de los informes, cómputo que debe efectuarse por días calendarios consecutivos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

La otra hipótesis, es cuando las partes o una de ellas presenta sus informes en el término legal para ello, en cuyo caso comienza a correr desde tal término **-con exclusión de cualquier otro-** el lapso de ocho (08) días para que cada parte presente al Tribunal sus observaciones escritas sobre los informes de la contraria; y es vencido este lapso, cuando debe comenzar a computarse el pautado por los artículos 521 y 515 del Código de Procedimiento Civil para publicar el fallo. La sentencia del 10 de febrero de 1988, estableció que este lapso de ocho (08) días **no forma parte de los lapsos señalados para publicar la decisión**, por las siguientes razones que la Sala reitera en esta ocasión:

> *"1.- Vencido el lapso de ocho días del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, en los casos cuando haya habido presentación de informes de las partes o de una de ellas, es cuando procesalmente puede afirmarse que ha concluido la etapa de la presentación de los informes, porque las observaciones que hagan las partes o los que presente la otra, ciertamente que forman parte de los informes mismos".*
>
> *"2.- No puede pensarse que la causa estuviere en estado de sentencia, en el caso del aparte único del artículo 519 referido, cuando en tal caso, asiste a la parte contraria el derecho de tachar el documento público presentado, conforme lo dispone el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto en este caso ha de sustanciarse la tacha propuesta, como materia previa a la decisión misma".*
>
> *"3.- Es ilógico pensar que la causa, en el lapso de los ocho días del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra en estado de sentencia, cuando existe legalmente consagrado derecho de cada parte para hacer observaciones a los informes que presentare la otra,*

porque no cumpliría el juez el mandato de los artículos 12 y 15 **ejusdem**, *si publicare su sentencia dentro de los ocho días del artículo 519, no sólo por dictar su decisión sin haber oído tales observaciones, sino además, por haber cercenado a las propias partes el derecho a la presentación de tales observaciones a los informes".*

"La propia exposición de Motivos que precedió al Proyecto del Código de Procedimiento Civil de 1975, al referirse a esta materia, expresó:"

> *"'Se consideró más lógico y eficaz el sistema adoptado, porque le permite al Juez poder apreciar y estudiar suficientemente los informes de las partes, en los cuales cada interesado le presenta sus conclusiones sobre todo el mérito de la causa a la luz de los elementos probatorios recogidos en la fase anterior de instrucción, lo que en el sistema vigente no es prácticamente posible sin el diferimiento de la sentencia, por la brevedad del lapso para sentenciar después de los informes. Esto ha dado origen a la censurable práctica, de que los jueces preparan con anticipación, antes de oír los informes y conclusiones de las partes, el proyecto de sentencia, el cual se ven obligados a mantener sin modificación, después de los informes, por la brevedad del lapso para sentenciar...'. (Congreso de la República. Secretaría.* EXPOSICION DE MOTIVOS Y PROYECTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. *Imprenta del Congreso de la República. Caracas. Venezuela 1975. Págs. 44 y 45)"*

"5.- La circunstancia según la cual, es sólo después de cumplido el auto para mejor proveer previsto en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, o pasado el término señalado para su cumplimiento, cuando comienza a correr el lapso para dictar sentencia al cual se refiere el artículo 515 **ejusdem***".*

La sentencia del **10 de febrero de 1988**, estableció claramente que el anuncio del recurso de casación debe computarse a partir del vencimiento del lapso para dictar sentencia definitiva, previsto en el artículo 521 del Código de Procedimiento Civil, o en su caso, a partir de la notificación de ambas partes, en los casos del único diferimiento, señalado por el artículo 251 **ejusdem**. Y que por lo que se refiere al lapso para el anuncio del Recurso de Casación, al igual que el lapso concedido para ejercer el recurso de apelación, estima

la Sala que, tratándose de lapsos de naturaleza eminentemente preclusivos, con señalamiento en la Ley de cuándo comienza a computarse y de su fenecimiento, no pueden, por ello, ser susceptibles de prórrogas ni por anticipación ni una vez que los mismos hayan concluido, por lo que los anuncios del recurso de casación o apelaciones interpuestas **antes** de que el mismo deba comenzar a correr; es decir, publicada la sentencia dentro de los lapsos indicados por los artículos 521 y 515, pero sin que se hubiera agotado dicho lapso; como anuncios formulados después de finalizados los mismos, deben reputarse extemporáneos. Lo mismo es aplicable en los casos de anuncios del recurso de casación o de apelaciones propuestos antes de la notificación de ambas partes, según lo establece el artículo 251 citado.

Aplicadas las anteriores nociones al caso concreto, y según los hechos apreciados por la recurrida, a los cuales debe atenerse la Sala dada la índole de la presente denuncia, entre el día cinco (05) de marzo y el día tres (03) de mayo de 1988, ambos inclusive, transcurrieron los sesenta (60) días para dictar sentencia el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil de esta Circunscripción Judicial. La sentencia definitiva es de fecha 12 de abril de 1988; es decir, fue publicada dentro del lapso legal, pero antes de que concluyera el mismo que, como se expresó, finalizó el día tres (03) de mayo de 1988. Por consiguiente, si las tres (03) apelaciones se propusieron los días **14, 26 y 29** de abril de 1988, fueron interpuestas extemporáneamente; es decir, **antes** de haber concluido el lapso previsto para dictar sentencia regulado en el artículo 515 del Código de Procedimiento Civil, como acertadamente lo estableció la alzada en el fallo recurrido.

Igualmente es improcedente la ratificación de dichas apelaciones, formulada por el apoderado de la parte demandada el día cuatro (04) de mayo de 1988, pero ante el Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, no sólo porque según el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil la apelación se interpondrá ante el Tribunal que pronunció la sentencia (El Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil), sino porque conforme lo expresa Marcano Rodríguez, en ningún caso puede apelarse "...**per saltum et omisso medio**..."; es decir, prescindiendo de uno de los grados intermedios de la escala judicial.

En cuanto a los casos de anuncio anticipado del Recurso de Casación o del de apelación; es decir, cuando se interponen una vez publicada la sentencia

definitiva, pero antes de que haya concluido el lapso fijado para dictarla por los artículos 521 y 515 del Código de Procedimiento Civil; o sin haber ocurrido las notificaciones de ambas partes señalada por el artículo 251 **ejusdem,** la sentencia de **10 de febrero de 1988** expresó lo siguiente:

"..si bien sector de la doctrina se inclina por darle validez, con el argumento según el cual ello implica manifestación del interés inmediato del perdidoso en la alzada de recurrir en casación, razones de señalada importancia, a juicio de la Sala, no permiten acoger esta tesis. En efecto:"

"1.- La propia interpretación clara del texto del aparte único del artículo 521 del Código de Procedimiento Civil".

"2.- La circunstancia de que el lapso del artículo 314 del Código de Procedimiento Civil de absoluta preclusión, no puede referirse exclusivamente a actor y demandado singulares, sino que debe comprender los casos de litis consorcio, o de la intervención de terceros en los procesos, en los cuales, como se sabe, la sentencia puede causar agravio a más de un sujeto de la relación o relaciones procesales".

