

Revista de la Facultad de Derecho



Caracas, 2016 - 2017

ISSN: 0255-5328

Depósito Legal: If196502DF289

Nº 71



Revista de la Facultad de Derecho 2016-2017 / N° 71

Código de LATINDEX: Folio n° 19150

(<http://www.latindex.org>)

Código de REVENCYT: RVR036

(<http://revencyt.ula.ve>)



abediciones

Facultad de Derecho
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2018

Revista de la Facultad de Derecho N° 71
Caracas, 2018
ISSN: 0255-5328
Depósito Legal: lf196502DF289

©Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones
Escuela de Derecho / Instituto de Investigaciones Jurídicas
Urbanización Montalbán - La Vega. Apartado Postal 20332 - Caracas 1020 – Venezuela
Teléfonos: 4074700 Ext. 207 y 208. Fax:4713307Apartado 20.332

CONSEJO DE REDACCIÓN

César Carballo Mena
Eligio Rafael Rodríguez Marcano (Director de la Escuela de Derecho-Guayana).
Jesús María Casal
Marcos Carrillo
Miguel Mónaco (Instituto de Investigaciones Jurídicas)
Milena Liani (Directora de la Escuela de Derecho-Caracas)
Nelson Chacón
Ninoska Rodríguez (Dirección de Postgrado)
Salvador Yanuzzi
Yanesky Lehmann

DIRECTOR

José Ignacio Hernández G.

SUBDIRECTOR

Jaiber Alberto Núñez Urdaneta

CONSEJO DE ARBITRAJE

Aiskel Andrade	Juan García Vara
Alberto Arteaga Sánchez	León Enrique Cottin
Alvaro Badell	Liliana Fasciani
Andry Matilla	Luis Alfonso Herrera
Antonio Silva Aranguren	Luis Aquiles Mejías
Carlos Ayala	Luis Gerardo Gabaldón
Carlos García Soto	Manuel Díaz Mujica
Corina Yoris	Manuel Gómez
Daniela Urosa	María Amparo Grau
Freddy Caridad	María Bernardoni de Govea
Gustavo Urdaneta	María Elena Toro
Irma Bontes	Pedro Berrizbetia
José Antonio Eliaz	Pedro Jedlicka
José Antonio Muci	Rafael Bernad
José Araujo Juárez	Román J. Duque Corredor
José Valentín González	

Producción y diseño: **abediciones**
Composición y paginación: ISABEL VALDIVIESO
Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO.
FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS
Impreso por: IMPRESOS MINIPRÉS

Índice

EDITORIAL

DERECHO PRIVADO

Resolución del contrato y operación de reemplazo. Realización Específica Del Interés Del Acreedor, por Jose Annicchiarico Villagrán.....	9
--	---

DERECHO PÚBLICO

El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014. La ineficiencia y “mala” administración como consecuencia de su aplicación, por María Lidia Álvarez Chamosa.....	45
La inconstitucionalidad de normas en materia de protección al consumidor por crear condiciones adversas a los consumidores por sus efectos económicos. Un estudio a partir de la jurisprudencia venezolana, por Miguel Ángel Basile Urizar	59
Notas acerca del pronunciamiento sobre la admisión de la demanda de nulidad en el contencioso-administrativo, por Carlos García Soto	101
¿Se justifica preservar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia?, por José Ignacio Hernández G.....	119
Principios de la imposición vs. temporalidad del hecho imponible en el impuesto sobre la renta. Notas sobre el [nuevo] régimen de disponibilidad de ingresos, costos y gastos, por Carlos E. Weffe H	151

DERECHO PROCESAL

La carga dinámica de la prueba, por Jorge González	189
Las costas en los procesos acumulativos civiles, por Luis E. Queremel Franco	209
El principio de prueba por escrito en el procedimiento civil, por Salvador R. Yannuzzi Rodríguez.....	237

HISTORIA

Gonzalo Parra-Aranguren, por Eugenio Hernández-Bretón	259
Historias de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, por Eugenio Hernández-Bretón	269

TEORÍA DEL DERECHO

Aproximaciones a la nueva economía institucional: una vía de derecho y economía, por Gina González Betancourt.....	289
---	-----

DERECHO PENAL

El acto conclusivo de sobreseimiento, por Carlos D. Briceño Amaro	313
La inmunidad de los altos oficiales de estado y la comisión de los crímenes internacionales establecidos en el estatuto de la Corte Penal Internacional, por Thairi Moya Sánchez.....	351

LECCIÓN INAUGURAL DEL CURSO 2016-2017

Control judicial de la constitucionalidad vs. bloqueo político-judicial del parlamento, por Jesus María Casal.....	389
---	-----

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO 2016-2017 SELECCIÓN DE LOS COMUNICADOS APROBADOS POR EL CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Comunicado acerca de la sentencia n.º 147 del 17 de octubre de 2016 dictada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia	397
Comunicado sobre la sentencia dictada en fecha 2 de septiembre de 2016 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la nulidad de todos los actos emanados de la asamblea nacional	415
Comunicado sobre la autonomía universitaria y de cátedra, y la detención arbitraria del profesor jubilado Santiago Guevara García	417

Comunicado sobre la sentencia n.º 155, De fecha 28 de marzo de 2017 de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia.....	421
Comunicado sobre la sentencia n.º 156, De fecha 29 de marzo de 2017 de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia.....	426
Comunicado sobre el rechazo al ejercicio abusivo y desproporcionado de la fuerza en las manifestaciones pacíficas realizadas en las últimas semanas.....	431
Comunicado sobre la convocatoria a una asamblea nacional constituyente; sobre la violación de la autonomía universitaria de la sede de UCAB-Guayana por parte de efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana del 16 de mayo de 2017, y la detención arbitraria del profesor Marcos Valverde y del estudiante Nelson Navas.....	439
Comunicado en rechazo a la detención arbitraria del profesor Ángel Zerpa Aponte.....	443
DISCURSOS CON OCASIÓN AL DOCTORADO HONORIS CAUDA CONFERIDO AL PROFESOR DR. ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ.....	447

EDITORIAL

Con el presente número, la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello se renueva, a los fines de continuar sirviendo como el principal órgano de difusión académica de nuestra Facultad.

Desde su fundación, la Revista ha permitido divulgar trabajos no solo de profesores de nuestra Facultad, sino también, de profesores de otras Universidades e incluso, de estudiantes. Tal labor de divulgación se ha insertado en el propósito general de promover la discusión y el debate sobre los temas actuales del Derecho venezolano, contribuyendo así al cumplimiento de los cometidos de la Universidad Católica Andrés Bello.

Diversas circunstancias –propias de la dinámica que el país ha venido atravesando- habían afectado temporalmente la continuidad de la Revista, circunstancia que hoy queda felizmente superada. Con la publicación conjunta de los números editados bajo la dirección de la profesora Ninoska Rodríguez, la Revista presenta su número 71, correspondiente al año académico 2016-2017, con el nuevo Consejo de Redacción que fuera designado a tales efectos, y en el cual me honra ocupar la posición de Director.

En momentos en los que el Derecho atraviesa una de sus peores crisis en Venezuela, la publicación del número 71 de la Revista quiere servir de testimonio de la importancia de perseverar, incluso en las condiciones más adversas, en la lucha por Derecho, lucha que encuentra en la actividad académica su primera y más importante manifestación. A través de las páginas de los sucesivos números de la Revista quedará así registrada esa lucha a favor de la reconstrucción del Estado de Derecho en nuestro país.

Caracas, julio de 2017
José Ignacio Hernández G.

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO. REALIZACIÓN ESPECÍFICA DEL INTERÉS DEL ACREEDOR¹

Jose Annicchiarico Villagrán².

RESUMEN:

El nuevo modelo de contratación reconoce el principio de eficiencia contractual y permite la satisfacción del interés específico del acreedor a través de la operación de reemplazo, superando los obstáculos del sistema clásico voluntarista. Con el mismo, no sólo se evitan los costos y las externalidades asociadas a la lentitud de los procedimientos judiciales permitiendo la resolución unilateral y el reemplazo, sino que se protege el interés del acreedor al permitirle la satisfacción inmediata de su interés en forma específica mediante la realización de una operación sustituta en el mercado. Este modelo es compatible con la regulación venezolana de los contratos.

PALABRAS CLAVES:

contratos, nuevo modelo de contratación, eficiencia contractual, costos de transacción

ABSTRACT:

The new contracting model acknowledges the principle of contractual efficiency and allows the satisfaction of the specific interest of the creditor through a replacement transaction, overcoming the obstacles of the classic continental system. Unilateral termination and replacement not only avoids the costs and externalities associated with the lengthy of judicial proceedings, but also protects the interest of the creditor by allowing its specific satisfaction through the completion of a substitute transaction in the market. This model is compatible with Venezuelan contract regulations.

KEYWORDS:

contracts, new contracting model, contractual efficiency, transaction cost.

-
- 1 **Nota:** El presente trabajo fue elaborado con motivo del Congreso Internacional Incumplimiento Contractual - Ejecución y Remedios del Acreedor, realizado los días 28 y 29 de noviembre de 2016, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, ponencia titulada "Resolución y operación de reemplazo".
 - 2 Profesor de Derecho Civil III de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

INTRODUCCIÓN

1. Los ordenamiento jurídicos tributarios del Código Civil Francés de 1804 inspirados de las filosofías individualistas y liberales, reconocen a la voluntad libre y consiente de los contratantes la capacidad de generar relaciones jurídicas con fuerza vinculante. Las partes son entonces libres de contratar o no, de escoger con quien contratan, y de definir el contenido de las obligaciones que nacen del contrato dentro de los confines del orden público. Si bien las partes gozan de libertad contractual, una vez que se forma el contrato, sus estipulaciones tienen fuerza vinculante y obligatoria entre ellas. De manera que ninguna de las partes, obligadas como se encuentran a respetar la palabra dada, podría por su sola voluntad terminar o modificar el contrato, salvo por las causas permitidas en la Ley. Nos referimos a los principios de la libertad contractual y de la fuerza obligatoria del contrato. Estos principios dan fundamento al sistema clásico voluntarista creado por Código Civil francés del 1804³ y a los sistemas de los países que siguen este modelo hasta nuestros días. Este es el caso del Código Civil Venezolano⁴ y del Código Civil de Andrés Bello en vigencia en Colombia y Chile⁵, entre otros.
2. Una vez formado el contrato, la realización específica del interés del acreedor se verifica cada vez que el deudor, o un tercero, da cumplimiento en forma espontánea y exacta a las prestaciones prometidas en el contrato. Cuando el acreedor es víctima de un incumplimiento contractual, la realización específica de su interés implica la obtención por vía judicial del mismo resultado práctico que hubiese obtenido si el deudor hubiese ejecutado el contrato de forma espontánea, sea directamente del patrimonio del acreedor o mediante la cooperación de un tercero, siempre que medie, en este último caso, la au-

3 Ghestin, Jacques, *La Formation du Contrat en Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 30-34; Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil, II*, 2º edición, LGDJ, Paris, 1947, pp. 15,161,193; Mazeaud, Henri et León, Chabas, Francois, *Lecons de Droit Civil, II*, 9º edición, Montchestien, París, 1998, pp.103, 844, 868. Colin, Ambroise, Capitant, Henri, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français, II*, 3º edición, Dalloz, París, 1921, pp. 257, 310; Terre, Francois, Simler Philippe, Lequette, Yves, *Droit Civil Les Obligations*, 8º Edición, Dalloz, París, 1996, pp. 3 y Larroumet, Christian, *Droit Civil Les Obligations et Contrats*, 3º Edición, Economica, París, 1998), pp. 100.

4 Para una referencia doctrinal más extensa ver: Madrid, Claudia, “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo” en *Derecho de las obligaciones-Homenaje a José Melich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, pp.118

5 Pizarro, Carlos, “La influencia del Code en el derecho de Obligaciones” en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 59.

torización del juez al acreedor para actuar por cuenta y a costa del deudor. En el primer caso hacemos referencia al cumplimiento específico o ejecución forzosa en especie, en el segundo caso hacemos referencia a la llamada reparación en especie⁶.

3. Así mismo, ante la inejecución del contrato, el acreedor puede optar, bajo ciertos requisitos, por solicitar la resolución en lugar del cumplimiento del contrato. Si bien es cierto que la resolución no realiza directamente el interés del acreedor, en aquellos casos que las prestaciones del deudor sean fungibles, la resolución del contrato permitiría al acreedor liberarse de la relación contractual fallida, y obtener, de forma indirecta, a través de un negocio jurídico sustitutivo celebrado con un tercero, el mismo resultado práctico que hubiese obtenido si el deudor hubiese ejecutado el contrato de forma espontánea. Es el negocio sustitutivo y no la resolución del contrato, el que permitiría al acreedor, en principio, satisfacer en términos prácticos el interés específico del contrato original. Este negocio sustitutivo, también conocido como operación de reemplazo, constituye el tema objeto de este estudio⁷.
4. Decimos en principio, pues como se verá, el mecanismo de resolución y el régimen de indemnización del daño en caso de incumplimiento del contrato, tal como está previsto en el sistema clásico voluntarista, no fue concebido para la realización de una operación de reemplazo que permita satisfacer a cabalidad el interés específico del acreedor. Dicho sistema, por el contrario, se aferra al principio de la fuerza obligatoria del contrato e ignora los imperativos de la eficiencia contractual.

6 La operación de reemplazo prevista en los nuevos modelos de contratación, difiere de la llamada ejecución sustitutiva, (*Faculte remplacement*) prevista en el artículo 1.144 del *Code* y en la legislaciones tributarias del mismo. La reparación específica prevista en el *Code* concierne las obligaciones de hacer fungibles, jurisprudencialmente ampliada a las cosas genéricas, y consiste en la posibilidad que tiene el acreedor, dentro de un procedimiento ejecutivo, de hacerse autorizar por el juez a ejecutar el mismo la obligación a costa del acreedor. A diferencia de la operación de reemplazo, a través de la facultad de reemplazo, el acreedor no recibe la prestación en nombre propio, sí no por cuenta y a costa del deudor a los fines de obtener el la satisfacción específica de su derecho de crédito y debe considerarse como verdadera y propia actividad ejecutiva. Mélich, Jose, “La ejecución forzosa de la obligación de hacer“ en *Estudios de Derecho Civil*, Fabreton, Caracas, 1974, pp. 182-184.

7 Es cierto que el mecanismo de reemplazo no supone en todos los casos la resolución del contrato. Es así en los casos de incumplimientos parciales o defectuosos no suficientemente graves, o en el caso de incumplimientos no esenciales en contratos de ejecución sucesiva. En dichos casos, el acreedor puede oponer la reducción del precio o valerse de los mecanismos de reparación específica solicitando al juez le autorice a ejecutar la obligación a costa del acreedor. En dichos casos la operación de reemplazo es autónoma, y la resolución del contrato no juega un rol en la realización del interés específico del acreedor.

5. Al lado del sistema clásico voluntarista se evidencia el surgimiento, hace ya más de dos décadas, de un nuevo modelo de contratación que intenta servir de modelo a las legislaciones internas y que trata de adaptar las normas de los antiguos código civiles sobre contratos y obligaciones a las condiciones vigentes del tráfico⁸ y a los imperativos de la eficiencia contractual. Con el nuevo modelo de contratación se hace referencia a los modelos de contratación establecidos en los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (Principios Unidroit⁹, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL)¹⁰, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como la reciente Reforma del Código Civil Francés con vigencia a partir de octubre de 2016¹¹ y la Reforma del BGB¹² con vigencia a partir del año 2002.
6. El nuevo modelo de contratación da entrada al principio de eficiencia contractual y permite la satisfacción del interés específico del acreedor a través de la operación de remplazo, superando los obstáculos del sistema clásico voluntarista, en particular, la concepción clásica de la resolución como un remedio judicial y el régimen de indemnización de daños y perjuicios producto de la resolución. Con el mismo, no sólo se evitan los costos y las externalidades asociadas a la lentitud de los procedimientos judiciales permitiendo la resolución unilateral, sino que se protege el interés del acreedor al permitirle la satisfacción inmediata de su interés en forma específica mediante la realización de una operación sustituta.
7. La propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 299 la “eficiencia” como principio de rango constitucional del régimen socioeconómico a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Una política de eficiencia contractual es sin duda una política deseable. Por el contrario,

8 Vidal, Álvaro, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado” en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, cit., pp.138-139.

9 UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, (Roma, Ediciones UNIDROIT, 2010).

10 Comissions pour le Droit Europeen du contrat, *Principes du Droit Européen du Contrat*, (Versión Francaise préparée par Georges Rouhette, Paris, Société de Législation Comparée, 2003).

11 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

12 El primero de enero de 2002 entró en vigor la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), del 26 de noviembre de 2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts). La Ley fue publicada el 29 de noviembre de 2001 en el Boletín Oficial Federal (Bundesgesetzblatt).

un sistema que promueve contratos ineficientes, el derroche recursos y las conductas oportunistas de los contratantes es criticable. En efecto, los mismos provocan costos innecesarios a la partes y, en consecuencia, una inadecuada distribución de recursos entre los miembros de una sociedad.

8. Sin embargo, las soluciones del nuevo modelo de contratación es en muchos casos incompatible con los ordenamientos jurídicos que basan la teoría de los contratos en la voluntad libre y consciente de las partes, en el respeto de la palabra dada y en el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Lo deseable en el derecho continental de los contratos sería armonizar estos principios. Es decir, lograr no solo contratos seguros, sino también contratos eficientes. ¿Es posible adaptar el nuevo sistema a las legislaciones voluntaristas sin la necesidad de una reforma del Derecho positivo? Esa es la pregunta que tiene como objeto analizar el presente trabajo en relación al mecanismo de la resolución y reemplazo como medio de realización del interés específico del acreedor.
9. En este sentido y a los fines de dar respuesta a la anterior interrogante, se puede afirmar que la adaptación del nuevo modelo de contratación a los sistemas voluntaristas clásicos como el venezolano, el chileno y el colombiano, en relación a la resolución del contrato y reemplazo como un mecanismo de realización del interés específico del acreedor, plantea al menos dos tipos de problemas. Unos que derivan de los límites impuestos por el principio de la fuerza obligatoria del contrato y la *concepción clásica de la resolución* (I) y otros, relacionados con el principio de la reparación integral de daño y *el régimen clásico de la indemnización de daños y perjuicios asociados a la resolución* (II).

I. La fuerza obligatoria del contrato. Problemas relacionados con la concepción clásica de la resolución del contrato

A diferencia de lo que proponen los nuevos modelos de contratación, la resolución en los sistema voluntaristas clásicos, como el caso venezolano, es un remedio judicial (A), y de carácter excepcional (B). ¿Tales caracteres representan realmente un obstáculo a la realización del interés específico del acreedor?

1. La resolución judicial

10. En caso de incumplimientos graves, el nuevo sistema de contratación postula que el reemplazo es eficiente y permite al acreedor realizar el interés específico

del contrato, siempre que se le permita al acreedor realizar la resolución de forma unilateral, sin tener que esperar la decisión de un juez¹³.

11. El reemplazo unilateral, en los contratos de ejecución instantánea, es una forma de resolución unilateral del contrato, pues a través de un mecanismo de justicia privada se sustituye un contrato original en su totalidad por un contrato de reemplazo.¹⁴ Sin embargo, si bien esto es así, la operación de reemplazo no implica necesariamente la resolución unilateral del contrato cuando se trata de remediar incumplimientos no esenciales, particularmente en contratos de ejecución sucesiva. En dichos casos, se trata reemplazos que tienen como fin remediar problemas puntuales, en virtud del cual el acreedor obtiene, con el negocio sustituto, una satisfacción en especie de su obligación dentro del marco contractual original¹⁵. No nos interesamos en este trabajo en el reemplazo unilateral, como medida puntual que corrige ciertos incumplimiento defectuosos o no esenciales; nos interesamos en la operación de reemplazo que resuelve y sustituye la operación contractual fracasada por una nueva.
12. En este sentido, la resolución unilateral protege el interés del acreedor pues al permitir poner fin rápidamente al contrato, se preserva de esta forma la posibilidad de obtener la realización del interés específico a través de un tercero. Si se debe esperar la decisión del juez sobre la resolución judicial para realizar

13 En los PELC, la operación de reemplazo está prevista en el artículo 9:506 “*Artículo 9:506: Negocio de reemplazo: Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.* En los principios Unidroit en el Artículo 7.4.5: (*Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo*) *Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.* Convención de Viena Artículo 75: *Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.* Reforma del Código Civil francés 2016 Art. 1222. - *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.*

14 Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, París, 2008, pp 233.

15 Laithier, Yves- Marie, *Etude Comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, París, 2007, pp. 269. Genicon, Thomas, *La resolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, París, 2007, pp 413

- la operación de reemplazo es muy probable que el acreedor pierda el interés en la ejecución o satisfacción en especie de la obligación a través de un tercero¹⁶.
13. El acreedor no tiene incentivo de realizar una operación de reemplazo si corre el riesgo de que antes de que sea declarada la resolución judicial, el deudor le imponga la ejecución del contrato original y termine vinculado en dos contratos de igual contenido.
 14. Y es que hasta que la resolución judicial no sea decretada por el juez, el acreedor no puede disponer de la contraprestación. La contraprestación está afectada al cumplimiento. El acreedor se encuentra vinculado al contrato original, pues los efectos de la resolución no se producen hasta que el juez declara la resolución. El acreedor corre además con la carga de demandar la resolución del judicial del contrato en caso de que no quiera verse obligado por la contraparte a ejecutar su propia prestación.
 15. De manera que puede afirmarse que la resolución judicial es ineficiente. En efecto, no incentiva el reemplazo, es un obstáculo a la satisfacción inmediata del interés específico del acreedor a través de una operación sustituta, da lugar a la producción de daños externos, al derroche y a la mala distribución de los recursos entre las partes y en consecuencia en la sociedad¹⁷.
 16. En cambio, la resolución unilateral coloca en cabeza del deudor la carga de ejecutar fielmente su obligación y de demandar el abuso del acreedor en el ejercicio de derecho a resolución. Dicho sistema cumple una función conminatoria al desplazar el riesgo del acreedor al deudor que incumple la obligación. La resolución unilateral permite al acreedor adquirir los efectos de la resolución de forma inmediata y terminar el vínculo contractual por su sola declaración¹⁸. Si la resolución es ejercida en forma correcta, el acreedor obtiene la satisfacción de sus interés específico en forma inmediata a través de una operación sustituta con un tercero, evitando los daños externos que provoca el incumplimiento tardío o definitivo. Pero si la resolución unilateral es ejercida irregularmente, de cualquier forma, se evitan los daños externos y la externalidades asociadas el incumplimiento. La resolución unilateral, no sólo libera al acreedor, sino que el deudor queda liberado también de su obligación correspectiva, y puede acudir al mercado a satisfacer su propio interés

16 Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, cit., pp. 228 -240.

17 Genicon, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., pp. 415; Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, cit., pp 239

18 Genicon, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., pp 413

contractual, sin que ello lo libere de su obligación de indemnizar al acreedor producto de la resolución.

17. Los sistemas voluntaristas que imponen la resolución judicial, someten al acreedor a la lentitud y los costos de los procesos judiciales, justifican la institución en el principio de la fuerza obligatoria del contrato, y desconocen los imperativos de la eficiencia económica. ¿Es posible pensar en una armonización o adaptación del sistema voluntarista a estos nuevos imperativos de la eficiencia económica sin una reforma legislativa?
18. Ante la limitación de orden legal existente y el escaso tratamiento en la doctrina nacional sobre la posibilidad de introducir la resolución unilateral del contrato por incumplimiento, el Derecho Comparado puede servirnos para saber cuál ha sido el tratamiento que otros países de corte voluntarista le han dado a este problema, y sobre cuáles fundamentos podría apoyarse la doctrina y la jurisprudencia para darle entrada a la resolución unilateral por incumplimiento.
19. Si damos una mirada a la experiencia francesa, se puede apreciar que a pesar del carácter judicial de la resolución, en casos excepcionales la jurisprudencia ha admitido la resolución unilateral en caso *de urgencia legítima*, de *estado de necesidad* y la *legítima defensa*. Desde vieja data en Francia se admite la ruptura unilateral del contrato en caso de urgencia comprobada¹⁹. Es decir, el acreedor tiene el derecho invocar como causa de terminación unilateral del contrato la urgencia o la necesidad de evitar un daño mayor a una tercera persona, a su persona o a sus bienes. Se dice que excepcionalmente, la resolución judicial procede cuando hay “peligro en la tardanza” (*peril en la demeure*).
20. También, de forma excepcional, se ha caracterizado como caso de urgencia legítima, y como fundamento de la resolución unilateral el *estado necesidad*²⁰. La doctrina mayoritaria admite ampliamente el principio según el cual un contratante puede excepcionalmente hacerse justicia privada rompiendo el

19 Fages, B., *Le comportement du contractant*, PUAM, Marseille, 1997., p.39

20 Savatier, René, note sous Poitiers, 12 juin y 23 dec 1918 en DP 1920, p 41. *La portée de cette théorie ne se restreint pas à l'usage de services. Elle permettrait de poser en principe que, dans tout les contrat synallagmantiue, chaque partie a le droit de considerer de plain droit ses obligations comme eteintes et sa convention comme résilié quand il y a en quelque sorte, peril en la demure, c'est à dire lorsque par la faute de l'autre partie, l'execution future de l'autre partie deviendrait particulièrement onerouse. Il y aurait lá une sorte de necesité, obligeant a derogar au principe de 1884.* En este mismo sentido: Cassin, René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmantiues*, 1914, París, Tesis no publicada, pp. 355: “*Il faut encore, croyons nous, reconnaitre à l'autre partie la faculté de se degager de ses obligations avant tout intervention en justice, lorsque l'inexécution dont elle souffre est susceptible de mettre ses interets en peril pressant et qu'il y urgence à sauvegarder ses derniers*”.

contrato, cuando debe enfrentarse a un comportamiento de la otra parte particularmente reprehensible, a los fines de evitar los problemas de una justicia demasiado lenta y a los fines de evitar la realización de un daño que, ante la ausencia de la ruptura del contrato, se producirían. Excepcionalmente, también se admite la resolución unilateral en caso de faltas particularmente graves²¹.

21. Esta manera de admitir la resolución unilateral constituye un mecanismo excepcional basado en la urgencia, en el estado de necesidad o en la legítima defensa, no justifican la admisión de un principio general de resolución unilateral del contrato que permita adaptar la resolución del nuevo de sistema de contratación a nuestros modelos voluntaristas. Tales fundamentos no permitirían la realización de la operación de reemplazo, en forma eficiente, salvo en circunstancias muy especiales.
22. Fuera de los casos excepcionales que en el Derecho francés admiten la resolución unilateral, se ha dicho que una reforma que consagre en forma positiva la resolución unilateral es inútil e innecesaria. Para esta corriente doctrinaria, el acreedor víctima del incumplimiento podría, a los fines de realizar la operación de reemplazo de forma inmediata, oponer la excepción de incumplimiento y demandar la resolución judicial.²² Si el incumplimiento es suficientemente grave, la resolución judicial, tal como la presentan los sistemas voluntaristas inspirados del *Code*, tendría efectos retroactivos. De manera que el acreedor tendría la posibilidad de realizar la operación sustitutiva a riesgo y peligro de que el juez no declare la resolución. Tal solución no es menos eficiente que la propuesta en el nuevo sistema de contratación. Ya que en los sistemas en que se admite la resolución unilateral, el deudor puede controlar judicialmente a *posteriori* la resolución unilateral y a través de una sentencia favorable obtener la restitución de la vigencia del contrato. De manera que en ambos casos la operación de reemplazo se realiza a riesgo y peligro de que el juez *a posteriori* revise la procedencia resolución del contrato. Esto es así salvo que se considere que el control *a posteriori* no sería capaz de declarar la vigencia del contrato sino únicamente la reparación de daños y perjuicios por abuso de derecho.
23. Tal mecanismo de reemplazo a través de la excepción de incumplimiento y resolución judicial del contrato, sea que se oponga por vía principal o por vía de excepción o reconvencción, podría verse como un mecanismo perfectamente

21 Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, cit., pp.181-186

22 Genicon, Thomas, *La resolution du contrat pour inexécution*, cit., pp. 413

válido para realizar la operación de reemplazo. Sin embargo, la doctrina que analiza el tema en su gran mayoría son de la opinión contraria. En efecto, para este sector de la doctrina, la excepción de incumplimiento tiene un efecto provisional, sus requisitos de procedencia son menos estrictos que los exigidos para obtener la resolución del contrato, de manera que tal proceder conllevaría a una deformación de excepción de incumplimiento para dar entrada a una resolución unilateral, sin que pueda aplicarse un control adecuado sobre la gravedad del incumplimiento, lo cual atentaría con el principio de fuerza obligatoria del contrato.

24. Argumentan igualmente que tal mecanismo sería imperfecto pues no permitiría al acreedor beneficiarse de forma inmediata de los efectos de la resolución ya que las prestaciones quedaría todavía afectadas al cumplimiento de las obligaciones respectivas y no serían disponibles. En fin, los efectos de la resolución no serían adquiridos por el acreedor de forma inmediata. Lo que plantea problemas asociados al incumplimiento de parte del propio acreedor frente al deudor, así como problemas de responsabilidad asociados a los terceros que realicen la operación de reemplazo con el acreedor víctima del incumplimiento.²³
25. Teniendo en cuenta los antecedentes, Sala de Casación Francesa, en el año 1998, en su famosa decisión *Tocqueville*²⁴, dio entrada de manera general la resolución unilateral del contrato a riesgo y peligro del acreedor en caso de incumplimiento suficientemente grave. Sin duda se trata una creación de carácter pretoriana, contraria a la letra del artículo 1.184 del Código Civil Francés. En cualquier caso, la Sala de Casación Francesa consideró más conveniente regular la institución de la resolución unilateral de forma concreta que realizar una interpretación deformante de la excepción de incumplimiento.
26. Tal antecedente dio lugar a que en la reforma del código civil francés de 2016 se haya admitido en forma expresa, en su artículo 1.226, la resolución unilateral del contrato²⁵. De manera que existen fundamentos susceptibles de

23 Pizarro, Carlos, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, cit., pp. 59.

24 Arrêt *Tocqueville* rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 13 octobre 1998 (Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, *D.* 1999, jur., p. 198, note Ch. Jamin, *JCP G* 1999, II, 10133, note N. Rzepecki, *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud). La referida decisión fue luego confirmada por una sentencia de la misma Sala de Casación Civil del 28 de octubre de 2003, en la cual se indica “la gravedad del comportamiento de una parte en un contrato puede justificar que la otra parte coloque fin de manera unilateral por su cuenta y riesgo, sin importar si se trata de un contrato a tiempo determinado o indeterminado”.

25 Art. 1226. - *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence,*

lograr en la práctica una resolución unilateral del contrato a riesgo del acreedor. No es cierto que la resolución unilateral es un mecanismo que atenta contra el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo su admisión requiriere de una regulación específica que la permita adaptarse a los sistemas clásicos de sanciones.

27. En efecto, si bien los mecanismos dispuestos sobre la base del Derecho positivo anclado en sistema voluntarista son imperfectos (el mecanismo de la excepción de incumplimiento y resolución judicial, así como los fundamentos de urgencia, estado de necesidad y de legítima defensa), no por ello puede afirmarse que no es posible una lectura más acorde con las nuevas necesidades del tráfico comercial y a las propuestas de los nuevos modelos de contratación como es el principio de la eficiencia económica. Teniendo en cuenta el antecedente francés, es claro que es preferible admitir jurisprudencialmente la resolución unilateral y dar una regulación a la misma, que deformar otras instituciones de Derecho Civil.
28. En este sentido, conviene señalar que la resolución judicial no es un principio de orden público. Por el contrario, bajo determinadas circunstancias, y para diversos tipos de contratos, la misma Ley admite la resolución unilateral. Es el caso de la venta cuando el comprador o el vendedor no ofrece el cumplimiento de sus respectivas obligaciones al vencimiento de la obligación de pagar el precio o de entregar la cosa muebles, (artículo 1.531 del código civil venezolano) es el caso también en la venta mercantil (en los artículos 141 y 142, del Código de Comercio Venezolano). También las partes pueden establecer en sus contratos cláusulas de resolución unilateral, así como eventos de resolución de pleno Derecho. Finalmente, la resolución de pleno derecho es el efecto típico de la teoría de los riesgos. Cuando en un contrato bilateral la obligación de una de las partes se hace de imposible cumplimiento por una causa no imputable al deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho, aun cuando tal facultad le corresponde unilateralmente al acreedor víctima del incumplimiento no imputable. ¿Qué diferencia existe entre la imposibilidad de cumplimiento imputable a una de la parte y la imposibilidad no imputable? En ambos casos, el intento contractual es fallido y justifica la extinción del contrato.
29. Cabe entonces preguntarse, ¿porqué la aceptación de la resolución unilateral del contrato por incumplimiento tendría que considerarse como una violación

il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément que à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

inadmisible al principio de la fuerza obligatoria del contrato? En realidad, la aceptación de la resolución unilateral a riesgo del acreedor no comporta una violación al principio de la fuerza obligatoria del contrato, en la medida que la resolución, como media excepcional, requiera de un incumplimiento suficientemente grave, siempre que su ejercicio por la víctima del incumplimiento sea objeto de control. Poco importa si se trata de un control anticipado, como en el caso de la resolución judicial, o de un control a *posteriori*, como es el caso de la resolución unilateral.

30. Y es que los límites que imponen el principio de la fuerza obligatoria del contrato a la resolución atienden en realidad a los presupuestos de su procedencia y no a su carácter judicial o unilateral. De allí que el principio de la fuerza obligatoria del contrato no constituye un obstáculo a la admisión de la resolución unilateral del contrato. Por el contrario, la no admisión de la resolución unilateral choca frontalmente con los imperativos de la eficiencia contractual y la protección del interés del acreedor víctima del incumplimiento. De esa manera, la judicialización de la resolución contractual limita el derecho del acreedor a obtener la satisfacción inmediata de su interés en forma específica a través de una operación de reemplazo cuando ello es posible. Más aún, la admisión es deseable si se tiene en cuenta que la resolución unilateral y reemplazo permiten evitar las externalidades y costos asociados al incumplimiento, los cuales perjudican patrimonialmente a la parte a quién se intenta proteger y en general a la sociedad.
31. En consecuencia, la resolución unilateral del contrato y la operación del reemplazo como mecanismo de realización del interés específico del acreedor es posible y deseable desde que su reconocimiento jurisprudencial no atente contra el principio la fuerza obligatoria de los contratos y evita los costos perjuicios asociados al incumplimiento. Lo anterior es así, siempre que el ejercicio razonable de dicha prerrogativa sea objeto de control a *posteriori*.
32. Dicho control versará sobre la gravedad del incumplimiento, pues sólo un incumplimiento grave o esencial justifica su procedencia. De allí que la doctrina clásica predique el carácter excepcional de la resolución, lo que nos lleva a analizar si dicho carácter excepcional de la resolución constituye o no un límite a la operación del reemplazo.

2. El carácter excepcional de la resolución. Límite a la operación de reemplazo

33. Según el sistema voluntarista, la resolución del contrato es una sanción típica de los contratos bilaterales que tiene un carácter excepcional. La doctrina moderna se debate en relación a los criterios para la determinación de la gravedad del daño²⁶.
34. La doctrina voluntarista clásica²⁷ justifica la resolución de contrato en la pérdida sobrevinida de la justificación objetiva o justificación económica del contrato para una de las partes y en consecuencia en la frustración del interés del acreedor, víctima del incumplimiento. El presupuesto de la resolución en los contratos es una falla sobrevinida en un elemento estructural del contrato que justifica su desaparición sólo cuando es suficientemente grave, esencial o fundamental. Dicha falla alude a la pérdida sobrevinida de la justificación económica del contrato para una de las partes. Si una parte no puede retirar la ventaja económica que lo llevó a contratar, tal evento justificaría la posibilidad, para la víctima del incumplimiento, de hacer desaparecer el contrato de forma retroactiva como si nunca hubiera existido²⁸.
35. En este sentido, tal como se admite tradicionalmente por la doctrina clásica, existe un incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato cada vez que por una causa imputable al deudor, se hace imposible de forma definitiva el cumplimiento en especie de la obligación de una de las partes en un contrato bilateral, ya sea porque es materialmente imposible obtener el cumplimiento del deudor, o porque, aun cuando sea posible, el acreedor ha perdido interés en el cumplimiento tardío. Y es que dicha imposibilidad o pérdida de interés

26 Gorrin, Guillermo, "Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución del contrato" en *Libro homenaje a los cien años de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Venezuela, IV*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 2581 y Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 4ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, pp. 164-197, 725.

27 Capitant, Henry, *De la causa de las obligaciones*, Gongora, Madrid, 1928, pp 341; Mélich, José, *Doctrina del contrato*, 4ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006), p. 725

28 Larroumet, Christian, *Les Obligations-Le contrat* (n. 1) pp. 755-756. "La resolution, lorsqu'elle est prononcée par le juge, doit être fondée sur le fait que l'exécution ne pourra plus être obtenue par le créancier. Elle constate une situation dans laquelle il apparaît que le contrat a manqué sont but (...) il n'y pas de raison de maintenir le contrat lorsque il est admis que le créancier n'obtiendra pas satisfaction en nature (...) En effet, si l'exécution est encore possible ou si l'inexécution n'est pas grave, la cause de l'autre obligation ne vient pas à manquer"

priva al acreedor, de forma definitiva, no temporal, de la utilidad que esperaba retirar del contrato, su interés contractual²⁹.

36. Ahora bien, la operación de reemplazo, por el contrario, supone precisamente la posibilidad de la realización del interés del acreedor en forma específica, no ya por el deudor sino por un tercero. De manera que, en los sistemas voluntaristas clásicos de Derecho continental, la sola posibilidad de poder sustituir el contrato original por uno nuevo que satisfaga el interés específico del acreedor, limitaría, en principio, la posibilidad de resolver el contrato y realizar una nueva operación sustituta con un tercero. Es decir, en la medida en que la ejecución de la prestación en *natura* es posible y el acreedor mantiene interés en la ejecución, el acreedor no tiene derecho a solicitar la resolución del contrato. Cabe entonces preguntarse si la concepción clásica de los sistemas voluntaristas constituye un límite a la admisión de la resolución y reemplazo como mecanismo de satisfacción del interés específico del acreedor.
37. Si damos una mirada al nuevo modelo de contratación, se puede evidenciar que el mismo plantea la resolución no sólo como una constatación del fracaso del intento contractual, ante la imposibilidad del cumplimiento en especie o la falta de interés del acreedor, si no que plantea la resolución como un mecanismo de sanción del deudor y de protección del interés del acreedor. En este sentido, se puede apreciar cómo para lograr estos fines se amplía el contenido de la noción de incumplimiento grave, esencial o fundamental. En efecto, los modelos de contratación uniforme, siguen el modelo del common law (Fundamental breach o substantial failure in performance). En general, tanto los principios Unidroit (Artículo 7.3.1, 7.3.3, 7.1.5), los PELC (8:103, 9:301, 9:304 y 8:106) y la Convención de Viena (Artículos 25, 49 2.a.II y III, 47, y 72) establecen los siguientes supuestos de incumplimiento esencial: (a) Cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre que sea previsible para la otra parte; (b) cuando la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) cuando el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) cuando el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. En todos estos sistemas se establece la posibilidad al acreedor de otorgar un período de gracia suplementario para el cumplimiento y de resolver el contrato si la otra parte no cumple

29 Vidal, Álvaro, “La noción de incumplimiento esencial en el código civil”, en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, cit., p. 491.

antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella. Igualmente se permite la posibilidad de resolver el contrato anticipadamente si se sabe con certeza que el deudor no podrá cumplir al término de la obligación.

38. El incumplimiento es esencial no sólo ante la imposibilidad de la prestación, la pérdida del interés del acreedor o cuando se priva sustancialmente al acreedor de lo que tiene derecho a esperar del contrato, sino también, cada vez que el deudor manifiesta su intención de no cumplir. La voluntad del deudor de no cumplir destruye la confianza del acreedor. El incumplimiento es esencial también, cada vez que, aun cuando el deudor no ha manifestado su voluntad de no cumplir, dadas las circunstancias e incluso antes del vencimiento de la obligación, es evidente que el deudor, llegado el momento, no podrá dar cumplimiento a su obligación. Finalmente, existe cumplimiento esencial, cada vez que, incluso cuando es posible el cumplimiento en especie y el acreedor no ha perdido interés en el cumplimiento de la obligación, el cumplimiento en especie no es capaz de dar una satisfacción adecuada al acreedor, dadas las circunstancias.
39. Al comparar ambos sistemas se puede evidenciar que las causales de resolución no sólo responden a un criterio objetivo y cumplen una función económica, cuando autorizan la resolución cada vez se priva al acreedor de su interés contractual. Es el supuesto de la ruptura del equilibrio económico del contrato. La resolución también cumple una función punitiva, pues sanciona con la desaparición del contrato al deudor que intencionalmente no ejecuta el contrato. Cumple adicionalmente una función de garantía, cuando permite resolver el contrato cada vez que el acreedor, por los actos del deudor, pierde la confianza en la ejecución futura del contrato. En este último caso, la resolución del contrato proporciona al acreedor la posibilidad de liberarse del contrato que no le es útil, y obtener, cuando es posible, la satisfacción de su interés específico fuera del contrato, de forma inmediata y no de forma tardía; evitando la producción de externalidades, y en fin, permitiendo una solución eficiente al problema que le plantea al acreedor el incumplimiento contractual.
40. De lo anterior puede constatarse que la gravedad del incumplimiento, para este el nuevo modelo de contratación, no exige un incumplimiento definitivo o un incumplimiento de tal gravedad que haga que el acreedor pierda su interés en la vigencia del contrato. Si las condiciones de la resolución fueran tan exigentes y excepcionales, como en la doctrina clásica de los sistemas voluntaristas, no podría lograrse la satisfacción del interés específico del acreedor mediante un contrato sustituto o de reemplazo. Viendo las aparentes contradicciones

entre los dos sistemas, cabe preguntar: ¿es posible adaptar el nuevo sistema de contratación en aquellos ordenamientos jurídicos que inspirados en el sistema voluntarista clásico? Para ello veremos el tratamiento que le han dado en algunos países tributarios de este sistema.

41. En relación a la calificación de la gravedad del incumplimiento, debe constatarse cierto vacío en la doctrina venezolana sobre el tema, salvo ciertas excepciones como es el caso de Mélich³⁰. Si bien Mélich hace un ejercicio de Derecho Comparado sobre las soluciones que en relación al tema han dado otras jurisdicciones como Francia, Italia y Alemania, no es evidente su posición, más allá de reconocer la falta de sistematización dado al poder discrecional otorgado al juez. En todo caso, es claro en reconocer en Venezuela la necesidad de que el juez verifique la “suficiencia” del incumplimiento para declarar la resolución, y esto ocurre cuando “...se demuestre a satisfacción del juez, que el retardo en el cumplimiento alegado como fundamento de ella produce efectivamente un daño más o menos relevante para el acreedor demandante de la resolución”³¹.
42. Para Mélich, todo cumplimiento no definitivo implica que la ejecución forzosa en *natura* es posible y que el acreedor mantiene interés en la utilidad o ventaja que le procuraría dicha ejecución. Por ello, siempre que la ejecución forzosa en *natura* es posible y el interés del acreedor en dicha ejecución se mantenga, sólo existe un retardo en el cumplimiento de la obligación que debe en principio inhibir la acción en resolución.
43. Si bien es claro que el incumplimiento culposo, definitivo y total, dada su gravedad justifica la resolución del contrato, ello no resuelve los casos en los cuales el incumplimiento es sólo temporal, o aquellos casos en los cuales el incumplimiento definitivo es sólo parcial, ni tampoco aquellos casos en los cuales el incumplimiento temporal es sólo parcial. En todos estos casos el juez dotado de un poder discrecional de apreciación deberá determinar si el “incumplimiento culposo” es de suficiente importancia como para deshacer retroactivamente el contrato.
44. Sin embargo, para Mélich³², el requisito de la gravedad no debe confundirse con el de la desaparición del interés del acreedor. Para este autor, todos los sistemas que establecen un lapso de gracia como el Código Francés de 1804, el español o el italiano de 1865, o los que establecen un lapso de gracias

30 Mélich, José, *La resolución del Contrato por Incumplimiento*, cit., p. 197

31 Mélich, José, *La resolución del Contrato por Incumplimiento*, cit., p. 202

32 Mélich, Jose, *La resolución del Contrato por Incumplimiento*, cit., p. 185

conminatorio por el acreedor, como el BGB del 2002, el italiano del 1942 o el código Suizo de obligaciones "...se persigue establecer un mecanismo destinado a determinar la disposición del deudor a cumplir, para permitir así la transformación del "retardo" en "incumplimiento definitivo e irrevocable". Sin embargo, tal artificio o ficción no es necesario, pues tal como lo demuestra la doctrina y la jurisprudencia comparada³³, la resolución del contrato puede ser declarada incluso si el acreedor no ha perdido interés en el cumplimiento de la obligación y como muestra de tal afirmación recurre a la doctrina y experiencia de la jurisprudencia Francesa. Así, para Planiol y Ripert:

"...la culpa voluntaria, la inexecución con pleno conocimiento de causa (que exigirá una puesta en mora), justifica la resolución del contrato, aún si ningún perjuicio pecuniario se hubiera comprobado, y ello todavía si se tratare de un incumplimiento parcial de una obligación divisible. Esta es la sanción de la mala fe y la reparación del perjuicio moral causado por el incumplimiento. La mala fe puede justificar la resolución total"³⁴

45. El caso alemán es particularmente interesante, pues desde el BGB de 1901, y por supuesto luego de la reforma del 2002, el presupuesto de la resolución del contrato no es el incumplimiento grave, sino por el contrario, la existencia de un incumplimiento que no sea insignificante. Es decir, la resolución, sometido a ciertos requisitos de forma, procede siempre que el incumplimiento no es insignificante. Sin embargo, el sistema alemán requiere que el acreedor otorgue un plazo razonable al deudor para que cumpla. La falta de cumplimiento dentro del lapso razonable otorgado autoriza la resolución del contrato. Es el conocido sistema del Nachfrist³⁵. Siendo posible la ejecución en especie,

33 La posibilidad de que la resolución sea acordada con fundamento en la sola mala fe del deudor es reconocida por la jurisprudencia francesa. Ver: Planiol y Ripert, Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil, II*, cit. Ambos autores citan una jurisprudencia relativamente abundante de los tribunales franceses en este sentido. También ver: Ghestin, Jacques, *La Formation du Contrat*, cit., p. 4

34 Continúa Mélich diciendo en relación a la diferencia entre la gravedad y la desaparición del interés del acreedor lo siguiente: "la tendencia jurisprudencial a ratificar el comportamiento de la parte inocente que rompe unilateralmente el contrato, sin esperar la intervención del juez, aún antes de la consumación del daño y sólo en vista de la eminencia de este, cuando resulta que el deudor ya está en mora o es manifiesta su mala fe, es otra prueba de que la resolución no está supeditada a la desaparición de interés del acreedor y de que este concepto y el de la gravedad" del incumplimiento no puede homologarse.

35 BGB Section 323: "Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract: (1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure. 2) The specification of a period of time can be dispensed with if: 1. the obligor seriously and definitively refuses performance, 2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within

procede de igual forma la resolución, cada vez que es claro la voluntad del deudor de no cumplir.

46. Esta forma de ver las cosas en virtud de la cual la “gravedad” del incumplimiento puede ser valorada por el juez, en ejercicio de su poder discrecional, o bien como una sanción a la conducta reprochable del deudor o bien como una constatación del fracaso del contrato, al hacerse imposible la satisfacción del interés del acreedor, tiene su justificación, según la doctrina, en las funciones que la resolución está llamada a cumplir. Se dice entonces que las funciones del mecanismo de resolución del contrato deben guiar al juez pues en definitiva la discrecionalidad de que goza, es otorgada en miras de que la ley logre un objetivo concreto. La más moderna doctrina francesa reconoce al mecanismo de la resolución tres funciones principales: 1.- Una función económica; 2.- Una función punitiva; y 3.- Una Función de Garantía. 36
47. La función económica es unánimemente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia. Ella explica que el contrato sea destruido cada vez que ella pierde su utilidad económica para una de las partes o incluso para ambas partes. Dentro de esta función se engloban todos los criterios que tratan de darle un fundamento a la resolución desde un punto de vista objetivo, entre ellas: la voluntad de las partes, la condición resolutoria implícita, la causa, la pérdida del interés, la interdependencia de las obligaciones el desequilibrio contractual. En este sentido, la resolución judicial es un simple instrumento de liquidación que permite eliminar un contrato que desde el punto de vista de la utilidad que las partes esperaban retirar ha fracasado. Se trata de eliminar el contrato, el cual no tiene razón de existir, visto el fracaso de la operación económica proyectado por las partes.
48. Por su parte, la función de garantía de la resolución consiste en permitir al acreedor salir de un contrato que no ha sido ejecutado o en cualquier caso, no ha sido bien ejecutado, de la manera que sus intereses patrimoniales resulten

the period specified is of essential importance to the obligee, or 3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead. (4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met. (5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial. (6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance”.

36 Genicon, Thomas, *La resolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 152

lesionados en la menor medida posible. Así, los efectos restitutorios de la resolución permiten, en algunos casos, colocar al acreedor en la posición más segura ante el incumplimiento contractual de la contraparte.³⁷

49. Por último, la función punitiva, ampliamente reconocida, aunque no sin críticas, por la jurisprudencia extranjera en países como en Italia y Francia, según la cual la resolución tiene por objeto autónomo sancionar al deudor culposo. La función punitiva lleva consigo un efecto conminatorio al cumplimiento del contrato y un efecto cautelar.³⁸ Para Mélich, al acogerse "... la doctrina de la sanción, se percibe que sólo el incumplimiento subjetivo (culposo) da lugar a la sanción..."³⁹.
50. Este mismo autor, al hablar de la gravedad objetiva y subjetiva del incumplimiento, sintetiza el rol de las tres funciones del mecanismo de la resolución judicial, cuando expresa que puede distinguirse netamente entre la gravedad del incumplimiento, que se refiere a la extensión de la importancia o a la extensión de la obligación violada, y a la gravedad de la culpa, que alude al grado de deficiencia de la voluntad (dolo, culpa grave, culpa leve, etc.). La misma ambigüedad terminológica del texto legal (Artículo 1.167 del Código civil venezolano) ha servido también para apoyar una jurisprudencia según la cual debe ser pronunciada la resolución si el incumplimiento deriva del dolo del deudor, incluso si no se ha establecido daño alguno para el acreedor, o si se trata sólo de una inejecución parcial de una obligación divisible. Todo esto se explica por la función misma de la resolución, que sirve para prevenir la multiplicación de daños que sufriría el acreedor si tuviera que esperar la consumación del incumplimiento total para satisfacerse por equivalente⁴⁰.
51. Se constata que la valoración de la gravedad del incumplimiento por el juez debe tener en mente la función económica de la resolución, es decir, el juez debe desechar el contrato cuando el mismo, desde el punto de vista del interés de las partes, ha resultado un fracaso. El interés debe entenderse como la utilidad que las partes convinieron retirar del contrato al momento de su formación. Debe tener en mente que la resolución del contrato constituye también un mecanismo punitivo de que se vale el juez para sancionar al contratante que

37 Stark, Boris, *Essai de une theorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, Paris, 1947; Saleilles R. *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ, Paris, 1925, y Gaudemet, *Theorie Général des obligations*, Dalloz, Paris, 2004.

38 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 128.

39 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 132

40 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 133

deliberadamente o de mala fe incumple el contrato, lo cual lleva aparejada una función conminatoria en relación al comportamiento leal de las partes. Por último, el juez debe tener en mente que la resolución del contrato constituye un mecanismo de garantía. Y es que la resolución constituye un mecanismo de protección del acreedor cuando el cumplimiento específico tardío o la indemnización de daños y perjuicios no constituye el remedio más adaptado. En dichos casos el acreedor puede obtener mediante la resolución y la operación de reemplazo la realización de su interés específico en forma inmediata.

52. Si nos apegamos a los mecanismos de interpretación de la ley establecidos en el artículo 6 del Código Civil, según el cual: “ *Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.*”, vista la ambigüedad del artículo 1.167 y la ausencia de analogías aplicables en el derecho Venezolano, deberíamos entonces acudir a los principios generales de derecho. Se observa con sorpresa que todo lo que se ha dicho hasta hora por la doctrina patria, con apoyo en los comentaristas del derecho italiano y francés, ha sido recogido en los principios de derecho de contratación internacional.
53. Y es que tal manera de comprender la cosas, concuerda perfectamente con los supuestos de incumplimiento esencial tanto los principios Unidroit (Artículo 7.3.1, 7.3.3, 7.1.5), los PELC (8:103, 9:301, 9:304 y 8:106) y la Convención de Viena (Artículos 25, 49 2.a.II y III, 47, y 72) de incumplimiento esencial, esto es: (a) cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, previsible por la otra parte; (b) cuando la ejecución estricta de la prestación es esencial según el contrato; (c) cuando el incumplimiento es intencional o temerario; (d) cuando el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. (d) en caso de retraso, cuando la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido.
54. Tal como se puede apreciar, según los nuevos modelos de contratación, el cumplimiento es “grave” o “esencial”, desde el punto de vista de la función económica de la resolución, cuando “...el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado...”. En este sentido, el interés del acreedor tiene que apreciarse en función de lo que tenía derecho esperar al momento de la formación del contrato, según si la ejecución de la obligación incumplida

era esencial de acuerdo la común voluntad de las partes al momento de la formación del contrato o según la naturaleza del contrato.