"3.- La prohibición consagrada en el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil, porque el anuncio del recurso de casación antes de la apertura del lapso en la forma explicada, implica una prórroga anticipada del lapso del artículo 314, toda vez que tal lapso debe dejarse transcurrir no sólo a los efectos de la admisión del recurso, (artículo 315), sino porque a partir de la oportunidad legal para su admisión o no, empiezan a correr otros lapsos procesales".

"4.- El texto de las disposiciones que se citan, a diferencia del Código derogado, desvinculó la oportunidad procesal de la publicación de la sentencia, del ejercicio del recurso de casación, o de apelación, con el establecimiento de fecha fija de cuándo comienza a contarse el lapso para la interposición o el anuncio del recurso".

"5.- El principio de la comunidad de los lapsos procesales, porque si bien en la hipótesis más común, el lapso para el anuncio del recurso o

para interponer apelación queda establecido en beneficio del perdidoso, es posible pensar en los casos en que la sentencia pueda causar agravio a ambas partes y, por ende, ambas tengan derecho a recurrir en casación o de apelar".

Como quiera que el recurrente, para sostener la fundamentación de las denuncias contenidas en este Capítulo, se apoya en la doctrina expuesta en el voto salvado a la sentencia del 10 de febrero de 1988, la Sala expresa las siguientes consideraciones: toda la argumentación del voto salvado se basa, en primer término, en el criterio de interpretar en forma amplia el derecho de defensa; en segundo lugar, en el hecho de que el recurrente que propone su recurso antes de vencerse el lapso para sentenciar, ha manifestado diligentemente su voluntad de ejercer el recurso; y en tercer lugar, que la previsión del legislador al dejar transcurrir íntegramente el lapso para sentenciar, ha sido establecida con la única finalidad de determinar claramente el punto final de la fase de decisión.

Sin embargo, estas razones dejan de un lado que tanto en el artículo 515 como en el 521 del Código de Procedimiento Civil, se establece con meridiana claridad que el término para sentenciar se dejará transcurrir íntegramente a los efectos de la apelación y del anuncio del Recurso de Casación, con lo cual se quiere significar que hasta tanto no concluya dicho término, los fijados por la ley para apelar (ex-art. 298) o para anunciar Casación (ex-art. 314) no han comenzado a transcurrir, porque como lo expresó la mayoría de la Sala en su sentencia de fecha 10 de febrero de 1988, el Código de Procedimiento Civil vigente desde el 16 de marzo de 1987, a diferencia del Código derogado de 1916, desvinculó la oportunidad procesal de la publicación de la sentencia de la interposición de la apelación y del anuncio del Recurso de Casación, al establecer fecha fija respecto a cuándo comienza a contarse el lapso para la interposición de la apelación y para el anuncio del recurso de casación.

La Sala advierte que según la doctrina tradicional que sigue el voto salvado, se admitía la apelación propuesta el mismo día que se publicaba el fallo (**illico modo**), alegándose al respecto que la parte más bien había actuado con premura en el ejercicio de su derecho de defensa. Pero esta doctrina obedeció a circunstancias accidentales acontecidas en el momento de la consolidación científica del Derecho Procesal. En efecto, en el cuadro histórico nacional

entre otras realidades, era posible que los expedientes se extraviaran en los archivos y en algunas ocasiones la parte debía permanecer impotente a la preclusión de su derecho de impugnación, por cuanto los expedientes aparecían luego de vencido el lapso fijado para apelar.

La doctrina tradicional, que interpretó el derecho procesal de la época - especialmente Marcano Rodríguez- y la Corte Suprema de Justicia, máximo recipendiaria de la Justicia y del Derecho, establecieron que cuando se apelaba el mismo día de publicado el fallo (**illico modo**), naturalmente antes de haber comenzado a transcurrir el lapso para ejercitar dicho recurso, era procedente la impugnación y el ejercicio del recurso estaba ajustado a derecho. Y en el aspecto científico del derecho procesal, el principio de la preclusión, desarrollado brillantemente por Chiovenda, no era conocido en Venezuela, como lo demuestran los comentarios que al respecto hace en su texto Arminio Borjas, en el cual no sólo se guarda absoluto silencio sobre la doctrina del Maestro, sino que ni siquiera se le menciona en su obra.

Por consiguiente, con estricta sujeción a la doctrina de la mayoría de la Sala arriba expuesta y con apego absoluto al principio de la preclusión, columna vertebral en las modernas concepciones sobre la relación jurídico-procesal en nuestro sistema, las apelaciones formuladas por la parte demandada los días **14, 26 y 29 de abril de 1988**, propuestas contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha **12 de abril** del mismo año, deben ser consideradas extemporáneas, como acertadamente lo resolvió el Juzgado Superior en el fallo recurrido de fecha 21 de febrero de 1990. Así lo establece la Sala de Casación Civil Accidental de la Corte Suprema de Justicia.

Por las razones anteriores, se desecha por improcedente la denuncia examinada en este Capítulo.

III

Se aduce la infracción en la sentencia de fecha **12 de abril de 1988** (la dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil de esta Circunscripción Judicial) del artículo 194 del Código Civil, porque la declaración del testigo doctor Carlos Alvarez Amengual debió ser apreciada para probar la reconciliación entre los cónyuges y no para demostrar el abandono de la demandada como la apreció la Juez de Primera Instancia.

Para resolver, la Sala observa:

Según el ordinal segundo (2°) del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, el Recurso de Casación se propone contra la sentencia de última instancia que se dicten en los procedimientos especiales contenciosos sobre el estado y la capacidad de las personas. La sentencia recurrida en Casación es la dictada el día 21 de febrero de 1990 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda; por tanto, cualquier vicio en que hubiere incurrido el Juez de Primera Instancia es, en principio, inatacable directamente en Casación y así se establece.

Por las razones anteriores, se desecha por improcedente la denuncia examinada en este Capítulo.

IV

Se alega la violación en la sentencia de fecha **12 de abril de 1988** (la dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil de esta Circunscripción Judicial) del artículo 185-A del Código Civil; de los artículos 12 y 361 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 68 de la Constitución, porque la sentencia de primera instancia acogió como prueba de la injuria grave a favor del actor, las expresiones proferidas por la demandada que constan en la copia certificada que contiene el acta de comparecencia personal en el juicio de divorcio instaurado ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de esta Circunscripción Judicial.

Para resolver, la Sala observa:

La sentencia recurrida es la dictada el 21 de febrero de 1990 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. En consecuencia, al formular esta denuncia pero en relación con la forma como resolvió el juicio de divorcio el Juzgado de la causa, la Sala se atiene a los argumentos expuestos para rechazar la denuncia contenida en el Capítulo precedente.

Por consiguiente, con base en esas razones se desecha por improcedente la denuncia contenida en este Capítulo.

V

Se acusa la infracción en la sentencia de fecha **12 de abril de 1988**, dictada por el Tribunal de la causa, de los artículos 191, 507 y 1395 del Código Civil, violados por la sentencia de primera instancia cuando resolvió sobre las cuestiones previas de cosa juzgada y de prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta.

Para resolver, la Sala observa:

Como antes se expresó, establece el ordinal segundo (2°) del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, que el recurso de casación se propone contra la sentencia de última instancia que se dicten en los procedimientos especiales contenciosos sobre el estado y la capacidad de las personas. Por consiguiente, si la sentencia de última instancia fue dictada el día 21 de febrero de 1990 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial, la presente denuncia debe ser rechazada, porque aduce infracciones de Ley, pero cometidas en la sentencia de fecha 12 de abril de 1988, dictada esta última por el Juzgado de la causa.