55. Pero también puede apreciarse de dichos modelos que la referida norma justifica la resolución, no sólo ante la pérdida del interés, sino también cuando el incumplimiento fue intencional o temerario, de donde se evidencia claramente la admisión en forma autónoma de la función punitiva y de garantía de la resolución.
56. Igualmente puede apreciarse la función de garantía cuando la norma permite al acreedor resolver el contrato cada vez que el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro o cuando le permite al acreedor fijarle un plazo al deudor para que este manifieste su intención o reticencia a cumplir. Y es que el acreedor tiene derecho a resolver el contrato, incluso si tiene pleno interés en el cumplimiento y este es posible, si el deudor manifiesta su voluntad de no ejecutar el contrato. Como fue dicho con anterioridad, el juez no debe esperar a que el acreedor sufra enormes daños para declarar la resolución cuando puede ahórraselos a ambas partes. Sobre todo cuando es cierto que el deudor no cumplirá. La resolución de contrato, en su función de garantía, debe admitirse de forma general en los sistemas de corte voluntaristas inspirados del Código Civil Francés de 1804 a los fines de permitir al acreedor lograr la realización de su interés en forma específica a través de la operación de reemplazo.
57. En conclusión, si damos una mirada al Derecho Comparado, en particular a la experiencia en Francia antes de la reforma del Código Civil francés, se puede evidenciar que tanto la doctrina pero sobre todo la jurisprudencia han dejado a la soberana apreciación del juez la gravedad del incumplimiento. De esta manera la jurisprudencia ha ido ampliando la noción de incumplimiento grave, de manera que este requisito de la resolución del contrato es una noción hasta cierto punto dúctil.
58. En la actualidad se admite que la resolución tiene no sólo una función económica, anclada en la en la teoría de la causa objetiva de la obligación en los contratos bilaterales. Se admite que la resolución tiene una función punitiva, y sobre todo, allí la innovación más importante, una función de garantía, pues permite al acreedor resolver el contrato y obtener la realización específica de su interés a través de un tercero, cuando el cumplimiento forzoso en forma específico resulta inadecuado por lo oneroso o por la tardío de su realización.

59. De manera que tampoco la noción del cumplimiento grave, entendido clásicamente como la imposibilidad de cumplimiento en especie de la obligación o la pérdida del interés del acreedor, puede decirse que constituye un obstáculo real o insalvable a la adaptación del nuevo sistema de contratación en los sistemas voluntaristas anclados en la doctrina clásica.
60. Visto lo anterior, nos corresponde ahora analizar los problemas de la realización de interés específico del acreedor a través del remplazo relacionados con el régimen clásico de indemnización de daños y perjuicios.

II. Principio de la reparación integral del daño. Problemas de la concepción clásica de la indemnización de daños y perjuicios de la resolución de contrato

61. En los sistemas que siguen el modelo del Código Francés de 1804, la función reparatoria (A) y el principio de la reparación integral del daño (B) plantea problemas al acreedor que pretende realizar su interés específicos a través de la resolución y el remplazo.

1. La función reparatoria de la responsabilidad civil contractual y la indemnización de daños producto de la resolución

62. Según la concepción clásica del Código Civil Francés, seguido por Venezuela, declarada la resolución del contrato, el contrato se extingue de forma retroactiva. El acreedor pierde en consecuencia el derecho a obtener la ventaja económica que esperaba del contrato. Según la doctrina clásica, sólo tiene derecho a reclamar la indemnización del interés negativo del contrato, pero no la utilidad contractual que esperaba retirar pues, en principio, el contrato nunca existió. No se puede solicitar la resolución del contrato y solicitar la ejecución del mismo pues existe claramente una contradicción entre ambos remedios⁴¹.
63. Dicha contradicción no se presenta en el nuevo sistema de contratación. A diferencia del sistema voluntarista clásico, el nuevo sistema de contratación permite al acreedor que resuelve el contrato reclamar como daños y perjuicios la diferencia entre el valor de la operación de remplazo y el valor de la presta-

⁴¹ Larroumet, Christian, Larroumet, Christian, *Droit Civil Les Obligations et Contrats*, cit., p.765

ción incumplida. Es lo que disponen los PELC (Artículo 9:506), los principios Unidroit (Artículo 7.4.5) y la Convención de Viena (Artículo 75 y 76):

“Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.

Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y no haya celebrado un negocio de reemplazo, pero exista un precio corriente de mercado para la prestación objeto del primer contrato, este perjudicado podrá resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida...”.

64. Si por ejemplo una empresa compra una computadora en 100 US\$ y el vendedor incumple su obligación de entrega, según el nuevo sistema, el acreedor puede notificar unilateralmente la resolución y comprar una nueva computadora de un tercero. Si el precio de la computadora en la transacción substituta le cuesta al acreedor 150 US\$, el acreedor tiene el derecho a solicitar al deudor del contrato original la indemnización por el monto de 50US\$, sobreprecio que tuvo que pagar a causa del incumplimiento del deudor. Dicho monto no es otra cosa que una indemnización que le garantiza al acreedor recuperar el interés positivo, o la ventaja que esperaba retirar del contrato. Ahora bien, cómo se explica que el contrato no existe, que el acreedor no debe cumplir con su obligación respectiva con el deudor, pero a pesar de ello puede solicitar la ventaja del contrato original.
65. Si la resolución cumple sólo una función económica, por la cual constata la ruptura del equilibrio económico del contrato y declara la extinción del contrato, la función reparatoria de la responsabilidad civil impediría que el acreedor pueda reclamar las ventajas o la utilidad de un contrato que ya no existe y a la que, por ende, ya no tiene derecho. Cualquier pago así realizado constituiría, según la lógica del sistema voluntarista clásico, un enriquecimiento sin causa del acreedor, pues la causa de dicha ventaja habría desaparecido. Desde el punto de vista de los requisitos clásicos del daño indemnizable, todo daño supone una lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo, al desaparecer retroactivamente el derecho subjetivo de crédito que nació con el contrato, no habría daño indemnizable.
66. ¿Es posible la armonización de los sistemas en este punto? La respuesta a esta pregunta va a depender de la función que cada sistema otorgue a la resolución del contrato como remedio contractual. Si se tiene la resolución como

una sanción a un defecto estructural sobrevenido en el contrato, entonces el acreedor no tendrá derecho a la indemnización del interés positivo, es decir, no tendrá derecho a que le indemnicen la ventaja o utilidad que esperaba retirar del contrato original pues, en principio, las obligaciones recíprocas de las partes dejan de existir. En principio no existiría un daño contractual, si no hay obligaciones, no existe el derecho a la ventaja contractual, por ende no existe daño indemnizable. Por el contrario, la adaptación es posible si se le reconoce a la resolución una función de garantía. Esto es, que se le atribuya a la resolución la función de permitirle al acreedor la posibilidad de obtener la satisfacción en especie de su interés en el contrato original a través de la realización de un contrato sustituto con un tercero.

67. Se trata de predisponer los remedios del incumplimiento en función de la satisfacción del interés del acreedor y no simplemente, de una sanción al incumplimiento de las obligaciones contractuales o la constatación de la pérdida de la justificación económica del contrato para una de las partes. Es cierto que esta manera de ver las cosas trastoca la lógica clásica del sistema voluntarista que permite la resolución del contrato sólo en la medida que el intento contractual, desde el punto de vista de la utilidad que las partes esperan retirar, constituye un fracaso. Es la ausencia sobrevenida de la justificación económica para una de las partes la que legitima que dicha parte provoque la extinción del contrato y por ende de las obligaciones correspondientes. Es en realidad contestable que el acreedor del contrato resuelto solicite la indemnización por la lesión a un derecho que ya no existe⁴² Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina francesa.⁴³ Sin embargo, una parte minoritaria de la doctrina asume la posición contraria.⁴⁴
68. Esta incoherencia es la razón por la cual en el nuevo sistema de contratación se desconoce el efecto retroactivo de la resolución, y se afirma, a pesar de la extinción de las obligaciones al futuro y el derecho a la restitución de las prestaciones ejecutadas por las partes, la existencia del contrato. Las restituciones se fundamentan en el principio de la equivalencia de patrimonios y en

42 Treitel, UK, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 923 y Pina, Andrea, *La mesure du prejudice contractuel*, LGDJ, Paris, 2007, pp 452-453.

43 Genicon, Thomas, *La resolution du contrat pour inexécution*, cit., p.732: “une majorité se degage en faveur du cumul de la resolution et de dommages-interets negatifs (...) L’argument deployé, il est vrai, est à première vue inattaquable: l’ordre juridique se contredirait s’il empechait l’acte de produire ses effets attendus tout en octroyant à la victime ‘exécution par equivalent de l’obligatoin c’est à dire l’interet positif”.

44 Guelfucci-Thibierge C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 120.

- el enriquecimiento sin causa. Afirmar que el contrato termina a partir de la resolución, que las obligaciones de las partes ya no existen y que las mismas tienen derecho a la restitución de las ejecutadas, no implica desconocer que el contrato existió y que el acreedor debe colocarse en la mismas condición en que estaría si el contrato no se hubiese celebrado.
69. Lo cierto es que el contrato existió, que es precisamente su incumplimiento la causa de la resolución y la razón por la cual el régimen de reparación se rige por la responsabilidad contractual. Tal forma de ver el fenómeno de la resolución implica para el acreedor la posibilidad de exigir la reparación del daño causado por el incumplimiento, y en consecuencia, de recibir una indemnización que lo coloque, desde el punto de vista económico, en el mismo estado que se en se encontraría si se hubiese ejecutado el contrato y no, como postula la doctrina clásica de los sistemas voluntaristas, como si el contrato nunca se hubiera celebrado.
 70. El derecho a la indemnización de la ventaja económica comprendería únicamente el perjuicio causado, teniendo en cuenta que se le ha eximido de realizar la contraprestación. A primera vista pareciera existir cierta inconsistencia pues el acreedor termina obteniendo la utilidad que esperaba del contrato sin procurar al deudor la utilidad económica que por su parte le corresponde. Sin embargo, se trata de proteger el interés contractual del acreedor víctima del incumplimiento. El acreedor tendría derecho a la utilidad del contrato, no a título de contraprestación o de restitución, sino a título de reparación del daño que le causó el deudor por su incumplimiento.
 71. Si se mantiene la posición del modelo francés de 1804, de no poder el acreedor obtener la indemnización en función de la ventaja que esperaba retirar del contrato, la operación de resolución y posterior reemplazo no sería capaz de satisfacer el interés específico del acreedor del contrato inicial. Esto se ilustra fácilmente con un ejemplo. Si la empresa que compra una computadora no recibe el producto en el tiempo estipulado, resuelve el contrato, y obtiene una computadora de iguales características en el mercado por un precio superior -digamos que el precio del contrato original era 100US\$, y el precio del reemplazo es 150US\$- si bien el acreedor recibe el mismo resultado práctico que hubiese recibido si el deudor inicial hubiese ejecutado espontáneamente el contrato, en realidad no es así, pues el producto le cuesta 50US\$ más que en el contrato original. El interés específico del acreedor se satisface si obtiene el mismo producto, no importa si de las manos de deudor o de un tercero, y paga por el mismo precio. Desde el punto de vista económico, es la adquisición

del producto a 100US\$ y no a 150US\$, la manera como se realiza en forma específica el interés acreedor. Si el acreedor no puede obtener el producto a 100US\$, el acreedor no obtiene lo que tiene derecho a esperar del contrato original. En definitiva, la operación de reemplazo satisface o realiza el interés del acreedor en forma específica si al final de cuenta puede obtener el mismo producto en el mercado al mismo precio del contrato original.

72. La indemnización del interés negativo tiene como función colocar al acreedor víctima del incumplimiento en la misma situación en que se encontraría si el contrato no hubiese sido celebrado. Por su parte la indemnización del interés positivo tiene como función colocar al acreedor víctima del incumplimiento en la misma situación en que se encontraría si el contrato hubiese sido ejecutado. Cuando el acreedor realiza el reemplazo tienen derecho a exigir, si es el caso, la restitución de su prestación y la diferencia entre del precio de reemplazo y el precio del contrato original. El acreedor tiene derecho a recibir una indemnización que lo coloca en la misma situación que si el contrato hubiese sido cumplido.
73. La doctrina que defiende la indemnización del interés negativo ha intentado justificar la indemnización en el derecho que tiene el acreedor a ser indemnizado de la utilidad que se le ha privado de celebrar un contrato sustitutivo bajo la figura de la pérdida de la oportunidad.⁴⁵ Tal manera de ver la cosas es criticable, pues la pérdida de la oportunidad no garantiza la indemnización de la diferencia del valor entre el contrato original y el contrato de reemplazo, sino el pérdida de la oportunidad de celebrar ese contrato. En consecuencia, el quantum de la indemnización va a depender del grado de certeza o del grado de probabilidad que existía de que ese contrato de reemplazo, en condiciones idénticas, se hubiese realizado al momento de la celebración del contrato original.
74. Si bien la indemnización del interés positivo es aceptada por un minoría de la doctrina en Francia, la corriente que admite el cumulo de la responsabilidad y la reparación del interés positivo es ampliamente aceptada en otros países

⁴⁵ Pina, Andrea, *La mesure du prejudice contractuel*, cit., pp. 476 y 531 La pérdida de la oportunidad según este autor consiste en la oportunidad que la víctima de la inexecución contractual debió renunciar a fin de celebrar el contrato no ejecutado. La pérdida de la oportunidad no se indemniza a título de interés positivo pues ella tiene precisamente como causa la celebración del contrato. Ella es en cambio indemnizada en caso de desaparición retroactiva del contrato pues tal efecto hace desaparecer la justificación a la renuncia realizada

en los cuales se acepta que la función de la resolución es proteger el interés del acreedor víctima del incumplimiento. Esto es así en el derecho alemán luego de la reforma del 2002 (Artículos 323 y 324)⁴⁶, el derecho austríaco, la doctrina italiana⁴⁷ en la doctrina venezolana⁴⁸.

75. Tal solución es coherente con los sistemas que admiten que la resolución del contrato no tiene efectos retroactivos. Sin embargo, tal solución es criticable desde el punto de vista de la técnica jurídica en aquellos sistemas en que la resolución mantiene su efecto retroactivo. En conclusión, se trata de dos visiones en relación a la función que la resolución del contrato está llamada a cumplir: en un caso la terminación del contrato por una razón estructural, la pérdida de la justificación económica de una de las partes ante la imposibilidad del incumplimiento de la obligación por la otra, y en otro caso, como un remedio destinado a la protección del interés del acreedor víctima del incumplimiento.
76. Si bien el remedio de la resolución y el reemplazo permite la satisfacción del interés específico del acreedor víctima del incumplimiento, tal remedio no justifica la protección del acreedor a cualquier costo. Si fuera así, la ineficiencia que plantea el sistema voluntarista clásico se mantendría en el nuevo sistema de contratación, y su adopción o adaptación perdería cualquier justificación. En efecto, el sistema voluntarista clásico es ineficiente por cuanto no promueve la gestión razonable de los remedios por parte del acreedor, quien puede en principio solicitar la ejecución especie o la indemnización de daños y perjuicios, aun cuando ello conlleve un largo proceso judicial y la producción de cuantiosos daños externos. Es por ello, que el nuevo sistema de contratación establece que la protección de acreedor que decide terminar el contrato no puede admitir una gestión irracional del acreedor. El mecanismo de control de la razonabilidad de la conducta del acreedor, a quien se protege en la satisfacción de su interés contractual, es la consagración, en el nuevo sistema de contratación, del deber o carga del acreedor de mitigar los daños producto del incumplimiento.

46 Section 324. Revocation for breach of a duty under section 241 (2) *"If the obligor, in the case of a reciprocal contract, breaches a duty under section 241 (2), the obligee may revoke the contract if he can no longer reasonably be expected to uphold the contract"*. La reforma en Derecho alemán es una innovación puesto que antes del 2002, el BGB de 1901 no permitía la acumulación de daños y perjuicios a la resolución del contrato.

47 Coviello, Leonardo, "Risoluzione per inadempimento e risarcimento del danno" en *Rivista de Diritto Civile*, 1935, pp. 35,36(14) y 38. Cita tomada de Mélich, José, Resolución (n. 28) pp.391

48 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., pp.393.

2. El principio de la reparación integral de daño y el deber o la carga de mitigar los daños producto del incumplimiento

77. El último problema que plantea el remedio de la resolución y el reemplazo como mecanismo de realización del interés específico del acreedor tiene que ver con la aceptación en el sistema voluntarista clásico de obligación de moderar el daño, dada su contradicción aparente con el principio de la reparación integral de daño.
78. Según el nuevo sistema de contratación, el acreedor tienen deber de evitar que los daños producto del incumplimiento se agraven, siempre que ello sea posible a través de medidas razonables. Si no lo hace, el deudor puede solicitar la reducción de la indemnización de los daños causados al acreedor, en la medida del valor del daño que pudo ser evitado.
79. En principio, esta obligación es desconocida en el sistema voluntarista clásico pues contraría al principio de la reparación integral de daño. En virtud de dicho principio, el acreedor tienen derecho a la indemnización integral del daño que le cause el incumplimiento, tanto en relación al llamado daño interno, es decir la reparación en función de la utilidad del contrato no recibida a causa del incumplimiento, como el llamado el daño externo, es decir todas las consecuencias patrimoniales negativas que excedan el puro interés contractual. En materia contractual, el principio de reparación integral del daño se limita a los daños previsibles y directos, salvo que el incumplimiento sea doloso.
80. La existencia de un deber de mitigación de daños en cabeza del acreedor, propio de los sistemas voluntaristas clásicos, trastoca al menos desde dos puntos de vista la finalidad del mecanismo de resolución y reemplazo como mecanismo de realización específica del interés del acreedor. El primero tiene que ver con la jerarquía de los remedios y la otra con el monto de la indemnización.

A. Problemas asociados al monto de la indemnización

81. Admitida la indemnización del interés positivo en la resolución y reemplazo en el nuevo sistema de contratación, tal remedio impone al acreedor actuar de manera razonable y eficiente en la realización de la operación de reemplazo. En efecto, el deudor que obtiene una prestación sustituta sólo tendrá derecho a reclamar la diferencia entre el precio del contrato original y el del contrato

de remplazo, siempre limitado a que el precio de la operación de remplazo sea razonable.

82. Así, si se realiza la operación de remplazo, el acreedor podrá pedir la indemnización del mayor precio del remplazo siempre que el mismo sea razonable, sino se hace el remplazo o el precio del sustituto no es razonable, el acreedor sólo tendrá derecho a la diferencia entre el precio del contrato original y el precio corriente del mercado. Obviamente esto es así, siempre que el precio de la operación del remplazo sea mayor al precio del contrato original, si el precio de la operación de remplazo es inferior al precio del contrato, el acreedor no tendrá obviamente derecho a daños, pues no existen. La ganancia deberá descontarse de cualquier otra indemnización. Es la figura conocida como el *lucro cum damno*, a los fines de determinar el *quatum* de la indemnización. En definitiva, dicho límite razonables no es otra cosa que la aplicación del deber de mitigar el daño⁴⁹. Dicho deber es un mecanismo de control de los medios de justicia privada dispuesto por el nuevo sistema en beneficio de la realización del interés del acreedor.
83. Estos límites propios de los imperativos de eficiencia, son contrarios al principio de reparación integral del daño. En efecto, la carga de mitigar el daño constituye un límite a la realización del interés específico del acreedor, pues de la indemnización del interés positivo, al cual tiene derecho luego de la resolución y el remplazo, se encuentra limitado. Y es que si el acreedor realiza una operación de remplazo a un precio no razonable, no podrá recuperar del deudor, como reparación de daños y perjuicios positivos, la diferencia entre el precio total de remplazo y el precio del contrato original. Lo anterior se puede ilustrar con un ejemplo: Si una empresa compra una computadora por 100US\$ y, ante el incumplimiento del vendedor, resuelve el contrato y realiza una operación de remplazo por el monto de 200US\$, cuando el precio razonable de remplazo es 150 US\$, la empresa solo podrá exigir al vendedor, como indemnización de daños y perjuicios, la diferencia entre el precio *razonable* de remplazo y el precio del contrato. Esto es 50 US\$ y no la reparación integral del interés positivo, es decir la diferencia entre el precio total de remplazo y el precio del contrato original, es decir 100 US\$. En fin

49 Annicchiarico, José, “La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano” en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias políticas y Sociales en centenario de su fundación 1915-2015, IV*, cit., pp: 2675-2698; Fontiveros, Enrique, *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño* RVLJ, Caracas, 2016, y Martín, Lilian, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Universidad Externado, Bogotá, 2012.

de cuenta, la empresa que pretendió comprar una computadora por 100US\$, termino pagando 150US\$, esto es 200 US\$ que pago por el reemplazo, menos los 50US\$ que recibe como indemnización del vendedor original.

84. Si bien la carga de mitigar el daño que pesa sobre el acreedor que realiza la operación de reemplazo limita su posibilidad de obtener la satisfacción de su interés en especie, dicha limitación no tiene como causa una deficiencia del remedio de la resolución y reemplazo, sino el incumplimiento de un deber o una carga que le es totalmente imputable al acreedor.
85. La adaptación del remedio de resolución y reemplazo en los ordenamientos jurídicos que siguen el sistema voluntarista del *Code* es únicamente posible mediante el reconocimiento una obligación de moderar e daño. Si no se adapta o reconoce tal deber, la adaptación del nuevo sistema carecería de sentido, pues no se evitarían los daños que se pretenden evitar. Se trasladaría la ineficiencia de los sistemas tradicionales, que impiden la terminación del contrato y el reemplazo, dejando al acreedor dentro de un contrato fallido, y sin ninguna posibilidad de evitar los daños externos, a un sistema en el que el acreedor, si bien tiene la potestad de deshacer unilateralmente el contrato, no está obligado actuar razonablemente para obtener el reemplazo y evitar las externalidades y perjuicios producto del incumplimiento, cuando es la satisfacción del acreedor al menor costo para la sociedad, lo que precisamente se persigue. El acreedor que sabe que no tendrá derecho a la indemnización de los daños exteriores, en cambio, se verá obligado a realizar un esfuerzo por evitar que estos sucedan. Se verá obligado a realizar el reemplazo de la manera más razonable y eficiente que le sea posible, de manera que pueda alcanzar la realización de su interés específico, que no es otro que obtener la misma prestación al mismo precio acordado en el contrato original.
86. Por último, la carga de mitigar los daños no sólo limita el derecho del acreedor a obtener la reparación integral del daño, sino que también limita su derecho la satisfacción específica de su interés específico directamente del deudor. En efecto, al admisión de un deber de mitigar los daños en los términos adoptados por el nuevo sistema de contratación, imponía de facto una jerarquización de los remedio, que excluiría en algunos, el derecho de acreedor de solicitar el cumplimiento específico del propio deudor.

B.. *Problemas asociados a la jerarquía de los remedios*

87. En el sistema clásico voluntarista del Code rige el principio de la primacía de la ejecución en especie⁵⁰. Si el contenido del derecho de crédito del acreedor es igual al contenido del deber de prestación del deudor, lo lógico es que el acreedor, frente al incumplimiento, tenga el derecho a reclamar en justicia la prestación prometida por el deudor y no otra cosa. Sólo cuando no es posible el cumplimiento en especie de la obligación, se le permite al acreedor optar entre la resolución del contrato y la indemnización de los daños o ejecución por equivalente y daños.⁵¹
88. A diferencia de lo anterior, en el nuevo sistema de contratación se postula, al menos en principio, que el acreedor es libre de escoger el remedio que mejor satisface sus intereses. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, pues la libertad en la elección del remedio debe ejercerse de forma razonable. Si el acreedor escoge el remedio más oneroso para el deudor, cuando puede obtener igual satisfacción a su interés a través de otro remedio, en principio estaría violando su deber de mitigar el daño que le causa el incumplimiento. En este sentido, el deudor tendría la posibilidad de solicitar una reducción de los daños y perjuicios que deba pagar al acreedor en la medida del valor del daño que pudo ser evitada.
89. Así las cosas, cada vez que se trate del incumplimiento de deberes fungibles, sea que se trate de obligaciones de dar sobre bienes fungibles, o de obligaciones de hacer sobre conductas fungibles, el remedio menos costoso para el deudor que igual satisface al acreedor es la operación de reemplazo. Si por ejemplo, el acreedor que es víctima de un incumplimiento, decide solicitar bien sea el cumplimiento específico y la indemnización de daños y perjuicios externos por el reatardo, o la indemnización de daños y perjuicios internos y externos producto del incumplimiento, en lugar de valerse del mecanismo de resolución y reemplazo, en tal caso, el deudor podría alegar la violación del deber de mitigar los daños y solicitar la reducción de la indemnización de los daños. Esto es así, pues con la elección del remedio más razonable se evita la producción de daños mayores. El daño exterior deberá soportarlo el acreedor, por violar su carga de mitigar el daño.

50 Mélich, Jose *Doctrina general del Contrato*, Caracas, Fabreton, 2006, p. 451.

51 Annicchiarico, Jose, “Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato” en *Nuevas tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2015, p. 285.

90. De manera que el nuevo sistema de contratación, a través del deber de mitigar el daño, establece de facto, una jerarquía entre los remedios. De hecho los principios Unidroit (7.2.2.C) PELC (9:102.D) disponen que, en los casos de obligaciones fungibles, el remedio de cumplimiento específico se excluye cada vez que el acreedor puede realizar una operación de reemplazo: “si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que: la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía.”
91. Es por ello que se afirma que la aceptación del deber de mitigar el daño en un sistema que ofrece libertad de elección de remedios al acreedor se corre el riesgo de aceptar la indemnización de daños como la regla, y establecer la ejecución específica como un remedio de excepción cuando los sistemas voluntaristas predicen, en principio, totalmente lo opuesto.
92. El problema se agrava si se tiene en cuenta que la no aceptación del deber de mitigar en los sistemas clásicos de corte voluntarista implicaría que todo el esfuerzo de adaptación que permita la realización del interés específico del acreedor de la manera más eficiente posible sería en vano. La pregunta entonces que se plantea es si es posible adaptar la operación de reemplazo del nuevo sistema de contratación, dejando de lado el principio de la primacía de la ejecución en especie, y el principio de la reparación integral, sin que ello implique abandonar las bases de nuestro sistema continental a favor de los sistemas utilitaristas.
93. La crítica a la admisión a ultranza de todos estos mecanismos, es que no se puede trastocar toda la tradición civilista del contrato por un imperativo de eficiencia económica. Y es que la eficiencia contractual no es el único valor en juego cuando se habla de contrato, existe otros valores como la seguridad y la justicia que no puede simplemente ceder a las necesidades de la eficiencia económica.
94. A los fines de la que la adaptación no se convierta en un trasmutación de sistemas, la operación de reemplazo debería permanecer como una opción más del acreedor, y no un remedio obligatorio en aquellos casos en que se incumpla una obligación de dar o de hacer fungible, de manera de no trastocar las bases de aquellos sistemas cuya legislación positiva es voluntarista. Los sistemas que admiten el deber de mitigar el daño, tales como Italia (Artículo 1227-2)⁵²

52 1227(2) del Código Civil Italiano “...*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza...*”

y Alemania (Artículo 44)⁵³, se limitan a establecer dicho deber como un mecanismo de valoración del daño, como una medida de quantum del daño producto del incumplimiento contractual sin afectar la libre elección de los remedios. En este sentido, se sacrifica la eficiencia económica en búsqueda de un sistema que armoniza dicho imperativo con otros de igual importancia como la seguridad jurídica y el de justicia contractual.

III. CONCLUSIONES

95. La resolución unilateral del contrato y reemplazo, es un mecanismo que permite la satisfacción del interés específico del acreedor en el modelo moderno de contratación. Su adaptación a los modelos de corte voluntaristas diseñados sobre el modelo del Código Civil Francés de 1804, como es el caso de Venezuela, Chile y Colombia, es posible.
96. Los problemas que plantea su adaptación tienen que ver por un lado con el principio de la fuerza obligatoria del contrato y por otro lado con el principio de la reparación integral del daño producto de la resolución del contrato.
97. La doctrina clásica voluntarista fundamenta el carácter judicial de la resolución del contrato en el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Ahora bien, la resolución unilateral no atenta contra dicho principio en la medida en que los presupuestos de su procedencia puedan ser controlados por el juez. Poco importa si dicho control es posterior, como en la resolución unilateral, o anterior, como en la resolución judicial. La anterior afirmación se depende de los casos de resolución unilateral previstos en la ley, de la posibilidad de pactar cláusulas resolutorias, de los casos de resolución de pleno derecho previstos en la Ley y del hecho que la resolución judicial no es un principio de orden público.
98. La doctrina clásica voluntarista fundamenta el carácter excepcional de la resolución del contrato en el principio de la fuerza obligatoria del contrato y en la noción de la causa de la obligación. Si la causa de la obligación justifica la resolución del contrato, ella no es el único fundamento. La jurisprudencia y la doctrina extranjera, principalmente en Francia y en Italia, reconocen a la resolución una función no solamente económica, sino una función punitiva,

53 Art. 44(1) *“Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. L'indemnité”*

y sobre todo una función de garantía. En este sentido, el acreedor puede solicitar la resolución del contrato no sólo cuando se le priva de su interés contractual, sino cuando pierde confianza en su contratante, incluso cuando no haya perdido su interés en la ejecución en especie del contrato. Esto sucede cuando el deudor incumple intencionalmente, cuando manifiesta que no cumplirá, e incluso en aquellos casos en los cuales, incluso cuando no ha manifestado que no cumplirá, es evidente de las circunstancias que el deudor no podrá ejecutar su obligación. El acreedor no puede ser expuesto a soportar los perjuicios, externalidades y costos de un contrato fallido. Tal manera de concebir la resolución del contrato fomenta las conductas oportunistas del deudor, provoca externalidades y costos evitables que perjudican a una de las partes y en general a la sociedad.

99. Para que la resolución y reemplazo sirva de mecanismo de satisfacción de interés específico del acreedor, la resolución debe ser entendida como un mecanismo de garantía que protege los intereses de acreedor y sanciona al deudor que incumple. En este sentido, tal como lo afirma la nueva doctrina francesa, y gran parte de la doctrina italiana, el acreedor que hace valer la resolución del contrato tiene derecho a la indemnización del interés positivo del contrato. Así, la resolución no debe colocar al acreedor en el estado en que se encontraría si el contrato no hubiese sido celebrado, sino en el estado en que se encontraría si el contrato hubiese sido ejecutado.
100. Si bien la resolución debe ser entendida como un mecanismo de satisfacción del interés específico del acreedor, el acreedor debe administrar razonablemente los daños del incumplimiento. En este sentido, pesa sobre su cabeza una carga de obtener en el mercado un reemplazo a un precio razonable. Si no lo hace, de la reparación integral del daño causado por el incumplimiento del deudor, serán descontados aquellos daños que el acreedor hubiera podido evitar razonablemente. De lo que se trata es de hacer contratos seguros pero eficientes.
101. Por último, la carga de moderar los daños por parte del acreedor ante el incumplimiento contractual, provoca de facto, en los contratos sobre prestaciones fungibles, una jerarquía en la escogencia de los remedios por parte del acreedor. En efecto, el acreedor cada vez que puede obtener el producto o el servicio mediante una operación de reemplazo, estará obligado a acudir al mecanismo de la resolución y reemplazo. De no hacerlo, si bien podrá obtener el cumplimiento específico del deudor o la indemnización de daños y perjuicios, en dichos casos no tendrá derecho a que le indemnicen todos los daños que pudieron ser evitados mediante la utilización del mecanismo

más eficiente de reemplazo. Este aspecto del nuevo sistema de contratación, es probablemente el más polémico a la hora de su aceptación en los sistemas voluntaristas tributarios del Código Civil Francés de 1804. Dada las características del tráfico actual, predominantemente de bienes y servicio en masa, el nuevo sistema implicaría una modificación sustancial a los sistemas anclados en el respeto de la palabra dada. Modificación en nuestra opinión deseable, sin embargo debe armonizarse con los otros principios que inspiran la teoría general del contrato. En definitiva lo deseable es tener contratos seguros, justos y eficientes.

EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DEL AÑO 2014: La ineficiencia y “mala” administración como consecuencia de su aplicación

María Lidia Álvarez Chamosa¹

RESUMEN:

El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014 tanto en la Exposición de Motivos como en su articulado menciona en varias ocasiones la búsqueda de la eficiencia. La referencia a este principio no es novedosa pero su logro no siempre se adecúa a lo que el texto de la norma consagra puesto que ejecutar alguno de sus artículos con apego estricto al principio de legalidad tal y como se expondrá en las siguientes líneas, deriva en tardanza, inejecución, encarecimiento y otros signos de ineficiencia de la Administración Pública.

PALABRAS CLAVES:

Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, eficiencia, ineficiencia, principio de legalidad, buena administración, mala administración.

ABSTRACT:

The Decree with Rank, Value and Force of Law on Public Procurements of 2014, both in the Explanatory Statements and in its articles, mentions on several occasions the pursuit of efficiency. The reference to this principle is not new, but its achievement does not always conform to what the text of the norm enshrines. This is due to the fact that executing some of its articles with strict adherence to the principle of legality, as it will be exposed in the following lines, derives in tardiness, non-execution, price increase and other signs of inefficiency of the Public Administration.

KEYWORDS:

The Decree with Rank, Value and Force of Law on Public Procurements of 2014, efficiency, inefficiency, principle of legality, good administration, bad administration.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo presento una reflexión relacionada con el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014: la

1 Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello

ineficiencia y “mala” administración como consecuencia de su aplicación para lo cual se expondrán unos puntos previos relacionados con el Decreto-Ley, luego se hará mención al concepto de eficiencia administrativa y la buena administración, lo que por argumento en contrario definiría la ineficiencia y consecuen- cial “mala” administración. Después de esta breve exposición, se plantearán una serie de situa- ciones y la eventual contradicción que se genera para su solución entre el principio de eficiencia y el principio de legalidad, ambos parte de la buena administración para finalizar con las conclusiones derivadas del estudio realizado.

I. Puntos previos

Consta en la Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas promulgado en el año 2014 (en lo sucesivo Decreto-Ley de Contrataciones Públicas o Decreto-Ley)² que la Ley Habilitante conforme a la cual el Presidente de la República dictó esa norma “...enmarca el actual proceso de construcción de un sistema de gobierno popular que permita...forjar una cultura de servidor público de eficiencia o nada...”³. También refiere la aludida exposición a la necesidad de impulsar la *eficiencia* de la gestión pública tomando como base para ello un informe de la Contraloría General de la República según el cual debido a las debilidades que se evidenciaron en materia de contrataciones se recomienda la adopción de acciones correctivas, buscando entre otras cosas garantizar que las mismas se fundamenten en principios tales como el de *eficiencia*.

A su vez el texto del Decreto-Ley menciona el término en cuestión, como es el caso del artículo 2 que contempla a la *eficiencia* entre los principios que deben respetarse y el artículo 37 vinculado al Servicio Nacional de Contrataciones según el cual sus competencias tienen por finalidad lograr una mayor *eficiencia*.

Todo esto implica el desarrollo o al menos la aplicación en primer grado jerárquico de preceptos constitucionales contenidos en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999 y 2009)⁴ por los que la

2 Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, 6.154 (Extraordinario) noviembre 19, 2014. Extraído de www.snc.gob.ve/file/267/download?token=bqaBSRxg

3 Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se le delegan. *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 6.112 (Extraordinario) noviembre 19, 2013. Extraído de <http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/Ley-habilitante-2013.pdf>

4 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Esta Constitución fue objeto de enmienda en el

Administración Pública se encuentra al servicio de los ciudadanos y se fundamenta, en el principio de *eficiencia*, además de otros como son la eficacia, transparencia, honestidad, participación, celeridad, rendición de cuentas y responsabilidad con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Aunado a lo anterior otras normas mencionan la eficiencia en el quehacer de la Administración Pública, como por ejemplo el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública (2014)⁵ según el cual la *eficiencia* se encuentra entre los principios con base a los cuales se desarrollará la actividad de la Administración Pública (artículo 10), aunque también y del lado del denominado *softlaw* puede encontrarse la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración (2013)⁶ cuyo Preámbulo expresa tratarse de un marco de referencia para ordenar los derechos y deberes del ciudadano (persona, habitante) en la medida que no se oponga a la legislación interna. Tal texto de considera que en la búsqueda del bien común o del interés general, el ciudadano es el centro, es protagonista, titular de derechos frente a una Administración Pública que debe atender las necesidades de la persona (pero no de cualquier forma -agregado nuestro-) sino entre otros aspectos con calidad, eficacia, eficiencia, en un plazo razonable, es decir, actuando como “buena” y no como “mala” Administración. Pues existe según la Carta un principio, un derecho fundamental y correlativamente un deber de Buena Administración como “...obligación inherente a los Poderes Públicos...”⁷ y deber de la Administración Pública al buscar “...la mejora integral de las condiciones de vida de las personas...”⁸, contemplando a la eficiencia dentro de sus principios.

año 2009 sin alterar el artículo 141. *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5,908 (Extraordinario), febrero 2, 2009. Extraído de <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>

- 5 *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 6,147 (Extraordinario), noviembre 17, 2014. Extraído de <http://www.conatel.gob.ve/wp-content/uploads/2015/02/Ley-Org%C3%A1nica-de-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>
- 6 Aprobada mediante una reunión presencial-virtual en la ciudad de Caracas (octubre 2013) por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), organismo internacional de carácter intergubernamental, en cumplimiento del mandato de la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Panamá, junio 2013). El contenido de la Carta Iberoamericana puede consultarse en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/12/Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-del-Ciudadano-en-Relaci%C3%B3n-con-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>
- 7 Preámbulo de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración.
- 8 Preámbulo de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración.

II. Eficiencia administrativa (buena administración)

Se debe partir del hecho que en la Constitución venezolana (artículo 141) se menciona la eficiencia como principio en el que se fundamenta la Administración Pública aunque sin mencionar el término “buena administración” ni como principio ni como derecho, a diferencia por ejemplo del caso europeo, en el cual acorde al profesor Hernández (2015)⁹ ha surgido de manera progresiva el derecho a la buena administración como manifestación concreta de la visión vicarial -al servicio de los ciudadanos- de la Administración, reconocida en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y derivado de la jurisprudencia de la Unión que “...insistió en proscribir la *“mala Administración”*” (p.28). Señala el mismo autor que la noción de “mala administración” se podía observar de forma expresa en la Constitución de Venezuela del año 1811, al indicar en su artículo 191, entre otras cosas, que de todos los Gobiernos el mejor es el que esté más resguardado de los peligros de la mala administración.

Vinculado a lo anterior, el profesor Hernández citando a Carlos García en un análisis comparativo del artículo 103.1 de la Constitución Española¹⁰ y el 141 venezolano señala que los postulados en su oportunidad presentados con relación al artículo 103 por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer podrían aplicarse al artículo 141. A tal efecto de lo transcrito por el profesor Hernández en su obra citando a los señalados autores, es interesante resaltar específicamente las notas que caracterizan a la Administración Pública actual cuales son

“...el principio de legalidad rigurosamente entendido, el principio de la Administración prestadora de servicios, el principio de sometimiento a la ley, pero también hay que considerar que la Administración es un ente instrumental que está al servicio de la comunidad y de los ciudadanos, lo mismo que el planteamiento de sometimiento a la norma es llevar a ejecución la ley. Esta alusión a la diligencia, esta alusión a la imparcialidad, hacen que entendamos que la fórmula propuesta es una fórmula pensada, equilibrada, en la que nada sobra, pero que mantiene un cierto equilibrio con la idea esencial de que la

9 Hernández, José Ignacio, “Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 6, 2015 Extraído de http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/01/Eduardo-Garci_a-de-Enterri_a-y-la-renovacio_n.pdf

10 La Administración sirve con objetividad a los intereses generales y actúa acorde a los principios de jerarquía, eficiencia, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento a la ley y al derecho: Constitución Española. (1978). *BOE número 311*, diciembre 29, 1978. Extraído de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Administración Pública es un ente al servicio de los ciudadanos...¹¹

Sin embargo la justificación del artículo 141 constitucional no queda muy clara del debate constituyente que originó tal disposición ya que poco se discutió al respecto¹². A su vez la Exposición de Motivos de la Constitución¹³ menciona la eficiencia, eficacia, honestidad, etc., entre los principios rectores, términos respecto a los cuales la aludida Exposición indica que no ameritan mayor explicación. En todo caso, según el texto de dicha exposición, tales principios expresan de forma clara el nuevo camino a seguir por los funcionarios del Poder Público, obedeciendo a que las funciones de la Administración Pública (sujeción al servicio público, estar al servicio ciudadano) implican un cambio de cultura y de hábitos hasta ese momento desviados en función a satisfacer intereses subalternos, que facilitaban además de la corrupción, la ineficacia y la ineficiencia.

En definitiva, una vez aprobada la Constitución en el año 1999, el artículo 141 y con él la eficiencia, se ubicó en el Título IV “Del Poder Público”, Capítulo I “De las disposiciones fundamentales”, por tanto no forma parte de los “derechos y garantías” contenidos en el Título III de la Constitución, pero puede catalogarse como un principio como lo es también el principio de legalidad referido tanto en el artículo 141 (legalidad administrativa) como en el 137 constitucional.

Comprendiendo entonces que si bien no hay una mención explícita, la normativa constitucional venezolana acoge la buena administración –al menos como principio- y señala algunos de sus aspectos: eficiencia, eficacia, celeridad, sometimiento pleno a la ley, etc. no se explica en el texto del articulado y no tiene por qué hacerlo por su textura abierta, qué significa eficiencia, pero tampoco lo hace su Exposición de Motivos, por lo cual debe acudir a otros instrumentos o a posturas doctrinarias para definir tal principio y en definitiva determinar si acorde a las nociones que ellos proporcionan el Decreto-Ley de Contrataciones Públicas objeto de análisis se ajusta en su regulación al logro de tal postulado en la satisfacción de las necesidades ciudadanas.

11 Hernández, José Ignacio, “Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, cit., pp.26 y 27.

12 Asamblea Nacional Constituyente. (1999). *Gaceta Constituyente*. Diario de Debates sesión ordinaria número 33. Octubre-noviembre 1999. Caracas: Congreso de la República.

13 Indica Brewer-Carías que esta Exposición de Motivos publicada en Gaceta Oficial del 24-03-2000 no fue sometida a referéndum y tampoco fue divulgada antes del 15-12-1999 por tanto no puede considerarse aprobada en los términos de las Bases Comiciales: Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, (4ta. ed., tomo 2), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

Entre los instrumentos normativos la supra citada Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración en el capítulo referido a los principios indica que “La eficiencia obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación a los recursos disponibles...”¹⁴

Por su parte la doctrina indica que la eficiencia es la cualidad de una gestión en la que acorde a un estándar establecido previamente los recursos que se emplean y los bienes o servicios que se producen guardan una proporción adecuada, todo lo cual implica lograr un determinado resultado con el mínimo costo asignando recursos para obtener la mayor productividad o satisfacción.¹⁵

Retomando el análisis del artículo 103.1 de la Constitución española, la Sindicatura de Greuges plantea que dentro de la buena administración la eficiencia implica prestar a los administrados los servicios requeridos con calidad, diligencia y al menor coste posible,¹⁶ para lo cual la mencionada Sindicatura expresa que:

“En este planteamiento “eficientista” destaca el interés para imponer a las administraciones públicas los modelos propios de la empresa privada, dominada por la obtención de resultados visibles con el menor coste posible teniendo en cuenta, eso sí, que el éxito de la empresa está determinado por la satisfacción de los ciudadanos los que algunos, desde esta perspectiva, prefieren calificar de “clientes” (pp.24 y 25).

En definitiva se trata de una demanda social que al instrumentalizar una buena administración vea en la satisfacción de sus “clientes”, esto es de los ciudadanos, el norte de sus actuaciones.

14 Capítulo segundo, numeral 7.

15 Hubeid, F., “Legalidad vs. Eficacia y Eficiencia. ¿paradigmas inconciliables en la administración del siglo XXI?”, presentado en el XVIII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas. Órganos y Organismos Públicos de Control Externo de la República Argentina. El sistema de control. Los alcances frente a los nuevos desafíos y el modelo institucional, Córdoba, Argentina, 2005, Extraído de [related:www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/publicaciones/trabajosrevista/ Legalidad%20y%20eficacia.doc](http://www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/publicaciones/trabajosrevista/Legalidad%20y%20eficacia.doc)

16 Sindicatura de Greuges. (2007). *El Derecho a una Buena Administración*. Extraído de http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf. Señala la Sindicatura que el artículo 103 conjuntamente con el 9.3 y 31.2 determinan en la Constitución española la forma de actuar de las Administraciones Públicas y de ellos se deriva implícitamente la buena administración.

III. Decreto con rango, valor y fuerza de ley de contrataciones públicas del año 2014: la ineficiencia y “mala” administración como consecuencia de su aplicación

Visto que la eficiencia se encuentra reseñada en Venezuela tanto a nivel constitucional como en normas de rango legal, en este caso el Decreto-Ley del 2014, deben analizarse alguna de las exigencias contempladas en este último a fin de determinar si puede con ellos obtenerse los mejores resultados posibles con el menor coste, a fin de satisfacer las necesidades de los “clientes” de la Administración Pública, es decir, de los ciudadanos.

Veamos. El artículo 1 del Decreto-Ley indica que salvo las excepciones allí previstas, los procedimientos de este instrumento normativo son de obligatorio cumplimiento. No define qué es un procedimiento pero en el artículo 6 indica que el contratante es el sujeto que ejecuta los procedimientos de selección y administración de los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios. El mismo artículo indica a su vez que son varios los procedimientos de selección, a saber, concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y la modalidad excepcional de contratación directa con acto motivado (artículos 77, 85, 96 y 101 respectivamente). Por otra parte en el artículo 5 se presenta un listado de contratos que quedan excluidos solo de la aplicación de tales modalidades como es el caso de la prestación de servicios profesionales (numeral 1), adquisición de bienes y prestación de servicios con recursos provenientes de caja chica (numeral 11) y otros..

Ahora bien, pudiera suceder que para lograr el funcionamiento de un servicio público (hospitalario, de transporte, etc.), se requiera una compra tan pequeña por su monto que podría adquirirse a través de la caja chica (tornillos, clavos o similares) adjudicado directamente por la máxima autoridad (artículo 5), pero pudiera ser algo de mayor calado como reparar un quirófano o una vialidad, siendo que en estos casos dependiendo del monto de la contratación así será la modalidad de selección del contratista (concurso abierto, concurso cerrado o consulta de precios) y en aquellos casos en los que se da la causal como pudiera ser una emergencia comprobada (artículo 101.4) sería válido acudir a modo de excepción a la contratación directa con acto motivado.

Todos los ejemplos señalados tienen algo en común y es que acorde al Decreto-Ley ameritan que el potencial oferente, participante o en definitiva el contratista (ya sea de un clavo, tornillo o de la reparación) independientemente del monto deben estar inscritos en el Registro Nacional de Contratistas (artículo

47) para lo cual este instrumento normativo en específico y de forma expresa no establece excepción alguna a tal exigencia, tal y como se deduce de su Exposición de Motivos, según la cual todos los potenciales oferentes deben inscribirse independientemente del monto de la contratación.

Respecto a esto, el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009)¹⁷ indica que para la inscripción es menester suministrar datos generales, legales, de especialidad y financieros, primero por la página web de dicho órgano y posteriormente llevados al Registro Auxiliar de Contratistas, datos que deben actualizarse anualmente so pena de considerar a quienes no lo hagan como no habilitados (artículo 50 del Decreto-Ley).

A su vez el Decreto-Ley establece que para presentar ofertas por montos superiores a 4000 Unidades Tributarias (servicios y bienes) y 5000 Unidades Tributarias (obras) debe solicitarse adicionalmente una calificación ante el Registro de conformidad con el artículo 48 calificación que define en su artículo 6.14 como “... el resultado del examen de la capacidad legal, técnica y financiera que se le realiza a un participante para que pueda presentar ofertas ” entendiéndose como participante a la persona natural, jurídica o conjunto de ellas que haya adquirido el pliego de condiciones en concurso abierto, o sea, invitado a presentar oferta en concurso cerrado, consulta de precios, contratación directa o los procedimientos excluidos de modalidad de selección (artículo 6.5). Estos pliegos de condiciones¹⁸ deben contener, entre otras cosas, la documentación legal del participante necesaria para la calificación y evaluación de las modalidades establecidas en el Decreto-Ley (artículo 66.1). Debe acotarse que relacionado con esto el artículo 56 eiusdem habla de suficiencia de acreditación por la cual el contratante se abstendrá para efectuar la calificación legal y financiera y de solicitar a los participantes la presentación de documentación o información cuando formalizó su calificación en el Registro Nacional de Contratistas.

Y es entonces que después de este breve recorrido por alguno de los artículos del Decreto-Ley y el Reglamento debemos plantearnos si la normativa que regula la materia de contrataciones públicas propicia la satisfacción de los intereses y necesidades ciudadanas por parte de la Administración Pública o sencillamente contempla severas contradicciones que complican el funcionamiento eficiente y derivan en una “mala” administración.

17 Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, 39.181, mayo 19, 2009.

18 El artículo 6.17 del Decreto-Ley indica que los pliegos de condiciones y las condiciones de contratación es el documento en el que se establecen las reglas básicas, requisitos y especificaciones que rigen para las modalidades de selección de los contratistas, así como los procedimientos excluidos de modalidad.

Al respecto se pueden considerar algunas situaciones:

1.- ¿Qué ocurre en los casos de reparación de una calle o un quirófano (por poner algún ejemplo) que se requiere con urgencia? En estos casos la situación extraordinaria permite acudir a la contratación directa como modalidad de selección, pero no faculta obviar el requisito de la inscripción ante el Registro, pudiendo suceder que hipotéticamente ningún posible oferente o participante esté registrado o quien lo esté ofrezca un precio exorbitante en comparación con otros interesados en contratar con el Estado pero que no cumplen con ese requisito. ¿De qué manera esta situación afecta al ciudadano y cómo puede mermar el presupuesto del contratante?

2.- Con la situación inflacionaria que existe en Venezuela a un máximo de 4000 unidades tributarias el procedimiento de consulta de precios para compras, modalidad de contratación que contempla uno de los procedimientos más rápidos del Decreto-Ley, una gran cantidad de adquisiciones que antes y bajo la vigencia del mismo instrumento normativo se resolvían por la consulta de precios, ahora deberán tramitarse por el procedimiento de concurso cerrado o incluso el concurso abierto, ambos con mayor duración y requisitos que la consulta de precios, sin que ello necesariamente redunde en beneficios para el contratante o para los ciudadanos.

Adicionalmente puede suceder, que en la situación mencionada, iniciada la contratación cerrada o abierta de ser procedente, no se presenten participantes porque no estén inscritos o sencillamente aquellos que están registrados y participen ofrecen el bien a precios superiores al que tienen otros posibles proveedores que no lo están.

3.- Y si en el caso anterior por la tardanza del procedimiento el funcionario pudiera contratar directamente para evitar afectaciones graves a las actividades del órgano o ente en virtud del retardo en la contratación (artículo 101.1 del Decreto-Ley), ¿en el supuesto de que los posibles oferentes no estén inscritos y en consecuencia no se pueda contratar con ellos, ello no deriva en ineficiencia administrativa?

4.- ¿Acaso de los anteriores ejemplos se genera que en ocasiones el único criterio de selección de un oferente o participante sea que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Contratistas, con quien la Administración Pública deberá contratar aunque ofrezca peores condiciones o precios mayores a los de otros proveedores no inscritos? ¿Es esto eficiencia administrativa?

Las respuestas a los casos señalados pasan por el hecho de que el Decreto-Ley de Contrataciones alude a la eficiencia como justificativo de la normativa, pero para poder cumplir con sus metas, en ocasiones la Administración Pública se topa con procedimientos o requisitos que se convierten en obstáculos insalvables especialmente si tomamos en consideración que acorde al principio de legalidad, también principio fundamental de la buena administración, las actividades de los funcionarios deben cumplirse plenamente ajustadas a Derecho.

En este sentido el Decreto-Ley indica que salvo excepciones, los procedimientos allí establecidos son de obligatorio cumplimiento. Parece redundante establecer la obligatoriedad de una norma jurídica, pues en definitiva éstas son imperativas, lo que conlleva a pensar que lo que estableció el legislador es que no son relajables (por tanto son de orden público) y solo aquellas excepciones contempladas en el resto de la normativa que inclusive pudiera abarcar actos discrecionales no son taxativas, puesto que el principio general es que las exigencias del Decreto-Ley no pueden ser objeto de flexibilización.

De lo expuesto, una conclusión es que este instrumento normativo contiene regulaciones que no facilitan la eficiencia administrativa y el inconveniente que se presenta es que ante una necesidad urgente o el requerimiento de un determinado servicio o adquisición de un bien, la Administración Pública puede verse imposibilitada de elegir la eficiencia, cuando su consecución implica el no acatamiento del principio de legalidad.

No es sencilla la respuesta ante la disyuntiva del funcionario de ser eficiente, aunque ello implique la violación del principio de legalidad o atender siempre a este último en desmedro de la eficiencia, cuando el ciudadano requiere de una solución de parte de la Administración Pública.

Al ser tanto la legalidad como la eficiencia principios de la buena administración considerada a su vez como derecho, no luce descabellado pensar que ambos principios tienen *ab initio* y en abstracto igual jerarquía, por tanto en un caso concreto habría que ponderar y lograr la solución proporcional, idónea, necesaria que parta de la base de que el ciudadano es el centro de la actividad administrativa y en consecuencia debe ser satisfecho en sus necesidades pero también que tome en cuenta la existencia de límites preestablecidos en el actuar de la Administración que son columna vertebral del Estado de Derecho. Esta opción derivaría en la imperiosa necesidad de extremar los controles administrativos y judiciales sobre el actuar de los funcionarios, puesto que la ponderación pudiera equivaler a que

en un caso concreto la tensión entre el principio de legalidad y la eficiencia se zanje a favor de esta última.

En este orden de ideas para parte de la doctrina, la buena administración (eficiencia, principio de legalidad, etc.) amerita un actuar legítimo del aparato estatal de manera tal que esta legitimidad:

...es más compleja que la limitada al escrupuloso cumplimiento de la norma habilitante. Y es que administrar bien es algo más que respetar el principio de legalidad. La Administración no puede legitimarse ante sus ciudadanos por el cumplimiento escrupuloso de las normas que la habilitan a actuar. La Administración no puede continuar siendo ese sujeto sin alma, neutro y objetivo, que cumple sin ninguna pasión los cometidos que se le imponen. La Administración debe asumir las preocupaciones de los ciudadanos a cuyo servicio está y debe intentar dar respuesta a sus inquietudes de la mejor manera posible. La Administración, en resumen, debe actuar de acuerdo con el principio rector de la buena administración tratando de que haga realidad toda la variedad de su contenido plural¹⁹

Abundando en lo anterior, la doctrina europea ha señalado la existencia de un “test” de corrección y razonabilidad de buena administración que presenta una lista de principios (legalidad, eficiencia, eficacia, etc.). Sin embargo se indica que no ha de entenderse como una lista en la que de forma mecánica los funcionarios deben chequear si los principios se han cumplido, ya que “*los entes públicos deben usar su juicio en la aplicación de los principios para producir resultados en cada circunstancia de manera que sea razonable, justa y proporcionada*”²⁰.

Sin embargo es fácil advertir que abrir esta compuerta puede hacer peligrar el principio de legalidad, entendido como una suerte de “supra principio” al ser pilar fundamental del Estado de Derecho.

Y es que si al funcionario le es dado optar en un caso concreto por la eficiencia ante la contradicción con la aplicación de una norma, incumpliendo la Ley pero satisfaciendo al ciudadano, puede derivar en un sinnúmero de situaciones en las que de manera injustificada se flexibilice, por decir lo menos, el principio de legalidad.

19 Sindicatura de Greuges. (2007). *El Derecho a una Buena Administración*. Extraído de http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf, pp. 43 y 44.

20 Prats, J. “La búsqueda de principios de Buena administración. Referencia a la experiencia europea”, en *Revista Gobernanza* N° 37, Asociación Internacional para la Gobernanza, la Ciudadanía y la Empresa, noviembre 2015. Extraído de <http://www.aigob.org/category/revista-gobernanza-37>

A este respecto en un trabajo citado en anteriores líneas sobre legalidad, eficiencia y eficacia visto desde la óptica del control fiscal²¹, se considera que es válida y deseable la eficiencia (y eficacia) como elemento de gestión aportado por la administración privada a la pública. Sin embargo, es invocada para la convalidación de procedimientos ejecutados en ocasiones al margen de la legalidad o en franca contradicción con normativas específicas.

El principio de legalidad con su connotación histórica y su innegable importancia a la hora de limitar los desafueros de los funcionarios públicos, implica que estos solo pueden imponer obediencia en nombre de una Ley previa producto de la voluntad comunitaria que legitima al poder²².

Empero, el respeto irrestricto a este principio de legalidad produce -acorde con Hubeid- una especie de parálisis en la actividad administrativa que ha derivado con el tiempo en la creación de mecanismos que le proporcionarían una cierta flexibilidad, para lo cual señala la autora, citando a Giannini, se idearon ciertas “válvulas de escape” como el caso de la discrecionalidad o los poderes implícitos, entre las cuales no puede considerarse la satisfacción de necesidades de manera eficiente u oportuna como fórmula para morigerar el principio de legalidad, puesto que por mínima que sea la inobservancia al ordenamiento jurídico, nunca puede ser considerado intrascendente. A tal efecto la autora menciona casos en que alegando la adjudicación a una oferta más ventajosa, se incumplen procedimientos licitatorios (equivalente a las contrataciones públicas) vulnerando con ello principios de orden público y respecto a los cuales no se puede sacrificar el principio de legalidad en aras de una actuación eficiente, ya que no es dable otorgarle a la eficiencia mayor rango que el de ser un parámetro para optimizar una gestión.

Propone Hubeid que entre eficiencia y el principio de legalidad existe una contradicción aparente. No se trata de principios contradictorios, ya que en definitiva forman parte de la actuación estatal, es decir, en virtud del principio de legalidad los funcionarios deben cumplir con satisfacer necesidades ciudadanas porque para eso están facultados, pero a su vez si pretenden actuar conforme a tal principio no puede gastar injustificadamente recursos porque con ello estarían transgrediendo el ordenamiento jurídico, siendo entonces que el funcionario debe en su actuar ser eficiente en el empleo mínimo de recursos para la obtención de resultados satisfactorios, y de esa manera evitar futuras responsabilidades.

21 Hubeid, F. “Legalidad vs. Eficacia y Eficiencia. ¿paradigmas inconciliables en la administración del siglo XXI?”

22 García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo*, (reimpresión revisada, tomo 1). Madrid: Civitas, S.A.

En definitiva, en vez de conculcar el principio de legalidad con fundamento en la satisfacción eficiente de intereses y necesidades ciudadanas, lo propio es cumplir con el ordenamiento jurídico en el tiempo que corresponde, porque la eficiencia no es un fin en sí mismo, es solo un instrumento de optimización de la gestión pública²³

IV. Conclusiones

- 1.- El artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla una serie de principios que deben regir el actuar de la Administración Pública, entre los cuales se encuentran, entre otros, la eficiencia y el principio de legalidad.
- 2.- Un análisis doctrinario del artículo constitucional ha concluido que el mismo se refiere a la “buena administración” reconocida al menos en otras latitudes como un derecho del ciudadano.
- 3.- El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014 contempla en su Exposición de Motivos y su articulado el principio de eficiencia, con lo cual aplica el artículo 141 constitucional.
- 4.- Este Decreto-Ley establece entre los requisitos para contratar con el Estado, independientemente del monto de la contratación, estar inscrito ante el Registro Nacional de Contratistas, para lo cual es menester reunir una serie de condiciones y cumplir una cantidad de requisitos por parte de los oferentes o participantes en los procedimientos. También contempla procedimientos agravados, esto es, con mayor tramitación y plazos para contrataciones que exceden de ciertos montos, lo que en ocasiones no garantiza que se esté eligiendo el mejor proveedor, y al contrario, se puede generar tardanza en la satisfacción de necesidades e intereses ciudadanos.
- 5.- Estas exigencias pudieran derivar en ineficiencia y “mala” administración, puesto que en virtud de ellas en ocasiones es imposible satisfacer necesidades ciudadanas, con lo cual el Decreto-Ley presenta una contradicción entre sus postulados y los efectos que genera su aplicación.
- 6.- Esta contradicción entre las exigencias que deben realizar los funcionarios a los interesados en contratar con el Estado en virtud de normas de orden público que regulan la materia y la necesidad de centrar su actividad en la satisfacción de las

23 Hubeid, F. “Legalidad vs. Eficacia y Eficiencia. ¿paradigmas inconciliables en la administración del siglo XXI?”

necesidades e intereses ciudadanos no es fácil de resolver, ya que el hecho cierto es que el Decreto-Ley no contempla excepciones de forma expresa en cuanto al registro o señala montos en unidades tributarias que deben ser acatados a los fines de escoger entre las diversas modalidades de contratación la que se ajusta a los supuestos en él contenidos. Mientras esta normativa esté vigente, el permitir que los funcionarios opten por satisfacer necesidades ciudadanas a costa del principio de legalidad, puede derivar en situaciones difíciles de ser controladas y en definitiva atentatorias de la seguridad jurídica que de alguna manera está cimentada, entre otros, en la obligación del funcionario de actuar solo cuando le está permitido por ley.

- 7.- Sin embargo la concepción de la actuación de la Administración Pública estrictamente apegada a Derecho, puede derivar en demoras u omisiones en el cumplimiento de cometidos frente al ciudadano que lo que necesita son soluciones reales, oportunas y al que poco convence que no se le proporcionen debido a la inflexibilidad de la norma. Como se planteó en el trabajo al final, lo que sucede es que en muchos casos el único requisito exigible a un oferente o proveedor es que esté inscrito lo que no redundaría en la eficiencia administrativa.
- 8.- No falta quien señale que el problema no es la antinomia entre el principio de legalidad y la eficiencia, alegando que dicha fricción no es real sino aparente. Que el verdadero problema estriba en la redacción contradictoria del Decreto-Ley o que este no ofrece opciones o no contempla excepciones que permitan flexibilizar su aplicación. Esto es verdad, pero también es cierto que mientras tal instrumento normativo mantenga su vigencia, existe la posibilidad de que en un caso concreto la Administración sea ineficiente y ello genere severos daños al ciudadano. Esta postura solaparía en todo momento la eficiencia ante el principio de legalidad y al funcionario solo le bastaría alegar la inexistencia de una norma que le permita actuar con cierta flexibilidad para justificar su ineficiencia.
- 9.- Y mientras el instrumento normativo se adecúa y abre compuertas para lograr una actuación eficiente de la Administración, a fin de evitar violaciones al principio de legalidad, lo deseable sería que en la medida de los presupuestos y dentro de las planificaciones anuales, los entes y órganos de la Administración Pública tomen las decisiones oportunas y ejecuten los procedimientos de contratación cumpliendo con los requisitos de Ley, previsión que no resuelve el hecho que ante ciertas situaciones la aplicación inflexible del principio de legalidad impida con el menor coste y tiempo posible, satisfacer al ciudadano que en definitiva es el punto medular de la actuación administrativa.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR POR CREAR CONDICIONES ADVERSAS A LOS CONSUMIDORES POR SUS EFECTOS ECONÓMICOS. UN ESTUDIO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Miguel Ángel Basile Urizar¹

RESUMEN:

El presente estudio tiene como objeto analizar si la regulación dictada con la finalidad de proteger a los consumidores puede resultar inconstitucional por crear, paradójicamente, condiciones adversas a tales personas, los consumidores, por virtud de sus efectos económicos. En tal sentido, se examina como ejemplo el régimen jurídico del control del margen máximo de ganancia establecido en el vigente Decreto N° 2.092, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos y las demás providencias dictadas a tal efecto.

PALABRAS CLAVES:

Protección al consumidor; control de precio; margen máximo de ganancia.

ABSTRACT:

The present study aims to analyze if the regulation that has been dictated in order to protect the consumers may result unconstitutional for creating, paradoxically, adverse conditions to those persons, the consumers, because its economics effects. In that sense, it is examined the maximum income margin control established in the Decree N° 2.092 with Range, Value and Force of Organic Just Prices Law and the other regulations dictated in such matter.

KEYWORDS:

Consumer protection; price control; max income margin control.

1 Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, con mención honorífica *summa cum laude*.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objeto analizar si una regulación dictada con la finalidad de proteger a los consumidores puede resultar inconstitucional por crear, paradójicamente, condiciones adversas a tales personas, los consumidores, por virtud de sus efectos económicos, desde la perspectiva de la evolución jurisprudencial en Venezuela.

La pertinencia de ese objeto la encontramos en que, en nuestro criterio, la regulación que actualmente está vigente en Venezuela en esa materia ha sido uno de los principales causantes de que se hayan creado condiciones negativas para la economía venezolana, en conjunto con otros factores. Esa situación se podría observar en el marco de distintos sectores de la economía y del derecho, pero en el caso en concreto nos interesa analizar esa dinámica en el marco de las normas que regulan la relación de consumo.

En tal sentido, debemos aclarar que se trata de un estudio que se plantea únicamente desde la perspectiva de la protección al consumidor como un concepto afectado por la propia regulación, a pesar de que sea utilizado como su fundamento. Ello, sin perjuicio de que existan posibles afectaciones a otros derechos restringidos que influyan decisivamente en la validez de una norma, como bien puede ocurrir en el caso del derecho a la propiedad, libertad económica, entre otros. Por tal motivo, incluso cuando los derechos a la propiedad y libertad económica son fundamentales al momento de verificar la constitucionalidad de regulaciones, en esa materia su análisis no formará parte de este estudio.

Esa distinción la hacemos en vista de que con base en la jurisprudencia venezolana la libertad económica o de empresa se trata de un derecho que ha sido limitado fuertemente en comparación a la concepción que inicialmente la misma jurisprudencia y la doctrina patria le otorgaba, para llegar al punto de asumir una posición en la cual se concibe como un mero principio. Sobre la base de ese (des) avance jurisprudencial también se le dio un papel más preponderante a la protección al consumidor, en tanto opera como un auténtico derecho subjetivo social o en un principio o política constitucional, los cuales debilitan naturalmente a los derechos individuales, sobre la base de un concepto particular del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, en el estado actual de la jurisprudencia pareciera cada vez más ilusorio pretender oponer la libertad económica contra las normas que invocan como fundamento la protección al consumidor, pese a que en nuestra opinión se trata del límite principal que debería servir como barrera frente a la intervención del Estado.

En ese orden de ideas, el presente estudio es un esfuerzo que busca exponer argumentos que podrían permitir sostener cómo normas en materia de protección al consumidor pueden llegar a ser inconstitucionales por sus efectos económicos al crear situaciones adversas a los consumidores, aún bajo una concepción tan precaria de los derechos individuales y, por otra parte, tan elevada de los derechos sociales por parte de la jurisprudencia venezolana.

Se trata, pues, de una exposición que está en cierta forma dirigida a las personas que, personalmente, hayan adoptado el criterio jurisprudencial que hoy impera², para que, ingenuamente por nuestra parte, puedan encontrar razones para convencerse de que una regulación en materia de protección al consumidor que por sus efectos económicos distorsiona negativamente al mercado no sólo resulta contraproducente sino inconstitucional.

Para cumplir con el objetivo planteado se iniciará con una breve exposición de sus antecedentes en Venezuela, de forma tal que se pueda apreciar claramente su evolución, con especial hincapié de la jurisprudencia venezolana y su incidencia en lo que se refiere a su conceptualización. Una vez realizada esa exposición se analizarán las distintas facetas que esa materia tiene con base en el tratamiento que actualmente la jurisprudencia y la doctrina le otorgan. Ello permitirá entender la influencia que tendría la protección al consumidor en la regulación cuya validez se cuestiona, no tanto como fundamento, sino como el ámbito afectado o lesionado por la propia regulación que la invoca como basamento. En efecto, si se trata de un derecho podría asumirse que la regulación es inconstitucional al vulnerar la garantía de proporcionalidad o razonabilidad, que le es propia a todos los derechos, por los efectos económicos. Sin embargo, no necesariamente nos plantearíamos ese mismo escenario si se trata de un principio o cometido estatal, ya que en esos casos se tendría que invocar otros mecanismos, si es que aplican.

Finalmente, se analizará un ejemplo concreto para ilustrar cómo la regulación en materia de protección al consumidor ha afectado, paradójicamente, a los consumidores, por sus efectos económicos, caso en el cual resultaría claro que por esa circunstancia es inconstitucional la norma correspondiente. En concreto, analizaremos la regulación en materia del margen máximo de ganancia, ya que nos permite exponer, en abstracto, cómo el influjo de distintas obligaciones en materia de protección al consumidor exigibles a los proveedores tiene como consecuencia

2 Contradictorio con la doctrina más autorizada, incluso reconociendo sus profundas diferencias, como se apuntará más adelante.

lógica una reducción en la oferta de bienes y servicios, lo cual en definitiva crea condiciones adversas a los consumidores.

I. Antecedentes de la protección al consumidor en Venezuela

En Venezuela, la regulación en materia de protección al consumidor estaba contenida en normas independientes en materia de control de precios, salud y de calidad, las cuales se dictaban por instancias locales, desde la época de la Colonia y durante el siglo XIX y principios del siglo XX³. A mediados del siglo XX instancias nacionales del Poder Público dictaron un mayor número de normas que regularon tales aspectos. Como antecedente más cercano de ese periodo observamos la Ley sobre Propaganda Comercial⁴, la cual concibe al consumidor en el derecho positivo como una figura especial⁵. Luego empiezan a observarse regulaciones especiales sobre la publicidad y la calidad de los bienes en atención a materias específicas como la salud de los alimentos⁶, tal como es el caso del Decreto N° 525 mediante el cual se dictó el Reglamento General de Alimentos⁷.

Durante ese periodo la protección al consumidor se entendía, en sentido abstracto, como un interés público que justificaba la libertad económica o de empresa, consagrada tradicionalmente por las Constituciones venezolanas como la libertad de trabajo o de industria. Ese interés se particularizaba en distintos

3 Instituto de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia, *Diversos aspectos de la protección al consumidor*, Ministerio de Justicia, Caracas, 1982, pp. 85-106.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 21.503 ordinario de 6 de septiembre de 1944.

5 Al respecto se ha comentado que la “ *Ley sobre Propaganda Comercial fue el instrumento que, quizás por primera vez en nuestro país, se refería en forma expresa y directa, a dos conceptos fundamentales dentro de la sistemática legal, así como dentro de los fines primordiales de la materia que venimos considerando. Se trata de los conceptos “Artículos primera necesidad” y “Consumidor”*” (*Diversos aspectos de la protección al consumidor*, cit., p. 108).

6 Véase en tal sentido la descripción de los antecedentes históricos de la protección al consumidor en Venezuela en: García De Astorga, Amarilis, *et al* “El control de las prácticas ilegales e irregulares desde el punto de vista de la política de protección de consumidores”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 66, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1987; Salomón De Padrón, “La protección al consumidor y las limitaciones a la actividad económica”, *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988., pp. 41 y ss.; y García Soto, Carlos y Abadi, Anabella, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la “Guerra Económica”*, Universidad Monteávila, Universidad Católica Andrés Bello, CEDICE Libertad, Caracas, 2016.

7 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.864 ordinario de 16 de enero 1959.

conceptos, como era el sanitario, pero en definitiva respondían al interés de las personas que consumían o usaban los bienes⁸.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1961⁹ se cambió el paradigma que previamente se tenía sobre el funcionamiento del Estado y su influjo en las actividades de los particulares, en tanto parte de la doctrina entendía que se constituía a Venezuela como una Estado democrático y social de Derecho, bajo el entendido de que el Estado asumía obligaciones adicionales que debía garantizar a los particulares, aun cuando en su actuar se encontraba sometido al principio de legalidad y las restricciones que pesaban sobre éste por virtud de los derechos fundamentales¹⁰.

Aunado a ello, como parte del catálogo de los derechos fundamentales reconocidos en esa Constitución, se podía observar en su artículo 96 la consagración de la libertad económica o de empresa. Ese derecho si bien operaba como un límite a la intervención del Estado¹¹ podía ser restringida por la Ley y “*por razones de*

8 Tal criterio puede apreciarse de la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 23 de marzo de 1944, en la cual se analizó el artículo 338 de Reglamento sobre Alimentos y Bebidas de cara a la libertad de trabajo y de industria, en los siguientes términos:

“*Las garantías consagradas por las disposiciones 8ª y 9ª de la Constitución Nacional, se refieren a la libertad de trabajo y de las industrias, sin más limitaciones que las que impongan el interés público y las buenas costumbres; interés público que en el presente caso ha sido expresamente establecido por la propia Ley de Sanidad Nacional al ordenar la coordinación y cooperación de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades en todo cuanto se refiera a los servicios sanitarios, materia de que trata el Reglamento sobre Alimentos y Bebidas, constitucionalmente dictado, y a cuyas disposiciones están, por tanto, sujetas las industrias y actividades relacionadas con la alimentos humana*” (Brewer-Carías, Allan, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930 – 1974 y estudios de Derecho Administrativo, Tomo I Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, Ediciones del Instituto de Derecho Público – Facultad de Derecho – Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 520-521).

9 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 662 Extraordinario de 23 de enero de 1961.

10 Brewer-Carías, Allan, “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, *Revista de Derecho Público*, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 1-7.

11 En efecto, así se observaba de un extracto de una simple lectura de la Sentencia de la Sala en Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 17 de noviembre de 1986, caso *Arturo L. Torre R. vs República* (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), con ponencia del Magistrado Aníbal Rueda, en los siguientes términos: “*Los derechos individuales que la Constitución consagra en su Título III pueden calificarse efectivamente como derechos subjetivos, en cuya definición se hace expresamente una remisión indeterminada a una ulterior precisión de sus límites, precisión que corresponde a la Ley a la que toca configurarlos.*

Es la norma de rango legal la que puede intervenir en la determinación del contenido de esos derechos, no las normas reglamentarias, ni mucho menos simples actos de la Administración no apoyados concretamente en ley alguna. Siendo estos derechos “materia reservada” a la Ley, corresponde al Reglamento un papel muy reducido en su regulación.

Los derechos individuales o libertades básicas del individuo comportan una limitación de la actividad administrativa de limitación. La Ley y solamente la Ley, debe definir los límites de los derechos individuales, de modo que la Administración no puede intervenir en este ámbito sino en virtud de habilitación legal, esto es, mediante pronunciamiento expreso, contenido en norma legal formal, que el Reglamento no puede ni suplir ni

seguridad, de sanidad u otras de interés social". Se trata pues de una fórmula similar al interés público al cual se aludía en las Constituciones anteriores y que servía de fundamento para dictar normas en materia de protección al consumidor¹².

Sobre la base de la Constitución de 1961, parte de la doctrina consideró que la protección del consumidor no era un mero interés social como motivo que justificaba la limitación de la libertad económica o de empresa, sino que contaba con otras disposiciones que reconocían, indirectamente, un papel autónomo de ese derecho. De esa forma, esa doctrina interpretó que la protección al consumidor encontraba su fundamento en: la mención en el Preámbulo de la Constitución de 1961 sobre la "necesidad de "promover el bienestar general", así como la de "fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre" (...); la consagración de la solidaridad social en el artículo 57 de esa Carta; "en la órbita constitucional de los Derechos Sociales" (...) la obligación "del Estado de fomentar aquellas instituciones que tengan como destino mejorar la economía popular" (...) acorde a su artículo 72; el principio de la justicia social como fundamento del régimen económico de la República de conformidad con el artículo 95; la garantía de que el Estado proteja la iniciativa privada, consagrada en el artículo 98; y, la habilitación de la creación

*ampliar. Toda elaboración reglamentaria o meramente administrativa de potestades administrativas dirigidas a regular el ejercicio (limitándolo o impidiéndolo) de estos derechos, contradice abiertamente las previsiones constitucionales que las consagran. En efecto, siendo necesario a la actuación administrativa un respaldo normativo de rango legal, cualquier regulación reglamentaria o administrativa que no esté amparada en aquella. La norma legal debe habilitar a la Administración para establecer medidas limitativas, con señalamiento expreso de los poderes concretos de que podrá disponer, especificando si el ejercicio del derecho se subordina a la actuación administrativa (autorizaciones, inscripciones, registros) si la actuación administrativa es concurrente (inspección, verificación, instrucciones) o si es posterior (ejecución forzosa, paralización, revocaciones sancionatorias y, desde luego, sanciones administrativas)" (Ramos Fernández, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Cuarto Trimestre 1986", *Revista de Derecho Público*, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 81-82).*

- 12 En todo caso, debemos destacar que en ese contexto las garantías de ese derecho constitucional fueron suspendidas mediante el Decreto N° 455 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.463 Ordinario de 23 de enero de 1961), acorde a su artículo 2, en tanto se restringió "en todo el territorio nacional las garantías constitucionales previstas en los artículos 92 y 96 en la medida en que lo determine el Presidente de la República, en Consejo de Ministros". Esa norma se reformó a través del Decreto N° 674 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.746 Ordinario de 8 de enero de 1962), sin embargo se mantuvo expresamente la restricción de las garantías del derecho a la libertad económica y aun con su posterior derogatoria a través del Acuerdo del Congreso Nacional de la República (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.821 Ordinario de 7 de abril de 1962) se mantuvo de igual forma. Esa suspensión de garantías tuvo como consecuencia una amplitud de la potestad del Poder Ejecutivo de cara a la regulación de aspectos que estaban sometidos a la Reserva de Ley (Brewer-Carías, Allan, "Consecuencias jurídicas del restablecimiento de las garantías económicas", *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988), entre los cuales entendemos estaban inmersos los relativos a la protección al consumidor.

de entes destinados al estudio de los asuntos que interesan a la vida económica, incluyendo cuerpos consultivos a la población consumidora, de cara al artículo 109¹³.

No obstante, el criterio dominante de la jurisprudencia seguía siendo la concepción de la protección al consumidor como interés público, en tanto no se habrían observado cambios relevantes en la jurisprudencia. En efecto, las discusiones sobre la materia se centraban en verificar que no se vulnerara la Reserva de Ley y que la restricción a la libertad económica o de empresa estaba justificada por ser una materia de interés público¹⁴.

13 Instituto de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia, 1982, cit., pp. 111-115.

14 De esa forma, observamos que la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, caso *Rubén A. Istúriz vs República (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social)*, con ponencia del Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, analizó justamente la libertad económica o de empresa, consagrada en la Constitución de 1961, frente a las limitaciones a las que estaba sometida por razones de interés social, en los siguientes términos:

“Tales hechos deben ser ahora examinados a la luz de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, por ser esta la disposición constitucional que, según el accionante, le ha sido violada por el accionado con la conducta antes narrada. El texto del mencionado artículo es el siguiente:”

(...)

“El encabezamiento de la norma transcrita consagra la llamada libertad de industria y comercio o libertad económica. Esta libertad no está consagrada en términos absolutos; por el contrario, la misma disposición permite el establecimiento, mediante ley, de limitaciones adicionales a las que el propio texto constitucional impone. La jurisprudencia del Supremo Tribunal, así como la de esta misma Corte, han destacado el carácter relativo, derivado de su limitabilidad por ley, que tiene esta libertad. En sentencia de 14 de agosto de 1990, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, señaló en tal sentido lo siguiente:

“La libertad económica no es absoluta, sino relativa, en el sentido de que está sujeta a las limitaciones que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social” (Ramos Fernández, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Cuarto Trimestre 1992, en *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 104).

En un sentido similar, la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en Sentencia de 26 de junio de 1996, con ponencia del Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, analizó justamente la libertad económica o de empresa en ocasión al criterio del extinto Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor (“INDECU”) respecto a que debía marcarse *“en los productos el precio máximo de venta al público apenas terminado el proceso de fabricación, lo que implica para los laboratorios la prohibición de mantener en stock o almacenaje productos a los que no se ha colocado dicha marca y, a su vez, acarrea la prohibición de vender, con base en los precios fijados en una nueva regulación, productos fabricados bajo la vigencia de la regulación anterior”*, en los siguientes términos:

“Sin embargo, en el texto de la misma ley no aparece disposición alguna referente al momento en que el productor el importador, en sus casos, deban realizar el correspondiente marcaje. Forzoso es concluir, con base en el principio de la libertad económica, restringible sólo mediante expresas previsiones legales, que las accionantes tienen el derecho -tal como lo pretenden en la presente acción- a escoger el momento en que han de proceder a efectuar el referido marcaje, siempre y cuando infrinjan otra disposición legal, ya sea de la propia Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, como es la que contempla la obligación de marcar la fecha de expiración del producto, ya sea de otro texto legal, como en este caso serían los relativos a las exigencias y condiciones sanitarias de los medicamentos” (Ramos Fernández, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Primer Semestre 1996, *Revista de Derecho Público*, N° 65-66, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 176-177).

En el marco de ese contexto se dictó la *Ley de Protección al Consumidor* el año 1974¹⁵, en la cual se regularon distintos aspectos como el desarrollo legal de la usura y el acaparamiento, la publicidad comercial o industrial, las garantías contra defectos o mal funcionamiento, la normalización y la certificación de calidad, entre otros aspectos. Se trata pues de una Ley que, con base en la concepción de la protección al consumidor como interés social que limita la libertad, estableció restricciones que los proveedores tendrían que observar en sus actividades. Por tal motivo, observamos que parte de la doctrina indicó que “*la protección al consumidor se concreta con el establecimiento en el texto de un elenco de actuaciones prohibidas por ser calificadas como “engañosas o injustas” y, en todo caso, lesivas al interés al consumidor*”¹⁶. Es decir, la protección al consumidor se entendía como normas de orden público dirigidas a tales sujetos, pero no así un supra concepto con dimensiones distintas a las planteadas.

En el año 1987 el Congreso de la República inició la discusión del Proyecto de la reforma de la Ley de Protección al Consumidor de 1974, en el cual se hizo alusión a la inclusión de los derechos de los consumidores¹⁷ dentro de sus disposiciones. Sobre la base de esa discusión se dictó la Ley de Protección al Consumidor el año 1992¹⁸ en la cual se consagraron los derechos e intereses de los consumidores, en forma de una lista de ocho numerales, los cuales son calificados como irrenunciables y, como consecuencia de ello, “*se consideran nulas las estipulaciones que*

15 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.680 Extraordinario de 2 de septiembre de 1974.

16 García De Astorga, Amarilis, *et al* “El control de las prácticas ilegales e irregulares desde el punto de vista de la política de protección de consumidores”, cit., p. 44.

17 En el Informe de la Comisión Permanente de Economía de la Cámara de Diputados que se presentó para la Primera Discusión del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Protección al Consumidor, que tuvo lugar en la sesión del 17 de noviembre de 1987, se indicó lo siguiente:

“*La vigente Ley de Protección al Consumidor no prevé en forma alguna, la protección de los derechos que efectivamente tiene el consumidor. Es necesario, por tanto, precisar en una reforma la manera de proteger estos derechos para establecer un clima de seguridad jurídica tanto para los consumidores como para aquellas personas proveedoras de bienes y servicios. Es imprescindible que los interesados, sobre todo los consumidores, sepan de antemano hasta donde están amparados y cuál es su situación jurídica en el momento en que sus intereses sean lesionados. En este sentido hay que tener como premisa que es necesario que los consumidores puedan por sí mismo defender sus intereses, toda vez que la vigente Ley sólo establece mecanismos que debe aplicar la Administración con la finalidad de procurar la observancia de las normas establecidas en favor del consumidor y, en caso de transgresión, aplicar las sanciones conducentes. Pero esta regulación deja un vacío toda vez que con la imposición de sanciones no queda resarcida la lesión sufrida por el consumidor*” (Congreso Nacional, *Diario de Debate del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Protección al Consumidor*, Inédito. Caracas, 1992, Disponible en la Dirección de Desarrollo Legislativo de la Asamblea Nacional, pp. 1315-1320).

18 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.403 extraordinario de 24 de marzo de 1992.

establezcan la renuncia a tales derechos o el compromiso de no ejercerlos en instancias administrativas o jurisdiccionales”, de acuerdo con los artículos 2, 3 y 5 de la Ley¹⁹.

En el año 1995 se dictó la Reforma de la Ley de Protección al Consumidor²⁰, manteniéndose el catálogo de derechos de los consumidores que consagró la Ley reformada, en su artículo 6.

Con la publicación de la Constitución de 1999 se consagraron varias disposiciones que servirían a la jurisprudencia sostener luego una interpretación que modifica sustancialmente el tratamiento de la protección al consumidor en el país. Entre las novedades que significó la Constitución de 1999 observamos que se reconoce expresamente que Venezuela es un “*Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*”, conforme a su artículo 2. Se trata pues de un reconocimiento cuya interpretación tuvo efectos relevantes en la materia, como bien explicaremos. Asimismo, se mantuvo la previsión de la libertad económica o de empresa en el artículo 112, la cual sólo puede ser limitada por Ley y razones de interés social, con el agregado de la obligación del Estado de promover la iniciativa privada “*así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población*”.

Aunado a ello, se incorporaron distintas normas que harían referencia expresa a los consumidores²¹, de las cuales conviene mencionar con especial atención los artículos 113 y 117.

19 Es en el marco de ese contexto cuando se publicó en Gaceta Oficial el Decreto N° 1.724 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.752 Ordinario de 10 de julio de 1991), mediante el cual se restituyó la garantía establecida en el artículo 96 de la Constitución de 1961 relativa al derecho a la libertad económica o de empresa, después de una suspensión que se sostuvo durante más de 29 años y en consecuencia ninguna limitación a ese derecho podía ser impuesta mediante una norma de rango sub-legal. Sobre el particular, vale la pena rescatar las consideraciones de Crazut, entre las cuales destaca que en virtud de los antecedentes históricos de Venezuela en materia de libertad de empresa o económica “*la suspensión de las garantías económicas a través de Decretos por un lapso de alrededor de 50 años, ha permitido afirmar que las mismas han sido prácticamente inexistentes y que en Venezuela ha prevalecido una situación en ese campo contraria al Estado de Derecho, con la peculiaridad de que esa situación ha tenido lugar en periodos de plena vigencia del sistema democrático*” (Crazut, Ramón, “La suspensión de garantías constitucionales como medio para instrumentar la política de intervención del Estado en la actividad económica, 1939-1991”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Volumen N° 39, N° 92*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pp. 318-319).

20 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.898 extraordinario de 17 de mayo de 1995.

21 El numeral 6 del artículo 281 de la Constitución señala que el Defensor del Pueblo deberá “*solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley*”. Finalmente el artículo 305 de la Constitución identifica a los consumidores como los sujetos protegidos en materia de seguridad alimentaria, es decir a quienes se les quiere garantizar “*el acceso oportuno y permanente*” de alimentos. Sin embargo, tales disposiciones aluden a regímenes especialísimos que comprenderían otras materias conexas, como sería la libre competencia, la actuación del Defensor del Pueblo y la seguridad alimentaria.

En cuanto al artículo 113 de la Constitución se aludía a la protección al consumidor como una de las justificaciones para habilitar al Estado para adoptar “*las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas*”. Esa norma ha sido interpretada como un expreso reconocimiento de que el derecho del consumidor “*sólo puede materializarse si median condiciones efectivas de competencia: la concurrencia de operadores es, de esa manera, condición necesaria para que los consumidores y usuarios puedan libremente seleccionar bienes y servicios de calidad*”²². Es decir, la norma en cuestión consagra una relación entre la protección al consumidor y la libre competencia, y por vía de consecuencia la libertad económica o de empresa, en la cual una no podría subsistir sin la otra.

Se consagra una previsión particular del derecho de los consumidores en el artículo 117, específicamente en lo que se refiere a “*disponer de bienes y servicios de calidad*”, (...) “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”, para luego remitir a la Ley el desarrollo de la garantía de tales derechos y, otros aspectos relacionados con la materia, como serían “*las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos*”. Se trata de una disposición que expresamente hace referencia a un catálogo de derechos de los consumidores, lo cual no sólo implica un reconocimiento expreso de la materia, sino además bajo una categoría específica de conceptos, como bien se tratan los derechos.

Sobre la base de ese nuevo marco constitucional, el 24 de enero de 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la Sentencia N° 85, caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (“ASODEVIPRILARA”), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera²³, en ocasión

22 Hernández González, José Ignacio, “Libre competencia y defensa de los consumidores y usuarios”, en *Revista de Derecho Público*, N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 26. Asimismo, Mónaco ha destacado esa relación al señalar que “*ese es el único sentido en el cual los competidores son protegidos por el Derecho de la Competencia y se puede armonizar con el bienestar de los consumidores que este persigue, pues de lo contrario, si se protegieran a los competidores, en desmedro de los consumidores y de la eficiencia económica, sería contradictorio y contrario a su fin fundamental, como hemos explicado precedentemente*” (Mónaco Gómez, *Regulación de los Monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 62 y 63).

23 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (“ASODEVIPRILARA”), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, consultada en el portal web <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/85240102011274%20.HTM>, el 26 de mayo de 2017.

a una demanda de derechos e intereses difusos o colectivos en contra de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y el Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor por la abstención de tales sujetos frente al otorgamiento del denominado Crédito Mexicano Indexado al Salario por parte de distintas entidades financieras, lo cual habría conllevado a la materialización de las violaciones de derechos de las personas. Se trata de un fallo, que indudablemente modificó la concepción de la protección al consumidor en Venezuela.

En esa sentencia se estableció que con base en el Estado Social de Derecho “*los derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos*” o sociales²⁴. Los derechos sociales, colectivos o prestacionales se identifican con el interés social, concepto en el cual subsume la protección de aquellos tenidos como débiles jurídicos, como luego se aduce es el caso del consumidor, por virtud de su calificación por la misma Constitución y la Ley²⁵. Tales derechos se diferencian de los individuales en tanto otorgan a sus titulares una directa o indirecta prestación, que se percibe de cara al respaldo legal, sin que ello pueda ser entendido como una norma programática, de forma tal que en esos casos su aplicación será por vía de políticas o principios constitucionales²⁶. Como consecuencia de lo anterior, la Sala sostuvo que sería lícito el ejercicio de un derecho individual sólo en la medida en que no tenga como resultado un abuso frente a un débil jurídico, lo cual puede conllevar, en el caso de que no haya una norma legal que restrinja el derecho individual, en la limitación del derecho por vía del control difuso²⁷.

Se trata, a nuestro entender, de una sentencia relevante en tanto marca una distinción con el criterio anterior sobre la protección al consumidor, ya que le da un contenido distinto al que se había concebido anteriormente. No se trata nada más de un interés social entendido tradicionalmente como una posible limitación a la libertad económica o de empresa, sino de un auténtico derecho subjetivo o un principio o política constitucional, en la medida en que no tenga respaldo legal, como consecuencia de la cláusula del Estado Social de Derecho, al menos bajo su concepción de la Sala Constitucional.

Posteriormente, el 1 de octubre de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia correspondiente al recurso de nulidad

24 Ibid., p. 25.

25 Ibid., pp. 22-23.

26 Ibid., pp. 31-33.

27 Ibid., pp. 33-36.

incoado por *Inversiones Parkimundo, C.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz²⁸, en la cual, sobre la base del artículo 117 de la Constitución, se calificó a la protección al consumidor como una de las causas de interés social que puede servir para que los Poderes Públicos regulen el ejercicio de la libertad económica²⁹. Con base en ese criterio se indicó que “*se desnaturalizaría la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción*” (...), por lo que esa regulación “*no representa, per se, una violación a la libertad económica*”³⁰. Ello, como bien comentaremos, podría significar que en lo que atañe a la libertad económica sigue siendo uno de los intereses sociales que sirve para fundamentar su limitación a pesar de la concepción de la protección al consumidor como un derecho subjetivo social o un principio o política constitucional³¹.

Con base en ese nuevo régimen constitucional, el 2004 se dictó una nueva Ley de Protección al Consumidor³², la cual, si bien mantuvo la estructura de los derechos de las leyes anteriores, incorpora nuevos derechos a ese catálogo, incluyendo una enunciación general de “*los demás derechos que la*” (...) Constitución “*y las leyes establezcan*”, en su artículo 6³³.

28 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo, C.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, consultada en el portal web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2641011003001680.HTM>, el 26 de mayo de 2017.

29 Ibid., p. 4.

30 Ibid., p. 5.

31 Es sobre la base del avance jurisprudencial para esa fecha en la cual parte de la doctrina afirma que “*la limitación de la actividad comercial de los proveedores a fin de defender los derechos de los consumidores y usuarios, debe basarse en el principio de menor intervención, esto es, que esa limitación no debe ir más allá de lo necesario*” (...), por lo que “*el régimen jurídico público aplicable no sustituye, entonces, las disposiciones de Derecho Privado que rigen, natural y estatutariamente (respecto al Derecho Mercantil) las relaciones entre los proveedores y los consumidores y usuarios*” (Hernández González, José Ignacio, “La responsabilidad civil y administrativa del proveedor en la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”, *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, Colección Textos Legislativos N° 33, Caracas, 2005, pp. 16-18).

32 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.930 ordinario de 4 de mayo de 2004.

33 Como complemento de esa regulación, en el año 2007 se publicó el Decreto N° 5.197 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Sometidos a Control de Precios (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.628 ordinario de 16 de febrero de 2007. Su reimpresión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.629 Ordinario de 21 de febrero de 200), el cual fue posteriormente reformado en el año 2008 por el Decreto N° 5.835 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.862 ordinario de 31 de enero de 2008). Ese Decreto tipificaba los delitos de acaparamiento, especulación y boicot y las sanciones que operaban contra las personas que incurrieran en los mismos, además consagrar amplias potestades para la imposición de medidas preventivas e incluso la potestad expropiatoria sobre bienes con miras a satisfacer las necesidades de los consumidores.

En un sentido similar a la Ley de Protección al Consumidor de 2004, en el año 2008 se dicta el Decreto N° 6.092, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios³⁴ que deroga esa Ley y el Decreto N° 5.835. El Decreto N° 6.092 amplió nuevamente el catálogo de derechos de los consumidores en su artículo 10.

El 23 de julio de 2009, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la Sentencia N° 1.049, caso *Rafael Badell Madrid*, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López³⁵, en el cual decidió entorno al Recurso de nulidad conjuntamente con medida cautelar innominada sobre varios artículos de la Ley de Protección al Consumidor del 2004, pese a que ésta había sido derogada por el Decreto N° 6.092, ya que algunos de los artículos impugnados de esa Ley se habían subrogados en el referido Decreto.

Al margen de los distintos aspectos que fueron recogidos en ese fallo, interesa destacar que se indicó expresamente que *“el derecho a la libertad económica o de libre empresa es un principio”* (...), de forma tal que sólo se le reconoce un contenido en la medida que se observen elementos normativos que puedan atribuírsele por virtud de otras normas, como sería el caso del artículo 117 de la Constitución *“relativo al derecho a disponer de bienes y servicios de calidad”* (...). A ello agrega la sentencia que *“aún en el caso que se conciba la existencia de un contenido prima facie de los derechos fundamentales, es decir, un contenido que surja de la sola interpretación del precepto que lo contenga y que se formule a la luz de ningún conflicto o situación concreta, la doctrina que sostiene tal hipótesis termina reconociendo un contenido definitivo del derecho fundamental como resultado de una labor creadora de los poderes públicos”*³⁶.

Es decir, el derecho a la libertad económica debe ser entendido como un principio y no así un derecho que pueda oponerse por sí sólo por no tener un contenido propio. Se trata pues de un fallo que afecta, indudablemente, la dinámica entre el derecho a la libertad económica y la nueva concepción de la protección al consumidor.

34 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.889 extraordinario de 31 de julio de 2008.

35 Sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de julio de 2009, caso *Rafael Badell Madrid*, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, consultada en el portal web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1049237092009042233.HTML>, el 26 de mayo de 2017.

36 *Ibid.*, pp. 17-18.

Sobre la base de ese contexto, en el año 2010 se dictó la reforma del Decreto N° 6.092³⁷, el cual se mantuvo sin modificaciones relevantes el catálogo de derechos de los consumidores.

En el año 2014 se publicó el Decreto N° 600, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos³⁸, el cual eliminó buena parte de la regulación que contenían las normas anteriores en materia de protección al consumidor, pero mantuvo el esquema de derechos de los consumidores en el marco de la tipificación de las sanciones que serían aplicables a las personas que los vulneraran. De igual forma, se redujo el número del catálogo de los derechos que se habían establecido en el derogado Decreto N° 6.092. Con su posterior reforma, en el Decreto N° 1.467³⁹, se incorporó un artículo en el cual se enunciaban los derechos, al margen de la tipificación de las sanciones por su vulneración, cuestión que se mantuvo en el vigente Decreto N° 2.092, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁴⁰ (“LOPJ”).

II. Naturaleza jurídica y alcance de la protección al consumidor en Venezuela

Partiendo de la descripción de los antecedentes de la protección al consumidor en Venezuela podemos observar cómo la jurisprudencia venezolana la asumió inicialmente como una materia de interés público y luego del tipo social que justificaba la limitación de la libertad económica, entendida como auténtico límite frente a la intervención del Estado, para transformarse, partiendo de lo que entendió la Sala Constitucional por el Estado Social de Derecho, como un derecho subjetivo o una política y un principio constitucional, cuando no tuviera desarrollo legal, sobre el cual la libertad económica pierde efectividad, ahora comprendido como un principio.

Sin embargo, conviene repasar los fallos comentados y otros que, partiendo de las bases sentadas por tales sentencias, complementaron y desarrollaron sus postulados en torno a la protección al consumidor. Ello, en concreto para determinar la naturaleza jurídica y alcance de la protección al consumidor en Venezuela.

37 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.358 ordinario de 1 de febrero de 2010.

38 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.340 ordinario de 23 de enero de 2014.

39 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 extraordinario de 19 de noviembre de 2014.

40 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.787 ordinario de 12 de noviembre de 2015.

1. *Naturaleza jurídica de la protección al consumidor en Venezuela*

Como punto de partida conviene aclarar que el fallo ASODEVIPRILARA fundamenta su posición sobre la base de una posición particular de lo que significa la declaratoria del Estado Social de Derecho en la Constitución. Ello lo hace deliberadamente al señalar que “*la conceptualización de lo que es Estado Social de Derecho y de Justicia tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, y por ello el concepto venezolano, puede variar en sus fundamentos del de otro “Estado Social”, ya que su basamento será diferente*” (...), a lo cual continúa expresando su entendimiento de lo que significa esa figura en los siguientes términos:

“se colige que el Estado Social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación. Luego, la Constitución antepone el bien común (el interés general) al particular, y reconoce que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales”⁴¹

Partiendo de esa conceptualización del Estado Social de Derecho⁴², el referido fallo señala que un concepto principal de esa noción es el interés social, el cual

41 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, cit., p. 22.

42 La doctrina venezolana, partiendo de la experiencia del Derecho Comparado, ha sido nutrida al sostener distintas posturas sobre el significado y efectos del Estado Democrático y Social de Derecho en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la dinámica entre la cláusula del Estado Social y el Estado de Derecho, cuestionando la concepción de esa figura por parte del fallo ASODEVIPRILARA, desde perspectivas muy distintas. Por una parte, un sector se decanta con que la cláusula del Estado Social se concentra en una función vicarial, sin que ello signifique la funcionalización de los derechos como la libertad económica, mientras que otro sector señala que no hay consecuencias prácticas de la declaratoria del Estado como social y, por otra parte, admitiéndose consecuencias jurídicas a su consagración, se plantea que tiene rasgos totalitarios. Al respecto véase: Madrid Martínez, Claudia, “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados”, *Temas de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 14, Caracas, 2004, pp. 749 y ss.; Hernández González, José Ignacio, *Estado social y libertad de empresa en Venezuela: consecuencias prácticas de un debate teórico*, consultado en el portal web https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf, el 3 de julio de 2017; Hernández González, José Ignacio, *La Constitución Fabulada, Breve contra réplica a la respuesta del profesor Tomás Arias Castillo*, en el portal web <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Contra%20r%C3%A9plica%20Arias.pdf>, el 3 de julio de 2017, Herrera Orellana, *A propósito de la polémica entre los profesores Hernández y Arias en torno al estado social y la libertad económica en la constitución de 1999*, consultado en el portal web <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Comentarios%20a%20pol%C3%A9mica%20IHG-TAAC.pdf>, el 3 de julio de 2017; González P., José Valentín, *Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*, CEDICE Libertad, consultado en el portal web <http://cedice.org.ve/wp->

se identifica con el interés de los débiles jurídicos, entendidos por aquellos “*que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas*” (...), lo cual conlleva la imposibilidad de contratar en igualdad de condiciones con los “*poderosos*”⁴³. En todo caso, pareciera que inicialmente la concepción de los “débiles jurídicos” se realizó por medio de la propia Constitución y las leyes, dentro de los cuales ejemplifica el caso de los consumidores⁴⁴.

Al respecto, conviene precisar respecto al consumidor que se trata de una figura que forma parte de la relación jurídica denominada comúnmente como de consumo, desde un punto de vista subjetivo. En el marco de esa relación se ha descrito la categoría de los consumidores como aquella persona que adquiere un bien o un servicio para su uso definitivo, en contraposición a un fin de lucro, pero que se encuentra en una situación de desventaja económica frente al proveedor que le entrega ese bien o servicio por una contraprestación.

A mayor abundamiento, la conceptualización del consumidor como débil jurídico, además del simple hecho al que alude el fallo comentado de que así lo identifica la Constitución y las leyes, es planteado desde una perspectiva económica por la jurisprudencia que parte de los postulados antes descritos. Así se explicó en la Sentencia de la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de 12 de

<content/uploads/2012/12/Tendencias-Totalitarias-del-Edo-Social-y-Democr%C3%A1tico-de-Derecho-Administrativo.pdf> el 3 de julio de 2017.

Sin embargo, hay doctrina que parece adscribir, sin mayor cuestionamiento, sino la mera enunciación de autores y sentencias, que “*el Estado social de Derecho, por lo tanto, impone, per se, limitaciones a los derechos fundamentales en obsequio a la convivencia*” (Martínez Hernández, “Los derechos del consumidor como derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Volumen N° 53, N° 128, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, p. 356).

Escapa del objetivo del presente estudio exponer y analizar cada una de esas posturas, pero si concordamos con muchas de las críticas que se realizan sobre la interpretación sostenida en el fallo ASODEVIPRILARA.

43 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, op. cit., pp. 22-23.

44 Esa calificación de débil jurídico ha sido cuestionado por Arias Castillo, sobre la base de la crítica hecha sobre el mismo particular por Lorenzetti, en los siguientes términos:

“Todas las regulaciones que parten de la supuesta debilidad de cierto tipo de personas (arrendatarios, trabajadores, consumidores, etc.) son muy cuestionables pues: (i) realiza generalizaciones que no se corresponden plenamente con la realidad; (ii) tienden a desconocer que -justamente, producto de tantas regulaciones- los quizás otora débiles jurídicos han pasado a ser los más fuertes en las relaciones jurídicas; (iii) la potestad de dictar normas generales -legislativas, reglamentarias- dentro de un Estado de derecho debe ejercerse con imparcialidad, y no para favorecer grupos particulares dentro del conglomerado social; y (iv) son manifestaciones del paternalismo estatal, negador éste de la dignidad y responsabilidad de los ciudadanos” (Arias Castillo, “Incidencia de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios”, *La Libertad Económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Agroalimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 128-129).

agosto de 2008, caso Banco Exterior, C.A., Banco Universal, con ponencia del Magistrado Emilio Ramos⁴⁵, al examinar una demanda de nulidad contra una sanción impuesta por el extinto Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (“INDECU”), en razón de una denuncia por un supuesto pago indebido a la cuenta corriente con base en un cheque con una firma distinta al de la titular, en los siguientes términos:

“Esta exigencia que impone que la protección de los consumidores y los usuarios, sea estudiada a través de un derecho especial se encuentra en el postulado fundamental que parte de considerar que entre éstos y los proveedores de bienes y servicios no existe igualdad real. Así, en condiciones ordinarias el tráfico mercantil se procura a través de contratos basados en el principio de la libre e igual autonomía de la voluntad de las partes. Se entiende, sin embargo, que existe un fallo de mercado que impide que tal igualdad contractual pueda presentarse fácilmente, representada en la desigual posición en la que se encuentran los consumidores y los usuarios frente al empresario. Esa desigualdad hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa categoría de sujetos, contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente, a favor de los consumidores y usuarios. Sólo que el fallo del mercado constatado hace insuficiente ese régimen ordinario, siendo preciso acudir a un régimen exorbitante de Derecho común”

Tal es, si se quiere, la justificación económica del régimen jurídico administrativo de defensa de los consumidores y usuarios. Un régimen que pivota sobre el reconocimiento de potestades de ordenación y limitación a la Administración, la cual pasa a regular la actividad comercial de los proveedores. Auténtica “invasión” del Derecho administrativo en áreas propias del Derecho Mercantil”.

Ahora bien, se ha entendido que el desequilibrio que define al consumidor responde netamente a un tema económico. De esa forma, se ha dicho que ese desequilibrio económico puede manifestarse en distintas formas, como puede ser la capacidad de recopilación de información y toma de decisiones de una persona jurídica en lo que se refiere a la adquisición de bienes que sean usados para su consumo definitivo⁴⁶.