Por las razones anteriores, se desecha por improcedente la denuncia examinada en este Capítulo.

VI

Se alega la violación nuevamente en la sentencia de fecha 12 de abril de 1988, dictada por el tribunal de la causa, del artículo 140-A del Código Civil y del artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, porque la citada sentencia estableció como domicilio conyugal el Palacio de Miraflores y no la Residencia familiar "La Casona".

Para resolver, la Sala observa:

Nuevamente se reitera que la sentencia recurrida en Casación es la de última instancia de fecha 21 de febrero de 1990, dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de esta Circunscripción Judicial; por tanto, al formalizar el recurrente contra la sentencia de primera instancia de fecha

12 de abril de 1988, debe la Sala rechazar la denuncia como efectivamente así lo establece.

Por las razones anteriores, se desecha por improcedente la denuncia examinada en este Capítulo.

VII

Se aduce la violación nuevamente en la sentencia de fecha 12 de abril de 1988, dictada por el Tribunal de la causa, de los artículos 12, 433, 492, 506 y 508 del Código de Procedimiento Civil, porque la citada sentencia, entre otras infracciones relacionadas con la apreciación de las pruebas, ignoró el "hecho notorio" de que "La Casona" es la residencia familiar presidencial; no ha debido apreciar los informes oficiales emanados de la Dirección de Identificación y Extranjería del Ministerio de Relaciones Interiores; y el que proviene del Ministerio de Desarrollo Urbano, porque fueron complacientes con el actor; y, finalmente, no ha debido apreciar el testimonio de María Dolores Valero de Araque; Pedro Rafael Suárez; Santo Antonio González; Jesús Valera; Cristina Rodríguez de Mora y José Alberto Becerra Camargo, porque tachados por la demandada e inhábiles, por tanto, para prestar testimonio, sin embargo, fueron apreciados plenamente por la sentencia de fecha 12 de abril de 1988.

Para resolver, la Sala observa:

Por enésima vez se reitera que según el ordinal segundo (2º) del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, el Recurso de Casación se propone contra las sentencias de última instancia que se dictan en los procedimientos especiales contenciosos sobre el estado y capacidad de las personas; y esa sentencia, de acuerdo con la norma señalada, es la dictada con fecha 21 de febrero de 1990 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

Por las razones anteriores, se desecha por improcedente la denuncia examinada en este Capítulo.

VIII

Se acusa la violación por la recurrida de los artículos 312 y 313 del Código de Procedimiento Civil, porque la materia relacionada con la extemporaneidad

de las apelaciones, fue dilucidada por la Sala en su sentencia anterior de fecha 2 de agosto de 1989, y en consecuencia no podía la recurrida declarar nuevamente extemporáneas dichas apelaciones en el fallo recurrido.

Para resolver, la Sala observa:

Los artículos denunciados son de imposible violación por el Juez de la recurrida. En efecto, el primero contiene la enumeración de las sentencias frente a las cuales se puede proponer el Recurso de Casación; y el segundo, enumera en sus dos (02) ordinales las hipótesis del Recurso de Casación por Forma y del Recurso de Casación por Infracción de Ley. En todo caso, extremando sus deberes la Sala se permite observar que en la sentencia de fecha 2 de agosto de 1989, que se encuentra agregada al expediente, (pieza 9, folios 538 y siguientes), se dijo textualmente lo siguiente:

> *"Por consiguiente, a juicio de la Sala, es en la sentencia definitiva sobre el mérito en donde se debe resolver, en forma previa, sobre la extemporaneidad o no de la apelación propuesta, porque si se declara que dicho recurso fue anunciado extemporáneamente, no habrá necesidad de decidir sobre el fondo del proceso. En consecuencia, al no proceder en tal forma la recurrida, no sólo creó con su sentencia interlocutoria de fecha 2 de junio de 1988 un incidente procesal no previsto en Ley alguna, sino que invadió la órbita de los derechos privados que sólo las partes son dueñas de renunciar o dejar perecer, y como así lo estableció una sentencia de la Sala de fecha 30 de noviembre de 1959, 'con tal actitud se corre el peligro de favorecer en ocasiones a uno de los litigantes con perjuicio de otros y romper la igualdad que siempre y sin distingos debe ampararlos a todos, con lo cual se altera además la tramitación esencial y normal de los juicios, materia esta que por su índole y sus consecuencias es de orden público' (G.F. Nº 26. 2ª Etapa. Pág. 176)".-*

Por consiguiente, sí quedó dilucidada en dicha sentencia la materia relacionada con la extemporaneidad de las apelaciones, sólo que de manera totalmente distinta a lo expuesto por el recurrente en la fundamentación de esta denuncia.

Por las razones anteriores, se desecha la denuncia examinada en este Capítulo.

RECURSO DE CASACION DEL DOCTOR REYNALDO GADEA PEREZ

El doctor Reynaldo Gadea Pérez, el otro co-apoderado judicial de la demandada Gladys Castillo de Lusinchi, presentó también otro escrito de formalización al Recurso de Casación admitido contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 1990, dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. En consecuencia, habiendo sido formalizado oportunamente, la Sala pasa seguidamente a resolverlo de la manera siguiente:

RECURSO DE FORMA

El Recurso de Casación formalizado por el doctor Gadea Pérez contiene dos capítulos, en los cuales el I se refiere a la violación en la recurrida del ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, porque la alzada omitió pronunciamiento expreso sobre un pedimento de reposición al estado de nueva sentencia en primera instancia, solicitud que había sido formulada por los apoderados de la parte demandada en el acto de informes ante la recurrida.

En el Capítulo II se aduce la infracción directa en la alzada del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, porque la recurrida ha debido reponer de oficio la presente causa al estado de nueva sentencia en primera instancia, al observar que la dictada el 12 de abril de 1988 por el Tribunal **a-quo** le falta la firma de uno de los jueces asociados, como lo exige textualmente el artículo 246 **ejusdem**, infringiendo además el artículo 69 de la Constitución, que garantiza a todos los ciudadanos el derecho a ser juzgados por sus Jueces naturales, y el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, que otorga a las partes el derecho de pedir en todas las instancias la constitución del tribunal con asociados para dictar la sentencia definitiva. Según el formalizante, al constatar la alzada que en el fallo apelado faltaba la firma de uno de los Jueces asociados, ha debido declarar la "inexistencia" de la decisión de fecha 12 de abril de 1988 y reponer la presente causa al estado de nueva sentencia en primera instancia.

Para resolver, la Sala observa:

La recurrida, en punto previo a su sentencia sobre el mérito del proceso, no sólo declaró extemporáneas las distintas apelaciones interpuestas contra la sentencia del Juez de la causa, sino que también decidió sobre la inadmisibilidad del acto ratificatorio de esas apelaciones efectuado el día cuatro (04) de mayo de 1988. Y no sólo la alzada resolvió de esa manera para dar cumplimiento al fallo de la Sala de fecha 2 de agosto de 1989, sino porque toda cuestión de derecho que surge en el proceso debe ser examinada lógicamente en primer término por el Juzgador. En consecuencia, siendo la apelación y su lapso preclusivo el efecto jurídico de normas absolutas que se hicieron concretas mediante la interposición del recurso por la parte interesada, es manifiesto que en el proceso lógico que ha de recorrer el sentenciador, la cuestión de derecho relacionada con el ejercicio oportuno del recurso, deba ser examinada en primer término, porque si tal cuestión de derecho no existe absolutamente o existe pero con un contenido jurídico distinto al invocado por el Juez, mal puede la alzada derivar de ella los efectos procesales expuestos en el fallo.