45 Sentencia de la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de 12 de agosto de 2008, caso Banco Exterior, C.A., Banco Universal, con ponencia del Magistrado Emilio Ramos, consultada en el portal web <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/AGOSTO/147812AP42N200500130020081560.HTML>, el 22 de junio de 2017, p. 10.

46 Quiroz, David, “La noción de consumidor, problemas prácticos derivados de la aplicación del artículo 4º de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, propuestas para una reconstrucción conceptual”, publicado en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 132, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008,

Ese signo económico de la protección al consumidor permite partir de una base común a cualquier interpretación del alcance de esa materia en la dinámica que supone la intervención del Estado en la economía, a saber que: toda decisión que se tome en ese campo debe ser sobre la base de criterios técnicos en materia económica, sin que pueda, válidamente, tomarse como fundamento una mera apreciación subjetiva. Ello supone, en nuestro entender, que el Estado interventor tiene que actuar sobre la base de una discrecionalidad técnica o más bien potestad reglada sujeta a criterios técnicos económicos, para lo cual no basta simplemente enunciar postulados económicos, sino que además deben probarse⁴⁷.

pp. 229-235.

47 Como bien indicamos anteriormente, la intervención con fundamento en la protección al consumidor se desenvolvería supuestamente sobre la base del concepto del Estado Social de Derecho, el cual parte de la premisa que hay una desigualdad entre el consumidor y el proveedor del tipo económico. Es decir, antes de considerar los efectos que el Estado Social de Derecho tiene en la dinámica entre la afectación o transformación de los derechos individuales, así como cualquier otro aspecto relacionado, se debe tener en cuenta que a falta de esa premisa mayor, es decir la desigualdad, no puede entenderse que el Estado está habilitado para intervenir.

Al respecto, se ha pronunciado Hernández González al señalar que de una de las primeras consecuencias que derivan de la garantía frente a la ordenación jurídico-administrativa de la libertad de empresa es que se “*permite eliminar las intervenciones públicas en la economía que no encuentren respaldo en causas justificadas por el interés general o público*” (Hernández González, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del derecho español y venezolano*, FUNEDA, IESA, Caracas, 2004, p. 297). Como consecuencia de lo anterior, verificar la existencia, transitoria o no, de la desigualdad entre los consumidores y los proveedores en un aspecto determinado resulta obligatorio, ya que de lo contrario no estaríamos ya siquiera ante un Estado Social de Derecho, en los términos en los cuales la Sala Constitucional lo concibió, sino en algo distinto. En tal sentido, la verificación de esa desigualdad económica no puede derivar de un simple raciocinio o del conocimiento privado de un particular, sea inclusive por parte de un Juez, sino que debe servirse de una experticia realizada por personas que sí tengan tales conocimientos técnicos. A tal efecto, cuando la Administración Pública aborda conceptos técnicos se dice que ejerce una discrecionalidad técnica, la cual, pese a su nombre, se trata de una potestad reglada, en tanto no se funda en un el sentido común, sino en conclusiones que se deriven de cierta experticia. Con base en tal precisión, la discrecionalidad técnica en materia económica, sea o no en materia de protección al consumidor, implicarán un análisis económico previo que le permita a la Administración Pública ejercer la potestad reglamentaria de manera correcta. Lo anterior ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos: “*La ordenación jurídica de la economía tiene dos características fundamentales. Por un lado, al abordar una materia técnica, compleja y mutante, las normas jurídicas de contenido económico suelen ser amplias y generales, de poca precisión y concreción. Junto a esta realidad, suele suceder que el ordenamiento jurídico remite a la Administración económica la valoración del interés general a los fines de adoptar determinada medida de ordenación y limitación. Aun cuando se trata de dos características comunes a la ordenación jurídica de la economía, conviene escindir, con claridad, las diversas manifestaciones que esas características imponen. De esa manera, la existencia de normas jurídicas que recogen conceptos económicos amplios nos sitúa en la figura de los conceptos jurídicos indeterminados, teoría también conocida entre nosotros, como derivación de los estudios de H. Rondón de Sansó, como discrecionalidad técnica. Así, el supuesto de hecho de la norma jurídica, que ha de ser aplicado por la Administración para ejercer las potestades de ordenación y limitación de las cuales ha sido apertrechada, no aparece determinado en la propia norma pero —notese bien— resulta plenamente determinable a través de conocimientos técnicos*”. (...) “*La Administración, para concretar estos conceptos jurídicos indeterminados de contenido económico, ha de apoyarse en razonamientos técnicos. Y aquí*

La posición antes comentada no pareciera ser negada de plano sobre la base del contenido del fallo correspondiente al caso ASODEVIPRILARA, a pesar de que fallo señala, a título de dogma, ciertos criterios económicos que entendemos son más apreciaciones subjetivas sin contar con el respaldo de un análisis económico, como la simple alusión de que existe una desigualdad en clases sociales, que “*dentro de un Estado Social, es inadmisibile que el Estado sea la fuente del desequilibrio que se trata de evitar*” (...) o que “*el concesionario -como empresario- no puede trasladar a los ciudadanos riesgos inherentes a la empresa, como tampoco puede desplazar hacia éstos los costos que le corresponden para poder operar, buscando de esta manera un lucro exagerado o injusto que atenta contra el interés público y la calidad de la vida de los ciudadanos*”⁴⁸. Tales menciones forzosamente tendrían que ser ignoradas si un análisis económico permite concluir lo contrario frente a un caso concreto.

Retomando el punto inicial, el fallo en cuestión indica que “*la actividad económica tiene que encuadrarse dentro del Estado Social*”, el cual, como comentamos se fundamenta en satisfacer las necesidades de los débiles jurídicos aún en contraposición con las Leyes. Tal aseveración supone, al parecer de la Sala Constitucional, que “*los derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos*” (...), lo cual puede manifestarse “*mediante la ley o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución*”. Es decir, los derechos individuales ya no serían auténticos límites contra la intervención del Estado sino que pasan a ser derechos de segundo plano a los colectivos.

A título de paréntesis, como bien comentamos anteriormente, la jurisprudencia (des)avanzó luego en este punto, en tanto, a través de la Sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 23 de julio de 2009, caso Rafael Badell Madrid, ya que se volvió a transformar el derecho a la libertad económica, en tanto pasa a ser un principio por no tener supuestamente un contenido propio, salvo en lo que el derecho a los consumidores consagrado en el artículo 117 de la Constitución y en las leyes le reconoce. Frente a esa, errada y gravísima

apreciamos la principal nota que distingue a la denominada discrecionalidad técnica: al determinar el concepto jurídico técnico empleado en la Ley, la Administración sólo puede llegar a una solución justa. Es decir, que en la concreción del concepto indeterminado en la Ley, la Administración con criterios técnicos sólo podrá arribar a una única solución, la cual consecuentemente siempre será revisable judicialmente, como manifestación del principio general de subordinación de la Administración al Poder Judicial que se deriva de los artículos 141 y 259 de la Constitución (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 22 de julio de 1998, caso Johnson & Johnson)” (Hernández González, Derecho Administrativo y Regulación Económica, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 206-207).

48 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, cit., pp. 28-29.

conceptualización de la libertad económica⁴⁹ habría que examinar fundamentos distintos como una defensa para limitar la intervención del Estado, como podría ser el propio fundamento de dicha actuación, es decir la propia cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos colectivos, como se explicará más adelante⁵⁰.

Por otra parte, el fallo ASODEVIPRILARA concibió a los derechos sociales como aquellos “*que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse*”, para lo cual se “*otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los deben en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad*” (...). Esa duplicidad relativa a la directa o indirecta prestación no supondría para la Sala Constitución la postura según la cual los últimos, es decir los que no comprenden una obligación determinada, no sean de aplicación inmediata, en tanto que ello se contrapone al dogma según el cual “*los derechos prestacionales no son de carácter programáticos*”. Ahora bien, en el caso de que la indeterminación sea tal que pareciera de imposible incumplimiento “*sin un debido respaldo legal; en estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren otros complementos para su aplicación*”, en el sentido en que obran como principios. Principios con tal valor que permiten aducir que se pueden oponer a una Ley de forma tal que se puede declarar inconstitucional por control concentrado o ser desaplicada por control difuso⁵¹.

Conviene detenerse para precisar que, conforme a esa jurisprudencia, cuando la literalidad de la norma que consagre los derechos sociales que no pareciera ser por sí mismo, suficiente para que su titular pueda materializar la prestación que se le promete se trataría entonces de un principio. Es decir, partiendo de que haya

49 Sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de julio de 2009, cit., pp. 17-18.

50 En este punto es pertinente hacer mención de las advertencias planteadas por Herrera Orellana de cara al análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional N° 1.049 de 23 de julio de 2009, caso Ley de Protección al Consumidor, con las cuales concordamos aún partiendo de que no necesariamente se halla reiterado ese criterio jurisprudencial de tal forma expresa, en los siguientes términos:

“*Mas, esa tendencia, con excepción de una o dos sentencias previas, nunca había sido tan extensamente justificada como en esta 1.049/2009, al punto de que en lo sucesivo será inútil todo intento de defensa judicial ante esa o cualquier otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia, de los derechos a la libertad de empresa o a la propiedad privada (que se suman a la situación de la libertad de expresión e información y a la participación política, que ninguna tutela reciben)*” (Herrera Orellana, Luis, “Defensa de las bases liberales de la Constitución de 1999 ante su negación por la sentencia 1.049/2009 de la Sala Constitucional”, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total*, FUNEDA, Caracas, 2010, p. 34).

51 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, op. cit., pp. 31-32.

una mínima *ratio* del derecho social que requiera de un complemento legal para su efectiva aplicación no encontraríamos frente a un derecho subjetivo, en *strictu sensu*, sino con un principio o política constitucional.

Cabe precisar que la adopción de la figura del principio en el marco del criterio jurisprudencial antes descrito implica, en nuestro criterio, limitaciones a su invocación en el marco de la interpretación de las normas jurídicas, especialmente en lo que se refiere al momento en que se debe acudir a los principios y qué efectos tienen.

En cuanto al momento de su uso, acorde a las pautas establecidas en el artículo 4 del Código Civil⁵² sólo podría acudirse a los principios cuando haya sido agotada la interpretación de cara al sentido gramatical, sentido lógico-sistemático y a la intención del legislador⁵³, así como, en caso de que no fuera suficiente ese primer cúmulo de herramientas, la analogía. Es decir, ante un caso concreto la aplicación del principio a la labor interpretativa pareciera que sólo aplicaría cuando todos esos sistemas de interpretación no puedan dar una respuesta que pueda entenderse válida. Pese a lo anterior, no habría sido el método antes descrito el que fue adoptado por la Sala Constitucional al dictar el fallo *Asodevampirilara*, ya que en el caso que se dilucidaba no se aplicó el orden interpretativo indicado en el referido artículo, sino por el contrario se aplicó directamente una interpretación expansiva de ese principio, incluso cuando las normas involucradas permitirían arribar a una solución justa⁵⁴.

52 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 extraordinario de 26 de julio de 1982.

53 Al respecto, en la sentencia N° 45 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 1983, con ponencia del Magistrado Domingo A. Coronil, se explicó el alcance que tiene el artículo 4 del Código Civil en lo que se refiera a que primero se debe acudir a la interpretación gramatical sistemática y de la intención del legislador, de la siguiente forma (Ramos Fernández, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Segundo Trimestre 1983, Revista de Derecho Público, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 153).

Posteriormente, mediante sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 21 de noviembre de 1996, con ponencia del Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, se aclaró que sólo cuando sobre la base de los métodos interpretativos antes señalados se presenten lagunas jurídicas es que se podrá acudir a la analogía y, en caso de no solucionar el caso ésta, a los principios generales de derecho (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Segundo Trimestre 1996, *Revista de Derecho Público*, N° 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 130-131).

54 Ello lo evidencia Madrid Martínez al explicar cómo se hubiera podido resolver la demanda aplicando la Teoría General de las Obligaciones, sin tener que recurrir a la construcción teórica para justificar la intervención del Estado en la autonomía de la voluntad de las partes que hizo la Sala (Madrid Martínez, "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados", cit., pp. 798 y ss.).

De hecho, en nuestra opinión, esa práctica ha sido común, la aplicación de un principio a un caso

Aunado a lo anterior, sobre la base del artículo 4 del Código Civil, los principios han sido asumidos como una guía interpretativa sobre la base de las normas involucradas, así como una herramienta destinada a solventar las lagunas jurídicas⁵⁵, con lo cual se contraponen a las reglas. Tal circunstancia implica que un principio, aún de los que nacen de los derechos sociales, no puede servir para invalidar una regla⁵⁶.

determinado pese a que se habría podido llegar a una conclusión adecuada bajo la interpretación gramatical, sistemática y de la intención al legislador, especialmente en lo que se refiere al Derecho Administrativo. Por ejemplo, entendemos que el nacimiento de la teoría de los contratos administrativos se atribuye a la Sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, caso Astilleros La Guaira, en la cual para fundamentar que en tales contratos aplica un régimen de prerrogativas en favor de la Administración Pública, exorbitantes al derecho privado, se base en principios -fundados en doctrina francesa-, incluso cuando no había una laguna jurídica presente que hubiera justificado su aplicación, en tanto de la interpretación gramatical, sistemática y de la intención al legislador la conclusión habría sido otra (Brewer-Carías, Allan, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930 – 1974 y estudios de Derecho Administrativo, Tomo IV, La Actividad Administrativa: Recursos y Contratos Administrativos, Ediciones del Instituto de Derecho Público – Facultad de Derecho – Universidad Central de Venezuela, Caracas , 1975. pp. 733 y ss.). Sin embargo, escapa al ámbito del presente trabajo la fundamentación de esa aseveración.

55 Así se explicó en la Sentencia de la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 14 de marzo de 1988, con ponencia del Magistrado Luis H. Farías Mata, en los siguientes términos:

“Los señalados términos del legislador se ajustan asimismo a los principios generales de Derecho Administrativo – obra de la jurisprudencia y de la doctrina- que tradicionalmente informan esta materia.

Fuente principalísima de cualquier ordenamiento jurídico positivo, nuestro legislador sitúa los principios generales de Derecho – en aparente orden de prelación que el sentenciador acata- después de la propia ley y de la analogía, también aplicación de otra ley, observa la Corte. Pero es tal el valor de los principios, que autorizada doctrina (DE CASTRO) los concibe: “1. Como fundamento del ordenamiento jurídico. No son consecuencia de las disposiciones legales; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital. La contradicción entre los textos legales y los principios jurídicos es de extrema gravedad para el orden jurídico; origina la condenación del ordenamiento por antijurídico, su repudiación por tiránico o su ineficiencia por derogación tácita... 2. Como orientadores de la labor interpretativa. Según Guasp sirven en numerosas ocasiones de motivos de inspiración para solucionar problemas... 3. Como fuente en caso de insuficiencia de la ley. Permitiendo la solución de lagunas del Derecho”. (González Pérez).

Con arreglo a los principios generales de Derecho Administrativo, observa la Corte, puede un órgano administrativo verse relativamente condicionado en su voluntad decisoria por las llamadas “propuestas” (normalmente en terna o en quinario, pero anda impide que sean formuladas en número mayor) emanadas de otros órganos enclavados no ya, como el decisor, en la administración activa, sino más bien en la que suele denominarse “consultiva”, destinada ésta a “iluminar” (como ha puesto de relieve la doctrina italiana) el criterio del órgano decisor” (Ramos Fernández, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Segundo Trimestre 1988, *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 64.)

56 De hecho, ese es el motivo, en nuestro entender, que llevó a la Sala Constitucional en la Sentencia N° 1.049 a calificar, erradamente, la libertad económica como principio, ya que de mantenerse su concepción como regla el principio, derivado del derecho social, siempre estaría en un segundo plano, incluso cuando se admita una concepción debilitada de ese derecho individual. En efecto, ello se desprende del fallo en cuestión cuando indica que *“serían reglas cuando su cumplimiento no admite grados”* (sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de julio de 2009, cit., pp. 16-17).

2. Alcance de la protección al consumidor en Venezuela

Hechas las consideraciones sobre el marco conceptual en el cual se entiende la naturaleza jurídica de la protección al consumidor, como derecho subjetivo colectivo o política o principio constitucional, podría adoptarse una posición conciliadora entre ambas facetas, partiendo de que son dos perspectivas distintas, para entender su alcance. Para ello, conviene analizar el contenido de su reconocimiento en la Constitución para evaluar cuando estaríamos ante un derecho subjetivo colectivo o un principio o política constitucional.

Como comentamos, el artículo 117 de la Constitución señala que las personas, entendidas como consumidores, tendrán derecho a “*disponer de bienes y servicios de calidad*” (...), a “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”. En un segundo plano, el propio artículo 117 establece expresamente una Reserva de Ley respecto a: (i) el desarrollo de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos, antes mencionados; (ii) las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios; (iii) los procedimientos de defensa del público consumidor; (iv) el resarcimiento de los daños ocasionados; y (v) las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

Como bien explicamos si bien de la simple lectura de esa disposición podría asumirse que esos derechos requieren para su aplicación el desarrollo legislativo previo, sin embargo la jurisprudencia lo ha interpretado de forma distinta, ya que la postura según la cual se tratarían de normas programáticas no sólo habría sido abandonada por la jurisprudencia, sino que, conforme al caso *Asodeviprilara*, antes comentado, tales atributos, en tanto no cuenten con un desarrollo legislativo, operarían como un principio que se aplicaría a un caso particular por medio del control jurisdiccional.

Partiendo de tal premisa un aspecto a considerar del artículo 117 de la Constitución es que conforme a su redacción se podría entender que la enumeración de los derechos es taxativa. Ahora bien, frente al desarrollo jurisprudencial de ese artículo esa postura sólo podría aceptarse únicamente a los efectos de la remisión a la Ley para su desarrollo. Es decir, mientras se admitiría sólo la regulación por Ley de los atributos mencionados en la disposición antes señalada, no se negaría la existencia de otros derechos inherentes al consumidor no mencionados en el artículo 117 de la Constitución, con la condición de que éstos no pueden ser desarrollados por norma de derecho positivo, sino aplicados como principios. En primer lugar, en virtud de que el mismo artículo 22 de la Constitución permitiría

su reconocimiento, en tanto “*la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos*”. En segundo lugar, por cuanto pretender la negación de otros derechos inherentes al consumidor contradeciría el criterio según el cual la protección al consumidor se podría concebir en los mismos términos expuestos, aún sin la disposición contenida en el artículo 117 de la Constitución, ya que, como ha sostenido el criterio jurisprudencial imperante a la fecha, se trataría de una consecuencia del Estado Social de Derecho, especialmente en lo que concierne a la posibilidad de su aplicación por vía de control jurisdiccional.

A todo evento, sobre la base de ese razonamiento y en los términos en los cuales está redactado el artículo 117 de la Constitución, se podría sostener que la enumeración de derechos que realiza esa disposición es taxativa en tanto sólo son éstos los que pueden ser desarrollados por la Ley, por lo que los demás que sean inherentes al consumidor sólo podrán oponerse como principios, pero nunca particularizarse mediante reglas.

Se trata de una postura que no sólo pareciera que no ha sido aceptada en Venezuela, tácitamente al menos, sino que ha sido simplemente ignorada en la práctica en virtud del desarrollo legislativo de aspectos distintos y adicionales a los enumerados en esa norma constitucional.

Para justificar tal circunstancia se podría argumentar que la regulación por Ley de otros derechos inherentes al consumidor que no estén mencionados en el artículo 117 se fundamentaría en que se trata de la invocación de esa materia como un interés social para restringir los derechos afectados, en los términos permitidos por la garantía de la Reserva de Ley que ampara cada uno. Por ello, podría argumentarse que una regulación que exceda de las materias previstas en el artículo 117 de la Constitución sería válida en tanto cuente con fundamento en otro artículo que la habilite para tal fin correlativo a un derecho que se restringe. Ello podría ser el caso del derecho a la libertad económica que puede ser limitado por Ley “*por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social*”, en los términos indicados en el ya comentado artículo 112 de la Constitución.

Pese a lo anterior, esa última opción tendría como resultado que el enunciado del artículo 117 de la Constitución carezca de utilidad, ya que por un lado no sería necesario para desarrollar por vía de norma de rango legal materias de

protección al consumidor y del Estado Social de Derecho dimanaría la protección al consumidor como principio o política constitucional.

Esa interpretación, en nuestro criterio, no podría ser admitida al tratarse de una norma que forma parte de la Carta Magna y de obligatoria observancia en tanto guía el ordenamiento jurídico. Por ello, al resultar contraproducente vaciar el contenido de la Reserva de Ley estipulada en el artículo 117, somos del criterio, que esa limitación debe ser entendida de manera restrictiva de forma tal que no pueda regularse, por Ley y por supuesto por vía reglamentaria, materia de protección al consumidor que exceda de los derechos específicamente identificados en esa disposición, mientras que el remanente de los derechos no reconocidos, pero que dimanen del Estado Social de Derecho, podrían ser, en todo caso, aplicados como principios o políticas constitucionales.

A todo evento, como comentamos, esa posición no pareciera ser considerada en el desarrollo legislativo de la protección al consumidor, ya que ha sido más proclive al extenderse a materias distintas a las que dispone expresamente la Constitución, para lo cual basta leer el amplio catálogo de derechos en la LOPJ⁵⁷. De igual forma observamos que la jurisprudencia ha resaltado, citando a la doctrina patria, que sí forman parte del catálogo de derechos del consumidor distintas materias a las señaladas en el artículo 117 de la Constitución, sin mayor justificación o explicación⁵⁸.

Por otra parte, observamos que actualmente los derechos establecidos en el artículo 117 de la Constitución habrían tenido un desarrollo legislativo, pero que fue drásticamente reducido con la LOPJ. En efecto, en cuanto al derecho a disponer de bienes y servicios de calidad la Ley por sí sola se limita a simplemente repetir su enunciación y tipificar su incumplimiento como sanción, pero realmente no establece una regulación en cuanto a los parámetros de calidad. Ciertamente podría interpretarse que ese derecho se vería regulado en un compendio de normas de rango legal y técnicas, lo cual es una posición válida, pero haría inútil su reconocimiento en la LOPJ.

En relación al derecho a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen observamos

57 En efecto, en el artículo 10 de la LOPJ se incluyeron derechos de los consumidores adicionales a los dispuestos en el artículo 117 de la Constitución, como el de la “*vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios*”, entre muchos otros.

58 Ello lo sostuvo la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo, en sentencia con ponencia en Emilio Ramos, en una sentencia antes comentada (sentencia de la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de 12 de agosto de 2008, caso *Banco Exterior C.A., Banco Universal*,. cit., pp. 10-11).

que la Ley tampoco señala mayores aspectos salvo la enunciación de los derechos correlativos y la tipificación de su sanción. Ahora bien, parcialmente esa regulación es desarrollada por la Providencia Administrativa N° 077/2014⁵⁹ al menos en lo que se refiere a qué se entiende por publicidad falsa y publicidad engañosa, así como la Providencia Administrativa N° 70/2015⁶⁰ en lo que respecta al marcaje de precios, pero no así sobre la demás información del producto. Ello pudiere significar que en todo lo no regulado se trataría de un principio, más en lo que sí cuenta con respaldo legal, o en este caso sub-legal, de un derecho subjetivo social.

Finalmente, en torno al derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno la LOPJ nada regula al respecto, así como las normas de rango sub-legal dictadas a tal efecto, con lo cual su naturaleza es del tipo de principios y no de un derecho subjetivo social.

III. Creación de situaciones adversas al consumidor en Venezuela por normas en materia de protección al consumidor

Hechas todas las consideraciones antes transcritas conviene indicar que al intervenir el Estado en las actividades económicas con miras a reducir el dogmático desequilibrio en el que los consumidores se verían supuestamente minusvalorados, podría darse el escenario en el cual se dicte una norma que, paradójicamente, pueda lesionar los derechos de los propios consumidores, al crear condiciones adversas a ellos mismos por sus efectos económicos.

Se trata de un escenario que entendemos se presenta en nuestro país, lo cual explicaremos en el siguiente capítulo a través de un ejemplo concreto. Sin embargo, previo a entrar en la exposición de un caso particular de estudio, debemos advertir la dificultad interpretativa frente a ese conflicto se halla en entender si, en ese hipotético caso, cuándo se podría entender que el sacrificio de un atributo de la protección al consumidor frente a otro resulta inconstitucional sobre la base del propio artículo 117 de la Constitución.

59 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.571 Ordinario de 30 de diciembre de 2014.

60 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.775 ordinario de 27 de octubre de 2015.

1. La inconstitucionalidad de una norma en materia de protección al consumidor por vulnerar los derechos de los consumidores

Para dilucidar cada caso podría utilizarse el método para verificar el respeto a la garantía de la razonabilidad. Para ello se debe verificar primero su idoneidad, es decir que *“toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”* (...), que la medida a implementar sea *“la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”* (...) y *“conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido”*⁶¹.

No parece coherente aplicar ese examen para el caso en que se traten de principios y no derechos subjetivos, como ocurriría ante la intervención del Estado en materia legislativa o bajo el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que generalmente estaríamos frente a un principio, justamente por no haber una regulación expresa que la desarrolló previamente, frente a otro principio de la misma materia. Pese a ello consideramos conveniente que el uso de la garantía de razonabilidad como mecanismo para solventar un conflicto entre principios de manera analógica, en el supuesto caso en que estemos frente a una posición conservadora sobre su aplicación, por ser una herramienta que permite ponderar todos los aspectos involucrados.

En todo caso, utilizando como método la garantía de la razonabilidad observamos que deberá privar un estudio económico o técnico y no así una mera apreciación subjetiva. En efecto, ¿cómo se podría evaluar si la medida es adecuada en primer lugar para solventar el desequilibrio sino es por medio de un análisis económico? De igual forma ¿cómo se puede plantear que hay o no medidas más benignas frente al atributo afectado sino es a través del examen de los posibles efectos económicos? La respuesta a esas interrogantes debe ser forzosamente negativa, en tanto siempre sería necesario un análisis económico.

Otro argumento que podría examinarse sería el de que en el marco del conflicto descrito debe privar la interpretación que se derive de principios cuya jerarquía es superior. Ese argumento contempla la dificultad de plano de enten-

61 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de marzo de 2007, caso Ley Orgánica del Trabajo.

der cuál sería el principio de rango superior, para lo cual parte de la doctrina se decanta por aquel que responde al “*fin para el cual fueron creados los mismos*”⁶².

Bajo esa premisa y reduciendo el conflicto a los principios que se deducen directa e indirectamente del artículo 117 de la Constitución, antes explicado, podríamos ubicar en un primer rango a aquellos principios enunciados como derechos -en el entendido en que no estén regulados como se explicó-, es decir los relativos a los derechos de las personas a “*disponer de bienes y servicios de calidad*” (...), a “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”, y en un segundo plano, inferior a éstos, a los que se deduzcan de ese artículo o de los enunciados en la LOPJ, como sería el caso del pretendido fundamento en esa disposición de poder controlar los precios⁶³. Partiendo de lo anterior, podría concluirse que en un conflicto entre el principio de la libertad de elección y el control de precio, forzosamente deberá privar el primero bajo la metodología descrita.

No obstante, lo anterior, no podemos dejar de plantearnos si esa distinción entre principios de mayor o menor rango sería arbitraria y permitiría desconocer la realidad económica del caso concreto que se trate. Por ello, ante el conflicto de dos principios en materia de protección al consumidor debe privar aquel que cuente con un análisis económico que permita esclarecer cuál es la opción menos lesiva, con base en la aplicación analógica de la garantía de la razonabilidad.

62 Al respecto, Emilio Urbina explicó lo siguiente:

“Entonces, si la jerarquía entre estos principios no debe darse por las líneas descritas ¿cuál es el camino? Si el principio es base o fundamento del todo no debe olvidarse jamás el fin para el cual fueron creados los mismos. La teleología principista será el criterio clave para la determinación de la prevalencia de uno sobre el otro. Y si nos preguntamos, ¿cuál es el fin de fondo de la DSI y del Derecho?. Amén de denunciar y proponer alternativas, encontraremos que todo está dirigido para garantizar la dignidad de la persona humana” (Urbina Mendoza, “Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y su influencia dentro del proceso de interpretación jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 58, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 123).

63 En efecto, en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 2003 se hizo alusión a ese artículo como fundamento de la regulación del control de precios en los siguientes términos:

“Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición “de bienes y servicios de calidad” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo*, C.A., cit., p. 4).

2. La inconstitucionalidad del régimen jurídico del control del margen de ganancia por vulnerar los derechos de los consumidores

Precisada la naturaleza y alcance de la protección al consumidor, sobre la base de la jurisprudencia venezolana que hoy imperaría, describiremos parte del régimen jurídico vigente que podría entender inconstitucional por vulnerar los intereses de los consumidores por sus efectos económicos, muy a pesar de que se fundamentó en primer lugar en aras a proteger a tales sujetos. En concreto nos referimos en este punto al control del margen de ganancia, el cual, en nuestro criterio, presenta claramente una regulación que crea una situación adversa a los consumidores por sí sola, sin contar con las demás variables que puedan estar involucradas en un caso real y no en abstracto.

El artículo 27 de la LOPJ establece que la *“política nacional de precios justos comprenderá, al menos, las categorías del precio justo y precio máximo de venta”*. En tal sentido, el precio justo será aquel *“determinado y fijado por la”* (...) SUNDDE, mientras que el precio máximo de venta al público *“podrá ser determinado y fiado por el productor o importador del bien, o por el prestador de servicio, pudiendo ser determinado o fiado también de oficio por la Superintendencia”*. Es decir, hay dos grupos de productos en lo que respecta a la determinación de sus precios, el primer denominado precio justo que es fijado por acto expreso por la SUNDDE y el segundo denominado precio máximo de venta al público por parte de quien lo comercializa.

En ese orden de ideas, el artículo 31 de la LOPJ consagra una limitación para la fijación del precio máximo de venta al público, es decir la segunda de las categorías antes mencionadas, en torno al margen máximo de ganancia. Al respecto, el referido artículo indica, en un primer momento, que el margen máximo de ganancia podrá ser establecido *“atendiendo a criterios económicos de la”* (...) SUNDDE, *“tomando en consideración las recomendaciones emanadas de los ministerios del poder popular con competencia en las materias de comercio, industria y finanzas”*. De ese artículo observamos que el control sobre el margen máximo de ganancia por parte de la SUNDDE se centra en la estructura de costos y en el margen máximo de ganancia fijado por ese organismo, ya sea de manera general o de cara a una categoría específica.

En cuanto a la estructura de costos, la SUNDDE dictó la Providencia N° 3/2014⁶⁴ a través de la cual establecieron los criterios contables para la confección de la estructura de costos. De la simple lectura de la norma se puede apreciar

64 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.351 Ordinario de 7 de febrero de 2014.

como establece una variedad de criterios contables que supuestamente podrían guiar a los particulares en la confección de la estructura de costos. Sin embargo, un mayor detenimiento sobre la norma ha permitido a la doctrina comentar que presenta ciertos tipos de incompatibilidades frente a actividades distintas a la producción o porque en definitiva cada persona presenta una realidad particular distinta a la de las demás⁶⁵.

Al margen de esa consideración, observamos que de los criterios contables resalta que la estructura de costos debe partir de dos categorías principales: los costos de producción y los gastos ajenos a la producción. En tal sentido, se disponen distintas normas según las cuales una erogación podría subsumirse en una u otra de las categorías antes señaladas, con la limitante de que no serían reconocido el monto de los gastos ajenos a la producción que representen un excedente del 12,5% de los costos de producción.

De esa forma, se define el costo de producción como aquella categoría que *“comprende todos los costos derivados de la adquisición y transformación para darle al producto o servicio su condición de terminado o prestado”*. En contraposición a lo anterior, no se define o delimita el contenido de los gastos ajenos a la producción, sino que se ejemplifica algunos conceptos que estarían subsumidos dentro de esa categoría. Bajo esa premisa, concretamente se excluyen expresamente de los costos de producción y por tanto se reputan como gastos ajenos a la producción aquellos correspondientes a los gastos de administración, de representación, publicidad, venta, relacionados con el financiamiento, los gastos de distribución, salvo que sea una actividad que llevan a cabo, los tributos, las donaciones y liberalidades, los gastos por muestras sin valor comercial, el Impuesto al Valor Agregado cuando pueda ser recuperado o trasladado conforme a las leyes respectivas, por una situación imputable al sujeto de aplicación, entre otros, partiendo de que no sean considerados como necesarios en condiciones de eficiencia normal.

Tal distinción y limitación respecto a los gastos ajenos a la producción implica, a nuestro entender, un desconocimiento deliberado de la realidad contable del particular, ya que si las erogaciones que se clasificarían en los gastos ajenos de producción superan el porcentaje antes señalado sobre los costos de producción serían entonces, simplemente, ignorados por la autoridad competente de cara a la determinación del cumplimiento del margen máximo de ganancia. Ese desco-

65 Véase en tal sentido: Soteldo Silva, “Regulación legal a las ganancias empresariales comerciales e industriales y su impacto financiero en la manera de hacer negocios en Venezuela. Consideraciones financieras y contables”, en *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa complementaria*, FUNEDA, Caracas, 2014.

nocimiento regulatorio no tiene como resultado que el particular deje de realizar tales erogaciones, ya que, aún cuando la norma los repunte como necesarios para la producción, lo cierto es que si se realizan se debe justamente a una racionalidad económica que la estructura interna de una empresa, por ejemplo, así lo vio necesario y no dejaría de hacerlo. Como consecuencia de lo anterior, la persona buscaría trasladarlos a los costos de producción o, en caso de no poder justificar esta subsunción, los trasladaría al margen de ganancia de la estructura de costos, pero realmente no sería una ganancia para el particular, sino un costo o gasto, según corresponda contablemente entenderlo.

Como ejemplo de lo anterior, tomemos el caso hipotético de una persona que quiere iniciar en el negocio de la confección y venta de vestidos de alta costura para un estrato económico alto. Nos planteamos este escenario ya que se trataría de una gama de producto cuyo valor responde más bien a elementos subjetivos asociados a la marca, la cual, al no estar inicialmente constituida no hallaría justificación bajo el régimen jurídico comentado y en definitiva hace inviable este tipo de negocios⁶⁶.

En ese sentido, tomemos como base una compañía anónima denominada a los efectos del presente ejemplo como “A”, conformada por una sola accionista, quien se dedica al diseño de los vestidos y participa en la confección de los mismos. La accionista sólo percibe como remuneración la utilidad neta después de impuestos que devenga de sus actividades. En el proceso de confección de los vestidos contrata a un tercero para que la asista en esa labor, pero no bajo una relación de dependencia exclusiva (laboral), sino por honorarios, es decir le paga un monto fijo por cada pieza terminada, que en el periodo X correspondía a un promedio de 20 Bs. Ahora bien, asumamos por un momento que para un vestido determinado, denominado a los fines del presente ejemplo “B”, el costo de la tela y los aditamentos necesarios para su confección es de 10 Bs. Como la accionista quiere crear un valor a la marca de los vestidos se concentra en que tengan una mayor calidad de detalle y no confecciona más de 5 vestidos por mes.

A tal efecto, los vestidos los confecciona, junto a la persona que contrató para asistirle, en su residencia, donde sólo paga por concepto de condominio una cantidad mensual de 300 Bs, que promediada a la producción mensual de vestidos daría un total de 60 Bs por cada uno, mientras que en el local comercial donde los exhibe y vende paga un canon de arrendamiento de 900 Bs, el cual también promediado por vestido al mes sería de 180 Bs por mes.

66 Cabe precisar que se hará una estimación abstracta y simplificada de lo que supone realmente llevar a cabo tal industria, incluso basándonos someramente en experiencias examinadas por nosotros.

Ahora bien, visto que el objetivo de los vestidos es que puedan venderse en un estrato económico alto para poder conseguir mayores ingresos, se contratan a tres personas que se encargarán en el impulso de la marca, la publicidad y las relaciones públicas para promover la marca, a quienes se les pagan mensualmente un promedio de 15 Bs por mes a cada uno. No bastando lo anterior, decide contratar a una persona para que la asistiera en las ventas en el local, a quien se le paga un promedio de 10 Bs por mes. Asimismo, se contrató a otra persona para que se encargara de la contabilidad y administración del negocio, para lo cual se le paga mensualmente un promedio de 20 Bs por mes. Ante la previsión de esos gastos, decide pedir un préstamo a una entidad bancaria, la cual se lo otorga, exigiéndole el pago de una cuota mensual de 200 Bs por mes⁶⁷.

Partiendo de los datos precisado para el ejemplo antes descrito y tomando como base los conceptos antes señalados en la Providencia N° 3/2014, al menos de una lectura literal, no interpretativa en abstracto y por lo tanto conservadora, pudiera plantearse que de cara a una estructura de costos del vestido “B” se entienden como costos de producción las erogaciones equivalentes a la tela y aditamentos para el vestido, el pago a la persona por la asistencia en la confección del vestido y el pago del condominio de la residencia donde se confecciona el vestido, ya que son los que directamente corresponde a “*la adquisición y transformación para darle al producto o servicio su condición de terminado o prestado*”. Ahora bien, se podrían reputar como gastos ajenos a la producción, insistimos de una lectura limitada a la literalidad y sin mayor análisis, las erogaciones relativas al pago del canon de arrendamiento donde se realiza la venta de los vestidos, el pago a los empleados de venta, administración y publicidad, así como las cuotas mensuales por el financiamiento. En tal sentido, pudiera plantearse que la estructura de costos quedaría en los siguientes términos:

67 Por temas meramente ilustrativos nos hemos abstenido de precisar con detalles todos los aspectos que comprenderían los pasivos laborales a los cuales estaría sujeto una empresa, además del salario que devenga normalmente un trabajador, como pudieran ser las prestaciones sociales, utilidades, beneficio de alimentación, entre otros.

Costo de producción (Cp)	
Condominio de residencia	60,00
Tela y aditamentos	10,00
Asistencia en confección	20,00
Total	90,00
Gastos ajenos de producción (Gap)	
Canon de arrendamiento del local	180,00
Empleado de venta	10,00
Empleado de administración	20,00
Empleados de mercadeo	45,00
Cuotas de financiamiento	200,00
Total	455,00
Estructura de costos real (Cp+Gap)	
Total	545,00
Tope legal del Gap (12,5% del Cp)	
Total	11,25
Estructura de costos legal (Cp+Tope del Gap)	
Total	101,25
Margen de ganancia (30% sobre estructura de costos legal)	
Total	30,38
PMPV (Estructura de costos legal + 30%)	
Total	131,63
Diferencia entre estructura de costos legal y real	
Total	-443,75
Diferencia entre PMVP y estructura de costos real	
Total	-413,38

Obsérvese del cuadro que en el ejemplo planteado los gastos ajenos a la producción superan con creces el tope máximo permitido por la regulación del 12,5% sobre los costos de producción, por lo que el excedente de 443,75 Bs no sería reconocido de cara a la estructura de costos. Esto responde, a como bien comentamos anteriormente, a que la Providencia N° 3/2014 no está pensada para actividades que impliquen principalmente la venta de bienes en los cuales su valor dependa más de un valor reputacional que del costo asociado a su producción. Ciertamente, habrán mecanismos contables en los cuales podría reconocerse un valor de ese tipo e incorporarlo en la estructura de costos, pero la regulación no pareciera reconocerlo dentro del concepto de costos de producción y aún así sería discutible justificarlo para una marca que apenas se estaría iniciando, como es el caso del ejemplo planteado.

Sobre la base de lo anterior, tomando un ejemplo sencillo, inclusive sin tomar en cuenta otras variables importantes como la materia tributaria, el valor de reposición de cara a una economía altamente inflacionaria y la prohibición de estimar una tasa cambiaria distinta a la oficial⁶⁸, se puede observar como la regulación, sólo en lo que se refiere al cumplimiento estricto a la estructura de costos puede ser contraproducente a la racionalidad económica de una empresa.

Ahora bien, en relación al margen de ganancia el mismo artículo 31 de la LOPJ, antes comentado, estipula la prohibición, de cara a la fijación del margen por parte de la SUNDDE, según la cual “ningún margen de ganancia superará el” (...) 30% “de la estructura de costos del bien producido o servicio prestado en el territorio nacional”. Ello implicaría que hasta tanto no sea fijado el margen máximo de ganancia por parte de la SUNDDE no podría entenderse que los productos cuyo precio no había sido fijado expresamente, bajo la modalidad de precio justo, estaría sometidos a un margen del 30%, sino que éste operaba como límite frente a la Administración al momento de determinar dicho margen máximo.

En todo caso, con la publicación de la Providencia Administrativa N° 70/2015 se determinó el margen máximo de ganancia para los importadores por un 20%, para los productos nacionales y prestadores de servicios a un 30% y para toda la cadena de distribución o comercialización de un bien o servicio hasta un 60%, de acuerdo con su artículo 5 y 6.

68 El artículo 62 de la LOPJ sanciona con prisión de 8 a 10 años a aquella persona que “de manera directa o indirecta, con engaño y fines de lucro, aplicare o informare, por cualquier medio, un tipo de cambio distinto al fijado por el Ejecutivo Nacional para la estimación de precios o servicios, en el territorio nacional”.

Si retomamos el ejemplo antes planteado de la empresa A que confecciona y vende el vestido B, observamos que al dedicarse a la producción y venta le correspondería un margen máximo de ganancia del 30% sobre la estructura de costos. A todo evento, si bien también se dedica a la venta del vestido al consumidor definitivo entendemos que la norma en cuestión no podría válidamente interpretarse de forma tal que se extienda el margen máximo de ganancia para una misma persona por encima del 30% hasta el 60% por tratarse de una sola persona que funge como toda la cadena de intermediación, ya que ello pareciera contradecir el límite impuesto a la SUNDDE de no fijar un margen de ganancia por encima del 30%.

Precisado lo anterior, observamos como la estructura de costos, acorde a la regulación, arrojaría un monto de 101,25 Bs, con lo cual, para que se entienda que cumple con el margen máximo de ganancia se podría vender el vestido hasta un máximo de 131,625 Bs. Vender el vestido a ese monto, como bien indicamos anteriormente para este ejemplo, representaría una pérdida de 413,375 Bs para la empresa, lo cual no es sostenible económicamente, más todavía si tomamos en cuenta que en ese caso se quiere comercializar el vestido a un alto precio conforme al mercado al cual se dirige la marca, con base en un esquema de alta calidad y valor reputacional, en vez de cantidad.

Explicada la regulación, observamos que la comercialización de bienes y servicios por encima del margen máximo de ganancia permitido está tipificado como el delito de especulación en el artículo 49 de la LOPJ, en los siguientes términos:

“Quien compre o *enajene* bienes, productos o *presten* servicios, *con fines de lucro* a precios o *márgenes de ganancia o de intermediación superiores a los establecidos por la*” (...) *SUNDDE* “por regulación directa conforme a los lineamientos del Ejecutivo Nacional o aquellos marcados por el productor, importador, serán sancionados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

(...)

Además de la sanción establecida en este artículo, podrán ser objeto de medida de ocupación temporal del almacén, depósito, unidad productiva o establecimiento, hasta por ciento ochenta (180) días, prorrogables más multa de” (...) 1.050 unidades tributarias.

La reincidencia en la infracción establecida en este artículo será sancionada con la clausura del almacén, depósito o establecimiento del sujeto infractor, así como la suspensión del Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas”

De la simple lectura del artículo antes transcrito, en lo resaltado por nosotros, se puede apreciar como constituye el tipo del delito de especulación la venta por encima del margen máximo de ganancia permitido, cuestión que se determina al

verificar la estructura de costos, la cual debe cumplir los criterios contables antes comentados, y el margen de ganancia fijado que corresponda según se trate de un importador, productor o un sujeto de la cadena de distribución.

Aunado a lo anterior, el artículo 90 de la LOPJ señala expresamente que “los delitos de especulación, acaparamiento, boicot y contrabando no serán objeto de beneficios ni en los procesos judiciales, ni en el cumplimiento de la pena”. Al respecto, en nuestra opinión, y sin menoscabo de los vicios de inconstitucionalidad que pesan sobre esa disposición, lo que se busca lograr con esa norma carece de absoluta coherencia tomando en consideración que incluso las personas que son declaradas culpables por la comisión de delitos gravísimos pueden estar sujetos al otorgamiento de beneficios procesales. Con ello, se llega al absurdo que mientras un comerciante local está privado de su libertad en el marco del proceso penal sin derecho a un beneficio procesal, un sujeto declarado culpable por una sentencia definitivamente firme por homicidio podría tener derecho a un beneficio procesal.

Es decir, si se verificará que se incumple con el margen máximo de ganancia, ya sea partiendo de modificaciones que la autoridad haría respecto a la estructura de costos, conforme a los criterios contables dispuestos en la Providencia N° 3/2014, o por simplemente exceder el máximo permitido sobre la base de la estructura, aunque sea un sólo punto porcentual, la persona que comercializa el producto podría estar sujeta a una investigación penal que podría terminar con una pena de prisión muy superior a la que corresponde a delitos gravísimos, además de poder ser objeto de medidas que implicarían la pérdida por un tiempo considerable del uso y disfrute de la propiedad del establecimiento, sin mencionar su afectación a la actividad económica de la cual justamente deviene ingresos.

Sin embargo, eso no es todo, ya que la SUNDDE podría, sin perjuicio de remitir el caso al Ministerio Público, imponer una medida preventiva de *“ajuste inmediato de los precios de los bienes a comercializar o servicios a prestar”*, sobre la base del criterio que aplique para cada caso particular, de acuerdo con el artículo 70 de la LOPJ.

Sobre la base de lo antes explicado observamos cómo la compañía anónima denominada “A” se enfrenta a una situación complicada, ya que por una parte bajo el esquema de negocios que se ha planteado resulta simplemente insostenible comercializar los vestidos dentro del margen máximo de ganancia sobre la estructura de costos conforme a la regulación. En tal sentido, si optara por simplemente asumir el riesgo de comercializarlos sobre la base de la estructura de costos real -tomando como base inclusive una tasa cambiaria del mercado paralelo al no poder

acceder a los mecanismos oficiales-, sin mayor porcentaje de ganancia, afrontaría el riesgo de que las autoridades competentes inicien un procedimiento que pudiera culminar en la condenatoria con una pena de prisión de 8 a 10 años y multa por el monto equivalente a 1.050 unidades tributarias, por el delito de especulación, sin beneficios procesales, más la pena de prisión de 8 a 10 años por haber tomado como base una tasa cambiaria distinta a la de los medios oficiales, es decir, tomando como base la media, un total de 18 años de prisión, sin perjuicio de las medidas que además se habrían podido imponer. Lo razonable ante esa situación es que la accionista de la compañía anónima denominada “A” simplemente modifique el esquema de negocios que se planteó o lo abandone.

Ahora bien, pudiera pensarse que ese ejemplo en concreto no tendría mayor impacto en el mercado, ya sea porque responde a un caso particular o no se trata de un bien que podría catalogarse de necesario, pero lo cierto es que denota una distorsión que la regulación genera y que afecta negativamente a todas las personas, tanto comerciantes y consumidores, por cuanto al partir de la premisa de que simplemente no se reconoce la realidad económica de las personas hace realmente inviable todo negocio o al menos en extremo riesgoso, reduciendo la disponibilidad de bienes y servicios, ya que sólo unos pocos podrán ofrecer bienes en la medida en que puedan reducir los costos, ya sea por subsidio sobre la venta de otros rubros o por un altísimo volumen de producción, o, al menos, su calidad.

En tal sentido, se trata de una situación que atenta directamente contra el derecho de los consumidores de “*disponer de bienes y servicios de calidad*” (...) y “*a la libertad de elección*”, de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución, muy a pesar de que la misma deriva de una regulación que está pensada en proteger a los consumidores contra el alza de precios. En ese caso, hay distintos razonamientos que permitirían entrever que sobre la base de esos dos atributos la regulación del margen de ganancia resulta inconstitucional.

En efecto, incluso partiendo de que se tratan de principios, desde un punto de vista cuantitativo se sacrifican, por virtud de los efectos económicos, dos atributos de la protección al consumidor por uno sólo, que dicho sea de paso no está siquiera expresamente mencionado en esa disposición, es decir la protección contra el alza de precios. Como explicamos el control del margen de ganancia concebido en los términos descritos reduce la disposición de bienes y servicios de calidad al buscar los comerciantes reducir los costos, los cuales, en determinadas oportunidades no podría ser a través de otro elemento que determine la calidad de los mismos, ya que algunos costos laborales no podrían ser simplemente eliminados so pena de paralizar las operaciones. Por otro lado, se reduce la libertad de elección, en

tanto habrán proveedores que ante la presión económica que significa no poder cumplir con la regulación y correr los altos riesgos que conlleva su incumplimiento, simplemente dejarán de operar, lo cual en definitiva reducirá la oferta de bienes y servicios y por tanto la diversidad sobre la cual el consumidor puede elegir.

Sobre la base de lo anterior, si aplicamos la garantía de razonabilidad al presente caso y examinamos si idoneidad, es decir que sea *“adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”*, debemos recalcar que conforme a la exposición de motivos de la LOPJ se puede observar que esa regulación apunta a *“hacer frente a las fluctuaciones de la economía y buscar siempre el interés de proteger y defender a los usuarios, aún cuando se han presentado ondas especulativas y explotadoras que pudieran arruinar las posibilidades adquisitivas de nuestro pueblo, y de esta manera desmejorar su calidad de vida”*. Atendiendo esa finalidad, entendemos que sería necesario contar con un análisis económico que permita concluir si conforme a la regulación que contempla esa Ley y desarrolla la normativa antes comentada efectivamente se puede cumplir con ese cometido. Sin embargo, sin perjuicio de un eventual análisis económico que confirme esa circunstancia, si se toman en consideración algunos indicios económicos en el país, podría argumentarse debemos destacar que esa regulación, junto a otros factores, ha tenido justamente un resultado distinto al deseado y por lo tanto, de cara a la garantía de razonabilidad, no sería idónea frente al fin que busca cumplir⁶⁹.

Por otra parte, sin limitarnos a la idoneidad, en cuanto a si la regulación sería *“la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”*, ello requeriría indudablemente de un análisis económico que permita probar tal circunstancia. Bastarían en definitiva cualquier opción viable que permita evitar la fluctuación de precios para que se repunte la regulación antes comentada como inconstitucional.

Finalmente para examinar la proporcionalidad en sentido estricto observamos que si bien desde un punto de vista político evitar el daño a los consumidores por la fluctuación de precios pueda ser relevante conforme a los criterios que tenga un determinado gobierno, consideramos que en los términos como está regulado

69 Ante la falta de la publicación del Índice Nacional de Precios al Consumidor (“INPC”) por parte del Banco Central de Venezuela (“BCV”) para poder tener una estimación de la inflación, diputados de la Asamblea Nacional han realizado sus propias estimaciones, denominadas como Índice Nacional de Precios al Consumidor de la Asamblea Nacional (“INPCAN”), según la cual *“la inflación mensual de junio alcanzó 21,4% y la acumulada de 2017 a 176%”* (Consultado en el portal web <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/alvarado-inflacion-acumulada-hasta-junio-llego-a-176-segun-inpcan>, el 30 de julio de 2017).

el control del margen de ganancia no hay una adecuada relación con los derechos intervenidos, ya que la lesión que se ocasiona a la libertad de elección y a la disposición de bienes de calidad de los consumidores es de tal magnitud que básicamente los anulan, conforme se deduce del ejemplo antes planteado.”

En todo caso, partiendo de un razonamiento distinto a la garantía de la razonabilidad, es decir de la jerarquía de los principios, observamos que los atributos afectados por la regulación resultan fundamentales y cualitativamente más importantes que regular los precios de los productos -asumiendo el hipotético y negado supuesto en el que concebir esa regulación en un primer momento sea aparentemente beneficioso-, en tanto ante la inexistencia de oferta diversa de bienes y servicios, sino por el contrario un mercado en el cual haya una poca variedad, que dicho sea de paso de baja calidad, cabe preguntarse entonces ¿cuál es el punto siquiera de regular su precio? e inclusive ¿si hay protección al consumidor?

Sobre la base de esos razonamientos, aún bajo la concepción actual de la jurisprudencia venezolana sobre la protección al consumidor, resulta claro que la regulación en esa materia puede resultar inconstitucional por sus efectos económicos, cuestión que, conocida por un juez, debería ser declarada y objeto de desaplicación por control difuso o anulada por control concentrado.

IV. CONCLUSIONES

En lo que se refiere a la protección al consumidor en Venezuela podemos observar cómo la jurisprudencia la asumió inicialmente como una materia de interés público y luego del tipo social que justificaba la limitación de la libertad económica, entendida como autentico límite frente a la intervención del Estado, para incorporar una perspectiva adicional, sobre la base de lo que entendió la Sala Constitucional por el Estado Social de Derecho, como un derecho subjetivo, una política y un principio constitucional, cuando no tuviera desarrollo legal, sobre el cual la libertad económica pierde efectividad, ahora comprendido como un principio.

Ello significó un cambio radical en la concepción de la protección al consumidor, especialmente en lo que se refiere a su dinámica frente a los derechos individuales. A todo evento, se mantiene el signo económico que la caracteriza, de forma tal que la intervención del Estado con fundamento en esa materia debe partir sobre la base de criterios técnicos en materia económica, sin que pueda, válidamente, tomarse como fundamento una mera apreciación subjetiva. Ello

supone, en nuestro entender, que el Estado interventor tiene que actuar sobre la base de una discrecionalidad técnica o más bien potestad reglada sujeta a criterios técnicos económicos, los cuales no basta simplemente enunciar, sino que además debe probar.

Partiendo de las dos perspectivas de la protección al consumidor que asumió la jurisprudencia, como causa de interés social que limita la libertad económica -ahora un principio- y como un derecho social -auténtico derecho subjetivo cuando está regulado o principio constitucional cuando no está regulado- se pueden deducir algunos aspectos relevantes del artículo 117 de la Constitución.

Primero, que todos los derechos enunciados en el artículo 117 de la Constitución son principios, salvo que hayan sido luego regulados por la Ley, respecto a lo cual ocurrió un grave retroceso en ese aspecto con la LOPJ al haberse eliminado muchas de las previsiones contenidas en leyes anteriores.

Segundo, que la enunciación de derechos en el artículo 117 de la Constitución sólo presentaría un sentido o utilidad si se entiende que el desarrollo legal de la protección al consumidor sólo puede enmarcarse en el catálogo expresamente enunciado en esa disposición, con lo cual el resto de la materia que pudiera deducirse sólo tendría cabida como principio. Se trata una interpretación que no ha sido sostenida en la práctica al observarse una proclive regulación de la materia desde la Constitución de 1999, incluyendo la enunciación de derechos distintos a los que comprende el texto del artículo 117 de la Constitución.

Sobre la base de las características, naturaleza y alcance de la protección al consumidor, siguiendo los postulados de la jurisprudencia venezolana, al plantearse que frente a una intervención del Estado con miras a reducir el dogmático desequilibrio en el que los consumidores se verían supuestamente minusvalorados, podría darse el escenario en el cual se dicte una norma que, paradójicamente, pueda lesionar los derechos de los propios consumidores, al crear condiciones adversas a ellos mismos por sus efectos económicos.

En ese caso, desde un punto de vista estrictamente de la protección al consumidor, se podría entender que el sacrificio de un atributo de la protección al consumidor frente a otro resulta inconstitucional sobre la base del propio artículo 117 de la Constitución. Para llegar a esa conclusión podría utilizarse la metodología correspondiente a la garantía de razonabilidad y proporcionalidad aplicable a los derechos individuales frente a la intervención del Estado, caso en el cual resulta principal el uso de criterios económicos.

Aunado a lo anterior, sobre la base de que los atributos que entrarían en conflicto actuarían como principios podría plantearse la solución con base en que unos privan sobre otros por jerarquía; en los cuales naturalmente aquellos que están expresamente delineados en el artículo 117 de la Constitución ocupan un primer lugar, es decir los que se deducen del derecho a “*disponer de bienes y servicios de calidad*” (...), a “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”. Sin embargo, aún sobre la base de esa dinámica la decisión debe fundarse en criterios económicos por encima de una clasificación arbitraria de principios según su jerarquía.

De esa forma, en el presente trabajo se analizó el régimen jurídico del control del margen de ganancia de los bienes y servicios, consagrado en la LOPJ, la Providencia N° 3/2014 y la Providencia Administrativa N° 70/2015, como uno de los ejemplos en los cuales una norma que invoca la protección al consumidor, paradójicamente, pueda lesionar los derechos de los propios consumidores, al crear condiciones adversas a ellos mismos por sus efectos económicos.

Se trata de un régimen jurídico que establece un margen máximo de ganancia a la comercialización de los bienes y servicios partiendo de una estructura de costos, la cual debe conformarse de acuerdo con unos criterios técnicos previamente establecidos por la autoridad regulatoria. Al examinar los criterios técnicos sobre los cuales debe realizarse la estructura de costos se observa en líneas generales que está pensado para la actividad de manufactura, pero no así para otras actividades, y de sus disposiciones se observa que se permiten a la autoridad desconocer erogaciones que se hayan realizado y que son imputables a los bienes y servicios. En cuanto al margen máximo de ganancia se establece un máximo del 30% como límite para la autoridad al fijarlo de cara a ciertos sectores, pero que en la práctica ha sido aplicado, aún sin previsión normativa. En todo caso, se fijó un margen del 30% para los productores nacionales, 20% para los importadores y un 60% para toda la cadena de comercialización. Ahora bien, el incumplimiento de ese régimen jurídico podría tener como consecuencia graves sanciones pecuniarias y penales para las personas involucradas, sin beneficios procesales antes y después de la pena, además de la imposición de medidas preventivas como la ocupación del establecimiento.

En nuestra opinión, el régimen jurídico antes descrito permite crear serios efectos económicos que afectan a la colectividad. En efecto, los proveedores de bienes y servicios podrán encontrarse con la imposibilidad material de poder continuar con su actividad económica de manera lícita, conforme a esa regulación, y

decidirían simplemente no asumir los riesgos que conlleva incumplir tal régimen. Ante tal situación habrá una menor oferta de bienes y servicios o, en caso de que subsistan algunos, una menor calidad al reducir los costos y gastos asociados a la actividad.

Ello trasgrede claramente los postulados establecidos en el artículo 117 de la Constitución analizados en el presente trabajo, especialmente en lo que se refiere al derecho de las personas de acceder a bienes y servicios de calidad, con lo cual la regulación, en su conjunto, resulta inconstitucional, tanto desde la perspectiva de la garantía de razonabilidad, como por la concepción de la trasgresión de principios constitucionales.

NOTAS ACERCA DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA DE NULIDAD EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Carlos García Soto¹

RESUMEN:

El artículo analiza la situación actual de la declaración de admisibilidad en el procedimiento de la demanda de nulidad contra actos administrativos, según el régimen de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la jurisprudencia reciente.

PALABRAS CLAVES:

Admisibilidad, nulidad, actos administrativos.

ABSTRACT:

The article analyses the current situation of the declaration of admission into the procedure of the demand for annulment of administrative acts, according to the organic law of the administrative litigation jurisdiction regime and recent courts' decisions.

KEYWORDS:

Admission, annulment, administrative acts.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objeto estudiar uno de los actos procesales fundamentales en el procedimiento de la demanda de nulidad contra actos administrativos: la declaratoria de admisibilidad o de inadmisibilidad de esa demanda de nulidad.

Una vez presentada por el interesado la demanda de nulidad, el Juez contencioso-administrativo debe tomar una primera decisión: declararla admisible o inadmisibile. De hecho, según la fórmula del artículo 341 del Código de Procedi-

¹ Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

miento Civil, se trata de uno de los efectos procesales de la demanda: presentada ésta, el juez debe pronunciarse sobre la admisión de la demanda².

La declaración de admisibilidad de la demanda de nulidad supone que el Juez acepta conocer de la acción que se le ha propuesto. Por el contrario, la declaratoria de la inadmisibilidad de la demanda supone que el Juez se pronuncia para desestimar la demanda, es decir, decide no conocer de esa demanda. Por ello, la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda, en principio, da fin al proceso, salvo que sea declarada con lugar la apelación de esa declaratoria de inadmisibilidad.

Es curioso que el trámite de admisibilidad de la demanda haya tenido lugar en Venezuela primero en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo que en el ámbito del Derecho Procesal Civil. Desde que fuera incluido como un acto del Juez en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), ha sido un instrumento procesal desde entonces hasta la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), y que ha dado lugar a determinada jurisprudencia que aquí se referirá.

I. El pronunciamiento sobre la admisión como un instrumento para la economía procesal

1. La justificación del pronunciamiento sobre la admisión

El pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda es un instrumento para la economía procesal: se otorga al Juez la facultad para determinar si una acción que le ha sido presentada debe ser objeto o no de un proceso. Así, la justificación de esa facultad será otorgarle la oportunidad al Juez de evitar la sustanciación de un proceso que, de antemano, puede considerarse como innecesario, por infundado.

Las causas por las cuales una demanda de nulidad debe ser considerada como inadmisibile deben ser fijadas taxativamente por la Ley procesal. Con lo cual, al recibir la demanda, el Juez debe verificar si la demanda presentada incurre o no en alguna de las causales de inadmisibilidad. Si la demanda no incurre en algunas de las causales, y cumple con los requisitos formales, necesariamente debe ser declarada como admisible por el Juez, quien deberá entonces sustanciar el correspondiente proceso. Por el contrario, si al examinar la demanda detecta que la

2 Cfr. Arístides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*, Volumen III, Altolitho, Caracas, 2004, pp. 35-36.

demanda incurre en alguna de las causales de inadmisibilidad, o no cumple con los requisitos formales, deberá declarar entonces la inadmisibilidad de esa demanda.

Tales causales de inadmisibilidad son supuestos de hecho que, de cumplirse, harían innecesaria la sustanciación del proceso, porque se entiende que la pretensión contenida en la demanda no podrá ser declarada bajo ningún supuesto como conforme a Derecho. Es decir, si el Juez decide dar curso a la demanda, al dictar la sentencia de fondo, necesariamente deberá declarar contraria a Derecho la demanda, porque esta es incapaz desde el punto de vista jurídico de contener una pretensión que le sea favorable al demandante.

Por ello, las causales de inadmisibilidad deben reflejar situaciones cuya gravedad deba implicar que se rechace de inmediato la demanda, más allá de lo que se pueda haber ventilado en un proceso que se hubiera sustentado a partir de esa demanda.

La justificación del pronunciamiento de oficio sobre la admisibilidad de la demanda se encuentra entonces en una razón de economía procesal: si el Juez, al recibir la demanda, se percató de que ésta incurre en una situación que exige su rechazo inmediato, en la medida en la que incurre en alguna de las causales de inadmisibilidad, no debe admitirla para sustanciar un proceso que será inútil.

En efecto, una demanda que incurre en una causal de inadmisibilidad no permitirá que, al final del proceso, la pretensión aducida pueda ser considerada como conforme a Derecho, como se señaló. Con lo cual, al juez se le otorga el poder de declarar de inmediato, sin necesidad de sustanciar el proceso, la inadmisibilidad de la demanda, y evitar así la sustanciación de un proceso que inevitablemente deberá llevarle a la misma conclusión en la sentencia definitiva.

Como señalaría Arístides Rengel Romberg:

“La doctrina admite en estos casos, que por tratarse de una cuestión de derecho, si el juez al examinar la demanda encuentra que los hechos afirmados por el actor no son idóneos para producir el efecto jurídico pretendido, puede rechazar de plano la demanda, sin seguir todo el proceso de investigación de los hechos que conduzcan a la sentencia final”³.

Por ello, y para recapitular, se ha reconocido tradicionalmente que el propósito del pronunciamiento acerca de la admisibilidad es evitar cargar al sistema

3 *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*, Volumen III, cit., p. 36. Desde la perspectiva del contencioso-administrativo, Gabriel Trujillo Ramírez y Giuseppe Rosito Arbía, “Breves notas sobre la posibilidad de apelar del auto de admisión en el recurso contencioso administrativo de anulación”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, septiembre-diciembre, 1998, p. 324.

judicial con un proceso originado en una demanda que no puede producir bajo ninguna circunstancia que se declare con lugar la pretensión del actor.

2. El pronunciamiento sobre la admisión como una potestad que el Juez contencioso-administrativo debe ejercer de oficio

Una de las consecuencias de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad constituya un instrumento para la economía procesal, es que el Juez deba pronunciarse de oficio sobre tal aspecto, si bien tal pronunciamiento deberá realizarse a partir de los requisitos de la demanda y de las causales de inadmisibilidad tasadas en la Ley procesal⁴. Por ello, si bien el Juez puede declarar de oficio la inadmisión, necesariamente ha de decretarla por alguna de las causales taxativamente señaladas por la Ley procesal.

En el ámbito del proceso civil venezolano, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil señala las causales por las cuales el Juez puede declarar, de oficio, la inadmisibilidad de la demanda. Conforme a esa norma:

“Presentada la demanda, el Tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley. En caso contrario, negará su admisión expresando los motivos de la negativa. Del auto del Tribunal que niegue la admisión de la demanda, se oírá apelación inmediately, en ambos efectos”.

Esa norma, de carácter general y supletorio para el Derecho Procesal venezolano, sin embargo, será una novedad en el Derecho Procesal Civil venezolano. Se trató de una facultad otorgada al Juez apenas en el Código de Procedimiento Civil de 1987, que no se le reconocía al Juez del proceso civil en el Código de 1916⁵. Es decir, en el proceso civil la potestad del Juez de pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda es una potestad, si se quiere, relativamente nueva: sólo a partir de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1987, corresponde al Juez ordinario realizar tal pronunciamiento.

Por el contrario, como se verá de inmediato, en el ámbito del contencioso-administrativo, la potestad de pronunciarse sobre la admisibilidad de oficio es una facultad del Juez desde la promulgación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en 1976. En ese sentido, en el Derecho Procesal venezolano primero se otorgó al Juez contencioso-administrativo tal facultad, que al Juez del proceso civil.

4 Véase Román J. Duque Corredor, “Comparación entre la Casación y el Contencioso Administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, N° 16, octubre-diciembre, 1983, p. 26.

5 Véase Leopoldo Márquez Añez, “Aspectos procedimentales en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en *Estudios de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, pp. 207-208.

II. Origen y evolución de la potestad de oficio del juez contencioso-administrativo para pronunciarse sobre la admisión de la demanda de nulidad

Como se señaló, por una curiosidad propia del Derecho Procesal venezolano, la potestad de oficio del Juez de declarar la inadmisibilidad de la demanda fue una facultad otorgada primero al Juez del contencioso-administrativo, a través de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículos 84 y 124), que al Juez del proceso civil ordinario⁶.

En efecto, si bien la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia era una Ley cuyo objeto era organizar el ámbito del contencioso administrativo en Venezuela, en ella se reguló “transitoriamente”, el proceso contencioso-administrativo, como es sabido.

En el artículo 84 de la Ley se advertirá:

“No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte:

- 1.- Cuando así lo disponga la Ley;
- 2.- Si el conocimiento de la acción o el recurso compete a otro tribunal;
- 3.- Si fuere evidente la caducidad de la acción o del recurso intentado;
- 4.- Cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles;
- 5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República;
- 6.- Si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos o es de tal modo ininteligible o contradictoria que resulte imposible su tramitación;
- 7.- Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuya el actor.

Del auto por el cual el Juzgado de Sustanciación declare inadmisibile la demanda o solicitud, podrá apelarse para ante la Corte o la Sala respectiva dentro de las cinco audiencias siguientes”.

Por su parte, el artículo 124 de la Ley señalará específicamente de cara al recurso de nulidad:

6 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos procesales de la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad en los recursos contenciosos-administrativos de anulación”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 129.

“El Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso de nulidad:

- 1.- Cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del recurrente;
- 2.- Cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa;
- 3.- Cuando exista un recurso paralelo;
- 4.- Cuando concurra alguna de las circunstancias señaladas en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º del artículo 84 de esta Ley o en la primera parte del artículo 5º del mismo artículo.

El auto que declare inadmisibile la demanda será motivado y contra el mismo podrá apelarse, para ante la Sala, dentro de las cinco audiencias siguientes”.

La importancia del auto de admisión en el contexto del proceso contencioso-administrativo, a partir de las normas de los artículos 84 y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, fue resaltada por la doctrina. Señalaría al respecto Allan R. Brewer-Carías:

“Dentro del procedimiento contencioso-administrativo regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, sin duda, los aspectos relativos a la admisión de los recursos y a sus condiciones de admisibilidad ocupan una parte esencial, por su importancia y efectos procesales. Puede decirse que, hasta cierto punto, la fase de la admisibilidad se ha constituido en la base de todo el proceso que se desarrolla ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la decisión que en ella se adopta va a condicionar todo el procedimiento ante estos tribunales especiales”⁷.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 también va a otorgar potestad al juez (al Juzgado de Sustanciación, concretamente) para pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda (artículo 19).

7 “Aspectos procesales de la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad en los recursos contencioso-administrativos de anulación”, cit., p. 129. Como ha resaltado el mismo Brewer-Carías, para la regulación de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se apoyó en los criterios jurisprudenciales que habían sido ya señalados por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa. Véase “Aspectos procesales de la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad en los recursos contencioso-administrativos de anulación”, cit., pp. 129-131. De hecho, Brewer-Carías relata que antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, la Corte Suprema se pronunciaba sobre la admisibilidad del recurso con ocasión de la sentencia de fondo, es decir, una vez sustanciado por entero el proceso. Y que la primera ocasión en la que en el contencioso-administrativo se plantearía un pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso al principio del proceso, y no en la sentencia de fondo, sería con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de noviembre de 1974 (Véase “Aspectos procesales de la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad en los recursos contencioso-administrativos de anulación”, cit., p. 132). Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 346 a 370.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa va a señalar las distintas causales de inadmisión, en un sentido muy similar al régimen de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976:

“Artículo 35. Inadmisibilidad de la demanda. La demanda se declarará inadmisibile en los supuestos siguientes:

1. Caducidad de la acción.
2. Acumulación de pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.
3. Incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa.
4. No acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad.
5. Existencia de cosa juzgada.
6. Existencia de conceptos irrespetuosos.
7. Cuando sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley”.

Como puede observarse, la facultad otorgada al Juez para pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad no sólo fue una innovación en el ámbito del contencioso-administrativo con respecto al régimen procesal civil, sino que en el sistema contencioso-administrativo al Juez se le reconocen más causales por las cuales declarar la inadmisibilidad de la demanda.

En ese sentido, si se quiere, en el proceso civil ordinario, los poderes del Juez en cuanto a la admisión de la demanda son limitados, porque conforme al artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, el Juez sólo puede declarar de oficio la inadmisibilidad si la demanda incurre en algunas de esas tres causales allí previstas, si bien la última causal remite a otras causales que puedan establecerse en otras Leyes.

Por el contrario, en el ámbito del contencioso-administrativo, el ámbito de decisión del juez en cuanto a la admisibilidad es más amplio, porque, por ejemplo, en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se señalan hasta 6 causales de inadmisibilidad adicionales a las previstas en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil⁸.

8 Cfr. Leopoldo Márquez Añez, “Aspectos procedimentales en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, cit., pp. 209 y 212-213.

III. RÉGIMEN DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA DE NULIDAD EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Lapso para el pronunciamiento sobre la admisión. Remisión

Conforme a lo previsto en los artículos 36 y 77 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Juez dispondrá de los tres días de despacho siguientes a la recepción de la demanda para su pronunciamiento. Sin embargo, este aspecto necesitará un tratamiento particular más adelante.

2. El ámbito del pronunciamiento sobre la admisión: los requisitos de la demanda y las causales de inadmisibilidad

Ahora bien, esta facultad del Juez está delimitada en dos sentidos: por una parte, por los requisitos de la demanda y, por otra parte, por las expresas causales de inadmisibilidad que señale la Ley procesal de modo taxativo, como se ha advertido. Es en este sentido en el que el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que “Si el tribunal constata que el escrito no se encuentra incurso en los supuestos previstos en el artículo anterior y cumple con los requisitos del artículo 33, procederá a la admisión de la demanda, dentro de los tres días de despacho siguientes a su recibo”.

Por ello, en primer término, la demanda debe cumplir con los requisitos de la demanda previstos en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que están dirigidos a exigir el cumplimiento de unos elementos mínimos y fundamentales para que el Juez pueda entrar a conocer de la demanda. A diferencia del proceso civil, en el cual el Juez no debe examinar requisitos de la demanda, sino limitarse a inadmitir sólo si se incurre en alguno de los supuestos del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, en el régimen contencioso-administrativo, el Juez debe examinar el cumplimiento de los requisitos de la demanda, junto con el análisis sobre si ésta incurre en causales de inadmisibilidad⁹.

9 Véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte general)*, Editorial Texto, Caracas, 2009, p. 173-174.

En efecto, en segundo término, el Juez sólo podrá declarar como inadmisibile la demanda que incurra en alguna de las causales de inadmisibilidad previstas en la Ley. En este sentido, el Juez se encuentra vinculado al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad a las expresas causales previstas en la Ley procesal, sin que pueda por ello declarar la admisibilidad si la demanda de nulidad incurre en alguna de las causales de inadmisibilidad, o sin que pueda declarar la inadmisibilidad por una causal extraña a las previstas en la Ley procesal. En el caso del proceso civil ordinario, las tres causales previstas en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, mientras que en el caso del contencioso-administrativo, las causales previstas en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero no sólo las causales de admisibilidad son taxativas, sino que su interpretación debe ser de carácter restrictivo. Por ello, no cabe realizar interpretaciones de corte expansivo de los supuestos que pueden ser considerados como causales de inadmisibilidad, como inmediatamente se verá.

3. Corrección de la demanda

Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si el escrito de la demanda resultare ambiguo o confuso, el Juez concederá al demandante tres días de despacho para que lo corrija, indicándole los errores u omisiones que se hayan constatado. Si los errores son subsanados, el tribunal decidirá sobre la admisión dentro de los tres días de despacho siguientes.

Por ello, si el Juez considera que la demanda contiene errores subsanables, debe proceder a aplicar esta expresión de “despacho saneador” antes de decidir la inadmisión de la demanda¹⁰.

4. La interpretación amplia de la admisibilidad como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva

En todo caso, para asegurar el respeto a la garantía del derecho al acceso a la justicia (artículo 26 de la Constitución), los criterios para decidir la admisibilidad de la demanda deberían ser amplios: en caso de duda, corresponderá admitir la demanda para que, luego de sustanciado el proceso, el Juez tome la decisión

¹⁰ Véase Jorge Kiriakidis Longhi, *El contencioso administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Funeda, Caracas, 2013, pp. 62-63.

correspondiente acerca de la pretensión aducida, con todos los elementos de hecho y de Derecho recabados durante el proceso.

Por ello, al pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad, el Juez contencioso-administrativo debe tomar su decisión en atención al principio *pro actione*, favoreciendo el ejercicio de la acción, salvo que sea claro que debe declarar inadmisibile la demanda. Tal ha sido el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 5.043 de 15 de diciembre de 2005, caso *Alí Rivas y otros*, al hacer referencia a la admisibilidad de la demanda:

“Así pues, debe destacarse que el alcance del principio *pro actione*, debe entenderse como que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que ‘(...) *el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia*’ (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.064/2000 del 19 de septiembre)”.

5. El problema de la apelación del auto de admisión de la demanda de nulidad

Bajo el régimen de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 84), la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia entendió originalmente que sólo procedía la apelación respecto del auto que declarara inadmisibile la demanda, en la medida en la que el último párrafo de ese artículo 84 sólo se refería a la apelación por ese motivo. En ese sentido, en la medida en la que la norma sólo preveía expresamente la apelación del auto que inadmitía el recurso, se concluyó que sólo esa decisión podía ser objeto de apelación.

Sin embargo, el criterio de la Sala Político-Administrativa sería modificado¹¹, para permitir también la apelación del auto de admisión, en el entendido que esa era una decisión que ciertamente podía afectar los derechos o intereses de una de las partes o interesados¹². Así, por ejemplo, en la sentencia N° 1735 de 27 de julio de 2000, se advertiría:

11 A partir de la sentencia N° 1735 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 27 de julio de 2000, caso *Juan Eduardo Adellán*. Véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte general)*, cit., p. 215.

12 En la doctrina, véase, entre otros, José Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1996, p. 486; Efrén E. Navarro C., “Nuevas peculiaridades del juicio contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos de efectos particulares: la apelación del auto de admisión del recurso y del auto de admisión de las pruebas”, en *El contencioso administrativo hoy. Jornadas 10° aniversario*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo,

“es menester observar que en materia civil ordinaria, el auto que declara la admisión no resulta apelable, porque se tiene una oportunidad y un procedimiento establecido para controlar la admisión, que viene a ser todo el régimen de las cuestiones previas, por lo que cualquier oposición a la admisión se verifica en la oposición de cuestiones previas. En el contencioso administrativo, se plantean dos hipótesis: la primera, es seguir la misma regla del Código de Procedimiento Civil y por tanto no apelar, porque la admisión no causa un gravamen irreparable; sin embargo, esta Sala debe recordar que en el contencioso administrativo las cuestiones previas opuestas, como regla general, se deciden como punto previo en la sentencia definitiva, y en consecuencia, hay que llevar todo el procedimiento y el demandado sí podría sufrir un grave daño con la admisión. (...) De ello concluye este órgano jurisdiccional que no existe ninguna disposición de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que prohíba la apelación del auto de admisión, y evidentemente el sentido del artículo 97 antes mencionado, es regular aquellas situaciones en las que puede existir apelación, pero que la ley no las consagró directamente (...) Por tanto, como una medida saneadora del procedimiento, en criterio de este Máximo Tribunal, es preferible oír la apelación y decidirla en quince (15) días de audiencia, para que posteriormente el procedimiento siga su curso normal, en virtud de la aplicación del artículo 97 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”.

Esa solución sería la acogida por el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que permitirá la apelación tanto de la decisión de inadmisión como de la admisión, si bien ésta última a un solo efecto. Por ello, conforme al criterio de la Sala Político-Administrativa que ésta había fijado, conforme al régimen de esa Ley, tanto el auto que inadmite como el que admite la demanda de nulidad, será objeto de apelación por el interesado afectado por la decisión.

6. El pronunciamiento sobre la inadmisibilidad fuera del lapso previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Conforme al artículo 77 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Caracas, 2004, p. 250; Desiré Ríos, “Ejercicio del recurso ordinario de apelación contra el auto de admisión de la demanda en el Contencioso Administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 15, mayo-diciembre, 2002, Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte general)*, cit., pp. 216-217 y Gabriel Trujillo Ramírez y Giuseppe Rosito Arbía, “Breves notas sobre la posibilidad de apelar del auto de admisión en el recurso contencioso administrativo de anulación”, cit., p. 326.

“El tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de la demanda dentro de los tres días de despacho siguientes a su recepción”.

Como se señaló anteriormente, la justificación del pronunciamiento de admisibilidad es evitar la sustanciación de un proceso que no tiene posibilidades de llegar a término favorable para quien lo ha iniciado. En ese sentido, como se advirtió, el trámite de admisibilidad es un instrumento para la economía procesal.

Por ello, y en atención a esa función que le corresponde al trámite de admisibilidad de evitar un proceso inútil, se fija un lapso determinado para el pronunciamiento, desde luego, al inicio del proceso.

Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que el pronunciamiento sobre la admisibilidad sea realizado en otros momentos del proceso diferentes al propio de la admisibilidad. De hecho, se ha entendido que en la medida en que las causales de inadmisibilidad son de orden público, el Juez puede analizarlas en cualquier estado y grado del proceso. Por ejemplo, entre otras, en la sentencia N° 2.134 de la Sala Político-Administrativa de 9 de octubre de 2001, caso *Estación de Servicio La Guiría*, se advertirá:

“esta Sala observa que contrariamente a lo señalado por el a quo, la revisión de las causales de admisibilidad, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia reiterada de este Supremo Tribunal, procede en cualquier estado y grado de la causa por ser dichas causales de orden público. A tal efecto, puede el Juez revisar si una acción es admisible en cualquier momento, aun culminada la sustanciación de la causa en el momento de dictar sentencia definitiva”.

Con lo cual, ha sido pacífico en la jurisprudencia que si bien se otorga un plazo para que el Juez se pronuncie sobre la admisión de la demanda, luego el Juez puede decidir sobre la admisibilidad en cualquier estado y grado del proceso, aún después de vencido el plazo de admisión, es decir, aun habiendo sido admitida la demanda¹³, para lo cual se aplicará lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁴.

13 Véase, entre otros, Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte general)*, cit., pp. 216-217, nota 180 y Gabriel Trujillo Ramírez y Giuseppe Rosito Arbía, “Breves notas sobre la posibilidad de apelar del auto de admisión en el recurso contencioso administrativo de anulación”, cit., p. 327. En contra de la posibilidad de decidir sobre cuestiones de admisibilidad luego de haber precluido el plazo de admisión de la demanda se pronunciarían tempranamente Leopoldo Márquez Añez, “Aspectos procedimentales en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, cit., pp. 215 y 216 y, con una posición más matizada, Aristides Rengel Romberg, “El auto de admisión del recurso contencioso-administrativo de anulación en el sistema de la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela”, cit., pp. 172-173.

14 De hecho, por ejemplo, el último párrafo del artículo 162 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario permite la oposición (no la apelación) al auto de admisión, la cual será decidida en la sentencia definitiva.

La solución tradicional adoptada por la jurisprudencia plantea, ciertamente, algunos problemas a considerar. Por una parte, no es marginal el argumento conforme al cual las exigencias de orden procesal y seguridad jurídica podrían exigir que el lapso para pronunciarse sobre la admisión se restrinja estrictamente al fijado al inicio del proceso. Por otra parte, abre la compuerta para que el Juez decida el fondo de un asunto instrumentalizando para ello las causales de inadmisibilidad. También, podría suponer una violación al derecho a la doble instancia, en la medida en la que una decisión de inadmisibilidad dictada, por ejemplo, por la propia Sala Político-Administrativa, no sería revisable en apelación, como sí lo es naturalmente la decisión de admisión o inadmisión tomada por el Juzgado de Sustanciación en el lapso determinado para ello en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme a lo previsto en el artículo 36 de esa Ley.

IV. La declaración de inadmisibilidad fundamentada en razones de fondo en la jurisprudencia reciente

1. Introducción

La declaración de inadmisibilidad fundamentada en razones de fondo en alguna sentencia reciente, plantea de nuevo la necesidad de precisar los conceptos sobre este problema.

Para ello, haremos referencia a la sentencia N° 882 de la Sala Político-Administrativa de 3 de agosto de 2016, caso *CEDICE*, a través de la cual la Sala Político-Administrativa decidió declarar la inadmisibilidad de una demanda de nulidad interpuesta contra un acto administrativo cuando el proceso se encontraba en fase de “vistos”, es decir, para que la Sala dictara la correspondiente sentencia de fondo. En ese pronunciamiento, como se verá, la sentencia declarararía inadmisibile la demanda al pronunciarse, paradójicamente, sobre un asunto de fondo, impropio como tal de un examen de admisibilidad.

2. La declaración de inadmisibilidad después de “vistos” en la sentencia N° 882 de 3 de agosto de 2016

El caso consistió en una demanda de nulidad junto con solicitud de amparo cautelar y suspensión de efectos de un acto administrativo dictado por la

CONATEL, por el cual se ordenó a varios prestadores de servicios de telecomunicaciones que se abstuvieran de difundir las propagandas que conformaban la campaña “En Defensa de la Propiedad”.

Tal y como se relata en la propia sentencia, el 10 de agosto de 2010 el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia admitió el recurso conforme a lo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Luego de declararse improcedente el amparo cautelar solicitado y la suspensión de efectos solicitada, se fijó la audiencia de juicio.

Pero, al momento de decidir el fondo del asunto, la sentencia va a declarar inadmisibile la demanda, revocando el auto del Juzgado de Sustanciación que había declarado la admisibilidad de la demanda. En efecto, va a señalar la sentencia que

“Antes de pasar a analizar los alegatos de los recurrentes, es preciso dilucidar la solicitud de declaratoria de inadmisibilidad del recurso de nulidad formulada por los representantes de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) quienes afirman que mediante la providencia impugnada se dio inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio y se adoptó una medida cautelar temporal, que se está recurriendo de un acto de mero trámite que no prejuzga como definitivo, no causa indefensión ni mucho menos pone fin al procedimiento, por lo que –en su criterio debe declararse inadmisibile el presente recurso. En apoyo de lo expuesto citó parcialmente sentencias de esta Sala números 0659 y 0022, de fechas 24 de marzo de 2000 y 13 de febrero de 2001, respectivamente, relativas a los actos de trámite”.

La sentencia va entonces a señalar que el acto administrativo recurrido constituye una medida cautelar administrativa, en la medida en la que ordenó a varios prestadores de servicios de telecomunicaciones que se abstuvieran de difundir las propagandas que conformaban la campaña “En Defensa de la Propiedad”. Y que, en tanto medida cautelar administrativa, constituye un acto de trámite, y no un acto definitivo. Señala en este sentido la sentencia:

“Conforme al fallo citado las medidas cautelares administrativas son actos de trámite de naturaleza cautelar que no tienen carácter definitivo ni van al fondo del asunto debatido, dictadas mientras se sustancia el procedimiento que culminará con la decisión que resuelva el asunto.

Dichas medidas cautelares siendo actos de mero trámite son irrecurribles, sin embargo, conforme a uno de los fallos citados (Sentencia N° 01289 de fecha 23 de septiembre de 2009) ello no implica una irrevisibilidad absoluta, dado que sus eventuales vicios pueden ser denunciados en vía administrativa cuando se interpongan los recursos administrativos correspondientes contra el acto definitivo que ponga fin al procedimiento”.

Como se recordará, conforme al régimen del artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sólo pueden ser recurridos (i) los actos definitivos; (ii) los actos (de trámite) que imposibiliten la continuación del procedimiento; (iii) los actos (de trámite) que causen indefensión, y (iv) los actos (de trámite) que prejuzguen como si fueran definitivos.

Pero luego de señalar que el acto se trata de un acto de mero trámite, la sentencia va a advertir que ese acto de trámite no encuadraría en ninguno de los tres supuestos de actos de trámite recurribles a los cuales hace referencia el artículo 85 de la LOPA:

“Como puede observarse el acto administrativo recurrido no encuadra en ninguna de las tres (3) excepciones previstas en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que permiten la revisión ante la vía jurisdiccional de los actos de trámite, por lo que dicho acto no es susceptible de impugnación”.

Y la fundamentación de la declaración de inadmisibilidad se va a ubicar en que en la medida en la que el acto recurrido es un acto de trámite que supuestamente no supone ninguna de las causales de recurribilidad, la demanda habría incurrido en el supuesto del numeral 7 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“En virtud de las precedentes consideraciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 35 (numeral 7) de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de acuerdo al fallo citado, esta Sala declara inadmisibile el presente recurso de nulidad. Así se decide”.

En consecuencia, la sentencia va a proceder a revocar el auto de admisión que había sido dictado al inicio del proceso por el Juzgado de Sustanciación, para entonces declarar la inadmisibilidad:

“Finalmente, se observa que el Juzgado de Sustanciación admitió el recurso de nulidad mediante auto del 10 de agosto de 2010. Empero, esa admisión pronunciada por el juez sustanciador, conforme a la doctrina de esta Sala, no es vinculante cuando, como en el presente caso, al momento de decidirse el fondo de la controversia sea detectada una causal de inadmisibilidad (véase entre otras, sentencia N° 0406 de fecha 31 de marzo de 2011). En consecuencia, se revoca el referido auto dictado por el Juzgado de Sustanciación el 10 de agosto de 2010. Así se determina”.

En resumen: la sentencia centra la discusión en torno a si el acto recurrido es o no un acto de trámite, y si siendo un acto de trámite puede o no ser recurrido conforme a los supuestos previstos en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Y una vez que considera que se trata de un acto de trámite que no encuadra en los supuestos de actos de trámite recurribles, lo declara

inadmisible, después de “vistos”, porque supuestamente la demanda de nulidad habría incurrido en la causal de inadmisibilidad del numeral 7 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. La declaratoria de inadmisibilidad fundamentada en razones de fondo

Conforme a lo expuesto, la sentencia acogió el criterio tradicional de la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa sobre la facultad del Juez contencioso-administrativo de pronunciarse sobre la admisión de la demanda en cualquier estado y grado de la causa. En el caso analizado, de hecho, el pronunciamiento de inadmisibilidad se realizó nada menos que en la etapa de “vistos”.

Pero lo particularmente delicado del precedente analizado, es que la decisión sobre la admisión se realizó sobre un aspecto que ameritaba la sustanciación del proceso y que, como tal, constituía una decisión sobre el fondo, que sólo podía resolverse en la decisión definitiva, pero, precisamente, como un asunto de fondo.

En efecto, como hemos señalado, conforme al régimen del artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el principio general es que el acto de trámite no es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, como se deriva de esa norma, ese principio general admite tres excepciones: serán recurribles (i) los actos (de trámite) que imposibiliten la continuación del procedimiento; (ii) los actos (de trámite) que causen indefensión, y (iii) los actos (de trámite) que prejuzguen como si fueran definitivos.

Pero la decisión sobre si un acto de trámite incurre en alguno de los supuestos del artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es una decisión de fondo, que sólo puede tomarse si se sustancia el proceso contencioso-administrativo de nulidad de ese acto. No es suficiente un análisis que sólo puede ser superficial al momento de admitir la demanda.

Ninguna de las causales del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa faculta al Juez para declarar inadmisibile una demanda porque se haya recurrido un acto de trámite que no incurra en los supuestos del artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En ese sentido, una decisión en base a si un acto de trámite no incurre en los supuestos del artículo 85 es una decisión sobre el fondo que no puede ser ponderada con ocasión de la admisión.

En nuestra opinión, por ello, se desnaturalizó en el caso referido el pronunciamiento de admisibilidad, al realizarlo no sólo sobre una razón que no es una causal de inadmisibilidad prevista en la Ley, sino que suponía una decisión de fondo, impropia de una decisión de admisibilidad, aun cuando fuera pronunciada después de “vistos”.

¿SE JUSTIFICA PRESERVAR A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA? Apuntes para una reforma de la justicia constitucional

José Ignacio Hernández G¹.
A la memoria del profesor Dr. D. Francisco Rubio Llorente²

RESUMEN:

Durante el año 2016, los excesos cometidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en contra de la Asamblea Nacional pusieron en evidencia la necesidad de repensar el sistema de control judicial de la Constitución

PALABRAS CLAVES:

justicia constitucional, Asamblea Nacional, Sala Constitucional

ABSTRACT:

During 2016, the excesses committed by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal against the National Assembly demonstrated the need to rethink judicial review in Venezuela.

KEYWORDS:

judicial review, National Assembly, Constitutional Chamber

-
- 1 Profesor de Derecho Administrativo y de la Maestría de Derecho Constitucional en Universidad Católica Andrés Bello. Director de la Revista de la Facultad de Derecho
 - 2 El profesor Dr. Francisco Rubio Llorente, eminente catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, desarrolló parte de su carrera en la Universidad Central de Venezuela, dejando entre nosotros un importante legado en Derecho Constitucional y especialmente, en la teoría general de la justicia constitucional. Durante mi estancia doctoral en la Universidad Complutense pude conocerlo, llegando a desempeñarse incluso como Jurado de mi Tesis doctoral, dirigida por su amigo y catedrático profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer. La muerte del profesor Rubio Llorente, en enero de 2016, dejó un hondo vacío en el Derecho Constitucional Iberoamericano.

INTRODUCCIÓN

La elección de la Asamblea Nacional en diciembre de 2015, que otorgó el control del Poder Legislativo a la coalición de oposición, evidenció las deficiencias del control judicial de la Constitución en Venezuela. De esa manera, la Sala Constitucional, partiendo de su deficiente marco institucional, y apoyada en su jurisprudencia que expandió vorazmente sus funciones, obstruyó el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional en un claro exceso de control judicial. Como consecuencia de ello, la Sala Constitucional propició un golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional, que agravó la crisis política en Venezuela.

El estudio de las diversas sentencias de la Sala Constitucional dictadas durante el año 2016 debe efectuarse con cautela, por se trata ciertamente de un período excepcional que no refleja las condiciones normales de funcionamiento de la justicia constitucional. Sin embargo, los excesos cometidos en este período permiten evidenciar la existencia de fallas en el diseño de esa justicia constitucional, que convergieron en la configuración de un poder —la Sala Constitucional— contrario a la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público. En la práctica, la Sala Constitucional no solo es el tribunal de mayor jerarquía en Venezuela —superior incluso al propio Tribunal Supremo de Justicia— sino que además, es un órgano que acumula diversas funciones que pasan no solo por el control jurisdiccional de los Poderes Públicos, sino además, por el ilegítimo ejercicio de la función legislativa y la ilegítima sustitución de la deliberación política propia del Poder Legislativo. En tales términos, la Sala Constitucional desnaturaliza el principio de separación de poderes, promoviendo la concentración de poderes que deriva en un poder despótico, esto es, un poder que no tiene origen popular y que concentra el ejercicio de las funciones del poder público.

La desnaturalización de la justicia constitucional y la degeneración de la Sala Constitucional quedaron en evidencia en 2016 ante una circunstancia esencialmente política: el control del Poder Legislativo por la coalición de oposición llevó a la Sala Constitucional a impedir el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional. Pero ello solo pudo ser posible debido al propio marco institucional que, partiendo de la ambigüedad de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y apoyada en una jurisprudencia voraz, ya había convertido a la Sala Constitucional, como se dijo, en el supremo órgano del Estado.

El año 2016 deja, entonces, varias lecciones para el Derecho Constitucional venezolano, y entre ellas, los riesgos que a la democracia supone el sistema de justicia constitucional venezolano. Un sistema ciertamente amplio, tanto por los

métodos de control judicial de la Constitución, como por la legitimación activa necesaria para activar el llamado control concentrado, cuyo ámbito de revisión es, igualmente, amplísimo. Tal amplitud, repleta de ambigüedades en el propio Texto de 1999, hace de la Sala Constitucional una figura incompatible con el Estado democrático de Derecho.

Frente a esta conclusión, expuesta en detalle en este ensayo, esbozamos las líneas de reformas que podrían adoptarse. De antemano, surge una clara disyuntiva: mantener el sistema mixto de justicia constitucional o reducirlo al control difuso de la Constitución. De mantenerse el actual sistema mixto, resulta imperioso introducir reformas en el funcionamiento del control concentrado, tanto desde la naturaleza del órgano llamado a ejercer dicho control, como en cuanto a su organización, competencias y facultades.

Así, la experiencia del año 2016 pone en evidencia que la reforma de la justicia constitucional es uno de los temas de urgencia que deberían ocupar a nuestro Derecho Constitucional, pues insistimos, las características de tal sistema son incompatibles con los fundamentos republicanos del Derecho Constitucional venezolano. Tal es la reflexión final que este ensayo introductorio pretende sostener.

I. Las condiciones que favorecieron el abuso de poder de la sala constitucional durante el año 2016

El análisis crítico del desempeño de la Sala Constitucional durante el año 2016 no puede analizarse de manera aislada. Por el contrario, tal desempeño fue influenciado por el *inadecuado marco institucional de esa Sala*, y por la *expansión progresiva de sus competencias a través de su jurisprudencia*. Ambas condiciones habían convertido a la Sala Constitucional en un órgano que concentraba diversas funciones al margen de cualquier tipo de control, para cuando la Asamblea Nacional fue electa el 6 de diciembre de 2015. Con lo cual, los excesos en los que incurrió la Sala Constitucional desde ese mismo mes de diciembre, no fueron más que la aplicación de los criterios desarrollados desde el 2000, al amparo de un muy impreciso marco institucional.

1. El inadecuado marco institucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

A. Situación de la justicia constitucional en Venezuela a finales del siglo XX. Las cuestiones políticas y la justicia constitucional

Ya para finales del siglo XX, la doctrina venezolana había señalado la consolidación de un *sistema mixto de control judicial de la Constitución*, compuesto por el control difuso y el control concentrado, y basado en el principio de *supremacía de la Constitución*. Al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico, corresponde al Poder Judicial controlar esa supremacía, desaplicando al caso concreto la Ley que contradiga la Constitución –control difuso– o declarando la nulidad de la Ley contraria a la Constitución –control concentrado. En cuanto a los orígenes históricos de ese sistema, se ha concluido que el control concentrado fue inaugurado en la Constitución de 1858, mientras que el control difuso fue reconocido en el Código de Procedimiento Civil de 1897³.

Puede afirmarse que el *control judicial de la Constitución* constituye uno de los paradigmas básicos de nuestro Derecho Constitucional. La doctrina venezolana no objetó la pertinencia de asignar al Poder Judicial el control de la Constitución a través del señalado sistema mixto, siquiera, a la luz del principio de separación de poderes. En palabras de José Guillermo Andueza⁴:

“Ahora bien, los partidarios de la separación rígida de poderes encuentran en la creación de un órgano encargado de ejercer la función constitucional, una violación al tan discutido principio (...) para fundamentar su afirmación, argumental que la función que realiza el órgano de la jurisdicción constitucional, no es esencialmente de naturaleza judicial sino legislativa ya que al anular la ley realiza un acto de carácter general, igual al que realiza el legislador al revocar el acto legislativo (...)

A esta doctrina debemos replicar que la anulación no puede ni debe confundirse con la derogación o abrogación de leyes. La función jurisdiccional tiene por objeto hacer que los otros poderes observen el Derecho, y para ello el constituyente ha puesto a su disposición un medio eficaz y radical para hacer observar la Constitución, la nulidad...”.

3 Por todos, vid. Brewer-Carías, Allan, *Justicia constitucional. Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo VI*. Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 81 y ss.

4 Andueza Acuña, José Guillermo, *La jurisdicción constitucional en el Derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho, Caracas, 1974, pp. 27 y ss.

Sin embargo, también se reconoció –Humberto J. La Roche– que el principio de separación de poderes exigía respetar una suerte de *deferencia del Poder Legislativo* a través de la “presunción de Constitucionalidad”. Esto quiere decir que el rol del Poder Judicial se circunscribe a declarar la colisión entre la norma legal y la Constitución más allá de toda duda razonable. Tal colisión únicamente puede ser declarada ante una inconstitucionalidad determinada racionalmente y siempre de manera al específico vicio detectado. Por lo tanto, la colisión no puede basarse en la interpretación de las llamadas “cuestiones políticas”⁵.

Esta última afirmación coloca el énfasis en una de las cuestiones más problemáticas de la justicia constitucional⁶, cual es la relación entre esas cuestiones políticas y el rol que ha de cumplir el Tribunal encargado del control concentrado de la Constitución⁷. En Venezuela, la conexión entre las cuestiones políticas y el control concentrado de la constitucionalidad quedó en evidencia por el reconocimiento de una “acción popular” para demandar la nulidad de cualquier Ley, asumiendo que tal acción popular es un mecanismo de colaboración ciudadana en el restablecimiento de la Constitución⁸.

Dos áreas de conflicto, al menos, pueden apreciarse en este sentido. Por un lado, encontramos el conflicto entre el rol de la justicia constitucional y el principio de separación de poderes, por los riesgos derivados de la invasión de funciones propias del Poder Legislativo (y en ciertos supuestos, del Poder Ejecutivo) por parte de la justicia constitucional. De otro lado, encontramos el conflicto entre justicia constitucional y democracia, en la medida en que el control concentrado de la Constitución puede implicar la revisión y eventual adopción de decisiones políticas propias del debate parlamentario por un órgano judicial que no tiene legitimidad democrática directa⁹.

5 La Roche, Humberto, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y en Estados Unidos*, Universidad del Zulia-Facultad de Derecho, Maracaibo, 1972, pp. 43 y ss.

6 Aquí se asume una noción funcional de justicia constitucional, entendida como el control judicial de la constitucionalidad del Poder Público, dentro de lo cual se incluye la específica competencia del control concentrado de la constitucionalidad. Cft.: Canova González, Antonio, *El modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, pp. 21 y ss.

7 Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, p. 66.

8 Briceño León, Humberto, *La acción de inconstitucionalidad en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 136 y ss.

9 Estos conflictos han sido tradicionalmente señalados en el estudio de la justicia constitucional, sin que sea objeto de este ensayo ahondar en esas consideraciones. Como referencia general, podemos citar a Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 197 y ss. Para el caso venezolano véase a Casal, Jesús María, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en *La jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 105 y ss.

La relación entre justicia constitucional y política es uno de los temas tradicionales dentro del Derecho Procesal Constitucional. Como resume Fix Zamudio, desde el inicial debate entre Schmitt y Kelsen en torno a la existencia y alcance del control judicial de la constitucionalidad de decisiones políticas, la tendencia ha sido la de ampliar el ámbito de ese control judicial, como solución apoyada en la tesis del carácter normativo de la Constitución y del principio según el cual no pueden haber actos del Poder Público excluidos del control judicial¹⁰.

En Venezuela, para fines del siglo XX la relación entre justicia constitucional y política no implicó un tema de especial preocupación. Tampoco evidenciamos algún tipo de objeción a la configuración del sistema mixto y, en especial, al ejercicio del control concentrado por la Corte Suprema de Justicia. Ello, a pesar de que tal control concentrado no fue reconocido en nuestra primera Constitución de 1811, que estableció las bases de nuestro Estado de Derecho. Según Polanco, ello respondió a la preocupación de los constituyentes de 1811 de asignar el control de la Constitución al Poder Judicial, en especial, para declarar la inconstitucionalidad de la Ley¹¹. A fines de siglo XX, en todo caso, el Derecho Constitucional venezolano mostraba gran confianza en cuanto a nuestro amplio sistema de justicia constitucional.

B. La justicia constitucional y su inadecuado marco institucional en la Constitución de 1999

La Constitución de 1999 mantuvo, en su esencia, el sistema mixto de justicia constitucional¹². De esa manera, el control de la Constitución se reconoció como facultad propia del Poder Judicial, distinguiendo entre (i) el control difuso, que corresponde ejercerlo a todo Juez, y (ii) el control concentrado, regulado como función privativa de una de las Salas en las cuales se organiza el Tribunal

10 Fix Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 559 y ss. Véase, desde Venezuela, a Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 17 y ss. Véase nuestras consideraciones en Hernández G., José Ignacio, “Justicia constitucional y poder político en Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2016, pp. 75 y ss.

11 Tomás Polanco analizó los mecanismos de control del poder en la Constitución de 1811, en *Las formas jurídicas en la Independencia*, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1962, pp. 63 y ss. Véase nuestro estudio Hernández G., José Ignacio, “Constitución y control judicial del poder en Venezuela: breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público N° 142*, Caracas, 2015, pp. 65 y ss.

12 Sobre el sistema de justicia constitucional de la Constitución de 1999, por todos, vid. Brewer-Carías, Allan, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 7 y ss.

Supremo de Justicia, a saber, la Sala Constitucional. Es importante advertir que la estructura constitucional del Poder Judicial mantuvo la tradición consistente en establecer una organización jerárquica, en la cual el Tribunal Supremo de Justicia –compuesto por cinco Salas– es el máximo tribunal del país y, en tal condición, le corresponde actuar como máximo y último intérprete de la Constitución de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución.

Sin embargo, el marco institucional de la Sala Constitucional fue bastante impreciso, en tanto dejó abiertas diversas lagunas que fueron progresivamente suplidas por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. A través de esa jurisprudencia, la Sala Constitucional transformó su naturaleza y funciones, convirtiéndose en el supremo órgano de todos los Poderes Públicos en Venezuela. En tal sentido, podemos identificar dos fuentes principales que marcaron la imprecisión de ese marco institucional.

a. La imprecisión en cuanto a la naturaleza de la Sala Constitucional

La primera fuente de la imprecisión del marco institucional de la justicia constitucional la encontramos en la contradicción sobre la ***naturaleza de la Sala Constitucional***. En efecto, según el artículo 253 de la Constitución de 1999, el sistema de justicia en Venezuela está conformado por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales determinados en la Ley. El Tribunal Supremo de Justicia, por ello, se ubica en la cúspide del Poder Judicial en Venezuela. De acuerdo con el artículo 262 constitucional, el Tribunal funcionará en Sala Plena, o sea, con la integración de todos sus magistrados. A su vez, y de acuerdo con la competencia por la materia, el Tribunal se organiza en cinco Salas, una de las cuales es la Sala Constitucional. De acuerdo con el artículo 266 de la Constitución, las atribuciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo de Justicia se dividen asignando competencias a la Sala Plena y a las cinco Salas del Tribunal de acuerdo con el criterio de competencia material¹³.

A la Sala Constitucional corresponde, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 266 precitado, “*ejercer la jurisdicción constitucional*”. Esta jurisdicción constitucional quedó especialmente regulada en el Título VIII de la Constitución,

13 En general, sobre la organización constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, vid. Brewer-Carías, Allan, “Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimiento constitucionales y contencioso electorales”, en *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, 2010, pp. 9 y ss.

denominado “De la protección de esta Constitución”¹⁴. Esta competencia colide con lo dispuesto en el citado artículo 335 de la Constitución, que en su primera frase, afirma que “*el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”. Por ello, también, la segunda frase de ese artículo sostiene que el Tribunal Supremo de Justicia “*será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación*”. Esto quiere decir que el artículo 335 asignó al Tribunal Supremo de Justicia el rol de máximo y último intérprete de la Constitución, mientras que el artículo 266, numeral 1, asignó a la Sala Constitucional la competencia para “*ejercer la jurisdicción constitucional*”. ¿Cómo compatibilizar ambas funciones?

Esa duda fue resuelta en la –ilegítima– exposición de motivos de la Constitución de 1999, de acuerdo con la cual la Sala Constitucional tiene el “carácter” y las “competencias” que “*tiene en Derecho Comparado cualquier Corte o Tribunal Constitucional*”. Es decir, que la Sala Constitucional, según esa exposición de motivos, se equiparó a un Tribunal Constitucional, prevalente incluso al Tribunal Supremo de Justicia en lo que respecta a la interpretación constitucional. Por ello, de acuerdo con esta exposición de motivos, la función ya comentada del Tribunal Supremo de Justicia de “*garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*” en su condición de “*máximo y último intérprete de la Constitución*” solo puede ejercerse por medio de la Sala Constitucional¹⁵.