Por otra parte, como la cuestión de derecho en el presente proceso la constituiría la relación que existe entre las normas jurídicas sobre la apelación (art. 295 del CPC), su lapso de preclusión (arts. 298 y 196 del CPC) y el ejercicio oportuno de tal recurso por la parte interesada, según la doctrina de la Sala al respecto, el recurrente debe combatir, en primer término, la cuestión de derecho afirmada por el Juez, porque si las normas jurídicas invocadas expresa o tácitamente en la premisa mayor de la sentencia no existen absolutamente, o existen pero con un contenido jurídico completamente distinto al invocado en el fallo recurrido, quedará el recurrente en libertad de atacar éste con fundamento en todas las infracciones que estime ajustadas a la Ley. En el caso concreto, sí cumplió el formalizante con ese requisito, tal como consta en el Capítulo II del Recurso por Infracción de Ley formalizado por el doctor Arturo Luis Torres Rivero.

Sin embargo, después de un exhaustivo análisis sobre las denuncias contenidas en ese Capítulo y su fundamentación jurídica, la Sala estimó que la afirmación de la recurrida, tanto sobre la extemporaneidad de las apelaciones como acerca de la inadmisibilidad del acto ratificatorio de ellas, estuvo ajustada a derecho. En consecuencia, el efecto jurídico de la cuestión de derecho en este proceso imposibilitó entrar a conocer en el fallo recurrido sobre el fondo mismo de la acción de divorcio, como expresamente lo reconoce la alzada en

la parte dispositiva de su sentencia de fecha 21 de febrero de 1990, porque en estos casos se encuentra el Juzgador ante lo que Pedro M. Arcaya calificó como **"...falta de derecho legal..."**, en virtud de que si la demandada invoca el ejercicio previo de la apelación, para pretender derivar de ella los efectos procesales de trasmitirle al Superior el conocimiento de la presente causa en los límites y medida del recurso; y dichos efectos procesales efectivamente existen (el Superior conoció de la presente causa), pero con un contenido jurídico distinto al invocado por el apelante (El Juzgado Superior no resolvió sobre la acción de divorcio), sería procesalmente innecesario entrar a verificar si en el fondo de la acción de divorcio tuvo o no razón la apelante, porque al interponer la apelación en forma extemporánea, el Juez de alzada no asumió de manera íntegra la jurisdicción relativa al proceso en la extensión y medida del problema tal como haya quedado reducido el debate en el momento de ejercer el recurso, y por ende, la facultad de conocer de todas y cada una de las cuestiones sometidas al Juez **a-quo** y de decidirlas de acuerdo con su criterio y la Ley, todo ello en virtud del conocido aforismo **"...tantum devolutum quantum appellatum..."**.

Ahora bien, si quien apela en términos generales, sin expresar limitación alguna, quiere someter a la alzada todos los mismos problemas considerados y decididos en primera instancia, criterio este condensado en la muy socorrida frase **"la apelación es la medida de lo que se somete a la alzada"**, y no puede haber medida sin que se expresen sus límites, es obvio el hecho procesal de que quien ejerce dicho recurso en forma extemporánea, le arrebata directamente al Superior la jurisdicción sobre la totalidad del asunto. Por otra parte, tanto al Tribunal Superior como a esta Sala de Casación Civil de la Corte, les asiste la potestad jurisdiccional para revisar **in limine** los presupuestos establecidos por el ordenamiento procesal sobre la admisibilidad de la apelación o del Recurso de Casación, y en consecuencia, el auto admisivo de los mismos, dictado por el Tribunal emitente del fallo apelado o recurrido, no crea efectos preclusivos que veden al Superior o a la Sala la posibilidad de revocarlos si, con vista del caso deferido a su conocimiento, encuentra no cumplidos los requisitos legales que deben concurrir para el ejercicio oportuno del recurso ordinario de apelación o del extraordinario de Casación.

Confirma esta potestad jurisdiccional la máxima **"tantum devolutum, quantum appellatum"**, que obliga a precisar el **"quantum appellatum"**,

para que la contraparte y el Juez de la alzada sepan a qué atenerse en cuanto a la extensión del "**tantum devolutum**", que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos, porque al examinar previamente el Juez de alzada la forma como se interpusieron las apelaciones frente a la sentencia del 12 de abril de 1988, las estimó inadmisibles por extemporáneas, estableciendo además con dicho pronunciamiento la medida y la extensión de todas y cada una de las cuestiones sometidas presumiblemente a su consideración mediante la apelación. Por consiguiente, si en el caso de autos las frustradas apelaciones no le devolvieron al Juez de alzada la "reconsideración integral del negocio", como lo expresa Marcano Rodríguez, no podía la recurrida entrar a conocer sobre el fondo mismo de la acción de divorcio, como acertadamente lo estableció en el dispositivo del fallo recurrido, y por tanto, también le estaba vedado entrar a considerar solicitudes de reposición formuladas en el acto de informes o declaratoria oficiosas de inexistencia jurídica de la sentencia de fecha 12 de abril de 1988, y si así lo hubiera decidido la alzada, habría infringido el legítimo interés de la parte actora y del propio Juez de la recurrida, quienes necesitan saber desde que se introduce la apelación, cuál es su medida y su límite; la una, para preparar adecuadamente y sin premura su defensa, y el otro para ir adelantando su estudio sin perder tiempo en lo innecesario.

Y no sólo por estas razones no puede entrar a considerar la Sala la solicitud de "inexistencia" de la sentencia dictada con fecha 12 de abril de 1988 por el Tribunal de la causa, sino por los efectos jurídicos de la cosa juzgada producidos por la decisión de la Sala fechada el 02 de agosto de 1989, que origina la sentencia de reenvío emitida con fecha 21 de febrero de 1990, a los cuales se hizo referencia en el punto previo del presente fallo. Sin embargo, como el formalizante estima de orden público el requisito de la firma por todos los miembros del Tribunal Colegiado de la sentencia de fecha 12 de abril de 1988, la Sala, extremando sus deberes, expresa lo siguiente: no indica el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil la oportunidad en que los Jueces que integran un Tribunal de Asociados deben proceder a firmar el fallo aprobado por la mayoría de ellos, pero frente al cual se ha anunciado voto salvado.

En efecto, afirma la citada norma que la sentencia expresará la fecha en que se haya pronunciado y se firmará por los miembros del Tribunal, pero los que

hayan disentido respecto del dispositivo podrán salvar su voto, el cual se extenderá a continuación de la sentencia, firmada por todos. La norma consagra, implícitamente, la obligación para todos los miembros de un tribunal colegiado de suscribir el fallo, aun para el de parecer contrario, pues en caso de disentimiento, el voto salvado se extiende a continuación de la sentencia, firmado también por todos los miembros que integran el tribunal colegiado. Y como el citado artículo no señala lapso para que el Juez disidente redacte y agregue el voto salvado, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que cuando un Juez disienta de la opinión de la mayoría, y quisiere salvar su voto, deberá presentarlo por escrito "...dentro del término legal señalado para dictar sentencia...". Ahora bien, suscribir la sentencia aprobada por la mayoría que integra un Tribunal Colegiado, es una típica obligación de los Jueces que han concurrido a elaborarla, por mandamiento legal.