Esta interpretación aparece avalada por la tercera frase del citado artículo 335, la cual trastocó los principios reconocidos en las dos primeras frases de esa norma, al señalar que “*las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*”. Esto es, que a pesar de que el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y último intérprete de la Constitución, las interpretaciones de la Sala Constitucional fueron consideradas vinculantes para todo el Poder Judicial, incluyendo al resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

14 La expresión “jurisdicción constitucional”, en el caso venezolano, luce equívoca, en tanto la Constitución asumió un sistema de control jurisdiccional de la Constitución desde el Poder Judicial, con lo cual se trata de un sistema de justicia constitucional.

15 Para una crítica de este marco institucional, vid. Delgado, Francisco, *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*, Serie Trabajos de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, primera edición, pp. 141 y ss. Véase previamente lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “Constitución y control judicial del poder en Venezuela. Breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público* N° 142, Caracas, 2015, pp. 65 y ss.

El resultado de esta interpretación, avalada en su momento por un sector de la doctrina venezolana¹⁶, fue que la Sala Constitucional, en la práctica, es el máximo y último intérprete de la Constitución, al punto que sus interpretaciones se consideraron vinculantes, incluso, para el Tribunal Supremo de Justicia. Otro sector de la doctrina, en posición que compartimos, cuestionó esa conclusión, señalando que el máximo y último intérprete de la Constitución es el Tribunal Supremo de Justicia, en tanto él es el máximo tribunal del país. Además, se insistió en que el control judicial de la Constitución corresponde a todo Juez, y que no es, por ello, una función privativa de la Sala Constitucional¹⁷.

De esta imprecisión resultó una paradoja: en la práctica, el máximo órgano del Poder Judicial en Venezuela no es el Tribunal Supremo de Justicia sino la Sala Constitucional, que *de facto* fue equiparada a un Tribunal Constitucional.

b. El ambiguo catálogo de competencias de la Sala Constitucional

El artículo 336 de la Constitución detalló las competencias de la Sala Constitucional, en un catálogo que excedió muy mucho del estricto concepto de control concentrado de la Constitución¹⁸.

En efecto, los numerales 1 al 4 de ese artículo reconocieron la competencia estricta de control concentrado, traducida en la competencia de declarar la nulidad de los actos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como lo confirma también el artículo 334¹⁹. El resto de los numerales, sin embargo, atribuyeron a la Sala un catálogo heterogéneo de competencias.

16 Haro, José Vicente, "La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999", en *El nuevo Derecho constitucional venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp. 501 y ss. Del autor, véase igualmente "La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999" en *Revista de Derecho Constitucional N° 1*, Caracas, 2009, pp. 137 y ss.

17 Brewer-Carías, Allan, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, cit. Puede verse también a Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 79 y ss. Asimismo, vid. Escudero León, Margarita, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 141 y ss., así como Laguna, Rubén, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máximo y último intérprete de la Constitución*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 77 y ss.

18 Sobre las competencias de la Sala Constitucional, vid. Badell Madrid, Rafael, "Las competencias de la Sala Constitucional", en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila N° 3*, Caracas, 2002, pp. 13 y ss. Para una visión crítica, vid. Canova González, Antonio, "La Supersala (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia", en *Revista de Derecho Constitucional N° 3*, Caracas, 2000, pp. 285 y ss.

19 La competencia de la Sala Constitucional en cuanto al control concentrado, depende del grado del acto del

Así, el numeral 5 atribuyó a la Sala la competencia para “*verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación*”. Este numeral reconoció una modalidad del **control previo de la constitucionalidad**, ampliado en el artículo 203 en cuanto al control del carácter “orgánico” de las Leyes, y en el artículo 214 en cuanto al control de la constitucionalidad de las Leyes sancionadas por la Asamblea Nacional a solicitud del Presidente de la República. Se trata, para nosotros, de variantes del control concentrado, en tanto tal control aplica de manera previa a la entrada en vigencia de la Ley.

El numeral 6 reconoció a la Sala Constitucional la competencia para “*revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República*”, competencia reconocida en el artículo 339 constitucional. Se trata, igualmente, de un control concentrado que aplica sobre el Decreto –con rango de Ley– que declara el estado de excepción²⁰.

El numeral 7 evidencia la expansión de las competencias de la Sala, al atribuirle a ésta la competencia de “*declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección*”. Esto es, el control de la inactividad del Poder Legislativo en sus funciones de rango constitucional, no limitadas solamente

Poder Público cuya nulidad se pretende, pues esa Sala solo conoce de la nulidad de actos de rango legal, mientras que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de los actos de rango sub-legal. Los precitados numerales atribuyen a la Sala Constitucional la competencia para “*declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de los cuerpos legislativos nacionales que colidan con esta Constitución*” (numeral 1); “*declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta*” (numeral 2); “*declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución*” (numeral 3) y “*declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta*” (numeral 4). Este último numeral, residual, resume el criterio formal de competencia material de la Sala Constitucional, o sea, el criterio basado en el grado del acto del Poder Público. Cfr.: Urosa Maggi, Daniela, “Aspectos fundamentales del control constitucional de las leyes, decretos-leyes y actos administrativos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 128*, Caracas, 2007, pp. pp. 77 y ss.

20 Casal, Jesús María, “Los estados de excepción en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional N° 1*, Caracas, 1999, pp. 45 y ss,

a la función normativa, en tanto la norma también alude a las “medidas” a cargo del Poder Legislativo. Control judicial de la inactividad constitucional que, consecuentemente, se traduce en una sentencia de condena²¹.

El numeral 8 del artículo 336 atribuyó a la Sala Constitucional la competencia para “*resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer*”, o sea, la colisión de Leyes, que implica determinar cuál de las normas legales en conflicto debe quedar desplazada.

El numeral 9 atribuyó a la Sala Constitucional la competencia para “*dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público*”. Tales controversias constitucionales —a diferencia de las controversias administrativas— suponen conflictos entre funciones constitucionales de los Poderes Públicos, o sea, conflictos derivados de actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

El numeral 10 atribuyó a la Sala Constitucional la competencia para “*revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica*”. Este numeral reconoció a la Sala Constitucional la competencia para resolver un recurso que, de similar contenido que el recurso de casación, permite controlar la aplicación de la Constitución por dos tipos de sentencias, a saber, las sentencias de amparo y las sentencias de control difuso²². A partir de este numeral, la Sala Constitucional creó, como veremos, un “recurso de revisión” de alcance general, extensible a cualquier sentencia “definitivamente firme” de cualquier Tribunal, incluyendo de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como fue reconocido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²³.

21 Sobre la figura de la demanda por omisión legislativa, prevista en el numeral 7 del Artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, puede verse a Casal, Jesús María “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 4, Caracas, 2001, pp. 141 y ss., y Urosa Maggi, Daniela, “Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Público* N° 101, Caracas, 2005, pp., 7 y ss. Más recientemente, del primero de los autores citados, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2015, pp. 227 y ss.

22 Con esta disposición, el control difuso termina confundándose con el control concentrado, en el sentido que la decisión final sobre la incompatibilidad entre la norma legal en aplicación a una controversia y la Constitución, corresponde a la Sala Constitucional, Tribunal a cargo del control concentrado.

23 Véanse los numerales 10, 11 y 12 del artículo 25 de la Ley de 2010. Entre otros, vid. Casal, Jesús María, “La facultad revisora de la Sala Constitucional prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional* B° 3, Caracas, 2000, pp. 267 y ss., y Sosa, Cecilia, “La revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 3, Universidad de Carabobo, Valencia, 2007, pp. 171 y ss.

A este catálogo amplio de competencias debe agregarse las competencias reconocidas a la Sala por la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como veremos, recogiendo las competencias que la propia Sala se había “auto-atribuido”. Destacan, así, (i) la competencia de avocamiento, incluso respecto de juicios en curso ante otras Salas del Tribunal²⁴; (ii) la competencia para conocer del llamado “recurso de interpretación”, esto es, del medio procesal que permite a la Sala Constitucional interpretar “autónomamente” la Constitución ante dudas razonables²⁵, interpretación que conforme al artículo 335, se considera “vinculante”²⁶, y (iii) la competencia para conocer de demandas de interés difusos y colectivos de “trascendencia nacional”²⁷.

Como puede observarse, el catálogo de competencias de la Sala Constitucional excedió del control concentrado de la Constitución, convirtiendo a la Sala en un Tribunal con un ámbito amplísimo de facultades. La ausencia de una Ley Orgánica llamada a regular a la justicia constitucional en Venezuela agravó la imprecisión de esas competencias, y favoreció la jurisprudencia expansiva de la propia Sala, como veremos de seguidas.

1. La voracidad de la jurisprudencia de la Sala Constitucional

La imprecisión del marco institucional de la Sala Constitucional promovió una jurisprudencia que expandió vorazmente su rol y competencias. Ello se vio incentivado por el precario marco legal de la Sala: solo fue hasta 2004 cuando se dictó la primera Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo que permitió a esa Sala “auto-atribuirse” competencias, en parte, excusándose en la ausencia de una Ley reguladora del Tribunal. Lo cierto es que ni la Ley de 2004 –ni la Ley de 2010, que incluye disposiciones transitorias de la justicia constitucional– lograron

24 Brewer-Carías, Allan, *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte de la Sala Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. Véase en esa obra nuestro “Prólogo” (pp. 9 y ss.).

25 Aludimos a una interpretación “autónoma”, pues la interpretación de la Constitución no se enmarca en la demanda de nulidad de determinada Ley, sino en la duda existente en cuanto a la interpretación concreta de la Constitución. Con lo cual, esta facultad interpretativa de la Constitución implica un claro riesgo para el Poder Legislativo, pues la Sala Constitucional, mediante interpretaciones “autónomas” de la Constitución, podría imponer limitaciones *a priori* al ejercicio de de las funciones del Poder Legislativo.

26 Numeral 17 del citado artículo 27. Sobre esta facultad de interpretación de la Sala Constitucional, vid. Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 52 y ss.

27 Numeral 21 del artículo 27, y artículo 146 y siguientes. Cfr.: Badell Madrid, Rafael, *La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013, pp. 93 y ss.

contener la voracidad de la Sala Constitucional, que ejerció sus competencias “auto-atribuidas” al margen de las limitaciones derivadas de la propia Ley.

En efecto, desde el inicio de su actividad, la Sala Constitucional interpretó la Constitución asumiendo su condición de “máximo y último intérprete de la Constitución”. Ese carácter fue afirmado incluso frente a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo la Sala Plena, o sea, al Tribunal Supremo de Justicia en Pleno. Por ello, la Sala Constitucional se atribuyó la competencia para revisar y anular sentencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia²⁸. Como resultado de ello, la Sala Constitucional desnaturalizó su rol, pues de Sala del Tribunal Supremo de Justicia pasó a ser una suerte de Máximo Tribunal, superior incluso al propio Tribunal Supremo, dada su función de fijar interpretaciones vinculantes de la Constitución.

Así, desde su posición de “máximo y último intérprete de la Constitución”, asumida en violación a la Constitución de 1999, la jurisprudencia de la Sala Constitucional amplió sus ya extensas competencias enumeradas en el artículo 336 de la Constitución. En apretada síntesis, cabe resumir esa ampliación en los puntos siguientes:

- En *primer* lugar, su función interpretativa de la Constitución fue desnaturalizada, en tanto la Sala Constitucional creó, con su jurisprudencia, el recurso “autónomo” de interpretación de la Constitución, previamente analizado. Con ello, la Sala Constitucional permitió que cualquier duda constitucional sobre problemas políticos fuese resuelta, con carácter vinculante, en interpretaciones abstractas, al margen del control concreto de un acto del Poder Público. Un ejemplo de lo anterior sucedió en diciembre de 2015, cuando el Presidente de la Asamblea Nacional cuyo mandato expiró en 2016 solicitó a la Sala Constitucional que “interpretara” si de acuerdo con la Constitución, esa Asamblea podía ejercer sus funciones hasta el 5 de enero de 2016, o sea, luego de vencido el período ordinario de sesiones. La respuesta favorable de la Sala, como veremos, permitió a esa Asamblea Nacional designar –en contra de la Constitución– a trece (13) magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, nombramiento que ha debido corresponder a la Asamblea electa el 6 de diciembre y que inició su mandato el 5 de enero de 2016²⁹.

28 Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, cit., pp. 11 y ss. Más recientemente, del autor, vid. *La patología de la justicia constitucional*, tercera edición ampliada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 13 y ss.

29 Sobre esta facultad de interpretación de la Sala Constitucional, vid. Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, cit., pp. 52 y ss.

.- En *segundo* lugar, y con ocasión a esta función interpretativa, la Sala Constitucional asumió la denominada “jurisdicción normativa”, esto es, decisiones que, en la práctica, crean normas jurídicas vinculantes. Podemos citar como ejemplo el procedimiento de la acción de amparo constitucional, que fue modificado de acuerdo con su regulación legal a través de un procedimiento creado en una sentencia de la Sala Constitucional que interpretó, con carácter vinculante, la Constitución. Este método fue empleado especialmente por la Sala Constitucional para dictar normas jurídicas en aquellas materias que, previstas en la Constitución, no contaban sin embargo con una regulación legal. En estos casos, como fue criticado por la doctrina, la Sala Constitucional actuó como “legislador positivo”, pues creó –por medio de sus sentencias– normas jurídicas. Ello fue así, incluso con ocasión a declarar la nulidad de normas legales, disponiendo la Sala Constitucional, en su sentencia de nulidad cómo debía quedar redactada la norma legal anulada³⁰.

Como resultado de ello, en no pocas ocasiones las interpretaciones de la Sala Constitucional han modificado el contenido y alcance de la Constitución. Con razón, se ha denunciado que tales interpretaciones son, en realidad, ilegítimas mutaciones que modifican la Constitución³¹.

.- En *tercer* lugar, y de conformidad con el numeral 7 del artículo 336 de la Constitución, la Sala Constitucional asumió el control de las omisiones legislativas, según ya vimos. De acuerdo con la Constitución –y como incidentalmente fue regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia– la Sala Constitucional solo puede declarar que el Poder Legislativo ha omitido el ejercicio de sus funciones a fin de dictar los “*lineamientos para su corrección*”. Pero la Sala Constitucional entendió que ella podía sustituirse en el Poder Legislativo y dictar el acto que éste omitió dictar. Bajo esta desviada interpretación, la Sala Constitucional ha designado a funcionarios de los Poderes Públicos cuya designación corresponde al Poder Legislativo³².

30 Urosa Maggí, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 100 y ss.

31 Por ejemplo, vid. Brewer-Carías, Allan, “La fraudulenta mutación de la Constitución en Venezuela, o de cómo el juez constitucional usurpa el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público* N° 2, Caracas, 2008, pp. 23 y ss.

32 Antes de 2016 la Sala Constitucional designó, en dos oportunidades, a los rectores del Consejo Nacional Electoral –cuya designación es competencia privativa de la Asamblea– considerando que el Poder Legislativo ha omitido llevar a cabo esa designación (sentencias N° 2.341/2003, de 25 de agosto, y N° 1.865/2014, de 26 de diciembre). Como veremos, en 2016 la Sala repitió este irregular proceder.

- En *cuarto* lugar, tal y como habíamos señalado, la Sala Constitucional asumió la competencia para revisar otras sentencias definitivas de cualquier Tribunal del país en cualquier materia. En esas sentencias, además, la Sala Constitucional, luego de revisar y anular la sentencia, suele asumir también la resolución del conflicto subyacente, cuando considera que no es necesario “reenviar” el expediente al Tribunal de la causa³³.

- En *quinto* lugar, la Sala Constitucional –en la práctica– puede avocarse al conocimiento de cualquier juicio, o sea, puede asumir el conocimiento y decisión de cualquier juicio, incluso, del resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia³⁴.

En virtud de lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se convirtió en una suerte de máximo tribunal, incluso en materias que van más allá del control judicial de la Constitución, como sucedió con el avocamiento y la revisión. Otro ejemplo es el conocimiento de las demandas por intereses difusos y colectivos, cuyo conocimiento la Sala se atribuyó en asuntos de trascendencia nacional, según vimos³⁵. Con todo ello, la Sala Constitucional conoce de juicios que no involucran controversias de naturaleza constitucional, sino que abarcan controversias en otras materias, como el Derecho Administrativo³⁶, el Derecho Electoral, el Derecho Privado y el Derecho Penal.

Ello no solo trastocó la organización del Poder Judicial en Venezuela sino en general, toda la estructura del Poder Público en detrimento del principio de separación de poderes. En la práctica, la Sala Constitucional es un órgano que concentra (i) el control judicial de la Constitución, en cualquiera de sus manifestaciones; (ii) el control de todos los Poderes Públicos, incluyendo al Tribunal Supremo de Justicia; (iii) la función legislativa, vista su ilegítima actuación como legislador positivo; (iv) el control político, al asumir la designación de funcionarios del Poder Público que solo pueden ser seleccionados por el Poder Legislativo y

33 Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, cit., pp. 105 y ss.

34 Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte de la Sala Constitucional*, cit.

35 Esta limitación ha sido obviada por la Sala Constitucional, por ejemplo, al asumir el conocimiento de demandas de intereses difusos y colectivos en contra de Alcaldes, aun cuando tales demandas atienden asuntos municipales, no nacionales. Entre muchas otras, vid. sentencia de la Sala Constitucional N° 135/2014, de 12 de marzo.

36 Por ejemplo, la Sala Constitucional ha asumido la interpretación de Leyes en detrimento de sus propias competencias. Vid. Brewer-Carías, Allan, “La Sala Constitucional vs. la competencia judicial en materia de interpretación de las Leyes”, en *Revista de Derecho Público N° 123*, Caracas, 2010, pp. 187 y ss.

(v) la función jurisdiccional, vista su capacidad para asumir el conocimiento de cualquier controversia en cualquier materia, más allá de la materia constitucional.

La amplitud de las competencias de la Sala Constitucional, incluso, le han llevado a controlar actos de organismos internacionales, como sucedió con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁷. En la práctica, esto implica que Sala Constitucional no solo se ha colocado en la cúspide del ordenamiento jurídico venezolano sino también, en la cúspide del ordenamiento internacional.

En resumen, la jurisprudencia de la Sala Constitucional amplió sus competencias, más allá incluso de lo dispuesto en la propia Constitución, que en no pocas ocasiones fue objeto de “mutaciones” derivadas de las “interpretaciones” de la Sala. Con lo cual, la Sala Constitucional desdibujó el principio de separaciones de poderes, al ubicarse como el órgano supremo del Estado, todo lo cual desnaturalizó el principio de *supremacía constitucional* reconocido en el artículo 7 del Texto de 1999, en cuyo lugar se colocó el principio de la *supremacía de la Sala Constitucional*³⁸, cuyas sentencias, además, evidenciaron una clara inclinación política a favor del Gobierno Nacional³⁹.

II. El abuso de poder de la sala constitucional en contra de la asamblea nacional durante el 2016: crónica de un golpe de estado permanente

La configuración de la Sala Constitucional como el supremo órgano del Estado, de acuerdo con lo expuesto en la sección anterior, permitió a esa Sala Constitucional disolver *de facto* a la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015. Ello fue resultado de diversas sentencias de la Sala dictadas en el 2016, por medio de la cual la Sala Constitucional impidió a la Asamblea Nacional ejercer sus tres funciones, a saber, (i) la función legislativa; (ii) la función deliberativa y (iii) la función de control⁴⁰.

37 Ayala Corao, Carlos, *La inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional (1999-2009)*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2009. Recientemente, puede verse la sentencia de la Sala Constitucional de 10 de septiembre de 2015, caso *RCTV*.

38 Una extraordinaria crítica en Brewer-Carías, Allan, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación”, en *Revista de Derecho Público N° 105*, Caracas, 2006, pp. 7 y ss.

39 Canova González, Antonio, et al, *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano*, Editorial Galipán, Caracas, 2014, pp. 115 y ss.

40 Sobre las funciones de la Asamblea, vid. Aveledo, Ramón Guillermo, *Curso de Derecho Parlamentario*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2013, pp. 71 y ss., y Brewer-Carías, Allan, *La Constitución*

Más que el análisis de todas esas sentencias –tarea ya abordada por la doctrina, y en la cual hemos igualmente formulado algunas consideraciones– lo que interesa en esta sección es identificar cuáles fueron las causas en virtud de las cuales la Sala, en claro abuso de poder, perpetró un golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional. Este golpe de Estado permanente, conviene acotar, comenzó a ejecutarse en diciembre de 2015, por dos vías: (i) la “extensión” del período de sesiones de la saliente Asamblea, a los fines de justificar la designación de magistrados del Tribunal en violación a la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴¹ y (ii) la ilegítima “suspensión” mediante amparo cautelar de la proclamación de cuatro diputados de la Asamblea Nacional, del estado Amazonas, de los cuales tres pertenecen a la Mesa de la Unidad Democrática⁴².

1. La desnaturalización de la Constitución para negar, mediante “interpretaciones”, funciones de la Asamblea Nacional

El primer exceso en el que incurrió la Sala Constitucional fue haber establecido limitaciones a las funciones de la Asamblea Nacional por medio de “interpretaciones” a la Constitución que, en la práctica, desnaturalizaron tales funciones.

De esa manera, la Sala Constitucional negó la facultad de control de la Asamblea Nacional sobre el Decreto del Presidente de la República que declara el estado de excepción (sentencia N° 7/2016 de 11 de febrero). Con ese mismo criterio, la Sala Constitucional ratificó la constitucionalidad de los nuevos Decretos

de 1999. *Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 439 y ss. Desde 2000, y debido a la concentración de funciones en torno a la Presidencia de la República, se ha debilitado el marco institucional de la Asamblea Nacional. Puede verse sobre ello a Matheus, Juan Miguel, *La Asamblea Nacional: cuatro perfiles para su reconstrucción constitucional*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, Caracas, 2013, pp. 45 y ss.

41 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.778/2015 de 22 de diciembre. Vid. Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y pervisión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana International, New York-Caracas, 2016, pp. 116 y ss. En este libro, véase también nuestro estudio “El asedio a la Asamblea Nacional”, pp. 51 y ss., publicado en *Revista de Derecho Público* N° 145-146, Caracas, 2016, pp. 71 y ss.

42 Sentencia de la Sala Electoral N° 260/2015 de 30 de diciembre. Este fallo desconoció lo que Sala Constitucional había sostenido con anterioridad, en sentencia N° 95/2000 de 4 de agosto, al señalar que “*la proclamación de un candidato en un determinado cargo, así no sea de carácter público sino de los existentes en los órganos enumerados en el artículo 293, ordinal 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no puede ser suspendida o controlada a través de una acción de amparo constitucional otorgada a favor de quien lo pretende*”.

de estado de excepción y sus prórrogas que han sido dictadas el Presidente de la República⁴³.

Asimismo, la Sala Constitucional redujo las facultades de control de la Asamblea Nacional reconocidas en los artículos 222 y 223 de la Constitución sobre todos los órganos del Poder Público (sentencia N° 9/2016 de 1° de marzo). Entre otras, la Sala Constitucional limitó la función de control de la Asamblea sobre ciertos funcionarios del Gobierno Nacional, excluyendo a la Fuerza Armada. Asimismo, la Sala redujo las facultades de la Asamblea para interpelar a funcionarios, desconociendo con ello el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional y la *Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones*, textos sancionados por la Asamblea Nacional cuando ésta se encontraba bajo el control del oficialismo⁴⁴.

En todos estos casos, la Sala Constitucional no interpretó la Constitución, sino que en realidad, modificó el contenido de esa Constitución para vaciar de contenido las funciones de control de la Asamblea Nacional, que quedaron así reducidas en cuanto a su alcance y desprovistas de efectos jurídicos.

La desnaturalización de la función de control de la Asamblea está presente también en otras sentencias de la Sala Constitucional que controlaron diversos Acuerdos y sesiones de la Asamblea Nacional. Nahco

Así, la sentencia N° 478/2016 de 14 de junio, suspendió los efectos de dos Acuerdos de la Asamblea Nacional emitidos en relación con asuntos internacionales de interés para el país, considerando que la Asamblea no tenía injerencia alguna en las relaciones internacionales, al ser ello competencia privativa del Presidente. Con esa decisión, la Sala Constitucional ignoró que la facultad de control de la Asamblea se ejerce, incluso, sobre la actuación del Presidente de la República como Jefe de Estado en las relaciones internacionales. Es importante señalar que esta sentencia fue dictada con ocasión a la demanda que la Procuraduría General de la República intentó en contra de la Asamblea Nacional, en lo que la Sala calificó como “controversia constitucional”.

43 Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y pervisión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, cit., pp. 195 y ss. Véanse las sentencias –todas del 2016- N° 4 de 20 de enero; 184 de 17 de marzo; 411 de 19 de mayo; 615 de 19 de julio; 810 de 21 de septiembre y 952 de 21 de noviembre.

44 De igual manera, en sentencia N° 907/2016 de 28 de octubre, la Sala Constitucional impidió a la Asamblea Nacional investigar la nacionalidad del Presidente de la República.

Además, la sentencia N° 797/2016 de 19 de agosto, indirectamente afectó el ejercicio de la facultad de control de la Asamblea. Así, al invocar la tesis del desacato de la sentencia ya citada de la Sala Electoral N° 260/2015, la Sala Constitucional acordó la suspensión de efectos de diversas sesiones de la Asamblea, incluyendo la sesión en la cual se aprobó la moción de censura en contra de un Ministro⁴⁵. Nótese que en este caso, el “objeto” de control no fue un acto jurídico concreto de la Asamblea, sino en general, todo el debate y las decisiones adoptadas en diversas sesiones de la Asamblea, todo lo cual evidencia la extralimitación de sus funciones.

Adicionalmente, la Sala Constitucional suprimió el control parlamentario sobre el presupuesto, aun cuando, según la Constitución, el presupuesto debe ser aprobado mediante Ley (artículo 311). De tal manera, en su sentencia N° 814/2016 de 11 de octubre, la Sala Constitucional consideró que debido al desacato de la Asamblea Nacional de la sentencia de la Sala Electoral N° 260/2015, la Asamblea no podía aprobar el presupuesto, razón por la cual tal control sería ejercido por la propia Sala Constitucional. Con esta sentencia, la Sala modificó el régimen constitucional del presupuesto al suprimir el control parlamentario⁴⁶. De ser el caso, lo único que la Sala Constitucional pudo haber acordado –en un exceso, aclaramos– es que la imposibilidad de la Asamblea de aprobar mediante Ley el presupuesto del ejercicio 2017 debía llevar a la reconducción de ese presupuesto conforme al artículo 313 de la Constitución⁴⁷.

De igual manera, la Sala Constitucional (sentencia N° 893/2016 de 25 de octubre), ordenó suspender la investigación de la Asamblea Nacional en contra de la empresa estatal petrolera Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA). En su sentencia, la Sala Constitucional no aludió a razones jurídicas concretas a fin de suspender el ejercicio de la facultad de control de la Asamblea en contra de PDVSA, todo lo cual evidencia que, mediante esta sentencia, la Sala Constitucional obstruyó indebidamente el ejercicio de las facultades de control de la Asamblea.

Otra sentencia por la cual la Sala Constitucional desconoció funciones de la Asamblea, es la decisión N° 948/2016 de 15 de noviembre, por medio de la cual la Sala Constitucional suspendió el procedimiento iniciado por la Asamblea

45 Véase, sobre todas estas sentencias, a Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y pervisión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, cit., pp. 214 y ss.

46 Con similar criterio, en sentencia N° 618/2016 de 20 de julio la Sala Constitucional limitó ciertas facultades de control de la Asamblea Nacional sobre el Banco Central de Venezuela.

47 Tal reconducción hubiese sido criticable pues la Asamblea Nacional –como veremos– no estaba impedida de ejercer sus funciones en virtud del llamado “desacato”. Pero en todo caso, tal solución no hubiese implicado la usurpación de la función de control parlamentario por la Sala Constitucional.

Nacional a fin de declarar la responsabilidad política del Presidente de la República. Para ello, la Sala Constitucional acudió nuevamente a la tesis según la cual todo lo actuado por la Asamblea es nulo, ante el desacato a la sentencia de la Sala Electoral N° 260/2015.

Atención especial merece la sentencia N° 274/2016 de 21 de abril, en la cual consideró que el proyecto de enmienda a la Constitución aprobado en primera discusión por la Asamblea para recordar el mandato presidencial no podía aplicar el período presidencial en curso, al ser ello violatorio del principio de retroactividad de la Ley. Además de ser cuestionable extender el principio de irretroactividad de la Ley a una modificación constitucional —que solo regía, en cualquier caso, hacia el futuro— lo cierto es que, con esa decisión, la Sala Constitucional desconoció sus antecedentes, en los cuales había rechazado la posibilidad de controlar previamente el proyecto de enmienda constitucional de 2009 que, a propuesta del entonces Presidente Chávez, permitía la reelección indefinida de cargos de elección popular⁴⁸.

Todas estas sentencias parten del control judicial excesivo, en tanto la Sala Constitucional no se limitó a contrastar decisiones jurídicas específicas de la Asamblea con disposiciones igualmente específicas de la Constitución. El resultado de ello fue un control ambiguo que, en la práctica, desnaturalizó el ejercicio de funciones de la Asamblea Nacional.

2. La indebida sustitución de la Sala Constitucional en funciones privativas de la Asamblea Nacional

La Sala Constitucional se sustituyó en funciones privativas de la Asamblea Nacional, que le fueron atribuidas por la Constitución atendiendo a la representación popular que el Poder Legislativo ejerce por medio de su función política de deliberación y control. Desconociendo toda margen de deferencia, la Sala Constitucional se sustituyó en esas funciones, invocando para ello en ocasiones, como veremos luego, el supuesto “desacato” de la Asamblea Nacional a la sentencia de la Sala Electoral N° 260/2015, por medio de la cual se “suspendió la proclamación” de cuatro diputados del estado Amazonas, tres de ellos correspondientes a la Mesa de la Unidad Democrática.

Tal indebida sustitución está presente en la sentencia N° 269/2016 de 22 de abril, ratificada en sentencia N° 473 de 14 de junio, por medio de la cual la Sala Constitucional admitió el recurso de nulidad interpuesto en contra del *Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional*. Como medida

48 Este criterio fue mantenido, entre otras, en sentencia N° 958/2009 de 14 de julio.

cautelar, la Sala Constitucional modificó diversos artículos de ese Reglamento, imponiendo además nuevas reglas de debate a la Asamblea⁴⁹. De esa manera, la Sala Constitucional, al dictar mediante sentencia reglas internas de funcionamiento de la Asamblea, usurpó la atribución de ésta de dictar sus propias normas internas (numeral 19 del artículo 187 de la Constitución de 1999), apartándose además de su jurisprudencia anterior, que había limitado el control judicial sobre el Reglamento a casos evidentes de abuso o extralimitación de atribuciones del Poder Legislativo⁵⁰.

En esa sentencia la Sala Constitucional se excedió, primero, al dictar normas internas de funcionamiento de la Asamblea, siendo que esas normas únicamente pueden ser dictadas por la propia Asamblea. Además, el exceso de la Sala Constitucional está igualmente presente cuando se valoran esas nuevas normas, en tanto ellas restringen arbitrariamente la función de deliberación de la Asamblea. En especial, en esta sentencia la Sala Constitucional creó una suerte de control de veto del Poder Ejecutivo Nacional basado en la viabilidad financiera de las Leyes aprobadas por la Asamblea, lo que en la práctica, somete la vigencia de esas Leyes a controles del Poder Ejecutivo no previstos en la Constitución⁵¹.

Además, la Sala Constitucional, en sentencia N° 1.086/2016 de 13 de diciembre, declaró la omisión legislativa de la Asamblea Nacional al no designar a dos (2) rectores del Consejo Nacional Electoral. Consecuentemente, procedió a designar a esos rectores, excediéndose del control judicial de las omisiones legisla-

49 Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, cit., pp. 339 y ss. Es importante recordar que ese Reglamento había sido dictado en 2010, en el último período de la Asamblea Nacional electa en 2005, cuando ésta se encontraba bajo el control del oficialismo. Poco después, diputados de la coalición de oposición interpusieron demanda de nulidad en contra de ese Reglamento, considerando que éste limitaba injustificadamente las deliberaciones y funcionamiento de la Asamblea. Tal fue precisamente la demanda que, años después, admitió la Sala Constitucional en su sentencia N° 269/2016, a fin de imponer restricciones a la deliberación de la Asamblea Nacional bajo el control de la coalición de oposición. El retardo procesal de la Sala al admitir ese recurso demuestra cómo se acudió a un fraude procesal, a fin de utilizar el juicio intentado por diputados de la coalición de oposición de 2010 para incidir negativamente en la deliberación de la Asamblea, que bajo el 2016, pasó a estar controlada por la coalición de oposición. Cfr.: Correa, María Alejandra, “Democracia participativa (reflexiones con motivo de la sentencia N° 269 de la Sala Constitucional de 21 de abril de 2016 en el recurso de nulidad del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional”, en *Revista de Derecho Público* N° 145-146, Caracas, 2016, pp. 446 y ss.

50 Esta ilegítima sustitución de la Sala Constitucional contradujo su propia doctrina, en la cual se había afirmado que “*la Asamblea Nacional tiene plena autonomía e independencia normativa y organizativa frente a los órganos de las demás ramas del Poder Público Nacional para establecer la forma de su estructura interna*” (sentencia N° 1718/2003 de 20 de agosto).

51 Las únicas facultades de control del Presidente de la República sobre las Leyes aprobadas por la Asamblea son las establecidas en el artículo 214 de la Constitución, esto es, la facultad de formular observaciones a la Asamblea y la facultad de solicitar a la Sala Constitucional que dictamine sobre la constitucionalidad de la Ley.

tivas, pues ese control en modo alguno puede permitir a la Sala asumir funciones privativas de la Asamblea.

3. El control general y político de las Leyes de la Asamblea Nacional, en desconocimiento de toda deferencia

Salvo una⁵², todas las Leyes aprobadas por la Asamblea Nacional fueron declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional en virtud del control previo reconocido en el artículo 214 del Texto de 1999⁵³. Este solo dato es índice revelador de un claro exceso. Junto a ello, además, hay que considerar dos aspectos: (i) la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esas Leyes sin garantizar el derecho a la defensa de la Asamblea Nacional, quien no pudo exponer sus argumentos a favor de la constitucionalidad de esas Leyes. Además, (ii) la inconstitucionalidad fue declarada de manera genérica e imprecisa, afectándose a toda la Ley, y no a específicos artículos. En tal indeterminación la Sala Constitucional obvió cualquier margen de deferencia a favor de la Asamblea Nacional, sustituyéndose incluso en valoraciones políticas propias del Poder Legislativo. Tal margen de deferencia había sido incluso reconocido por la Sala Constitucional con anterioridad cuando —recordemos— la Asamblea Nacional se encontraba bajo el control político del oficialismo⁵⁴.

52 Ley que Regula el Uso de la Telefonía Celular y la Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios (Gaceta Oficial N° 6.240 extraordinario de 15 de julio de 2016).

53 Véanse los comentarios a estas sentencias en Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, cit., pp. 259 y ss.

54 La propia Sala Constitucional reconoció esos límites en su sentencia N° 1718/2000, en la cual observó que “el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos dictados con o sin forma de ley, en ejecución directa e inmediata de la Norma Suprema por esta Sala Constitucional, así como de la conformidad con aquella de la actuación parlamentaria mediante la sujeción a las normas que la Asamblea Nacional se da a sí misma, únicamente podría justificarse para proteger objetivamente los principios (como son el democrático, el de responsabilidad social, de preeminencia de los derechos humanos, del pluralismo político, etc) y normas contenidas en el Texto Constitucional (según su artículo 335) o para brindar tutela a los derechos y garantías individuales inherentes a la persona humana, según la propia Constitución o los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, tal y como ha sido reconocido pacíficamente en otros ordenamientos jurídicos por los órganos constitucionales encargados de garantizar la preeminencia de la Norma Suprema, entendida como norma jurídica, en el Estado constitucional de Derecho”. De hecho, al analizar el alcance del llamado “recurso de interpretación” la Sala llegó a advertir que la interpretación de la Constitución no puede entorpecer el funcionamiento del Parlamento. En sentencia N° 165/2003, afirmó, así, lo siguiente: “(...) esta Sala ha rechazado todo recurso por el que se pretende, con carácter previo, obtener una decisión —así sea mero declarativa— que esté dirigida al resto de los órganos que ejercen el Poder Público. La separación de los órganos no es absoluta; por el contrario, se exige la colaboración entre ellos e incluso se admite el control de unos sobre otros. Ahora bien, ese control sólo puede fundarse en expresa atribución constitucional, pues de otra manera constituiría invasión”. Sobre el principio de deferencia —tema sin duda complejo, cuyo análisis escapa de los límites de este trabajo— puede verse a Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, cit., pp. 148 y ss.

Estos excesos están contenidos en la sentencia N° 259/2016 de 31 de marzo, que declaró inconstitucional la *Ley de Reforma del Decreto contentivo de la Ley del Banco Central de Venezuela*⁵⁵; la sentencia N° 264/2016 de 11 de abril, la Sala Constitucional, que declaró inconstitucional la *Ley de Amnistía y Reconciliación*, sustituyéndose en la valoración política de tal beneficio privativo de la Asamblea; la citada sentencia N° 269/2016, la Sala Constitucional, que dictó nuevas reglas de funcionamiento interno de la Asamblea Nacional, según vimos⁵⁶; la sentencia N° 327/2016 de 28 de abril, que declaró “inaplicable” por inconstitucional la *Ley de Bono de Alimentación para Pensionados*⁵⁷; la sentencia N° 341/2016 de 5 de mayo, la cual declaró la inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, que entre otros aspectos, pretendió reestructurar a la Sala Constitucional; la sentencia N° 343/2016 de 6 de mayo, que declaró inconstitucional la *Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público*; la sentencia N° 460/2016 de 9 de junio por la cual se declaró inconstitucional la *Ley especial para atender la crisis nacional de salud*; la sentencia N° 939/2016 de 4 de noviembre, que anuló la *Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*; la sentencia N° 938/2016 de 4 de noviembre, que declaró inconstitucional la *Ley de reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*; y las sentencias N° 1.012, 1.013 y 1.014, del 25 de noviembre de 2016 por las cuales se anularon la *Ley para la protección de la remuneración y defensa del salario del docente al servicio de las instituciones educativas oficiales dependientes del ejecutivo nacional, estatal y municipal*; la *Ley de Educación Intercultural Bilingüe Indígena* y la *Ley de reforma parcial de la ley orgánica de servicio de policía y del cuerpo de policía nacional bolivariana*.

55 Esta sentencia es reveladora, pues la Ley dictada por la Asamblea simplemente había derogado las reformas puntuales introducidas mediante Decreto-Ley a fines de 2015 a la Ley del Banco Central de Venezuela que, mediante Decreto, había dictado el propio Gobierno en 2014. Con lo cual, paradójicamente, la Sala Constitucional declaró inconstitucional una Ley de la Asamblea que, en realidad, repitió textualmente el *Decreto-Ley del Banco Central de Venezuela* dictado por el Gobierno en 2014. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Público N° 145-146*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 112 y ss.

56 Hernández G., José Ignacio, “Comentarios sobre la sentencia N° 269/2016 de 21 de abril”, en *Revista de Derecho Público N° 145-146*, Caracas, 2016, pp. 244 y ss.

57 Con lo cual, además, el control previo sobre esa Ley fue atípico, pues la Ley no fue considerada inconstitucional pese a lo cual, se “diferió” su entrada en vigencia en función al control del Poder Ejecutivo Nacional en cuanto a la viabilidad financiera de la Ley.

1. El desconocimiento de las funciones de la Sala Constitucional mediante la falsa tesis del “desacato”

El mayor de los abusos cometidos por la Sala Constitucional durante el 2016, fue la pretendida justificación de sus decisiones en la figura del “desacato”, esto es, en el supuesto incumplimiento de la Asamblea a sentencias del propio Tribunal Supremo de Justicia.

Esta tesis se basó, principalmente, en el supuesto incumplimiento de la citada sentencia de la Sala Electoral N° 260/2015, por medio de la cual se acordó mandato cautelar de amparo constitucional de “suspensión de la proclamación” de cuatro diputados del estado Amazonas, tres de ellos de la Mesa de la Unidad Democrática. Entre otras consecuencias, tal “suspensión” afectaba la mayoría de las dos terceras partes de la Mesa de la Unidad Democrática, que de ciento doce disputados pasaba a ciento nueve.

Luego de su instalación el 5 de enero de 2016, la Asamblea Nacional decidió incorporar a los tres diputados de la coalición de oposición y que habían sido “suspendidos”. Ante ello, la Sala Electoral (sentencia N° 1/2016) ratificó su anterior sentencia y ordenó a la Asamblea desincorporar a estos diputados. Por su parte, diputados oficialistas demandaron ante la Sala Constitucional la “omisión legislativa” de la Asamblea, al haber incorporado a esos diputados. Poco después, en el marco de esa crisis, los tres diputados solicitaron su desincorporación de la Asamblea, lo que llevó a la Sala Constitucional a desechar la acción por omisión legislativa presentada, considerando que la Asamblea Nacional había dado cumplimiento a la medida cautelar de la Sala Electoral (sentencia N° 3/2016 de 14 de enero).

No obstante, luego de que la Sala Constitucional dictara diversas sentencias –ya analizadas– en las que desconoció el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional, ésta decidió incorporar nuevamente a los tres diputados afectados por la sentencia de la Sala Electoral. Ello llevó a la Sala Electoral a declarar el “desacato” de su decisión (sentencias N° 108 y 126, de 2016, de 1° y 11 de agosto, respectivamente). Por su parte, la Sala Constitucional no solo confirmó ese desacato, sino que además decidió que, como resultado de éste, toda la actuación de la Asamblea Nacional –incluyendo sus Leyes– debía ser reputada nula por inconstitucional (sentencias N° 797 y 808, de 2016, de 19 de agosto y 4 de septiembre, respectivamente).

Ahora bien, en octubre de 2016 el Gobierno y la oposición iniciaron una “mesa de diálogo”, con la intermediación de la Ciudad del Vaticano. En el marco de los acuerdos alcanzados, los tres diputados afectados por la sentencia de la Sala Electoral se desincorporaron nuevamente, hecho que se formalizó en la sesión de

la Asamblea Nacional del 15 de noviembre de 2016. No obstante, la Sala Constitucional observó que era necesario que la desincorporación de esos diputados se aprobara formalmente mediante Acuerdo. Como consecuencia de lo anterior, la Sala Constitucional ratificó el desacato de la Asamblea y, por lo tanto la nulidad de todas sus actuaciones (sentencia N° 948/2016 de 15 de noviembre). Cabe acotar que esta sentencia fue consecuencia de la demanda que, en contra de la Asamblea Nacional, intentará la Procuraduría General de la República, al considerarse que la Asamblea, con su actuación, violaba la Constitución de 1999.

Asimismo, en sentencia N° 952/2016 de 21 de noviembre, la Sala Constitucional desconoció la facultad de control de la Asamblea Nacional sobre el Decreto de estado de excepción, al considerar que la Asamblea estaba desacatando la sentencia de la Sala Electoral N° 260/2015.

Pero igualmente la Sala Constitucional ha justificado el excesivo control sobre la Asamblea por el supuesto incumplimiento de otras de sus decisiones. Por ejemplo, en sentencia N° 478/2016 de 14 de junio, invocó el incumplimiento de las reglas de debate impuestas en su sentencia N° 269/2016, a fin de declarar la nulidad de actos de la Asamblea.

Frente a lo anterior, es preciso formular tres apreciaciones críticas.

- La *primera* de ellas que la sentencia N° 260/2015 de la Sala Electoral no podía ejecutarse, al ordenar como medida cautelar la suspensión de actos electorales ya consumados. Así, mal podía la Sala Electoral “suspender la proclamación” de diputados ya proclamados⁵⁸.

- La *segunda* crítica es que la Sala Constitucional, al exigir como formalidad que la desincorporación de esos tres diputados se efectuara mediante Acuerdo de la Asamblea, estableció condiciones no previstas en la Constitución que son innecesarias. Lo único relevante para la Sala debió ser que esos diputados no estaban ejerciendo sus funciones en las deliberaciones de la Asamblea.

- Por último, y en *tercer* lugar, de ser cierto el incumplimiento de la sentencia N° 260/2015, ello solo hubiese podido conducir a medidas de ejecución forzosa de tal sentencia, incluso, mediante medidas punitivas de efecto personal

58 La suspensión de efectos solo procede respecto de actos cuyos efectos se mantengan en el tiempo. Pero los efectos del acto de proclamación son instantáneos, en el sentido que con ese acto, el diputado electo pasa a ser diputado proclamado y titular del beneficio de la inmunidad, de acuerdo con el artículo 200 constitucional. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “El desconocimiento judicial de la elección popular de diputados” y Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, “La justicia electoral erigida en obstáculo para la paz en Venezuela”, ambos en *Revista de Derecho Público* 145-146, Caracas, 2016, pp. 285 y ss. y 319 y ss., respectivamente.

respecto de los diputados que habrían incumplido tal fallo. Así ha procedido la Sala Electoral, por ejemplo, en sentencia N° 89/2017 de 29 de junio, en la cual se declaró el desacato de un mandamiento de amparo cautelar y, en consecuencia, se impuso sanción de multa personal. De esa manera, el desacato –de ser cierto– no puede invocarse como fundamento para impedir a la Asamblea Nacional ejercer la representación del pueblo venezolano y mucho menos como causa de nulidad de todas las actuaciones de la Asamblea Nacional, en lo que implicó la supresión del ejercicio de la representación popular que corresponde privativamente al Poder Legislativo.

I. Las lecciones del golpe de estado permanente: la necesaria reforma de la justicia constitucional en Venezuela

Las comentadas sentencias que desnaturalizaron la justicia constitucional ante el desconocimiento de las funciones del Poder Legislativo en Venezuela, parten de diversos principios que convendría resumir.

- En *primer* lugar, la Sala Constitucional negó que la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015 sea un órgano de representación nacional, pues según la Sala, se trataría de un órgano dominado por una “mayoría” que pretende imponer un orden contrario a la Constitución. Así, al declarar la nulidad de la *Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional*, la Sala Constitucional, en sentencia N° 264/2016 de 11 de abril, señaló lo siguiente:

“Ello es así, porque la idea de la partición política no tiene carácter fundamental en lo que se refiere a la constitucionalidad de la amnistía, en el sentido que se superponga y domine los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución, ya que someter la validez de las amnistías exclusivamente al grado de legitimidad de las mismas, es abrir un espacio a la arbitrariedad y al desconocimiento de los elementos estructurales del Estado y de la concepción de la Constitución como garantía de los derechos fundamentales, abriendo un espacio para el desarrollo de posiciones de poder e influencia política tanto de las minorías activas como centros de poder para legitimar sus actividades al margen del ordenamiento jurídico, como de las mayorías que circunstancialmente puedan adherirse a tales posiciones en desconocimiento del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”⁵⁹.

59 Paradójicamente, la Sala Constitucional, en el pasado, había exacerbado el rol de la mayoría parlamentaria. Vid. Nohlen, Dieter y Nohlen, Nicolas, “El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal

- En *segundo* lugar, la Sala Constitucional desconoció la deferencia a favor del Poder Legislativo, no solo al impedir el ejercicio de las funciones de control de la Asamblea, sino además, al declarar inconstitucionales las Leyes dictadas por la Asamblea con base en motivaciones genéricas, sostenidas en interpretaciones igualmente imprecisas de la Constitución⁶⁰. Muestra de ello es que, en virtud del control previo de la Constitución, la Sala declaró inconstitucionales a todas las Leyes, y no solo a ciertos artículos de éstas.

- En *tercer* lugar, la Sala Constitucional se sustituyó en funciones privativas de la Asamblea Nacional. Esto es consecuencia, primero, del excesivo control previo de la constitucionalidad ejercido. Además, esta sustitución también fue efectuada cuando la Sala Constitucional dictó reglas internas de funcionamiento de la Asamblea. Finalmente, la Sala Constitucional se sustituyó en la Asamblea Nacional al ejercer el control presupuestario y al designar a rectores del Poder Electoral.

Estos excesos ponen en evidencia los riesgos que representa, para la democracia constitucional, el sistema de justicia constitucional en Venezuela, riesgos que parten del indebido marco institucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Junto a estos riesgos, debe considerarse que el modelo de control concentrado de la Constitución, como el vigente en Venezuela, es resultado de la articulación de tres paradigmas: (i) el carácter normativo de la Constitución; (ii) el reconocimiento del control judicial de la Constitución radicado en un órgano judicial especializado y (iii) el principio según el cual todo acto –e incluso, omisión– del Poder Público, y particularmente, del Poder Legislativo, debe quedar sometido a ese control⁶¹. Este último paradigma permitió afirmar la inexistencia de actos excluidos del control judicial⁶², lo que derivó en un riesgo apuntado por

(La igualdad electoral en debate-con una mirada a Venezuela)", en *Revista de Derecho Público* N° 109, Caracas, 2007, pp. 7 y ss.

60 Como ha señalado Jesús María Casal en la lección inaugural de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés pronunciada el 13 de octubre de 2016, "*la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde enero de 2016, no ha ejercido un control judicial de constitucionalidad sobre la Asamblea Nacional, como era su deber y hubiera sido en abstracto deseable, sino ha cumplido funciones de bloqueo político del Parlamento, que ahora desembocan en la pretensión de suprimirlo y acaso sustituirlo como expresión orgánica de una de las ramas del Poder Público*".

61 Tales paradigmas pueden estimarse comunes en el estudio comparado de la justicia constitucional. Para el caso venezolano, y además de las citas referidas, podemos remitir a Escudero León, Margarita, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativas y ejecutivas del Poder Público*, cit., pp. 59 y ss. y Duque Corredor, Román J., *Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público*, Legis, Caracas, 2008, pp. 123 y ss.

62 Brewer-Carías, Allan, *Justicia Constitucional. Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo VI*, cit., pp. 161 y ss.

Francisco Rubio Llorente: la “*juridificación progresiva de relaciones entendidas hasta ahora de modo exclusivamente políticas*”⁶³.

Estos paradigmas generan un riesgo claro: el de un indebido control judicial sobre el Poder Legislativo que, partiendo del “activismo judicial”, derive en la libre creación de preceptos jurídicos por parte del juez constitucional, sustituyendo de esa manera las deliberaciones políticas propias de todo sistema democrático abierto y plural, como advirtiera Francisco Rubio Llorente⁶⁴.

Ello es lo que ha sucedido, precisamente, en Venezuela. La justicia constitucional, lejos de ser instrumento de garantía del Estado de Derecho, ha degenerado en la creación de un órgano (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia) que se erige en el supremo órgano de todos los Poderes Públicos, asumiendo interpretaciones únicas y vinculantes.

El resultado ha sido la práctica eliminación de la distinción entre la política y la justicia, en el sentido que la Sala Constitucional, en “interpretaciones originales, autónomas y supremas” de la Constitución, asume decisiones únicas que reducen notablemente el debate y diálogo político, especialmente en el marco del ejercicio de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional. De ello deriva una notable contradicción no solo con el Estado de Derecho –por la concentración de funciones en cabeza de la Sala Constitucional– sino también con la democracia constitucional.

Estos riesgos ponen en evidencia la necesidad de repensar el modelo de justicia constitucional en Venezuela. No es objeto el presente artículo exponer, en detalle, el contenido de tal reforma. Retomando algunas ideas previas, bastará con formular, esquemáticamente, cuáles deberían ser, nuestra opinión, las líneas de tal reforma⁶⁵.

.- De esa manera, el primer punto a debatir sería si conviene mantener el actual sistema mixto de control de la Constitución, o si por el contrario, debería suprimirse el control concentrado preservando únicamente el control difuso. Con este cambio, ciertamente, el ámbito del control judicial de la Constitución

63 Rubio Llorente, Francisco, *La Corte Constitucional Italiana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, p. 1.

64 Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 580

65 Ver: Hernández G., José Ignacio, “¿Se justifica el control concentrado de la constitucionalidad en Venezuela? Algunas notas sobre los límites y riesgos de la justicia constitucional”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo. Homenaje a Carlos Ayala Corao*, Universidad Monteávila, Caracas, 2017, pp. 521 y ss.

se reduciría, pero en compensación, se evitarían los riesgos del método de control concentrado, que consolida tal función jurisdiccional en un solo Tribunal, en contraposición al control difuso, que distribuye tal función entre todos los Tribunales. Otra ventaja es que el control difuso de la constitucionalidad solo aplicaría a controversias basadas en casos concretos, impidiéndose así los abusos derivados del control concentrado de la Constitución. Ello, por su parte, reduciría los riesgos del “activismo judicial” y de la politización de la justicia constitucional.