Por otra parte, en igual sentido se expresa el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues dice que una vez aprobada la sentencia por la mayoría, será suscrita por todos los magistrados que constituyan la Corte en Pleno o la respectiva Sala. Sin embargo, ¿qué acontece cuando el Juez que disiente se niega a firmar la sentencia aprobada por la mayoría? No debería ocurrir este caso, si se sigue una secuela normal y lógica en la elaboración de la sentencia, porque los Jueces deben participar en alguna forma en la conferencia privada para discutir la ponencia elaborada por aquél de ellos a quien se le haya otorgado la responsabilidad. Una vez aprobado el fallo por la mayoría, debe ser firmado, en primer lugar, por los miembros del Tribunal; y en el caso de disentimiento de alguno de ellos respecto al dispositivo, procederá a redactar el correspondiente voto salvado dentro del término legal señalado para dictar sentencia.

Se observa que ninguna de las normas mencionadas anteriormente considera y resuelve la hipótesis previsible de que el Juez que disiente se niegue a suscribir la sentencia aprobada por la mayoría. ¿Debe, en este supuesto, permanecer indefinidamente el proceso en estado de sentencia, ante la imposibilidad de obtener la firma del Juez que disiente? La respuesta tiene que ser necesariamente negativa, como lo estableció la Sala en un caso similar en sentencia de fecha 7 de octubre de 1987, que se reitera, porque si bien no existe norma legal que resuelva el asunto, por aplicación analógica del

artículo 60 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la decisión podrá publicarse aunque no haya sido suscrita por todos los magistrados que formen la Corte o la Sala, si sus firmantes constituyen, por lo menos, la mayoría absoluta de sus miembros y entre quienes la suscriben se encuentra la mayoría que está conforme con ella. Y es sabido que cuando la Ley dice "el juez puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad.

Y en la doctrina extranjera es Mattirolo quien resuelve el asunto de una manera clara y concluyente. En efecto, analiza el citado autor el caso de un Juez que se niegue a suscribir la sentencia después de haber participado en su deliberación y votación, en cuyo caso, según el mencionado autor, debe ordenarse la publicación de la sentencia; y en cuanto a la falta de firma de uno de los jueces, ésta puede ser suplida por un "proceso verbal", debidamente redactado, en el cual los otros jueces que constituyen la mayoría dejen constancia de la infundada negativa. Así lo expresa categóricamente según la siguiente transcripción:

> *"Radicalmente distinto del caso en que la suscripción por parte de uno de los votantes haya venido a ser imposible por muerte u otro impedimento sobrevenido al mismo, es el que uno de los Jueces rehúse firmar la sentencia a cuya deliberación y votación concurrió. Tal negativa no puede ni debe darse, puesto que constituye estricto y riguroso deber del Magistrado contribuir mediante la propia firma a la perfección y acabamiento regular de la sentencia en cuya formación participó, aunque al votar haya disentido de la mayoría. Sin embargo, si dicha negativa tuviese lugar, no dudamos en afirmar que no produciría la nulidad de la sentencia, puesto que al defecto de la firma rehusada supliría el acta en que se hiciera mérito de la negativa, debidamente redactada y firmada por el Presidente. Así lo dispone la Ley expresamente para el caso de que uno de los árbitros se niegue a autorizar la sentencia; y este precepto se debe extender por analogía a los Jueces ordinarios, pues tal extensión es plenamente conforme con la lógica del derecho".*
>
> *"En verdad, no se puede hacer depender la administración de justicia y la resolución y acabamiento de la litis del capricho de uno de los*

juzgadores, que rehúse firmar la sentencia por despecho de que su opinión no haya prevalecido, o por cualquier otro legítimo motivo. Por lo demás, obsérvese la radical diferencia que existe entre el caso de que venga a ser imposible se añada a la sentencia la firma de uno de los Jueces por muerte u otro impedimento ineluctable, y el de que la falta de dicha firma provenga de negativa infundada: en el primero, debe declararse nula la sentencia, porque no es cierto que la que carezca de dicha firma sea el resultado definitivo de una verdadera mayoría del Colegio juzgador; en el segundo, por el contrario, no cabe ninguna duda: el Juez que votó juntamente con los otros y después es llamado a firmar la sentencia motivada, puede hasta el momento de hacerlo suscitar nuevamente la discusión en torno a la misma, y procurar hacer volver a sus colegas del acuerdo tomado en la primera votación; su negativa a firmar hace patente que la mayoría se mantuvo firme en la opinión primeramente sustentada".

Observa esta Sala que en el caso de autos el Juzgado de Primera Instancia con asociados, extremó su celo en la forma como llevó adelante el proceso del estudio y preparación del proyecto del fallo, pues en forma no contemplada por la Ley, fijó oportunidades para discutir los puntos de la sentencia y discutir el proyecto (folio 532, vto. pieza 3 del expediente); ordenó la notificación del Asociado Ciavaldini y cumplió con remitir al Alguacil del Tribunal a realizar dicha prevención al mencionado Asociado, lo cual tampoco era norma de conducta del Tribunal, ya que resultaba deber para el Juez Asociado estar en cuenta del proceso de preparación y revisión del fallo, acatando un deber inherente al cargo para el cual prestó su juramento de cumplirlo bien y fielmente (folio 301 de la misma citada pieza del expediente) y finalmente con fecha 11 de abril de 1988 (folio 544 de la misma citada pieza) le impuso nuevamente de su obligación de concurrir al acto de dictar sentencia. Por último existe la constancia del Secretario de que dicho Juez Asociado, se encontraba presente inclusive en el acto en que se hizo pública la sentencia (folio 585 vto. de la misma mencionada pieza del expediente) y no obstante ello, ni firmó la aludida sentencia, ni presentó tampoco, como hubiere podido hacerlo, según se ha dejado examinado anteriormente, el voto salvado.

Sea igualmente de observar, que si bien el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determina que el voto salvado podrá ser consignado "...dentro

del término legal señalado para dictar sentencia...", en primer lugar el referido Asociado optó por no hacerlo en la oportunidad en que debió estar enterado de ello, pues debe quedar por igual establecido que el Juez no es parte en el proceso, sino el Magistrado llamado a cumplir con el control del mismo, y el deber de dictar el fallo, circunstancias e imperativos, que se suponen deben ser de su conocimiento desde que queda constituido el Tribunal de Asociados, en el caso concreto, o por la forma de prestación de su magisterio en los demás casos de Tribunales ordinarios, con o sin pluralidad de jueces, y por tanto conociendo que era aquélla la oportunidad de hacerlo, debió preparar y consignar su "voto salvado", y en segundo lugar, por cuanto aun admitiendo que dicho plazo se debe entender extendido al que reste por cumplirse fijado por la Ley, tampoco consta de autos que así lo hiciera o lo denunciara, ni en modo alguno lo reclamare.

Por los razonamientos que preceden, entiende la Sala, que en el supuesto bajo examen tampoco existe en el presente caso el pretendido vicio de orden público, y así deja constancia de ello.

DECISION

Por las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de justicia en Sala de Casación Civil Accidental, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **SIN LUGAR** los recursos de Nulidad y el de Casación, interpuestos por la ciudadana Gladys Castillo de Lusinchi, directamente y asistida por su apoderado Dr. Arturo Luis Torres Rivero y el igualmente interpuesto por ella por intermedio de su representante judicial Dr. Reynaldo Gadea Pérez, todos identificados suficientemente precedentemente, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 21 de febrero de 1990, conociendo como Tribunal de Reenvío, por la cual se declararon inadmisibles, por extemporáneas las apelaciones interpuestas los días 14, 26 y 29 de abril de 1988, e inadmisibles las ratificaciones de dichas apelaciones.

Publíquese, regístrese y remítase directamente este expediente al tribunal de la causa, o sea, al Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (ahora

Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil de la misma Circunscripción Judicial). Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen, ya mencionado, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil vigente.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil (ACCIDENTAL) de la Corte Suprema de Justicia, en Caracas, a los uno ( ) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y uno. Años: 181º de la Independencia y 132º de la Federación.

Presidente de la Sala,

RENE PLAZ BRUZUAL

El Vicepresidente,

ANIBAL RUEDA

Magistrado,

CARLOS TREJO PADILLA

Magistrado - Ponente,

ALBERTO BAUMEISTER T.

Magistrado,

JESUS PETIT DA COSTA

La Secretaria,

BIRMA I. DE ROMERO

Expediente Nº 90-239

El Magistrado Dr. René Plaz Bruzual disiente del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora en el presente fallo, y por ello salva su voto, en los términos siguientes:

La tesis de la mayoría sentenciadora soslaya elementos de principal importancia en la consideración de la materia, como son, los efectos de la vigencia en nuestro sistema procesal del orden consecutivo legal con fases de preclusión, y el que tratándose del derecho de defensa la interpretación ha de orientarse en favor de su ejercicio.

Conforme a ese primer elemento, la publicación de la sentencia abre la fase de su impugnación la cual se extiende por un lapso pre-determinado cuyo vencimiento marca el momento de preclusión de la facultad de alzarse contra ella. La fatalidad del efecto preclusivo viene referida no a la anticipación de la actuación, sino al agotamiento del lapso sin que se ejerza el recurso; es la extinción de la posibilidad de hacer valer la facultad procesal inpugnatoria según el límite temporal que la ley dispone. El ejercicio anticipado e ineficaz del recurso vendría a ser el efectuado en la fase anterior del proceso no apta para ello, al no encontrarse cerrada a su vez preclusivamente por efecto de la publicación de la sentencia; pero desde que se produce ésta y se abre en consecuencia la etapa siguiente, y hasta que se venza el lapso respectivo, la manifestación expresa de la voluntad de recurrir debe entenderse válida y efectiva, desde luego que constituye una actividad realizada antes de precluir el tiempo hábil destinado para la misma.

A juicio de quien disiente, la situación resuelta no difiere de la considerada y decidida en sentido contrario por nuestros tribunales en numerosas oportunidades bajo la vigencia del anterior Código de Procedimiento Civil, cuando el recurso de apelación o el de casación eran ejercidos el mismo día en que se dictaba la sentencia, el cual -siendo el **"dies a quo"**- no se computaba a los efectos del cálculo del lapso para apelar o anunciar el recurso. Antes como ahora, la fase de impugnación de la sentencia surgía con su publicación, y se extendía durante un cierto lapso, que para seguridad de los interesados en la impugnación y en favor de su esencial derecho a plantearla, se encontraba perfectamente determinado mediante la aplicación del principio del **"dies a quo no computatur in termino"**.

Pero esa forma de precisar la duración del lapso, que tenía sin duda su razón de ser en nuestro sistema procesal de fases preclusivas y en la deseada y necesaria certeza sobre la extensión de la oportunidad para interponer el recurso, eludiendo a esos fines los inconvenientes de contar los términos judiciales por horas en cada asunto, según exponen nuestros comentaristas tradicionales, no modifica el hecho de tratarse de un plazo establecido, entre otras cosas, a favor de la o las partes respectivas, y ser una materia en la que está involucrado el ejercicio del derecho de defensa, **lo que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar**. En ese orden de ideas, era considerado lo esencial, que se ejerciera el recurso antes del vencimiento del lapso, y caso de serlo en el propio **"dies a quo"**, se lo tenía igualmente por eficaz, entendiendo que el recurrente había manifestado diligentemente su voluntad al respecto y que ello no era causa de perjuicio a la otra parte ni a terceros.

En nuestra opinión adhiriendo a los razonamientos mencionados, la exigencia sustancial requerida consiste en la manifestación expresa e inequívoca de alzarse contra lo decidido, haciendo uso del recurso respectivo antes de que se extinga el lapso fijado al efecto, exigencia que se cumple plenamente al plantearlo, luego de publicada la sentencia definitiva.

En consecuencia, estuvo bien interpuesto el recurso de apelación el día 14 de abril de 1988, ejercido por la parte demandada, contra la sentencia definitiva de Primera Instancia dictada el 12 de abril de 1988, y así ha debido ser decidido por la Sala.

Fecha ut Supra.

El Presidente de la Sala,

RENE PLAZ BRUZUAL

El Vicepresidente,

ANIBAL RUEDA

Magistrado,

CARLOS TREJO PADILLA

Magistrado,

ALBERTO BAUMEISTER T.

Magistrado,

JESUS PETIT DA COSTA

La Secretaria,

BIRMA I. DE ROMERO

El Magistrado-Suplente JESUS PETIT DA COSTA disiente del criterio de la mayoría sentenciadora expuesto en las páginas 31 al 52, por las razones siguientes:

1.- En virtud de que el proceso no es un fin, sino el medio de que disponen las personas para obtener la protección de sus derechos e intereses, la interpretación concordada de los artículos 298 y 515 del Código de Procedimiento Civil debe hacerse relacionándolos con el artículo 68 de la Constitución, porque el ejercicio de los recursos forma parte del derecho a la tutela judicial y constituye elemento fundamental para hacer efectiva la garantía de la defensa.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, que nos sirven de guía a falta de la nacional, se han pronunciado en el sentido de que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una sentencia de fondo, y que por consiguiente todo motivo legal que lo impida debe ser objeto de interpretación restrictiva por constituir una manera anómala de terminación del juicio.

A lo anterior se agrega que, por haber un sistema de doble instancia, el derecho a la revisión en alzada se integra a la tutela judicial, por lo cual los presupuestos y requisitos que las leyes exijan para conseguirlo han de ser valorados en su sentido y finalidad, mediante la razonable apreciación del medio en que consisten y del fin que con él se persigue, sopesados en justa proporción, para evitar la preponderancia del medio sobre el fin último de la actividad judicial, que no es otro que resolver definitivamente y con apego a la verdad la controversia de fondo.

Por otra parte, la garantía de la defensa comprende, por lógica, el derecho a los recursos y con ello a la doble instancia, y en consecuencia, la tutela de esta garantía, inviolable en todo estado y grado de la causa, obliga a los jueces a utilizar criterios interpretativos que sean favorables a su ejercicio, cuando examinen los requisitos formales que condicionan la interposición de los recursos, evitando incurrir en el rigor formalista y, sobre todo, de optar, ante dos interpretaciones posibles, por la que niega el derecho a la defensa. Las decisiones de los jueces deben estar siempre orientadas por el criterio más favorable a la efectividad del derecho fundamental de acceso al recurso, pues así lo determina la preferente fuerza vinculante que a este derecho le concede su condición privilegiada de protegido por la Constitución.