Podrá objetarse, frente a esta propuesta, que el control difuso de la Constitución dificulta uniformar criterios de interpretación de la Constitución. Sin embargo, esa unificación puede lograrse a través del control difuso ejercido por las Salas del Tribunal Supremo de Justicia dentro del ámbito de sus competencias. Tampoco creemos, por último, que esta reforma afecte los paradigmas de la justicia constitucional, pues en suma, el control concentrado de la Constitución es, también, control judicial de la Constitución⁶⁶.

- La otra alternativa a debatir consiste en preservar el sistema mixto, pero organizando y acotando las funciones del Tribunal a cargo del control concentrado. Una opción en este sentido es reconocer la existencia de un Tribunal Constitucional, como órgano de similar jerarquía al Tribunal Supremo de Justicia, evitándose que una de las Salas de ese Tribunal acumule más funciones que el resto de sus Salas. Es también posible preservar a la Sala Constitucional, pero en cualquier caso, sería necesario implementar profundas reformas en cuanto a su régimen jurídico. Tales reformas, en términos generales, se resumen de la siguiente manera⁶⁷:

- En *primer* lugar, deben reducirse las competencias de la Sala o del Tribunal a cargo del control concentrado de la Constitución, únicamente a la potestad de declarar la nulidad de los actos del Poder Público de rango constitucional, excluyendo las competencias que permitan expandir las funciones de la Sala, muy en especial en cuanto a la “interpretación” de la Constitución y el control de las omisiones legislativas. Respecto de este último caso, es preciso señalar que la imposibilidad de sustitución plena del Tribunal en tal omisión resta eficacia a su control judicial y eleva el riesgo de una indebida sustitución en el ejercicio de funciones del Parlamento. En lugar del control judicial sobre esas omisiones podrían introducirse mecanismos de control político sobre el Poder Legislativo y

66 Claro está, el control difuso, en tanto control judicial de la Constitución, no está exento de los riesgos a la democracia constitucional derivados de los excesos de tal control. Cfr.: Dean, Howard, *Judicial Review and Democracy*, Random House, Nueva York, 1966, pp. 5 y ss.

67 Algunas propuestas en este sentido han sido formuladas por Jesús María Casal, en *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, cit., pp. 95 y ss.

sobre la responsabilidad individual de los diputados que participan en tal omisión. En suma, el control y defensa de la Constitución no debe ser, exclusivamente, un control judicial.

- En *segundo* lugar, debe eliminarse la “acción popular de inconstitucionalidad”, esto es, la legitimación que permite a cualquier ciudadano demandar la nulidad de actos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Por el contrario, la existencia de un interés jurídico actual –junto a un interés calificado por Ley a favor de ciertos funcionarios– coadyuvaría a que la demanda de nulidad siempre se asocie a una controversia relacionada con la aplicación del acto del Poder Público reputado inconstitucional, evitando de esa manera los riesgos de demandas que solo procuran burlar la prohibición de actuación de oficio del Tribunal, y que amplían las posibilidades de excesos que afectan el funcionamiento del Poder Legislativo.

- En *tercer* lugar, deben crearse mecanismos especiales de designación, rendición de cuentas y remoción de los Magistrados de la Sala o Tribunal a cargo del control concentrado. La Sala Constitucional es la única Sala del Tribunal Supremo de Justicia que cuenta con una regulación especial en la Constitución, lo que evidencia que el tipo de decisiones que esa Sala dicta son cualitativamente más relevantes que las decisiones del resto de las Salas del Tribunal, dada la especial naturaleza del control concentrado. Por ello, los magistrados de ese Tribunal deben estar sujetos a normas estatutarias especiales que refuercen su autonomía e independencia, y le obliguen a rendir cuenta de sus actuaciones, para paliar en parte el déficit democrático de la Sala.

- En *cuarto* lugar, todas las funciones de la Sala o Tribunal a cargo del control concentrado deben sujetarse a procedimientos contradictorios y transparentes, no solo para garantizar el derecho a la defensa del Poder Legislativo y demás interesados, sino además, para asegurar la transparencia en la actuación de un tribunal que, pese a no tener origen democrático directo, participa decisivamente en el funcionamiento de la democracia constitucional. Ello vale, en especial, para el control previo de la constitucionalidad de las Leyes aprobadas por el Poder Legislativo.

- En *quinto* lugar, debe dictarse una Ley procesal especial a la justicia constitucional. La ausencia de tal Ley, como vimos, ha creado incentivos para la voracidad de la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

- En *sexto* lugar, es preciso que la Ley procesal que se dicte en la materia desarrolle adecuadamente el margen de deferencia el control concentrado debe

respetar respecto del Poder Legislativo. Tal margen opera en tres sentidos: *(i)* la inconstitucionalidad solo puede ser declarada cuando, más allá de toda duda razonable, la única interpretación posible de la Ley colida con la Constitución; *(ii)* la inconstitucionalidad debe limitarse a los artículos específicamente afectados por el vicio de inconstitucionalidad, debiendo valorarse con extrema cautela los vicios que afectarían la nulidad de toda la Ley y *(iii)* el control judicial no puede sustituirse en decisiones valorativas del Poder Legislativo, en tanto esas decisiones corresponden exclusivamente a las deliberaciones políticas del Poder Legislativo en el marco del pluralismo político.

En resumen, es preciso señalar que el principio de universalidad de control de los actos del Poder Público, en el marco del control concentrado de la constitucionalidad, no debe implicar que toda decisión política debe ser siempre y necesariamente objeto de control judicial de fondo y forma, pues en suma, ello desplaza el debate político de los escenarios democráticos adecuados –el Parlamento– a la decisión única, definitiva e irrevisable de la justicia constitucional⁶⁸. Asimismo, es preciso apuntar que el carácter normativo de la Constitución no debe llevar a una interpretación que pre-ordene, limitadamente, el alcance debate político. La deferencia al debate político en la sede del Parlamento, y el entendimiento de que al amparo de la Constitución es posible asumir diversas y contradictorias decisiones con base en la evolución del debate democrático, son premisas que deben articularse a los paradigmas comentados.

La Unión, mayo-julio 2017.

68 Esto responde a un exceso en cuanto al carácter normativo de la Constitución. Que la Constitución contiene normas jurídicas vinculantes no implica que toda decisión política siempre y necesariamente debe estar pre-configurada normativamente por la Constitución. Por el contrario, debe reconocerse que la Constitución, como corresponde a Estados democráticos, permite la adopción de diversas y opuestas decisiones por la libre configuración del debate político.

PRINCIPIOS DE LA IMPOSICIÓN VS. TEMPORALIDAD DEL HECHO IMPONIBLE EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Notas sobre el [nuevo] régimen de disponibilidad de ingresos, costos y gastos¹.

Carlos E. Weffe H².

RESUMEN:

La reforma parcial, vía legislación delegada, de las reglas que disciplinan el elemento temporal de los ingresos, costos y gastos relevantes para la determinación del enriquecimiento neto gravable con el impuesto sobre la renta es *inconstitucional e irracional*, en tanto pretende –sin lograrlo– incrementar la recaudación fiscal, afectando indebidamente a los principios fundamentales de comodidad de la imposición, tributación conforme con la capacidad contributiva, preservación de la fuente productora de renta y eficiencia recaudatoria, a través del desconocimiento del carácter jurídico y económico del concepto de *disponibilidad de la renta*.

PALABRAS CLAVES:

Delegación Legislativa, Derecho Tributario, Ley de Impuesto sobre la Renta, disponibilidad, causación, pago, abono en cuenta, gasto causado acumulado no pagado, juicio de racionalidad, comodidad de la imposición, capacidad contributiva, preservación de la fuente, eficiencia recaudatoria.

ABSTRACT:

The partial reform –via delegate legislation– of the rules that govern the temporal element of the income, costs and expenses relevant for the assessment of the taxable net income for Income Tax purposes is *unconstitutional and unreasonable*. It pretends –without achieving it– an increased tax revenue, by unduly affecting the fundamental principles of convenience of taxation, taxation in accordance with the taxpayer's ability to pay, preservation of the source of income and efficiency of the tax revenue collection, through ignoring both the juridical and *economical* nature of the concept of income availability.

KEYWORDS:

Legislative delegation, tax law, Income Tax Law, income availability, causation, payment, account's credit, accrued and caused but not paid expense, judgement of rationality, taxation's canon of convenience, ability to pay, preservation of the source of income, income availability.

- 1 A Myriam, de cuya dolorosa partida supe apenas horas después de poner el punto final a este texto, y a quien debo –además de esta nota insuficiente– la expresión de mi gratitud y afecto indelebles, por su cariño y sus muchas enseñanzas, así como por la pasión por la historia, la docencia y la investigación que de sus genes obtuve, con el recuerdo de nuestras risas cómplices, y con la amargura de la distancia física que me impidió acompañarla en su ida a la eternidad.
- 2 Postdoctoral *Research Fellow* (International Bureau of Fiscal Documentation [IBFD]), Países Bajos). Profesor Finanzas Públicas en la Universidad Central de Venezuela y de Problemas Federales y Municipales en la Universidad Monteávila.

I. Planteamiento del problema

En el *desiderátum* de «eficacia» recaudatoria que ha inspirado las reformas emprendidas al sistema tributario en los últimos años, el Decreto–Ley de Impuesto sobre la Renta de 2015³ modificó parcialmente las reglas que determinan la *disponibilidad* del enriquecimiento neto anual gravable con ese tributo, esto es, el elemento temporal del hecho generador de la obligación tributaria. Para lograr tal objetivo, la reforma sustrae del régimen de disponibilidad *pagada* de la renta⁴ la mayoría de los enriquecimientos que habían sido clasificados como tales desde el establecimiento del impuesto sobre la renta en Venezuela en 1942⁵ para regularlos bajo el canon de disponibilidad *causada*, de acuerdo con el cual el incremento patrimonial que constituye la base de cálculo del impuesto se entenderá realizado por el contribuyente desde el momento de *perfeccionamiento* del negocio jurídico que le sirve de causa. Esta intención se hace evidente desde la propia Exposición de Motivos, que se expresa respecto del punto en los siguientes términos:

“[S]e modifican los criterios de disponibilidad de la renta, reduciendo los supuestos de enriquecimientos disponibles en el momento en que son cobrados, y aumentando los casos de rentas que serán gravadas en el momento en que se realizan las operaciones que las producen, para establecer una tributación con criterio preeminentemente dirigido a considerar como parte de la utilidad fiscal, supuestos que en la actualidad aparecen como “*ingresos contabilizados y no cobrados*”.

En este sentido, en la vertiente del ingreso gravable el nuevo artículo 5 de la Ley de Impuesto sobre la Renta⁶ califica únicamente como rentas de disponibilidad *pagada*: (i) los *sueldos, salarios y demás remuneraciones similares*; y (ii) las *ganancias fortuitas*, provenientes de premios por juegos y apuestas como loterías,

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.210 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015.

4 De acuerdo con el cual el incremento patrimonial se hace efectivo para el contribuyente desde el momento del cumplimiento *efectivo* de la obligación que le sirve de causa.

5 Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20.851, del 17 de julio de 1942.

6 Artículo 5, Ley de Impuesto sobre la Renta.— “*Los Ingresos se considerarán disponibles desde que se realicen las operaciones que los producen, salvo en las cesiones de crédito y operaciones de descuento, cuyo producto sea recuperable en varias anualidades, casos en los cuales se considerará disponible para el cesionario el beneficio que proporcionalmente corresponda.*

Los ingresos provenientes de créditos concedidos por bancos, empresas de seguros u otras instituciones de crédito y por los contribuyentes indicados en los literales b, c, d y e del artículo 7 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y los derivados del arrendamiento o subarrendamiento de bienes muebles e inmuebles, se considerarán disponibles sobre la base de los ingresos devengados en el ejercicio gravable.

Los enriquecimientos provenientes del trabajo bajo relación de dependencia y las ganancias fortuitas, se considerarán disponibles en el momento en que son pagados”.

hipódromos, etc. El resto de los supuestos cuya temporalidad estaba tradicionalmente normada por la regla de disponibilidad pagada, a saber: (i) cesión del uso o goce de bienes; (ii) regalías y demás participaciones análogas; (iii) honorarios profesionales; y (iv) enajenación de bienes inmuebles, han pasado a ser de disponibilidad *causada*, como regla general aplicable –de acuerdo con la norma en comentarios– a todos aquellos enriquecimientos no expresamente calificados por la Ley como de disponibilidad pagada o devengada⁷.

Complementariamente, en la vertiente del gasto deducible desaparece la regla de *corrección del gasto causado acumulado no pagado*, antes contenida en el párrafo único del artículo 32 de la Ley, y de acuerdo con la cual los egresos causados, de acuerdo con la regla general de disponibilidad, que no hayan sido pagados pero que hayan sido deducidos por el contribuyente al momento de su causación, *ex artículo 27 de la Ley*⁸, “*deberán ser declarados como ingresos del año gravable siguiente si durante éste no se ha efectuado el pago*”⁹, caso en el cual la de-

-
- 7 Que constituye una suerte de disponibilidad causada *diferida*, en tanto los enriquecimientos regidos bajo esta norma, por su naturaleza sujetos a ser percibidos en varios ejercicios fiscales, se consideran disponibles en la porción que proporcionalmente corresponda a cada uno de tales períodos, independientemente de su cobro efectivo o no.
- 8 El encabezamiento del artículo 27 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, regla que define las características del gasto deducible a fines de la determinación del tributo, dispone lo siguiente: “*Para obtener el enriquecimiento neto global se harán de la renta bruta las deducciones que se expresan a continuación, las cuales, salvo disposición en contrario, deberán corresponder a egresos causados no imputables al costo, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir el enriquecimiento...*”.
- 9 Siempre que se trate, aclaraba el párrafo en comentarios, de las deducciones correspondientes a los siguientes gastos: (i) sueldos, salarios y demás remuneraciones similares; (ii) intereses de los capitales tomados en préstamo e invertidos en la producción de la renta; (iii) gastos de traslado de nuevos empleados, incluidos los del cónyuge e hijos menores, desde el último puerto de embarque hasta Venezuela, y los de regreso, salvo cuando sean transferidos a una empresa matriz, filial o conexas; (iv) costo de las construcciones que deban hacer los patronos en acatamiento de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, o de disposiciones sanitarias; (v) cánones o cuotas correspondientes al arrendamiento de bienes destinados a la producción de la renta; (vi) gastos de transporte, causados o pagados dentro del ejercicio gravable, realizados en beneficio del contribuyente pagador, con el objeto de producir la renta; (vii) comisiones a intermediarios en la enajenación de bienes inmuebles; (viii) derechos de exhibición de películas y similares para el cine o la televisión; (ix) gastos de reparaciones ordinarias de bienes destinados a la producción de la renta; (x) primas de seguro que cubran los riesgos de personas o bienes distintos del contribuyente, considerado individualmente, empleados en la producción de la renta, o destinados a la venta, y los demás riesgos que corra el negocio en razón de esos bienes, por la acción u omisión de esas personas, tales como los de incendios y riesgos conexos, los de responsabilidad civil, los relativos al personal con ocasión del trabajo y los que amparen a dicho personal conforme a contratos colectivos de trabajo; (xi) gastos de publicidad y propaganda causados o pagados dentro del ejercicio gravable, realizados en beneficio del propio contribuyente pagador; y (xii) los pagos hechos por las empresas a sus directores, gerentes, administradores u otros empleados como reembolso de gastos de representación, siempre que dichos gastos estén individualmente soportados por los comprobantes respectivos y sean realizados en beneficio de la empresa pagadora.

ducción quedaba condicionada —o lo que es lo mismo, *diferida*— al ejercicio en el que efectivamente se realizase el pago de la obligación constitutiva del gasto, como pauta mensuradora de la real capacidad contributiva del deudor. Así, por obra de la reforma, la deducibilidad del gasto depende únicamente de su *causación* y no de su pago, de modo que el contribuyente deudor puede deducir válidamente el gasto causado *aunque no lo pague*, e incluso *aunque nunca vaya a pagarlo*.

Finalmente, la disponibilidad de los *anticipos* del impuesto a título de retenciones o de percepciones queda definida por el *pago* o por el *abono en cuenta*, lo que ocurra primero, según el nuevo artículo 84 de la Ley¹⁰, equiparando así a ambos conceptos como *criterios de disponibilidad* de tales anticipos y *derogándose la presunción de pago* contenida en el artículo 5 de la Ley, según la cual se asimilaba al abono en cuenta con el *pago*, que era —hasta la reforma— el evento del que la Ley hacía depender el nacimiento de la obligación de retener o percibir y enterar el anticipo correspondiente. En este sentido, por *primera vez* en nuestro sistema el nuevo artículo 84 define *legalmente* al abono en cuenta, entendiéndose por tal “*las cantidades que los deudores o pagadores acrediten en su contabilidad o registros*”, o lo que es lo mismo, el mero *asiento contable* de las obligaciones que originan el gasto deducible para el agente de retención, dejando aparentemente de lado el requisito reglamentario de acuerdo con el cual dicho registro constituía abono en cuenta cuando éstos se tratasen de *créditos exigibles jurídicamente a la fecha del asiento*¹¹.

10 Artículo 84, Ley de Impuesto sobre la Renta.— “*La Administración Tributaria, mediante providencia de carácter general, podrá designar como responsables del pago del impuesto en calidad de agentes de retención o percepción, así como fijar porcentajes de retención y percepción, a quienes por sus funciones públicas o por razón de sus actividades privadas intervengan en operaciones gravadas con el impuesto establecido en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley o efectúen pagos directos o indirectos, así como a los deudores o pagadores de enriquecimientos netos, ingresos brutos o renta bruta a que se contrae este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*

La retención del impuesto debe efectuarse cuando se realice el pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero. Se entenderá por abono en cuenta las cantidades que los deudores o pagadores acrediten en su contabilidad o registros”.

11 Reglamentariamente, el artículo 82 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.662 Extraordinario, del 24 de septiembre de 2003), definía al abono en cuenta del siguiente modo: “*Los abonos en cuenta a que se refiere el artículo 5° de la Ley, estarán constituidos por todas aquellas cantidades que los deudores del ingreso acrediten en sus registros contables, a favor de sus acreedores por tratarse de créditos exigibles jurídicamente a la fecha del asiento*”. La norma reproduce parcialmente el concepto de abono en cuenta contenido en el Reglamento previamente vigente (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.217, del 24 de mayo de 1993), que en su artículo 96 señalaba lo siguiente: “*Los abonos en cuenta a que se refiere el artículo 3° de la Ley, estarán constituidos por todas aquellas cantidades que los deudores del ingreso acrediten en su contabilidad o registro, mediante asientos nominativos, a favor de sus acreedores por tratarse de créditos exigibles jurídicamente a la fecha del asiento. Tales hechos deberán notificarse a los beneficiarios mediante notas de crédito suscritas por los deudores, dentro de los cinco días hábiles de su registro*”. Los subrayados son nuestros.

Así planteada, la reforma permite albergar algunas dudas respecto de su *racionalidad*; esto es, la relación atingente, congruente, entre el *fin* confesadamente perseguido por el legislador delegado –en nuestro caso, el incremento de la recaudación fiscal– con el *medio* empleado para lograrlo –la modificación de las reglas legales definidoras del elemento temporal del hecho generador del impuesto sobre la renta– y con los *valores y principios* fundamentales, constitucionalmente reconocidos, a partir de los cuales se construye la disciplina del tributo en el Estado de Derecho, especialmente respecto de las máximas de (i) *comodidad* de la imposición; (ii) tributación conforme a la *capacidad contributiva*; (iii) *preservación de la fuente* productora de renta; y (iv) *eficiencia* –no eficacia– recaudatoria. A la determinación de la *racionalidad de la reforma*, en el sentido de establecer si estas nuevas reglas de disponibilidad de ingresos, costos y gastos en el impuesto sobre la renta son teleológica y axiológicamente *adecuadas* para lograr el fin recaudatorio perseguido *a la luz de los principios constitucionales*, dedicaremos las brevísimas reflexiones siguientes.

II. EXCURSUS: TRIBUTACIÓN Y LEGISLACIÓN DELEGADA, CUENTO SINIESTRO QUE VUELVE A EMPEZAR.

Como ya indicáramos en una ocasión anterior¹², los *cuentos de nunca acabar*, parte de la tradición popular latinoamericana, comparten –bajo varias formas– un fondo común: *historias cortas*, cuya particularidad más notable radica en que la última «estrofa» enlaza con la primera, de manera que el relato se repite indefinidamente. Si bien al principio suscita interés, la historia así construida termina siendo repetitiva, interminable, aburrida e incluso, *siniestra*¹³. Así lo caracteriza la banda de *Ska* caraqueña *Desorden Público*¹⁴:

“Ven, vaivén, belén, ve y va
Echa pa’lante y luego pa’tras
Ven, vaivén, belén, ve y va
Cuento siniestro que vuelve a empezar...”

12 Weffe H., Carlos E.; “El Derecho Financiero y Tributario en Venezuela en 2012”, en *Anuario de Derecho Público* VI, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 140–141. En <http://bit.ly/1T5zEeb>, 7 de mayo de 2016.

13 Esa es la razón por la que el término se usa “*para aludir a un asunto cuya solución no parece tener fin por una serie indefinida de demoras en cuanto a su conclusión definitiva*”. Vid. <http://bit.ly/1rCsXUs>, 7 de mayo de 2016.

14 *Desorden Público; Plomo Revienta*. Pista N° 7, «Vaivén». CBS-Columbia. Caracas, 1997.

Entre nosotros, además de la *parafiscalidad*¹⁵, el «cuento siniestro que vuelve a empezar» es el de la delegación legislativa en materia tributaria. Una vez más¹⁶ el Poder Ejecutivo obvia la *prohibición constitucional implícita* de limitación de los derechos fundamentales a través de actos distintos a la *Ley formal*¹⁷, en el marco del Estado de Derecho que proclama ser Venezuela¹⁸, y regula directamente elementos esenciales de la tributación a través de actos «con rango, valor y fuerza de ley». Ello, a pesar de que por naturaleza el tributo forma parte de la más *estricta reserva parlamentaria*, que –como tal– solo ha de ser objeto *exclusivo* de la regulación por la Ley, manifestación de la *soberana*¹⁹ voluntad general expresada por medio de la representación constituida²⁰ a través de las fórmulas de participación política, sin que fórmula alguna de normativización distinta, *ni siquiera la legislación delegada*, pueda entrar a reglar tales materias. En otras palabras, el establecimiento

15 Cfr. Weffer; “El Derecho Financiero y Tributario en Venezuela en 2012”, cit., pp. 140-141.

16 Cfr. Weffer H., Carlos E.; “La reforma penal tributaria de 2014. Un ensayo sobre Derecho Penal del Enemigo”, en Morles Hernández, Alfredo (Coordinador); *Libro Homenaje al Centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, pp. 1.489-1.523.

17 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la Constitución (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, de 19 de febrero de 2009), “*La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que regulan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos*”.

18 Artículo 2, Constitución.– “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, se propone como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político*”.

19 Artículo 5, Constitución.– “*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma establecida en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público*”.

20 El Poder Legislativo, cuya principal competencia es la de legislar en las materias correspondientes a cada nivel del Poder Público, verticalmente integrado por la República, los Estados y los Municipios *ex* artículo 136 de la Constitución, tal como lo consagran los artículos 186.1 de la Ley Fundamental, a nivel federal, 162.1 a nivel estatal y 168.2, 175 y 178 *eiusdem* a nivel municipal, está constituido –en los tres niveles– por personas elegidas por sufragio universal, directo y secreto, según las reglas de participación política contenidas en los artículos 5, 62, 63 y 70 de la Constitución. Así lo consagran las reglas definitorias de la conformación de cada uno de estos órganos del Poder Público: la Asamblea Nacional estará conformada, en la dicción del artículo 186 de la Ley Fundamental, “*por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta*”; los Consejos Legislativos Estadales, a su vez, están integrados por “*un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y de los Municipios*”, según el artículo 162 de la Constitución; y los Concejos Municipales estarán formados “*por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley*”. Es a estos órganos de la representación política a los que, dada la estructuración del Estado venezolano como uno *democrático y de Derecho*, *ex* artículo 2 de la Constitución, los que corresponde *privativamente* el establecimiento, mediante acto normativo, de *ablaciones* a los *derechos fundamentales*, entre los cuales sobresale la *propiedad*, *ex* artículo 115 de la Ley Fundamental, y cuya limitación más cardinal –allende la confiscación, prohibida entre nosotros como regla general– es, precisamente, la *tributación*.

de poderes *ablatorios* al Estado requiere del *consentimiento* de los gobernados a través de las fórmulas de la representación política, en protección de la *libertad*, la *propiedad* y, en definitiva, la *dignidad* humanas²¹.

La tributación, como la mayor *ablación*²² que de la propiedad es posible en el Estado social y democrático de Derecho, no es excepción a lo expuesto: el artículo 317 de la Constitución²³ *reserva a la ley* la regulación de los elementos esenciales del tributo, lo que desde una concepción «cerrada» supone *en principio* que:

“Todos los elementos que integran la relación tributaria deben estar establecidos en la norma legal sin que se permita al legislador la delegación de dichos elementos al reglamentista, en contraposición al modelo de Principio de Legalidad Abierta o llamada también Esencialista que consiste en una mayor flexibilidad para el legislador, al permitirse delegar en el reglamentista elementos no esenciales de la relación tributaria, o establecer parámetros que permitan al reglamentista fijar alícuotas u otros elementos de la relación tributaria, pero sin exceder los límites fijados por el legislador”²⁴

Sin embargo, a partir de la literalidad de los artículos 203, tercer aparte, y 236.8 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

21 *Vid.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Cuarta edición. Editorial Civitas, Madrid, 1983, pp. 241-242.

22 Con exclusión de la expropiación por causa de utilidad pública o social *ex* artículo 115 de la Constitución, que supone –aun a cambio de justa indemnización– la *extinción* del derecho de propiedad sobre un bien determinado, base sobre la cual HERNÁNDEZ GONZÁLEZ sostiene que la expropiación es, “antes que nada, una restricción a la libertad general del ciudadano que, como tal, debe quedar rodeada de un conjunto de garantías jurídicas que no se explican –todas– desde la óptica de la propiedad”. Esas garantías jurídicas que no son explicables desde la propiedad son las que, aparentemente, llevan a Badell Madrid a concebir a la expropiación, ya no como una *ablación*, sino como una *garantía constitucional para la protección y salvaguarda del derecho de propiedad*, sobre la base de la necesidad de tres *condiciones taxativas* de procedencia: (i) que la justifiquen razones de utilidad pública o de interés social; (ii) que medie sentencia firme, esto es, que exista control judicial sobre la actuación administrativa expropiatoria; y (iii) que se proceda al pago de una justa y oportuna indemnización, como salvaguardas especiales de la propiedad como bien jurídico constitucionalmente tutelado, que se halla posiblemente –gracias a la pretensión estatal expropiatoria– en riesgo actual de agresión. A ello deberá agregarse, usando aquí las palabras de Hernández, que la primera garantía del ciudadano frente a la potestad expropiatoria deriva de su *libertad*; y agregamos nosotros, de su *dignidad*. *Vid.* Hernández González, José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 36, 38; y Badell Madrid, Rafael. *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela*. S/E. Caracas, 2014, pp. 40-41.

23 Encabezamiento del artículo 317, Constitución.– “No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

24 Belisario Rincón, José Rafael; “El principio de legalidad tributaria en Venezuela. Análisis crítico acerca de la inconstitucionalidad de algunas normas tributarias y de una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *30 años de la codificación del Derecho tributario venezolano. Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*. Tomo I. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2012, p. 156.

ha venido interpretando desde 2001, por lo menos, que el ámbito de la delegación legislativa puede ser, de hecho, *absoluto*; o lo que es lo mismo, el Legislativo puede deferir al Ejecutivo la función legislativa *sin limitación alguna*²⁵. Como pretendido fundamento jurídico de la interpretación previa, se ha dicho que su base es la comparación mecánica entre los artículos 190.8 de la Constitución de 1961²⁶ y los artículos 203, tercer aparte, y 236.8 de la Constitución de 1999²⁷, así como que, dada la ubicación del tipo normativo de las leyes habilitantes en el artículo 203 de la Constitución, junto con la regulación de las leyes orgánicas, la delegación legislativa tiene como *fuerza* una «ley orgánica» –la propia ley habilitante–, que por tanto es susceptible de *delegar* en el Ejecutivo la competencia para dictar normas, incluso, con la fuerza de la ley orgánica, a pesar de que este

-
- 25 Vid. CARRILLO ARTELES, CARLOS LUIS; “La paradójica situación de los Decretos Leyes Orgánicos frente a la Ingeniería Constitucional de 1999”, en *Revista de Derecho Público* N° 115. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 98.
- 26 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.357 Extraordinario, del 2 de marzo de 1984. El artículo en cuestión disponía lo siguiente: “*Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: [...] 8°.- Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ellos por ley especial*”.
- 27 Equiparación que –a juicio de Peña Solís– no tiene lugar, en tanto las normas en comentario emplean técnicas de apoderamiento ejecutivo distintas: *autorización*, en el primer caso, *delegación* en el segundo. En efecto, Peña Solís entiende que la naturaleza jurídica del artículo 190.8 de la Constitución de 1961 es el de una *autorización*, mientras que los artículos 203, tercer aparte, y 236.8 de la Constitución de 1999 consagran una *delegación* de la función legislativa al Poder Ejecutivo. En este sentido, Moles Caubet anota la capacidad del Ordenamiento de cada país de establecer alguno de estos sistemas para incorporar a los Decretos-Leyes: *atribución, delegación o autorización*. Éste último es el que, según el profesor español, corresponde al artículo 190.8 de la Constitución de 1961, en tanto la competencia allí establecida se ejerce previa *autorización* al Ejecutivo por el Legislativo, mediante *ley especial*, opinión que comparte Gerardo Fernández, tanto por la topografía constitucional de la norma autorizatoria como por la imposibilidad de renuncia, aun parcial y temporal, de la función legislativa por el Congreso. Peña Solís, José, *Los Tipos Normativos en la Constitución de 1999*, Colección de Estudios Jurídicos N° 14. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, pp. 178-179; Moles Caubet, Antonio, *Dogmática de los Decretos-Leyes*, Publicaciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas, 1974, pp. 13, 25, 27; Fernández, Gerardo, *Los Decretos-Leyes*, Cuadernos de la Cátedra «Allan R. Brewer-Carías» de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992, p. 48. En contra, Pérez Luciani señala que calificar a la ley habilitante como una autorización supondría reconocer competencia legislativa originaria en cabeza del Poder Ejecutivo, cuestión desechable por *absurda*. Pérez Luciani, Gonzalo, “La actividad normativa de la Administración”, en *Revista de Derecho Público* N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 36. Respecto de la regulación del punto en la Constitución de 1999, parece haber *unanimidad* en que se trata de una *delegación*. Vid. PEÑA SOLÍS; *Los tipos...* pp. 157-159; Hernández Camargo, Lolymar; “Límites del poder ejecutivo en el ejercicio de la habilitación legislativa: Imposibilidad de establecer el contenido de la reforma constitucional rechazada vía habilitación legislativa”, en *Revista de Derecho Público* N° 115. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 52-54; Linares Martínez, Aurilivi; “Notas sobre el uso del poder de legislar por decreto por parte del Presidente venezolano”, en *Revista de Derecho Público* N° 115. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 81, *et passim*.

tipo normativo es el llamado a regular las materias de la *reserva parlamentaria* en los términos antes señalados.

Así, a pesar del carácter *limitado* del poder en el Estado de Derecho, y la necesaria *alteridad* en las funciones estatales para el adecuado funcionamiento del sistema de *checks and balances* que permite el control del poder por el poder²⁸, así como la efectiva vigencia de los principios fundamentales que inspiran al ordenamiento venezolano²⁹, excluyen la posibilidad de la delegación legislativa –y en consecuencia de la legislación delegada– en las materias que constituyen la *reserva parlamentaria*, ésta ha sido nuevamente desconocida por el legislador «delegado» en materia del impuesto sobre la renta, determinando así la radical *inconstitucionalidad* de las reglas que aquí se analizan³⁰.

La perplejidad sube de punto cuando se constata que, una vez más, la supuesta legislación «delegada» no es tal. Como se expresó en ocasión previa³¹ al comentar la reforma tributaria de 2014 –*cuento siniestro que vuelve a empezar*–, a pesar del carácter necesariamente *expreso* de la delegación legislativa, en tanto *excepción* al axioma de la separación de las funciones estatales y en consecuencia negación *contingente* del principio democrático, de la soberanía y de la representación popular, la «delegación» aquí analizada no ni siquiera abierta, sino claramente *inexistente*³².

28 Cfr. Montesquieu, Charles de; *El Espíritu de las Leyes*. Traducción del original francés, prólogo y presentación de Francesc Ll. CARDONA. Edicomunicación, Barcelona (España), 2003 p. 118.

29 En la enumeración del artículo 2 de la Constitución, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

30 Así lo entendió la sentencia de la Sala Constitucional 1.586/2003 de 12 de junio, caso *Santiago Mercado Díaz v. República (Congreso de la República)*, en <http://bit.ly/1E1pKQM>, 9 de mayo de 2016. De acuerdo con la decisión en comentarios, prácticamente *solitaria* frente a la abrumadora cantidad de sentencias en contrario de la misma Sala –la acompaña, por ejemplo, la sentencia de la Sala Constitucional 694/2010 de 9 de julio, caso *Eulalia Pérez González v. República (Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo)*, en <http://bit.ly/1AThEYv>, 9 de mayo de 2016– el Poder Ejecutivo no puede legislar sobre las materias que constituyen *reserva parlamentaria*.

31 Cfr. Weffe H., Carlos E.; “La legislación delegada tributaria de 2014 (1): Parte General. Síntesis Analítica”, en *XIV Jornadas de Derecho Público. Impacto de los Decretos-Leyes. Balance y Perspectivas*. Centro de Estudios de Derecho Público. Universidad Monteávila. Caracas, pp. 137-141, en <http://bit.ly/1UA5BMc>, 9 de mayo de 2016.

32 *Vid.* sentencia de la Sala Constitucional N° 1.586/2003 de 12 de junio, caso *Santiago Mercado Díaz v. República (Congreso de la República)*, en <http://bit.ly/1E1pKQM>, 9 de mayo de 2016. Según el texto de la decisión citada, “*lo que no podría producirse en ningún caso es una delegación totalmente abierta y, además, ilimitada en el tiempo, porque ello significaría la renuncia del legislador a sus poderes, lo que, según se ha indicado, atenta contra el orden constitucional. Ni siquiera el recurso a una ley habilitante –pese a su acogida en el texto constitucional– puede permitir semejante forma de delegación*”.

En efecto, el artículo 1.2 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan «para la garantía reforzada de los derechos de soberanía y protección reforzada del pueblo venezolano y el orden constitucional de la República»³³, cuyo propósito confeso es la «protección» del orden institucional venezolano frente a la Orden Ejecutiva N° 13.692, emanada de la Presidencia de los Estados Unidos de América el 8 de marzo de 2015³⁴, *no comisiona potestad legislativa alguna en materia tributaria al Ejecutivo*: máxime si, en casos como el que nos ocupa, es al menos *difícil* percibir cómo la modificación de la temporalidad del impuesto sobre la renta puede ser una medida para la “*protección del Pueblo y de todo el Estado frente a actuaciones de otros países o entes económicos o financieros transnacionales, o de factores internos, dirigidas a perturbar o distorsionar la producción, el comercio, el sistema socioeconómico o financiero, así como los derechos y garantías asociados*”, tal como reza la norma de «delegación». Así, desde ya, puede atacarse al «ejercicio» de esta «habilitación», así entendida, como *inconstitucional*.

En resumen, el carácter *contingente y excepcional* de la delegación legislativa, aunada a la naturaleza *ablatoria* de las instituciones reguladas por las normas fiscales, hace *imposible* predicar, aun en la más *laxa* de las interpretaciones, que el artículo 1.2. de la Ley Habilitante de 2015 permite una reforma –aun parcial– de la legislación tributaria venezolana, mucho menos una con las características particulares de la modificación sufrida por la Ley de Impuesto sobre la Renta, y en especial respecto del elemento temporal de la renta gravable con ese tributo, como se analizará enseguida, y al igual que ocurrió –en términos generales– con

33 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.178 extraordinario, del 15 de marzo de 2015.

34 De acuerdo con la Orden Ejecutiva en comentarios, su objeto es el de avanzar en el resguardo de los derechos humanos, salvaguardar las instituciones democráticas y la protección del sistema financiero *estadounidense* de los flujos financieros ilícitos que, producto de corrupción en Venezuela, pudieran ingresar a los Estados Unidos de América. En este contexto, la Orden Ejecutiva, antes que imponer sanciones *al Estado venezolano*, lo hace respecto de siete *funcionarios públicos*, quienes –alegadamente, en razón de la *presunción de inocencia*– estarían involucradas o serían supuestamente responsables de la erosión de la garantía de derechos humanos, persecución de oponentes políticos, coartar la libertad de expresión y prensa, uso de violencia, abusos y violaciones de derechos humanos en respuesta a protestas antigubernamentales, y arrestos o detenciones de protestantes opuestos al gobierno, así como la hipotética corrupción de altos funcionarios del gobierno venezolano. En ejercicio de sus competencias legales, con fundamento en la Sección 202 (d) de la Ley de Emergencias Nacionales (50 U.S.C. 1622(d)), el Ejecutivo estadounidense prorrogó la vigencia de la Orden Ejecutiva N° 13.692 por *un año más*, con base en la persistencia de las condiciones que dieron lugar a su emisión. Al respecto, *vid.* la nota de prensa emitida por el gobierno de los Estados Unidos de América en <http://1.usa.gov/1EboABz>, y el Oficio dirigido al Congreso con la notificación legal de la prórroga, en <http://1.usa.gov/1pFTICu>, 9 de mayo de 2016.

las delegaciones legislativas concedidas al Ejecutivo en 2010³⁵ y en 2013³⁶, sobre las cuales se ha estructurado la porción más importante del sistema tributario venezolano hoy vigente. Por ello, acudiendo a otro referente de la cultura popular, el marabino Felipe Pirela, cabe —tristemente— afirmar en este punto que *la historia vuelve a repetirse*³⁷.

III. La renta disponible

1. Elemento temporal del hecho generador del impuesto sobre la renta

Todos los fenómenos tienen lugar en el espacio, y a cada acontecimiento espacialmente dado corresponde un *tiempo*, ambos *asociados relativamente* a un sistema de referencia determinado, de lo que puede deducirse su «veracidad». ³⁸ La afirmación ³⁹ es uno de los aportes fundamentales de la Teoría de la Relatividad, formulada por Einstein a principios del Siglo XX, a la comprensión del Universo; hoy día, es un enunciado que puede tomarse como *axiomático*⁴⁰.

Guardando las distancias entre los hechos culturales⁴¹ y los acontecimientos físicos, puede válidamente afirmarse que otro tanto ocurre con el *tributo*, fenó-

35 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.009 extraordinario, del 17 de diciembre de 2010.

36 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.112 extraordinario, del 19 de noviembre de 2013.

37 Pirela, Felipe; *Tu camino y el mío*. Pista N° 4, «Por la vuelta». Velvet. San Juan de Puerto Rico, 1970.

38 “*Cada cuerpo de referencia (sistema de coordenadas) tiene su tiempo especial; una localización temporal solo tiene sentido cuando se indica el cuerpo de referencia al que remite. // Antes de la teoría de la relatividad, la Física suponía siempre implícitamente que el significado de los datos temporales era absoluto, es decir, independiente del estado de movimiento del cuerpo de referencia. Pero acabamos de ver que este supuesto es incompatible con la definición natural de simultaneidad; si prescindimos de él, desaparece el conflicto —expuesto en §7— entre la ley de la propagación de la luz y el principio de la relatividad*”. Einstein, Albert; *Sobre la teoría especial y la teoría general de la relatividad*, Traducción del original inglés por Miguel PAREDES LARRUCEA, Altaya. Barcelona (España), 1998, p. 14.

39 Paráfrasis extremadamente general de los postulados relativistas hecha por un abogado: por tanto, seguramente errónea.

40 En las palabras de EINSTEIN: “[N]o hay enunciado más banal que el que afirma que nuestro mundo cotidiano es un continuo espacio-temporal cuatridimensional”. EINSTEIN; *Sobre...* p. 28.

41 La conducta humana, en tanto es objeto deóntico, de ordenación de las normas, puede ser calificado como «objeto» del Derecho. Así, el Derecho es calificable como un *objeto cultural* —y como tal, *susceptible de conocimiento*— en tanto éste es creado por el hombre mediante *valorizaciones*, es real, tiene existencia, está en la experiencia, es en el tiempo y es *valioso*. Ello sirve de fundamento a COSSIO para su teoría egológica, en los siguientes términos: “*cuando la teoría egológica dice que la conducta humana es el substrato*

meno eminentemente jurídico. Dada su naturaleza, el gravamen fiscal se origina en un suceso, un *hecho*. Uno o varios, o el estado que dimana de su imputabilidad a un sujeto, al que el legislador asocia el nacimiento del vínculo patrimonial entre Estado y ciudadano⁴². Como tal *hecho*, conjunto de hechos o estado de hecho, éste tiene lugar en un determinado «*espacio-tiempo*», de cuya realización en tales circunstancias deriva la obligación tributaria con *todas* sus consecuencias, en especial, las de su *existencia* y *cuantía*. Así, dice Jarach:

“Las circunstancias de hecho que el legislador adopta para establecer como consecuencia de ellas determinados tributos, no se limitan solo en el espacio, sino también en el tiempo; el legislador puede definirlos de manera distinta, según la relación temporal que quiera aplicar. [...]”

Para la delimitación temporal de los hechos imponibles, el legislador puede adoptar diferentes posturas: puede atribuirlos o imputarlos —a los efectos de la obligación tributaria que nace— a un período, o bien puede considerarlos en el resultado último al finalizar el proceso; o bien adoptar un momento cualquiera del proceso mismo, inicial o final⁴³

Cabe cuestionarse, entonces, cuáles son las bases que sirven *racionalmente* al legislador para definir *temporalmente* al hecho generador, vinculando así a la manifestación de riqueza objeto de la imposición con un determinado momento, en el que puede considerarse legítimo exigir el tributo.

No existe un único criterio: hay tantos como exacciones patrimoniales públicas. Sin embargo, es posible tentar una clasificación, en razón de la *instantaneidad* o de la *recurrencia* con la que la materia imponible se presenta a través del hecho gravado. Por regla general, el tiempo de los primeros es de fácil determinación: la fortuna se manifiesta con la velocidad del *rayo*, haciéndola así

del Derecho, dice que la conducta es el Derecho en tanto que el objeto cuyo conocimiento formula el jurista al comprenderla en su sentido. No se trata de que el Derecho sea, en sí, alguna otra cosa destinada a incidir sobre la conducta en relación finalista. Lo que la teoría egológica afirma redondamente es que la conducta misma es el Derecho —objeto que el jurista quiere conocer conceptualmente—, en cuanto que de la conducta, siendo el substrato del Derecho, decimos algo paralelo a lo que decimos de la Venus de Milo cuando afirmamos que ella es el bloque de mármol que está en el Louvre. Ahí, en la conducta, está el Derecho de cuerpo entero y en cuerpo presente; frente a ella, el jurista no tiene otra cosa que hacer, para conocerla dogmáticamente, sino esclarecerla empíricamente en su inmanente sentido coexistencial, en forma paralela a como esclarece por comprensión el sentido del mármol de la Venus de Milo. Algo quiere conocer el jurista; y ese algo es conducta; no alguna otra cosa que se dirija a la conducta”. Vid. Bascuñán Valdés, Aníbal. Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales. 2ª edición. Colección de Apuntes de Clases N° 8, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960, p. 125; y Cossio, Carlos; “Panorama de la Teoría Egológica del Derecho”, en Revista Trimestral de Cultura Moderna N° 13, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1948, p. 71.

42 Vid. Araújo Falcão, Amílcar; *O Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 4ª edición. Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 26.

43 Jarach, Dino, *Curso de Derecho Tributario*, 3ª edición, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1980, pp. 176-177.

cómodamente reconocible, y en consecuencia exigible la detracción patrimonial parcial característica del tributo. En los segundos es más difícil la determinación del tiempo de causación: en éstos, la expresión de la capacidad contributiva es *continua*, al punto de que —a veces— es sólo separable *convencionalmente*.

“En el caso del impuesto sobre los beneficios eventuales, a pesar de que la ganancia es un fenómeno que se desarrolla en el tiempo, el legislador lo atribuye a un año determinado, tomando como imputación el momento de la realización final con una determinada operación, salvo algunas excepciones previstas en la ley.

Otro fenómeno que se desarrolla en el tiempo es el del rédito que muchas veces se produce a través de un largo período, aunque en la práctica de la relación comercial y por mera abstracción de carácter contable —por tanto, de carácter convencional—, se circunscribe a un período fiscal anual, que es el ejercicio anual. En estos casos, el legislador adopta como período, para la imputación al tiempo, el mismo ejercicio comercial, o bien otro distinto, como, por ejemplo, el año fiscal en el cual termina un ejercicio”⁴⁴

Entonces, en un esfuerzo sistematizador, es posible afirmar que las reglas que determinan el acaecimiento temporal del hecho generador responden a la cuestión de *cuándo* una determinada manifestación de riqueza es susceptible de imposición. Ello ocurre cuando, racionalmente, puede legalmente predicarse que la forma de fortuna sujeta al tributo está «presente», y es —en consecuencia— «imputable» a un determinado sujeto, quien pasa a ser considerado por ello su *titular*. En términos generales, de acuerdo con la caracterización legal venezolana⁴⁵, ello puede entenderse ocurrido de tres formas diferentes:

- a) *Disponibilidad causada*, regla general de acuerdo con la cual el ingreso o egreso⁴⁶ susceptible de dimensionar cuantitativamente la obligación tributaria por impuesto sobre la renta se entiende obtenida u abonada —respectivamente— por el contribuyente en el momento de *perfeccionamiento del negocio jurídico* que da causa al flujo económico respectivo, independientemente del momento en que la prestación en comentarios tenga lugar efectivamente en el plano de la realidad.
- b) *Disponibilidad pagada*, regla especial según la cual el ingreso o egreso cuantificador de la renta gravable se entiende percibida u gastada —respectivamente—

44 Jarach, Dino, *Curso de Derecho Tributario*, cit., p. 177.

45 Cfr. Artículo 5 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, cit. en nota N° 4.

46 Como indica Castillo Carvajal, “la disponibilidad no solo determina la oportunidad cuando un ingreso integrará la base imponible del ISLR, sino que igualmente fija el momento cuando se imputará los egresos incurridos por el contribuyente con el objeto de producir o mantener la renta”. Castillo Carvajal, Juan Carlos; “Momentos de disponibilidad de la renta”, en Sol Gil, Jesús, *et al.*, (coordinadores), *Manual Venezolano de Derecho Tributario. Tomo II*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 64.

por el sujeto pasivo tributario por deuda propia en el *momento de su pago efectivo*; esto es, en el instante en el que la prestación económica que constituye la renta ha sido realmente obtenida o gastada por el contribuyente, respectivamente, en el plano de la realidad.

c) *Disponibilidad devengada*, regla especial conforme con la cual el ingreso o egreso relevante para la determinación del impuesto sobre la renta, que se ha *pactado obtener* en varios ejercicios fiscales, se calificará como existente en el patrimonio del contribuyente al momento de *perfeccionamiento del negocio jurídico* que le sirve de causa al ingreso o egreso de que se trate, *en la proporción que corresponda a cada ejercicio*.

Una *cuarta* regla de disponibilidad se deduce del texto del artículo 186 de la Ley de Impuesto sobre la Renta⁴⁷, el cual regula la temporalidad del enriquecimiento neto gravable o pérdida deducible producto del ajuste por *fluctuación* o por *devaluación* de los activos o pasivos denominados en moneda extranjera o con cláusula de reajustabilidad. En tales casos, el enriquecimiento o pérdida de que se trate será gravable o deducible al momento de su *exigibilidad* o de su *pago*, según sea lo que ocurra primero⁴⁸.

Así las cosas, como la enumeración precedente pone de manifiesto, la disponibilidad es el concepto que reúne las condiciones legales de *presencia temporal del enriquecimiento*⁴⁹, de modo que pueda predicarse su *titularidad* por el contri-

47 Artículo 186, Ley de Impuesto sobre la Renta.– “A los fines de este Capítulo, las ganancias o pérdidas que se originen de ajustar los activos o pasivos denominados en moneda extranjera o con cláusula de reajustabilidad basada en variaciones cambiarlas en el ejercicio fiscal en el que las mismas sean exigibles, cobradas o pagadas, lo que suceda primero”.

48 El divorcio entre los conceptos de realización y disponibilidad, tratado posteriormente en el texto principal, sirve de base a Jraige para diferenciar al supuesto de «realización» contenido a su juicio en el artículo 186 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, del de la *disponibilidad* respecto de la temporalidad de las diferencias en cambio, sujeta –en su opinión– a las reglas del artículo 5 *eiusdem*. De este modo, no habría –a juicio de Jraige– un cuarto momento de disponibilidad. *Vid.* Jraige R., Jorge A.; “Distorsiones en la interpretación del concepto de disponibilidad de la renta: el abono en cuenta y las ganancias cambiarias”, en *70 años del Impuesto sobre la Renta. Homenaje al Dr. Armando Montilla*. Tomo I. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2013, pp. 214, 237-240.

49 “El concepto de disponibilidad tal como ha sido analizado, ocupa un plano diferente del de las características que ya se han expuesto al definir la renta desde un punto de vista genérico, y tiende a precisar el momento en que la renta ya producida viene a entrar en el dominio fiscal. Por ello, su importancia no estriba tanto en determinar la existencia de la renta, como en fijar la oportunidad en que se causa el impuesto y el ejercicio fiscal al cual debe atribuirse el producto de éste”. Exposición de Motivos de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942, cit. en Alvarado, Manuel A.; *El Impuesto sobre la Renta en Venezuela*, Editorial ABC, Bogotá, 1944, p. 284. En el mismo sentido, Candal Iglesias, Manuel, *Régimen impositivo aplicable a sociedades en Venezuela*. Universidad Católica Andrés Bello-Espíñeira Sheldon & Asociados, firma miembro de PriceWaterhouseCoopers-Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 35; Sánchez

buyente en condiciones que permitan la ablación parcial del patrimonio particular que es esencial al concepto de tributo, de manera *congruente* con los mandatos constitucionales de *comodidad y eficiencia recaudatoria*, así como de *tributación conforme con la capacidad contributiva*. Es por ello que el encabezamiento del artículo 1 de la Ley de Impuesto sobre la Renta⁵⁰ establece, entre otras cualidades necesarias para ello, que la renta gravable con el tributo debe ser *disponible*; esto es, según la Exposición de Motivos de la *primera* Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942, la renta gravable “*debe encontrarse jurídica y económicamente a disposición del contribuyente*”.⁵¹ O lo que es lo mismo, “*es necesario que el contribuyente la tenga en tal manera que pueda ejercer con respecto a ella la facultad de usarla, de gozarla y de disponer de ella a su antojo*”.⁵²

En este sentido, ya desde antiguo el Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones recomendó que la definición de la renta gravable debe inspirarse, entre otros criterios, en que “*el producto considerado como renta debe ser devengado o percibido; es decir, debe hallarse jurídica o económicamente a disposición del beneficiario*”. Por su parte, siguiendo un criterio distinto, el de *realización* de la renta⁵³, desde 1920 la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, a través de la sentencia del caso *Eisner v. Macomber*, ha definido a la renta disponible como aquella «separada» (“*severed*”) del capital que la produce y de alguna manera «recibida» (“*received or drawn by*”) el contribuyente para su uso y disposición con independencia del bien productor de renta⁵⁴. Entre nosotros, ello

González, Salvador; *El impuesto sobre la renta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Enriquecimiento gravable y deducciones (2000-2008)*, Fraga, Sánchez & Asociados, Caracas, 2008, p. 19

50 Encabezamiento del artículo 1, Ley de Impuesto sobre la Renta.— “*Los enriquecimientos anuales, netos y disponibles obtenidos en dinero o en especie, causarán impuestos según las normas establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*”.

51 Exposición de Motivos de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942, cit. en Alvarado, Manuel A.; *El Impuesto sobre la Renta en Venezuela*, cit., 284.

52 Alvarado, Manuel A.; *El Impuesto sobre la Renta en Venezuela*, cit., p. 56. En el mismo sentido Tinoco, Pedro R. (h); *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela— Tomo I*, S/E, Madrid, 1955, pp. 115-116.

53 La realización de la renta ocurre, dice Tinoco, “*cuando ella entra a formar parte del patrimonio del contribuyente como algo nuevo con valor de cambio, distinto y separado del capital o fuente que la produjo*”; esto es, en dos situaciones: (i) por *separación de la fuente*, como ocurre en el caso de los frutos de un bien dado; o (ii) por *conversión de la fuente*, para el caso en el que se obtiene el enriquecimiento por la *disposición* del bien, o por su sustitución por otro. Cfr.: Tinoco, Pedro R. (h); *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela— Tomo I*, cit, p. 128.