2.- En acatamiento a la Constitución, conforme a la doctrina expuesta, la Sala ha debido acoger la otra interpretación posible de los preceptos legales citados. Dicha interpretación se sustenta en las reglas establecidas en el artículo 4º del Código Civil.

El parágrafo final del artículo 515 referido al lapso para sentenciar dice: "Este término se dejará transcurrir íntegramente a los efectos de la apelación". Esto significa que, aún después de pronunciada la sentencia, el lapso continúa corriendo a los fines de la apelación, lo cual equivale a decir que corre a beneficio del interesado en apelar. No puede ser de otra manera, porque carecería de sentido que dicho lapso siguiera corriendo si no es para facilitar la interposición del recurso.

A la norma hay que verla en su contexto. El Código de Procedimiento Civil vigente eliminó la relación de la causa y convirtió los sesenta días previstos para su duración máxima en lapso para sentenciar. Esto implica una ventaja

respecto al Código derogado. No obstante, se planteaba la dificultad de la falta de certeza respecto a la fecha en que sería pronunciada la sentencia, con riesgo para la interposición de la apelación, por cuyo motivo los proyectistas decidieron proponer que corriese íntegro el lapso así la sentencia fuese publicada en el primer día del mismo, pero agregaron: "a menos que ésta sea interpuesta antes del vencimiento de aquél". De este modo queda clara la propuesta de los proyectistas: que el lapso corre en beneficio del apelante; que, por tanto, la apelación puede ser interpuesta durante dicho lapso; y que, por su interposición, se da por terminado, comenzando el propio de la apelación.

La eliminación de este añadido no puede atribuirse a que la intención del legislado fuese distinta a la expresada por los proyectistas, en cuanto a la validez de la apelación interpuesta después de la sentencia pero antes del vencimiento del lapso fijado para pronunciarla. Es de presumir que el legislador fue más amplio y prudente que los proyectistas, porque tomó en cuenta las dificultades que se plantearían para la aplicación del párrafo suprimido en determinadas circunstancias. Por ejemplo, en caso de litisconsorcio o de que ambas partes pretendiesen recurrir, ¿cuál de las apelaciones pondría fin al lapso? ¿Sería la primera o habría que esperar por la última? En razón de la seguridad jurídica, lo más acertado fue dejar transcurrir el lapso aun cuando todas las partes hubiesen apelado, ya que podría intervenir un tercero.

De manera, pues, que el legislador aceptó el texto propuesto hasta donde consagra que el lapso corre en beneficio del apelante y que, por tanto, la apelación puede ser interpuesta durante el mismo. En cambio, desechó que la interposición de la apelación lo diese por terminado. Es así como se explica satisfactoriamente la eliminación del complemento circunstancial con el cual concluía el párrafo en el proyecto.

Tanto la interpretación literal como la lógica, así como la intención del legislador, dan lugar a una lectura de los preceptos legales relativos al cómputo de la apelación distinta a la hecha por la mayoría sentenciadora, con la ventaja de que la interpretación amplia y flexible se ajusta a la constitución al facilitar el ejercicio del derecho de defensa.

3.- La mayoría sentenciadora invoca en favor de su criterio la teoría de Chiovenda sobre la preclusión para apartarse de la doctrina de Marcano

Rodríguez y de la que fue jurisprudencia tradicional de esta Sala, hoy abandonada, que consideraron válida la apelación interpuesta el mismo día de la sentencia, antes de que comenzara a correr el lapso de apelación.

No estoy de acuerdo. Considero que Chiovenda debe ser leído en su contexto, teniendo por delante las características del ordenamiento jurídico-procesal italiano, que es común al de los demás países de Europa Occidental. En éstos la sentencia debe ser comunicada a las partes, mediante notificación, por lo cual no hace falta previsión alguna en cuanto a que corra íntegro el lapso para sentenciar.

Por lo demás, la teoría de la preclusión no puede estar por encima de la Constitución. Su recepción en el derecho procesal venezolano debe hacerse ajustándola a ella, con vista a la realidad nacional.

4.- Ya que se invoca la teoría de la preclusión, cabe observar que su aplicación con la rigidez que se pretende conduciría a conclusiones distintas a las que se llega en la sentencia.

En efecto, si entre el día 5-3-88 y el día 3-5-88, ambos inclusive, transcurrieron los sesenta días para dictar sentencia el juzgado de la causa, habiéndola pronunciado el 12 de abril de 1988, la apelación fue oída antes de haber terminado el lapso para sentenciar y, desde luego, sin haber corrido siquiera el lapso para apelar, que debía comenzar el día de despacho siguiente el 03 de mayo de 1988, ya que la sentencia dice que el 04 de mayo de 1988 el expediente estaba en el juzgado superior (pág. 46).

Si fue extemporánea por anticipada la apelación antes del 05 de mayo de 1988, con mayor razón fue extemporáneo por anticipado el auto del juzgado de la causa mediante el cual fue oída la apelación antes de esta fecha y fue extemporánea por anticipada la sustanciación del expediente en la alzada ya que no había precluido el lapso para apelar, ni tampoco el lapso para sentenciar.

Por consiguiente, la conclusión de la mayoría debió ser la reposición al estado en que se encontraba para el momento en que fue enviado el expediente al Superior, a los fines de que corra íntegro el lapso de apelación de acuerdo con el criterio establecido por esta Sala para su cómputo.

5.- Esta reposición, consecuencia forzosa de la aplicación del criterio rigorista de la mayoría sentenciadora, podía soslayarse, en beneficio de ambas partes y en interés de la justicia, declarándola inútil a los fines de la defensa porque el objeto de la apelación, que es la revisión en alzada, ya se cumplió al seguirse y realizarse totalmente el procedimiento de segunda instancia. Por consiguiente, la decisión lógica de la presente sentencia de casación, fundada en la ley y en la razón era la anulación del fallo recurrido en casación, ordenando al juez de reenvío.

Crónica de la Facultad de Derecho
1991

DESIGNACION EN EL POST-GRADO

El Rector de la Universidad Padre Luis Ugalde s.j. designó a la Profesora María Gracia Morais de Guerrero como Directora de los Programas de Derecho. La Profesora Morais fue Directora de la Escuela de Derecho y ahora colabora con el Decano Fernando Pérez-Llantada en el Post-Grado desde su nuevo cargo.

PRIMERAS JORNADAS DE FORMACION JURIDICA

El Colegio de Abogados del Distrito Federal y la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho, bajo los auspicios de la Universidad promovieron y celebraron las Primeras Jornadas de Formación Jurídica el día 22 de Noviembre de 1991. El interés de los temas tratados y la jerarquía intelectual de los expositores entre los que se encontraban los Drs. Pedro Alid Zoppi, José R. Duque Corredor, José Melich Orsini y Pedro Miguel Reyes hizo que se llenara completamente el Auditorium Hermano Lanz. El Dr. Gabriel Ruan abrió las Jornadas por el Colegio de Abogados y el Padre Fernando Pérez-Llantada s.j. las cerró en la tarde a nombre de la Facultad de Derecho de la UCAB.

GRADUACIONES

Cuatro actos de graduación tuvieron lugar en el curso académico 1990-1991. El primero fue en el mes de Julio y los otros tres en Octubre de 1991. Se graduaron en total 300 alumnos. Recibieron la mención Summa Cum Laude: CARLOS ANTONIO FELCE RONDON, ADRIANA GARCIA HEREDIA, MARIA

GABRIELA SOSA RIEVER, y la mención Cum Laude: ELIZABETH E. ELJURI RAMIREZ, VICTORINO MARQUEZ FERRER, MARGARITA M. ESCUDERO LEON, JOSE IGNACIO GUTIERREZ DIAZ, MARIA A. GOVEA CASTILLO, SALVINA GIOVANNA PAGANO YUNTA, LUIS JESUS BELLO DIAZ.

NUEVO PENSUM

Después de las consultas usuales en estos casos y de varias discusiones en el Consejo Universitario fue aprobado el nuevo pensum para la Facultad de Derecho en la sesión del Consejo correspondiente al día 08 de Octubre de 1991.

El pensum aprobado busca formar juristas humanistas, promover un pregrado que busque la excelencia académica, fomentar la investigación e iniciar la práctica profesional viva poniendo al estudiante en contacto con los usuarios del servicio a través de la Asesoría Jurídica a la Comunidad. Se eliminaron las materias optativas y se redujo la carga horaria.

A continuación se transcribe el Nuevo Pensum de Estudios (Año académico 1991 - 1992):

PRIMER AÑO	INTRODUCCION AL DERECHO
	INSTITUCIONES POLITICAS
	SOCIOLOGIA JURIDICA
	ECONOMIA POLITICA
	DERECHO ROMANO I
	DERECHO CIVIL I
	LOGICA JURIDICA
	INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL HOMBRE
SEGUNDO AÑO	DERECHO CONSTITUCIONAL
	DERECHO ROMANO II
	DERECHO CIVIL II
	DERECHO PENAL I
	TEORIA GENERAL DEL PROCESO
	DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO
	SEMINARIO

TERCER AÑO	DERECHO CIVIL III
	DERECHO PENAL II
	DERECHO ADMINISTRATIVO I
	DERECHO PROCESAL CIVIL I
	FILOSOFIA DEL DERECHO
	DERECHO DEL TRABAJO I
	PRACTICAS I
	SEMINARIO
CUARTO AÑO	DERECHO CIVIL IV
	DERECHO DEL TRABAJO II
	DERECHO MERCANTIL I
	TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA
	DERECHO ADMINISTRATIVO II
	DERECHO FINANCIERO
	POLITICA CRIMINAL
	PRACTICAS II
QUINTO AÑO	DERECHO CIVIL V
	DERECHO MERCANTIL II
	DERECHO PROCESAL CIVIL II
	DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
	DERECHO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
	DERECHO PROCESAL PENAL
	DEONTOLOGIA JURIDICA
	PRACTICAS III

FUNDACION FERNANDO PARRA ARANGUREN

Esta Fundación, creada por el Profesor Fernando Parra Aranguren, se propone propiciar el desarrollo cultural particularmente en el área de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Para estimular a los alumnos en la Investigación se han instituido dos premios para los estudiantes de la Facultad de Derecho.

El primer premio -Diploma y TREINTA MIL BOLIVARES (Bs. 30.000,00)- lo recibió Carlos Felce Rondón quien obtuvo la más alta calificación de su

promoción y el segundo premio -Diploma y QUINCE MIL BOLIVARES (Bs. 15.000,00)- lo recibió María Carolina Torres Seoanes por haber obtenido el mejor promedio en los tres (3) primeros años de carrera. El primer premio se denomina "Caracciolo Parra León" y el segundo "Oscar García Velutini" como homenaje a estos distinguidos venezolanos. Estímulos como éstos son los que necesita nuestra juventud estudiosa para imponerse cada vez retos superiores.

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
FACULTAD DE DERECHO
Obras Publicadas

Casación Civil, Mercantil del Trabajo, 1958-1967
Núñez Aristimuño, José
Caracas, 1970. 759 pp. Bs. 100

Estudio sobre Derecho Laboral
Homenaje a Rafael Caldera, 2 Tomos
Caracas, 1982. 737 pp. Bs. 300

Jornadas Internacionales de Ciencias Penales y Criminológicas
Caracas, 1982. 737 pp. Bs. 100

Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela (1916-1928)
Parra Aranguren, Fernando Ignacio
Colección Manoa
Caracas, 1980. 345 pp. Agotado

Derecho Ambiental Venezolano
Sosa, Cecilia y Mantero, Osvaldo
Centro de Investigaciones Jurídicas
Fundación Polar - UCAB
Caracas, 1983. 170 pp. Bs. 60

Régimen Jurídico-Institucional de la Ordenación y Administración del Ambiente
Quintana Matos, Armilda; Calcaño de Temeltas, Josefina y Otros
Centro de Investigaciones Jurídicas
Fundación Polar - UCAB
Caracas, 1987. 3 Tomos Bs. 250

El hombre y el crimen. Fundamentos de Criminología
Sosa Chacín, Jorge
Caracas, 1986. 735 pp. Bs. 190

Derecho Civil - Personas
Aguilar Gorrondona, José Luis
Décima edición
Caracas, 1991. 362 pp. Bs. 400

Curso de Introducción al Derecho
Olaso J., Luis María
Introducción Filosófica al Estudio del Derecho.
Tomo 1, Sexta edición En imprenta

Derechos Humanos Pensamiento Comunitario y otros temas
Olaso, Luis María
Centro de Investigaciones Jurídicas
Caracas, 1988. 464 pp. Bs. 240

Derecho Civil III - Curso de Obligaciones
Maduro Luyando, Eloy
Séptima edición
Caracas, 1989. 799 pp. Bs. 600

Contrato y Garantías Derecho Civil IV
Aguilar Gorrondona, José Luis
Octava edición
Caracas, 1992. 520 pp. Bs. 600

Cosas, Bienes y Derechos Reales
Derecho Civil II
Aguilar Gorrondona, José Luis
Segunda edición
Caracas, 1991. 342 pp. Bs. 400

La Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo
Alfonzo Guzmán, Rafael J.
Sexta edición
Caracas, 1990. 323 pp. Bs. 350

CUADERNOS DOCENTES DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. FONDO DE PUBLICACIONES UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO - FUNDACION POLAR

Nº 1 La Función Constitucional de los Ministros
José Guillermo Andueza

Nº 2 Temas de Introducción al Derecho. Parte 1
José Rafael Hernández

Nº 3 Temas de Introducción al Derecho. Parte 2
José Rafael Hernández Bs. 180

Nº 4 El trabajo de investigación en derecho. Una orientación metodológica
Tarsicio Jañez Barrio Bs. 500

Nº 5 Temas de Introducción al Derecho. Parte 3
José Rafael Hernández Imprenta

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Hasta el Nº 38	Bs. 50
Nº 39 - 40	Bs. 300
Nº 41	Bs. 350
Nº 42	Bs. 450
Nº 43	Bs. 450

Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello
Teléfono: 442.91.11, Ext. 189 - Montalbán
La Vega - Caracas