54 El texto relevante de la decisión dispone lo siguiente: “*a gain, a profit, something of exchangeable value, proceeding from the property, severed from the capital, however invested or employed, and coming in, being “derived” —that is, received or drawn by the recipient (the taxpayer) for his separate use, benefit and disposal— that is income derived from property. Nothing else answers the description*”. Sentencia de

se traduce en que la renta, para ser gravable, debe ser *disponible*: esto es, debe ser devengada o percibida en el sentido *jurídico y económico* anotado, de modo que el enriquecimiento sea, así, susceptible de incrementar *efectivamente* la capacidad contributiva del sujeto pasivo tributario a través de su *uso y goce efectivo, allende su mera realización*⁵⁵.

Sobre las bases antes indicadas, el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942⁵⁶ definió ***expresamente*** la renta disponible como equivalente a aquella *aprovechable jurídica y económicamente por el contribuyente*, en los siguientes términos:

“Se considera que una renta o enriquecimiento es disponible cuando su titular puede usar, gozar o disponer de él, porque no se lo impide ningún obstáculo de carácter jurídico o material”

Ese fue el concepto de disponibilidad que, *casuísticamente*, aplicó la Exposición de Motivos de la Ley de Impuesto sobre la Renta del año anterior para fundamentar los criterios de causación temporal de la renta gravable con el tributo en comentarios. En lo que a nuestro tema interesa, ya desde 1942 se catalogó como rentas disponibles *al momento de su pago efectivo* a las provenientes de sueldos, salarios y demás remuneraciones similares, *así como las de intereses y dividendos*:

“La renta económica para ser gravable, debe encontrarse jurídica y económicamente a disposición del contribuyente.

Asimismo conviene analizar en cada caso lo que esta noción añade a los diferentes tipos de renta: en lo que toca a la renta proveniente del trabajo, cuya manifestación más frecuente es el salario, se requiere, para que pueda ser considerada como una materia gravable, que sea percibida por su beneficiario. Con respecto a intereses y dividendos puede decirse lo mismo; solo después de percibidos son gravables, aun cuando aquellos hayan sido devengados y éstos contabilizados y decretados. En cuanto a la renta mixta, es decir, la que proviene conjuntamente del trabajo y del capital, no se aplica la idea de percepción, sino que se admite, a los fines fiscales, que la renta gravable surge desde el momento en que se contabiliza el beneficio, figurando éste en una partida niveladora del pasivo del balance”⁵⁷

la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, caso *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920), en <http://bit.ly/1XVG7IZ>, 26 de mayo de 2016.

55 Vid. Tinoco, Pedro R. (h); *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela— Tomo I*, cit., p. 129 y Fariñas, Guillermo, *Temas de Finanzas Públicas, Derecho Tributario e Impuesto sobre la Renta (Ley de 1978)*, EDIME, Madrid, 1978, p. 169.

56 Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20.085, del 17 de julio de 1942.

57 Exposición de Motivos de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942, cit. en ALVARADO; *El Impuesto...* p. 284.

E igualmente fue la idea que presidió la *redefinición casuística* del concepto de disponibilidad en el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1944, en una enumeración que –como fácilmente puede constatarse– es el germen de la norma que, con el tiempo, pasaría a conformar la formulación «clásica» de la disponibilidad en la Ley⁵⁸, y a través del cual se caracterizaron desde entonces –y hasta la modificación que hoy nos ocupa– las distintas situaciones de *temporalidad* de la renta gravable con el tributo⁵⁹. Sobre las bases previamente expuestas, el Reglamento de 1944 calificó como de *disponibilidad pagada* a las rentas provenientes de (i) capital inmobiliario; (ii) créditos y capitales mobiliarios en general; (iii) ejercicio de profesiones no comerciales; (iv) sueldos, pensiones y otras remuneraciones; (v) beneficios de valoración; y (vi) ganancias fortuitas, quedando como de *disponibilidad causada* únicamente los enriquecimientos netos derivados de (i) capital inmobiliario; y (ii) actividad agropecuaria. En este sentido, llama poderosamente la atención que para entonces –y hasta 1966– *la regla general de temporalidad del enriquecimiento era la de disponibilidad pagada*⁶⁰, sobre la base de que ésta garantiza, en términos generales, la capacidad de uso, goce y disposición

58 En su última versión antes de la reforma que se comenta en el texto principal, la regla de disponibilidad –contenida en el artículo 5 de la Ley- era del tenor siguiente: “*Los enriquecimientos provenientes de la cesión del uso o goce de bienes, muebles o inmuebles, incluidos los derivados de regalías y demás participaciones análogas y los dividendos, los producidos por el trabajo bajo relación de dependencia o por el libre ejercicio de profesiones no mercantiles, la enajenación de bienes inmuebles y las ganancias fortuitas, se considerarán disponibles en el momento en que son pagados. Los enriquecimientos que no estén comprendidos en la enumeración anterior, se considerarán disponibles desde que se realicen las operaciones que los producen, salvo en las cesiones de crédito y operaciones de descuento, cuyo producto sea recuperable en varias anualidades, casos en los cuales se considerará disponible para el cesionario el beneficio que proporcionalmente corresponda. // En todos los casos a los que se refiere este artículo, los abonos en cuenta se considerarán como pagos, salvo prueba en contrario. // Parágrafo Único. Los enriquecimientos provenientes de créditos concedidos por bancos, empresas de seguros u otras instituciones de crédito y por los contribuyentes indicados en los literales b), c), d) y e) del artículo 7° de esta Ley y los derivados del arrendamiento o subarrendamiento de bienes muebles, se considerarán disponibles sobre la base de los ingresos devengados en el ejercicio gravable*”.

59 Eliminandose, como apunta acertadamente Jraige, toda mención *conceptual directa* a la disposición jurídica o material de la renta como elementos del concepto de disponibilidad. Pero ello, consideramos nosotros, *sin renunciar* a dichos elementos, sino incorporándolos, esta vez a través de un catálogo de casos, a la temporalidad de la renta gravable. Nuestra afirmación es comprobable cuando se tiene presente, como señala Jraige, que desde entonces tanto la doctrina administrativa como el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1993 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.217, del 24 de mayo de 1993) consideraron necesaria la exigibilidad jurídica del crédito como elemento esencial de la disponibilidad pagada, como se evidencia de la *primera* definición normativa del abono en cuenta contenida en dicho Reglamento. Cfr. Jraige; “Distorsiones en la interpretación del concepto de disponibilidad de la renta: el abono en cuenta y las ganancias cambiarias”, cit., pp. 215, 222-223.

60 Vid. Tinoco, Pedro R. (h); *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela– Tomo I*, cit., p. 130.

jurídica y económica de la renta, haciendo idónea su gravabilidad en términos de comodidad de la imposición, como veremos posteriormente.

2. Base axiológica

Para quienes suscribimos la tesis de la *vinculación*⁶¹ para explicar el concepto de Derecho, éste debe contener, a más de los elementos de *legalidad conforme al ordenamiento* y de *eficacia* característicos de la noción positivista del Derecho, (i) un «parámetro de corrección», que permita controlar sus propios excesos, o configuraciones *injustas*; (ii) una fórmula de resolución de las lagunas normativas, que dote de nuevo –y auténtico– sentido al axioma de la «plenitud hermética» del Derecho; y (iii) un «mecanismo de justificación» de los enunciados normativos concretos que integran, como reglas, el sistema.

Estas tres funciones básicas refieren, directamente, al cometido de los *valores* como elementos fundantes del Derecho. En efecto, aquellos son parámetros de referencia de lo *bueno* para el ordenamiento; esto es, su *baremo axiológico*, del que puede deducirse el objetivo perseguido por el Derecho y, así, la elección de medios idóneos –los enunciados jurídicos– para lograr su realización efectiva⁶². Particularmente, ello permite predicar de los valores –en particular de su expresión deóntica, los *principios*– su utilidad como *criterio de valoración*⁶³ para determinar la idoneidad del Derecho para lograr su concreción en el plano de la realidad, o en otras palabras, como guía para establecer la aptitud de las reglas para lograr la *justicia*.

Sobre esta base, es posible afirmar con Finnis que una concepción lógico–formal del Derecho debe complementarse con una necesaria referencia axiológica que sirva de *criterio de justificación* para el vínculo entre *supuesto de*

61 Según Alexy, de conformidad con la teoría de la vinculación “*el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales*”, además de los elementos de legalidad conforme al ordenamiento y eficacia social propias de las doctrinas positivistas, se incluyan también elementos *axiológicos*. Vid. Alexy, Robert; *El concepto y la validez del derecho*, Traducción del original alemán de Jorge M. Seña, Colección Clásicos Alemanes, Editorial Gedisa, Barcelona (España), 1997, pp. 13-14.

62 Como bien lo dice Dworkin al criticar el concepto de discreción que utiliza el positivismo para justificar su concepción de los valores, si ninguna «regla de reconocimiento», en el sentido que al término otorga Hart, “*puede proporcionar un criterio para la identificación de principios* [valores], ¿por qué no decir que los principios [valores] son decisivos y que ellos forman la regla de reconocimiento de nuestro Derecho?”. El texto entre corchetes es nuestro. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*. Traducción del original inglés por Marta Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona (España), 2002, p. 99.

63 Vid. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción del original alemán por Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 143-147.

hecho y consecuencia jurídica que, según Kelsen⁶⁴, conforma la estructura básica de cualquier enunciado jurídico:

“Para decirlo, el punto y la característica unificadora de las normas que supongan o creen derechos es que tales reglas especialmente reconocen y respetan la elección de una persona, ya sea negativamente por no impedir u obstaculizar (privilegio e inmunidad), o afirmativamente, dándole efecto legal o moral (derecho y potestad). De hecho, en este punto de vista, los derechos morales se dice que pertenecen a una ‘rama de la moral que se ocupa específicamente en determinar cuándo la libertad de una persona puede verse limitada por la [libertad] de otra’⁶⁵.”

Esa función es la que cumplen los principios, *mandatos de optimización* del ordenamiento. Los principios, entre los varios sentidos que el término tiene en Derecho, son normas que expresan los valores superiores de un sistema normativo, y que son reflejo de una determinada forma de vida, o de la concepción que tiene una institución dada en un orden jurídico dado, sobre la base, precisamente, de los valores que la inspiran. Al mismo tiempo, los principios son enunciados jurídicos de considerable generalidad, que permiten la sistematización del ordenamiento jurídico *o de un sector del mismo*⁶⁶.

De este modo, los principios *stricto sensu* –esto es, los valores superiores del ordenamiento⁶⁷– constituyen auténticas «razones para la acción», que como expresión del *desiderátum axiológico* del sistema, son por tanto «razones de corrección»: así, la *validez* de una solución regulativa concreta pasará por su *adecuación racional* a los *mandatos de optimización* contenidos en los principios. Tal como lo explican ATIENZA y RUIZ MANERO,

“[L]as razones para la acción que derivan de principios en sentido estricto son razones de corrección: al igual que las anteriores [las razones para la acción que derivan de directrices], no son tampoco excluyentes, pero, en la deliberación

64 Vid. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Sin datos de traducción, Ediciones Liber, Caracas, 2010, p. 166.

65 Traducción libre nuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “For, it is said, the point and unifying characteristic of rules which entail or create right is that such rules specifically recognize and respect a person’s choice, either negatively by not impeding or obstructing it (liberty and immunity) or affirmatively by giving legal or moral effect to it (claim-right and power). Indeed, in this view, moral rights are said to belong to a ‘branch of morality which is specifically concerned to determine when one person’s freedom may be limited by another’s [freedom]’”. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª edición, Clarendon Law Series, Oxford University Press. Oxford, 2011, p. 204.

66 Vid. Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona (España), 1996, p. 4.

67 Cfr. Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit. p. 5.

del sujeto, las razones de corrección operan como razones últimas (no son razones *finalistas*, sino razones *finales*). Por eso, las razones utilitarias que derivan de directrices pueden y deben ser evaluadas –y, en su caso, superadas– por razones de corrección, basadas en principios, mientras que lo contrario no puede ocurrir: si se tiene una razón de corrección para hacer X, entonces el no hacer X solo puede justificarse apelando a otras razones del mismo tipo –esto es, basadas en principios– que tengan un mayor peso, pero no a razones utilitarias –basadas en directrices– que muestren que la consecución de un cierto fin es incompatible con la acción X”⁶⁸

En el Derecho Tributario, esta función axiológica de justificación, sistematización y optimización del ordenamiento fiscal⁶⁹ la cumplen, entre muchos otros y de manera relevante para el caso objeto de análisis, los principios de *capacidad contributiva*, *conservación de la fuente productora de riqueza*, *comodidad* y *eficiencia recaudatoria*. Ellos desempeñan el cometido de *racionalizar* el ejercicio del poder de exacción estatal, de modo que las soluciones que integran el entramado regulativo del sistema sean *coherentes* con el fin *instrumental* de nuestra disciplina⁷⁰, que siempre debe estar orientada –en el Estado social y democrático de Derecho– a la preservación de la *libertad* y la *dignidad* humana que le sirven de fundamento al ordenamiento, según lo apenas esbozado previamente.

En otras palabras, los principios antes anotados sirven como *criterios de validez racional* de la solución normativa de *redefinición* del elemento temporal del hecho imponible en el impuesto sobre la renta respecto de los casos de (i) cesión del uso o goce de bienes; (ii) regalías y demás participaciones análogas; (iii) honorarios profesionales; (iv) dividendos; y (v) enajenación de bienes inmuebles, que han pasado a ser de disponibilidad *causada* como ya se ha dicho. Del mismo modo, estos principios sirven para determinar la *racionalidad*, tanto teleológica como *axiológica*, de la eliminación de la regla de reverso del gasto causado acumulado no pagado, así como de la equiparación *plena* del abono en cuenta al pago como elementos temporales de la obligación de retener para los agentes de retención, lo que justifica el desarrollo, aun sucinto, del *contenido esencial* de tales principios, de

68 El texto entre corchetes es nuestro. Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., p. 14.

69 Que son las funciones más importantes de los principios en el Derecho. Vid. Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., pp. 19-25.

70 El Derecho Financiero y Tributario –y sobre todo la actividad financiera, que es su objeto– tiene carácter *instrumental*; es un *medio* para alcanzar los fines estatales, y no un fin *en sí mismo*. Vid. García Belsunce, Horacio, “La ciencia de las finanzas públicas y la actividad financiera del Estado”, en García Belsunce, Horacio (Director), *Tratado de Tributación, Tomo I*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 16,

manera que nos sirva de *insumo* para la determinación de la *racionalidad axiológica* y, en consecuencia, la *validez constitucional* de la reforma legislativa bajo análisis.

Comencemos, valga la tautología, por el principio. La tributación conforme con la *capacidad contributiva* es, en las ilustrativas palabras de Fraga Pittaluga, “*pivote sobre el cual descansa el sistema tributario y como dato esencial para alcanzar la efectiva y justa distribución de las cargas públicas entre los ciudadanos*”⁷¹, equivalente, en palabras del Tribunal Constitucional español, a “*la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra*”⁷². De este modo, el principio sirve como parámetro de medida de la *justicia* del sistema tributario, a través de la regla de *progresividad* a la que se refiere el artículo 316:

“El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos”

Y como tal, es fundamento basal del sistema tributario:

“Por los que se refiere a los impuestos, la exigencia fundamental de todo sistema tributario justo y equitativo es que las cargas se adapten a la capacidad económica de los ciudadanos”⁷³.

La capacidad contributiva es, entonces, la medida de la *aptitud subjetiva* para contribuir con la satisfacción de las necesidades colectivas a través de la ablación *parcial* de su patrimonio⁷⁴, luego de atendidas las necesidades de subsistencia del individuo básicas para una existencia *digna*⁷⁵. Ello implica la distribución *equitativa*

71 Fraga Pittaluga, Luis, *Principios Constitucionales de la Tributación*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p.

72 STCE N° 27/1981 de 20 de julio, en <http://bit.ly/2bmHoYM>, 17 de agosto de 2016.

73 Juan XXIII, P. P.; *Carta Encíclica Mater et Magistra*. Pár. 132, en <http://bit.ly/1LP07pf>, 17 de agosto de 2016.

74 En Venezuela la obligación tributaria se constituye necesariamente en una prestación de *dar*, sea en dinero o en especie. No es posible, constitucionalmente hablando, la configuración de obligaciones tributarias como prestaciones de *hacer*; la inexistencia de *justa indemnización* como elemento característico del tributo frente a las restantes prestaciones patrimoniales públicas haría de un supuesto tal un caso de *trabajo forzado* del ciudadano frente al Estado, absolutamente inadmisible. Como dice con acierto Damarco, “*Los estados modernos no toman por la fuerza los bienes que necesitan para ello ni imponen trabajos personales de modo obligatorio sin contraprestación. Ellos adquieren dichos bienes y servicios por un precio en dinero*”. Entre nosotros, lo dicho es objeto *expreso* del primer aparte del artículo 317 de la Constitución: “*No podrán establecerse obligaciones tributarias pagaderas en servicios personales*”. Damarco, Jorge Héctor, *El principio de capacidad contributiva como fundamento y medida de los impuestos*, en <http://bit.ly/2bmF8lk>, 17 de agosto de 2016.

75 *Vid.* Andrade Rodríguez, Betty, *Inmunidad de los derechos humanos, capacidad contributiva y mínimo vital*,

de la carga financiera de la actividad pública, tanto horizontal como verticalmente: quienes tienen más deben pagar más, y quienes están en la misma situación deben soportar idéntico gravamen⁷⁶, con base en indicadores globales de su presencia⁷⁷.

De lo dicho se deduce, con facilidad, que la exigencia constitucional de «justa distribución» de las cargas públicas con base en la capacidad contributiva *exige* del sistema tributario que la exacción fiscal ocurra, en todos los casos, *donde* y *cuando* se evidencie efectivamente la existencia de la riqueza que, cumplidas las condiciones previas, se considera *disponible* –nótese el término– para su destinación al financiamiento de la gestión y satisfacción de las necesidades colectivas, de forma que –*a contrario*– cuando temporalmente no exista esa capacidad es constitucionalmente *imposible* exigir la prestación tributaria⁷⁸.

Ello se conecta directamente con el principio de conservación *de la fuente productora de la renta*. Pretender la exigibilidad del tributo antes de la presencia efectiva de la riqueza particular que constituye su objeto supone, necesariamente, el *cercenamiento irracional* del patrimonio cuyo uso o disposición da origen a la renta, planteamiento que, obvio es decirlo, es inadmisibles en un sistema jurídico que dice tener como fines esenciales “*la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad*”, así como “*la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo*”⁷⁹. En efecto, el tributo no puede constituirse en una interferencia desproporcionada al ejercicio efectivo del derecho de propiedad o de ejercicio de la actividad productora de renta, según el caso⁸⁰; en palabras del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, el principio en comentario

“[F]unciona como una verdadera interdicción de imposición por el legislador

Tesis Doctoral, Repositorio SABER, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2014, pp. 280-285, en <http://bit.ly/2bdu9Z8>, 17 de agosto de 2016.

76 Vid. Herrera Molina, Pedro Manuel, *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*. Colección Documentos. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2003, p. 21, en <http://bit.ly/2bikHBJ>, 17 de agosto de 2016.

77 Vid. Englisch, Joachim; “Chapter 19: Ability to Pay”, en *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*, C. Brokelind ed., Online Books IBFD. **Ámsterdam**, 2014, en <http://bit.ly/2b0NkWB>, 17 de agosto de 2016.

78 Vid. Atencio Valladares, Gilberto y Michelle Azuaje Pirela, “Los principios de capacidad contributiva y progresividad en la imposición sobre la renta en Venezuela”, en *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*. Vol. II, N° 1, Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2008, p. 56, en <http://bit.ly/2bxVzbP>, 17 de agosto de 2016.

79 Artículo 3, Constitución.– “*El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución*”.

80 Vid. Englisch, Joachim; “Chapter 19: Ability to Pay”, cit.

de cargas fiscales exorbitantes que hagan nugatorio el libre y efectivo ejercicio del derecho a la propiedad de los sujetos obligados a cumplir con el pago del tributo establecido en la ley; de allí que sea firme [...] que un tributo es confiscatorio de la propiedad cuando absorbe una parte sustancial de ésta o de la renta, es decir, cuando priva al sujeto pasivo de la relación tributaria de la posibilidad de usar, gozar, disfrutar y disponer de cualquiera de sus bienes, en desconocimiento de su real capacidad contributiva”⁸¹.

O, también según el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, “[S]i bien la propiedad es un derecho sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acorde con ciertos fines, tales como la función social, la utilidad pública y el interés general, tales limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal, siempre y cuando las referidas restricciones no constituyan un menoscabo absoluto o irracional del aludido derecho de propiedad. Esto es, que imposibilite de tal forma la capacidad patrimonial de los particulares que termine extinguiéndola.

En el ámbito tributario, la vulneración del derecho de propiedad, se pone de manifiesto cuando tal como asienta el tratadista Héctor Villegas, “*el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insoportables, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada, e impidiéndole ejercer su actividad*”. (Villegas, Héctor. Relatoría General de las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de Septiembre de 1989. Tema: *Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Recaen sobre el Sujeto Contribuyente*. Pág. 27). [...]

Siendo esto así, surge evidente la conclusión de que a los Poderes Públicos les está prohibido el establecimiento de tributos o sanciones tributarias –siendo que estas últimas son formas coercitivas de procurar la efectiva recaudación de las contribuciones de los particulares a las cargas públicas– que puedan amenazar con absorber una parte sustancial del derecho a la propiedad del contribuyente, con la negativa consecuencia que tal situación conlleva, **al extinguir la fuente generadora del tributo** y posterior daño que tal situación ejerce en la ya mermada economía del país”⁸².

De este modo, el principio de conservación de la renta deviene en una manifestación específica de la prohibición a la que se refiere el primer aparte del artículo 317 de la Constitución, de acuerdo con la cual “*ningún tributo puede tener efecto confiscatorio*”, o lo que es lo mismo, es *corolario* del principio de capacidad

81 SSC 200/2004 de 19 de febrero, caso *Caribe Motor, C. A. et al. v. Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo*, en <http://bit.ly/2bdFlzG>, 17 de agosto de 2016.

82 El subrayado es nuestro. SSC 307/2001 de 6 de marzo, caso *Cervecería Polar del Centro, S. A. et al. v. Municipio San Joaquín del Estado Carabobo*, en <http://bit.ly/2b0zlyh>, 17 de agosto de 2016.

contributiva, por cuanto –como indica Andrade Rodríguez– “*aquellos tributos que resulten en la sustracción de una porción fundamental del patrimonio se considerarán confiscatorios, atentatorios del derecho de propiedad y, en consecuencia, nulos*”⁸³.

Dicho lo previo, cabe aclarar que la excesiva intensidad de la intermisión estatal en la esfera patrimonial del individuo no necesariamente se produce *con exclusividad* en los casos de sobredimensionamiento cuantitativo de la prestación fiscal: como el contexto ya lo sugiere, es fácil deducir que el efecto en comentarios *también* se produce cuando los tributos son exigidos en condiciones que *cualitativamente* afectan irracionalmente al derecho a la propiedad, o al libre desenvolvimiento de la personalidad en condiciones de *dignidad*, como lo es –por ejemplo– pretender separar la riqueza *cuando ésta aun no se ha producido*: utilizando el ilustrativo símil fisiócrata, es como *pretender los frutos en la época de la siembra*.

A esa idea responde el principio de *comodidad*, una de las cuatro máximas fundamentales de un sistema tributario según Adam Smith. No es necesario mayor esfuerzo para notar que el momento más *cómodo* para el contribuyente es el de percibir la renta en el momento en el que ella se encuentra *efectivamente a disposición del contribuyente*, tanto jurídica como económicamente, de modo que éste se halle en las mejores condiciones posibles para su cumplimiento⁸⁴. Así, resulta lógico que la exigibilidad de la obligación tributaria esté supeditada a la época más propicia y ventajosa para su satisfacción⁸⁵. Ello exige del sistema tributario una estructura normativa que permita a los sujetos pasivos todas las facilidades posibles respecto del cálculo y pago de la deuda tributaria, previa observancia de los principios impositivos de rango superior, como evidentemente lo es el de tributación conforme con la capacidad contributiva *y sus correlarios*, resumidos – en lo que a nuestros efectos importa– en la máxima de preservación de la fuente productora de renta⁸⁶.

Consecuencialmente, la exacción del tributo en el tiempo en el que *jurídica y económicamente* la materia imponible se encuentra *presente*, a través de

83 Andrade Rodríguez, Betty, *Inmunidad de los derechos humanos, capacidad contributiva y mínimo vital*, cit., p. 146.

84 Vid. Alcon Yustas, María Fuencisla, *El pensamiento político y jurídico de Adam Smith. La idea de orden en el ámbito humano*, Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 1994, p. 337.

85 Vid. Ochoa de León, Marta, “Importancia de la regulación de Impuestos Internacionales en beneficio de la humanidad”, en Da Cunha Lopes, Teresa, *et al.* (coordinadores), *Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información*, 3ª serie, N° 6. Colección «Transformaciones Jurídicas y Sociales en el Siglo XXI». Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Morelia, 2009, p. 276.

86 Vid. Neumark, Fritz, *Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuropolitik*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, p. 379.

la realización del hecho generador, deviene –como fácilmente puede notarse– en una regla esencial de *eficiencia* de un sistema recaudatorio cualquiera, que entre nosotros –incluso– está constitucionalmente exigida⁸⁷. *Ésta, la eficiencia del sistema tributario*, no se traduce en la *mayor*, sino en la *mejor* recaudación posible; esto es, en la idea de *racionalidad*.

3. Disponibilidad, abono en cuenta y racionalidad. Inconstitucionalidad de la reforma.

A. Idea de racionalidad. La eficiencia recaudatoria, como lógica axiológica de lo razonable en la conformación del sistema tributario.

En efecto, la *razón* –como *racionalidad*, o lógica de *lo razonable*– permite explicar los enunciados que componen un determinado sistema normativo, en función de la relación congruente entre éstos –como *medios*– y los *finés* que persigue el ordenamiento, *a la luz de los criterios de optimización –valores– que inspiran al sistema*. La racionalidad se condensa, así, en la relación *medios-fines-valores* entre un determinado enunciado normativo, los objetivos que con su incorporación al ordenamiento se persiguen y los derechos, garantías y principios fundamentales que sirven de sustrato axiológico al sistema jurídico y de contexto a la aplicación del antedicho enunciado, en garantía de la armonía interna, la aplicabilidad y –sobre todo, considerando la función de *mandatos de optimización* de los principios, previamente apuntada– la *validez* del enunciado jurídico de que se trate.

Así las cosas, cabe distinguir –en el sentido ya esbozado– entre la *racionalidad teleológica*, en la que se comprueba la probabilidad de realización del fin buscado *con la mayor intensidad posible*, que se resume en la idea de *eficacia*; y la *racionalidad axiológica*, traducida conceptualmente en la *eficiencia*, y que se exterioriza en la coherencia entre el fin perseguido –o la medida de *la intensidad con la que éste se reclama*– y los *valores* en juego, de modo que éstos resulten *afectados en la menor medida posible*.

De esta forma, la racionalidad de un sistema normativo –como el tributario– podrá predicarse en la medida en la que la *eficacia* de la regulación –entendida como la instrumentación regulativa del medio más *intenso* de obtención del fin perseguido, o *racionalidad teleológica*– sea adecuado y coherente con los derechos,

87 Según el artículo 316, el régimen tributario debe sustentarse en un sistema eficiente para la recaudación fiscal.

garantías y principios fundamentales que le dan sustento axiológico al ordenamiento. Así, la racionalidad, así entendida, deviene en manifestación propia de la razón práctica aplicada al Derecho⁸⁸: éste, en efecto,

“[E]s una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí misma una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones, a las que el Derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto que, puede decirse, que el Derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy valioso que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”⁸⁹.

En este contexto, el principio de la recaudación *eficiente* supone “*que la Administración Tributaria recaude los tributos exactamente debidos por los contribuyentes, de manera rápida, oportuna y con el mínimo esfuerzo posible*”⁹⁰: se insiste, no la mayor, sino la mejor recaudación posible. Lo contrario, traducido –por ejemplo– en lo *intempestivo* de la pretensión de cumplimiento de la obligación tributaria, en los términos previamente indicados, con «fundamento» en la necesidad de incrementar la participación del impuesto sobre la renta en el producto interno bruto⁹¹ –esto es, mayor recaudación– peca de *irracional* por *ineficiente*, y en consecuencia, como fácilmente puede deducirse de lo expuesto, entre nosotros es *expresamente* atacable por tal circunstancia como *inconstitucional*.

88 Vid. Romero-Muci, Humberto, *Lo racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2005, pp. 3, 5-7.

89 Von Ihering, Rudolf, *Estudios Jurídicos*, Serie Los Grandes Maestros, Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 9.

90 El subrayado es nuestro. Fraga Pittaluga, Luis, *Principios Constitucionales de la Tributación*, cit.

91 Así lo señala la Exposición de Motivos de la Ley de Impuesto sobre la Renta: “*Durante la última década, la recaudación del impuesto sobre la renta se ha mantenido estable, lo cual no guarda relación con el comportamiento de la economía venezolana en su conjunto. Si se revisan las cifras oficiales, es fácil observar que, en dicho período, la recaudación del impuesto sobre la renta no ha sufrido variaciones significativas en cuanto a su participación en el producto interno bruto*”.

B. Irracionalidad teleológica y axiológica de las [nuevas] reglas de disponibilidad de ingresos, costos y deducciones en el impuesto sobre la renta.

En efecto, si se analiza la reforma de las reglas de disponibilidad de ingresos, costos y deducciones desde la perspectiva del *juicio racional*, entendido como la operación intelectual de aprehensión y comprensión de la norma (medios), su *ratio* y de su imbricación en el sistema (fines), y su comparación crítica con los valores que sustentan deónticamente el sistema jurídico de que se trate, para así determinar la coherencia o incoherencia –racionalidad o irracionalidad– de la regla sometida al análisis en función de los valores que sustentan deónticamente el sistema jurídico de que se trate, nos encontraremos –como veremos enseguida– con la más radical *inconstitucionalidad*.

A este respecto, Romero–Muci propone varios criterios determinativos del contenido racional de una proposición normativa:

“Aclarar si el fin en vista puede ser alcanzado en una situación dada, para lo cual la precisión de los fines permite maximizar el análisis sobre la posibilidad práctica de realizar el fin.

Siendo realizable el fin, cuáles son los medios para lograrlo y las posibilidades de logro.

Averiguar qué efectos colaterales y consecuencias últimas puede tener la elección de un medio determinado, aparte de permitir el logro del fin determinado.

Si varios fines deseables son realizables conjuntamente o si son incompatibles, de forma que la realización de algunos de ellos excluya definida o probablemente la realización de otros.

El análisis de todas estas operaciones serán necesarias para valorar la racionalidad de una interpretación conforme a los fines, de modo que la *incoherencia*, esto es, la contradicción entre medios y fines, exhibirá la *irracionalidad* o, lo que es igual, lo *absurdo* de la interpretación”⁹²

Con base en ellos, es posible establecer un *procedimiento* para realizar el *test* de racionalidad⁹³:

a) *Determinar los fines perseguidos, y con ello su viabilidad práctica*: según la Exposición de Motivos, la reforma pretende “*aportar más progresividad y equidad al sistema tributario*”. Allende las críticas que puedan hacerse al encuadre del objetivo en comentario, subordinándolo a su “*correspondencia con la concepción del*

92 Romero-Muci, Humberto, *Lo racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, cit., pp. 8-9.

93 *Vid.* Romero-Muci, Humberto, *Lo racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, cit., pp. 9-11.

Estado Socialista”⁹⁴, la progresividad y la equidad –entendida como justicia– del sistema tributario son objetivos válidos, e incluso constitucionalmente *ordenados*, *ex* artículo 316 de la Ley Fundamental, en el marco de una recaudación «eficiente» del impuesto sobre la renta.

b) *Precisar los medios para el logro del fin, y posibilidades de concreción*: para lograr el objetivo esbozado en el párrafo precedente, la reforma acude a una serie de medidas de *ampliación de la recaudación del impuesto*, la que –se estima– “no guarda relación con el comportamiento de la economía venezolana en su conjunto”, pues durante la última década “no ha sufrido variaciones significativas en cuanto a su participación en el producto interno bruto”. En concreto, tales medidas se resumen en la derogación de elementos de potencial *minoración*, como el sistema integral de ajustes por inflación para los sujetos pasivos calificados como «especiales»⁹⁵, o de *diferimiento* del impuesto, como es –precisamente– la temporalidad de las operaciones constitutivas de los ingresos, costos y deducciones que integran la base de cálculo del tributo, considerando como parte de la renta gravable “supuestos que en la actualidad aparecen como ‘ingresos contabilizados y no cobrados”.

Llegados a este punto, cabe cuestionar la *racionalidad teleológica* de la solución propuesta; esto es, la correspondencia del medio escogido, en nuestro caso el adelantamiento de la *temporalidad* del ingreso como elemento determinativo de la base imponible junto con la eliminación de la regla de corrección del gasto causado no pagado, con el pretendido fin de incremento *aritmético* de la recaudación fiscal del impuesto sobre la renta y su incidencia en el producto interno bruto, relación que –de entrada– es claramente *incongruente*.

94 En las que no ahondaremos, en tanto exceden el alcance de estas notas. Resumidamente, una pretensión tal es excluyente del carácter *democrático y políticamente plural* del Estado venezolano, según las admoniciones de los artículos 2, 3, 5 y 6 de la Ley Fundamental. *Cfr.* Weffe H., Carlos E.; “Tributación y Regulación. Notas introductorias al debate sobre la función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho”, en *Tributación y Regulación. Memorias de las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2015, pp.

95 Esta es una categoría de sujetos pasivos que, por su importancia para la Administración Tributaria en términos de volumen de ingresos, sector o actividad económica, han sido estratificados separadamente a fines de gestión administrativa. Éstos deben cumplir con sus obligaciones tributarias en condiciones y plazos separados del resto de contribuyentes, e –incluso– están sujetos a obligaciones tributarias *distintas* a las del universo de sujetos pasivos del sistema: por ejemplo, la responsabilidad como agentes de retención del impuesto al valor agregado. La categorización en comentarios está regulada por la Providencia Administrativa N° SNAT/2006/00685, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.622, del 8 de febrero de 2007. La condición de agentes de retención del impuesto al valor agregado de las personas jurídicas que son sujetos pasivos «especiales» dimana de la Providencia Administrativa N° SNAT/2015/0049, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.720, del 10 de agosto de 2015.

En efecto, mientras que –por un lado– se pretende *adelantar* la exigibilidad jurídica del ingreso producto de (i) cesión del uso o goce de bienes; (ii) regalías y demás participaciones análogas; (iii) honorarios profesionales; y (iv) enajenación de bienes inmuebles a través de su incorporación al régimen de disponibilidad causada, por el otro se *anula* el efecto perseguido cuando se permite al deudor de estos enriquecimientos *deducir* la suma adeudada por estos conceptos como egreso causado, no imputable al costo, normal y necesario para la producción de la renta *sin que se haya producido efectivamente el pago*, e incluso *aunque la erogación en cuestión nunca vaya a producirse*, gracias a la eliminación de la regla de corrección del gasto causado no pagado.

Así, como sin dificultad se advierte, el hipotético incremento de la recaudación fiscal por concepto de impuesto sobre la renta se *diluye* –e incluso puede *desaparecer*– en términos netos, gracias al efecto proporcional y opuesto que la aplicación conjunta de ambas reglas supone, con lo que desde el punto de vista teleológico la reforma bajo análisis ya es *ineficaz* y, por tanto, *irracional* en los términos expuestos.

c) *Efectos colaterales, además del logro del fin determinado, y su compatibilidad*: en este último punto se analiza la *razonabilidad axiológica* del enunciado deóntico sometido al juicio de racionalidad; como se ha insistido ya previamente, toca aquí analizar si la regulación propuesta es congruente, ya no con el fin recaudatorio perseguido –que como vimos *no lo es*–, sino con los valores y principios que informan, como «razones para la acción» y, en consecuencia, como *criterios de corrección*, al ordenamiento tributario.

En el caso que nos ocupa, esta tarea supone la confrontación de la «nueva» regla de disponibilidad –compuesta, como ya se ha dicho, de la redefinición casuística de la disponibilidad *causada* y en la eliminación de la regla de corrección del gasto causado no pagado– con los principios constitucionales de *justicia* en la distribución de las cargas públicas, tributación conforme con la *capacidad contributiva*, *progresividad*, *conservación de la fuente* productora de la renta, la *prohibición de efectos confiscatorios* de los tributos, la *comodidad* de la imposición y la *eficiencia recaudatoria* del sistema tributario, balance que, una vez más, resulta claramente *negativo* para la reforma bajo análisis.

En efecto, a su *ineficacia* la reforma añade nuevas razones de irracionalidad. *Primero*, tal como se analizó en su oportunidad⁹⁶, la temporalidad de los elementos que obran al dimensionamiento cuantitativo del impuesto sobre la renta atiende lógicamente a la posesión *jurídica* y *económica* del enriquecimiento, de modo que

96 Parágrafo 3.1.

su titular pueda ejercer efectivamente sobre él los atributos del derecho de *propiedad* con prescindencia de su naturaleza. De esta manera, aun cuando respecto de dicho incremento patrimonial pueda predicarse aisladamente alguna de las formas de «disponibilidad» mencionadas, no es razonablemente sostenible que tal renta sea ya del *dominio* del sujeto pasivo, al punto que éste se halle en condiciones de detraer *cómodamente* una parte para la satisfacción de las necesidades colectivas sin sacrificar, aun temporalmente o en parte, el *capital* cuya inversión ha dado lugar –directa o indirectamente– a la producción de la renta así gravada.

Para muestra, un botón: los honorarios profesionales de abogado. Considerando que el contrato de obra⁹⁷ es *consensual*⁹⁸, desde el punto de vista estrictamente jurídico el ingreso a que se hace acreedor el abogado por “*la realización habitual de labores o la prestación de servicios a título oneroso [...] propios de la abogacía*”⁹⁹ es «disponible», especialmente por la posibilidad de su enajenación a través de la cesión de créditos¹⁰⁰; sin embargo *económicamente no lo es*, toda vez que un crédito como el mencionado *muy difícilmente halle un comprador en el mercado*. Así, es *absurdo* exigirle al abogado que ha *pactado* la prestación de servicios profesionales con su cliente, mas por cualquier razón no ha percibido el *estipendio de honor* al que tiene derecho como contraprestación, que pague el impuesto sobre una riqueza que *no tiene*, ni es *absolutamente seguro* que tenga, dada la improbabilidad de realizar una operación de descuento sobre una acreencia de esas características, así como la posibilidad, aun remota, de *incumplimiento* del deudor.

Otro tanto ocurre en el supuesto del rendimiento que, al vencimiento, producen los títulos sujetos a operaciones de descuento cuyo producto se recupere en *una única anualidad*, según la interpretación *a contrario* del artículo 5 de la

97 El artículo 1.630 del Código Civil (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 2.990 Extraordinario, del 26 de julio de 1982) caracteriza al contrato de obra de la siguiente manera: “*El contrato de obras es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle*”. En este sentido, el artículo 11 de la Ley de Abogados (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 1.081 Extraordinario, del 23 de enero de 1967) entiende por actividad profesional del abogado “*el desempeño de una función propia de la abogacía o de una labor atribuida en razón de una Ley especial a un egresado universitario en Derecho, o aquellas ocupaciones que exijan necesariamente conocimientos jurídicos*”.

98 Artículo 1.141, Código Civil.– “*Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes; 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita*”

99 Artículo 11, Ley de Abogados.

100 Artículo 1.549, Código Civil.– “*La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectas, y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito o derecho cedido y el precio, aunque no se haya hecho tradición. // La tradición se hace con la entrega del título que justifica el crédito o derecho cedido*”.

Ley¹⁰¹. Se trata allí de una obligación *a término*, cuyo cumplimiento o ejecución depende de la realización de un acontecimiento futuro y cierto (el vencimiento del título) “*que no suspende la obligación, y solo fija el momento de la ejecución*”¹⁰², y en las que su *exigibilidad* está diferida a favor –en este caso– del deudor. Allí, aun cuando existe *obligación* (la de pagar el rendimiento), que como tal podría ser susceptible de enajenación (pues de hecho, es esa su racionalidad inherente en estos casos), no existe –ni puede existir– disponibilidad *jurídica* del enriquecimiento que puede derivar de dicho rendimiento: ésta *no está presente*. Así, se reproducen las consecuencias anteriores: mal puede exigirse al acreedor de una obligación tal, respecto de la cual no tiene siquiera *acción* para exigir su cumplimiento, que pague el impuesto sobre la renta por un «enriquecimiento» temporalmente *inexistente*.

De esta guisa, la reforma supone para el acreedor –e hipotético perceptor– de los enriquecimientos que, por su imperio, han pasado a ser de disponibilidad «causada» contradiciendo su naturaleza y características, un claro *sobredimensionamiento del tributo en exceso de su real capacidad contributiva*, toda vez que, por obra de las reglas en comentarios, se entiende *disponible* el ingreso, y por tanto *exigible* el impuesto sobre la renta, sobre una riqueza que no ha sido *realmente* percibida por el contribuyente. Ello implica, en las circunstancias ya largamente analizadas, que el sujeto pasivo que se halle en esta situación tributará con base en su *patrimonio* y no en su *renta*, debiendo detraer parte de aquél para poder satisfacer la prestación tributaria así dimensionada. Todo ello, como salta a la vista, contradice palmariamente los mandatos constitucionales de optimización del ordenamiento fiscal previamente estudiados:

- i) *Capacidad contributiva, justicia y progresividad*, al reclamar la detracción de una riqueza *inexistente* al momento de su pretendida «exigibilidad», desbalanceando así *injustamente* en contra de los hipotéticos perceptores de estos enriquecimientos la distribución de las cargas públicas en una forma que –como tal, y según lo expuesto– es claramente *regresiva*, en tanto no se adapta a la aptitud *real* de estos sujetos pasivos para el sufragio de la actividad tendiente a la satisfacción de las necesidades colectivas.
- ii) *Conservación de la fuente productora de renta, no confiscación y comodidad de la imposición*, al obligar a los sujetos pasivos que se hallen en el predicamento en comentarios a la *ablación de su*

101 Cit. en nota al pie N° 4.

102 Artículo 1.211, Código Civil.

patrimonio para poder costear el tributo, dada la imposibilidad de acudir –en razón del tiempo, por su falta de percepción efectiva al enriquecimiento cuya hipotética «obtención» es «causa» de la obligación tributaria, interfiriendo así con el disfrute efectivo de la propiedad en condiciones de dignidad.

- iii) *Eficiencia recaudatoria*, en tanto la exacción del impuesto sobre la renta que recae sobre los enriquecimientos calificados por la reforma como de disponibilidad «causada» en un tiempo *distinto* al de su posesión jurídica y económica resulta *ineficiente*, en tanto el impuesto no se está obteniendo *oportunamente*, ni mucho menos *con el mínimo esfuerzo posible*, sino por el contrario multiplicando las *externalidades negativas* consecuencia de la medida.

Lo expuesto confirma lo que constituyó, respecto del punto, nuestra hipótesis de trabajo: dada la naturaleza simultáneamente *jurídica y económica* del concepto de disponibilidad, las reglas de temporalidad de ingresos, costos y gastos en el impuesto sobre la renta deben necesariamente tomar en cuenta ambas circunstancias a la hora de calificar a un determinado elemento de cuantificación de la base de cálculo de ese tributo como de disponibilidad causada o pagada, según el caso. En nuestro caso, dada su disponibilidad *económica*, los supuestos de (i) cesión del uso o goce de bienes; (ii) regalías y demás participaciones análogas; (iii) honorarios profesionales; y (iv) enajenación de bienes inmuebles, deben calificarse necesariamente como de disponibilidad «pagada», como lo hizo la Ley de Impuesto sobre la Renta desde 1943 hasta 2015; lo estatuido en la reforma supone, por el contrario, una medición *excesiva* de la real capacidad contributiva de los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta, que cercena indebidamente la fuente productora de riqueza al exigir el tributo sobre una riqueza no realmente percibida, obligando al contribuyente a disponer de su patrimonio para cumplir con la obligación tributaria.

Ello es *injusto*, en tanto coloca sobre estos contribuyentes una carga desproporcionada frente a los demás, inequidad que sube de punto en el caso de los *deudores* de los conceptos que constituyen su ingreso: éstos, gracias a la derogación de la regla de corrección del gasto causado acumulado no pagado, podrán deducir el egreso respectivo de su ingreso o de su renta bruta, según corresponda, aun cuando no se haya producido efectivamente la erogación que constituye el *objeto* del enriquecimiento gravado para la otra parte, incrementando así artificialmente la recaudación fiscal en perjuicio del hipotético perceptor del ingreso. En consecuencia, la modificación en estudio de las reglas de disponibilidad de ingresos,

costos y deducciones en el impuesto sobre la renta es absolutamente *irracional* y, en tanto violatoria de las reglas constitucionales de configuración del sistema tributario, *inconstitucional*.

C. Irracionalidad teleológica y axiológica de la [nueva] regla de temporalidad de las retenciones del impuesto sobre la renta.

En el mismo sentido, la reforma regula también la temporalidad de la responsabilidad por «vinculación»¹⁰³ en el impuesto sobre la renta, fundada en la relación de quien, sin haber realizado el hecho imponible, está legalmente obligado a satisfacer parcial o totalmente la obligación tributaria¹⁰⁴ con base en su relación con el flujo económico que constituye la capacidad contributiva sujeta a gravamen por la conjunción de su voluntad negocial con el contribuyente¹⁰⁵, en una técnica de colaboración con la función recaudadora de la Administración

103 Al respecto, en una ocasión anterior hemos sostenido, con base en el Modelo de Código Tributario para América Latina OEA/BID, fundamento de la primera etapa de nuestra codificación fiscal, que “*es posible la configuración de un tercer tipo de responsabilidad, participe de la acepción de «carga» a la que nos hemos referido reiteradamente, configurada en función de la «vinculación» que éste tiene con el flujo económico que constituye —o puede constituir— al hecho generador, y que le permite fungir como garante del cumplimiento de la obligación tributaria, basada en la conjunción de la voluntad negocial entre el contribuyente y el responsable, o bien en el control jurídico que sobre la validez de la operación debe realizar el responsable*”. Vid. Giuliani Fonrouge, *et al*, *Modelo de Código Tributario*, Preparado para el Programa Conjunto de Tributación de la Organización de Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo (O. E. A. – B. I. D.). Unión Panamericana. Washington, D. C., 1968, p. 30; y Weffe H., Carlos E.; “La responsabilidad tributaria”, en *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tomo I*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario – Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, 2014, p. 600.

104 De conformidad con el artículo 25 del Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.152 Extraordinario, del 18 de noviembre de 2014), “*Responsables son los sujetos pasivos que, sin tener el carácter de contribuyentes, deben por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a los contribuyentes*”.

105 Como por ejemplo es el caso de la retención, donde el responsable es *deudor* de la suma constitutiva de ingreso bruto o de enriquecimiento neto para la otra parte del negocio jurídico respectivo, que es –por dicha circunstancia– contribuyente del impuesto sobre la renta. También la responsabilidad por vinculación se produce en el caso en el que la relación en comentarios tiene lugar por el control jurídico que debe ejercer sobre la validez u oponibilidad a terceros de la operación gravable, como es el caso del registrador que tiene a su cargo dar fe pública de la venta de un inmueble sujeto a garantía real del cumplimiento del impuesto sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, según el artículo 51 de la Ley reguladora de ese tributo (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.391 Extraordinario, del 22 de octubre de 1999), que es del tenor siguiente: “*Los registradores, jueces y notarios no podrán protocolizar, autenticar o dar fe de reconocimiento de documentos en que a título de heredero o legatario, se transmita la propiedad o se constituyan derechos reales sobre bienes recibidos por herencia o legado, sin previo conocimiento del certificado de solvencia a que se refiere el artículo 45 de la Ley o a la autorización expresa del Ministerio de Finanzas*”.

Tributaria asimilable a la descentralización «por colaboración»¹⁰⁶, a través de la retención¹⁰⁷ y posterior enteramiento del impuesto.

Así, como ya se indicó con anterioridad¹⁰⁸, el nuevo artículo 84 de la Ley de Impuesto sobre la Renta¹⁰⁹ (i) equipara al pago y al *abono en cuenta* como criterios determinativos de la temporalidad de los *anticipos* del impuesto a título de retenciones, derogando la *presunción de pago* que asimilaba a ambos conceptos *ex* artículo 5 de la Ley derogada; y (ii) define *por primera vez* legalmente al abono en cuenta, al que entiende como “*las cantidades que los deudores o pagadores acrediten en su contabilidad o registros*”, o lo que es lo mismo, equipara el concepto al mero *asiento contable* de las obligaciones que originan el gasto deducible para el agente de retención, obviando el requisito reglamentario de acuerdo con el cual dicho registro constituía abono en cuenta cuando éstos se tratasen de *créditos exigibles jurídicamente a la fecha del asiento*¹¹⁰.

Como puede verse, la disponibilidad de los anticipos del impuesto sobre la renta a título de retenciones está determinada legalmente ahora, claramente, por *dos* conceptos: pago y *abono en cuenta*. El primero de ellos, nada polémico, supone la entrega de una *suma de dinero*, constitutiva de ingreso bruto o de enriquecimiento neto para el acreedor-contribuyente, como forma de cumplimiento de una obligación, dada la previsión reglamentaria que limita el evento retentivo por pago a este supuesto¹¹¹.

106 Cfr. Wefte H., Carlos E.; “La responsabilidad tributaria”, cit., p. 578, en pie de página; y Chávez Marín, Augusto Ramón, *Los convenios de la administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*, Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008, p. 337.

107 En el impuesto sobre la renta, la retención es “*la actividad administrativa (delegada) de colaboración en las tareas de recaudación del tributo, que cumple por mandato de la Ley de Impuesto sobre la Renta y del Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de Retenciones, el sujeto responsable como pagador de una renta gravable con dicho impuesto, y que consiste en amputar del impuesto sobre la renta que está obligado a satisfacer el contribuyente receptor del pago, un porcentaje indicado por el Reglamento según la causa que ha dado origen a la obtención de la renta, a los fines de enterarlo (depositarlo) en una oficina receptora de fondos nacionales, en la forma y en los plazos indicados por las normas respectivas*”. Fraga Pittaluga, Luis, *et al*, *La retención en el impuesto sobre la renta*. Colección Estudios 1, Caracas, 2002, pp. 16-17.

108 Parágrafo 1.

109 Cit. en nota al pie N° 8.

110 Así lo disponía el ahora derogado artículo 82 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta, cit. en nota al pie N° 9.

111 De conformidad con el artículo 20 del Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en Materia de Retenciones (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.203, del 12 de mayo de 1997), “*No deberá efectuarse retención alguna en los casos de pagos en especie o cuando se trate de enriquecimientos exentos de impuesto sobre la renta, así como cuando se trate de enriquecimientos exonerados del mencionado impuesto, mientras dure la vigencia del beneficio, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario*”.

En lo atinente al *abono en cuenta*, la reforma toma partido por la tesis de acuerdo con la cual la disponibilidad del anticipo está determinada, ya no por la *posesión jurídica y económica* del enriquecimiento objeto de retención, dada su *exigibilidad* jurídica y su consecuencial puesta a disposición a través de un asiento contable, sino simplemente por la mera *exigibilidad contable* de la prestación constitutiva del ingreso bruto o enriquecimiento sujeto a retención, de modo que resultará obligatorio retener aun en el caso en el que la suma objeto de tal retención no haya abandonado el patrimonio del deudor-responsable, y en consecuencia no sea –en sentido propio- *disponible* para el acreedor-contribuyente. La reforma recoge así la tendencia jurisprudencial dominante desde 2003, según la cual el abono en cuenta

“[C]onsiste en la acreditación o anotación en el haber que hace el deudor del gasto en una cuenta a nombre de una persona jurídica o natural, de una cantidad determinada, pues, desde ese momento se considera que existe una disponibilidad jurídica, independientemente de la disponibilidad económica que pueda existir. En conclusión, el abono en cuenta debe entenderse tal y como se concibe en materia contable”¹¹²

Resulta sencillo constatar como aquí, también, la reforma adolece de la misma irracionalidad denunciada en el punto anterior¹¹³. El incremento de la recaudación, *desiderátum* de la modificación legislativa, pretende alcanzarse sobre la base del *adelantamiento de la exigibilidad del anticipo* impositivo respecto de cantidades sobre las que los contribuyentes –e incluso, en buena parte de los casos, los propios responsables- no tienen posesión jurídica y económica; en otras palabras, sobre las que *no tienen disponibilidad*. De esta guisa, la reforma tiene en este punto una serie de consecuencias contradictorias con los valores que informan al ordenamiento fiscal y que fueron previamente enumerados:

a) *Para el contribuyente*, el establecimiento legal del abono contable como elemento temporal de la retención en el impuesto sobre la renta implica pagar anticipadamente el tributo en exceso de su real capacidad contributiva, en tanto que –al igual que ocurre en el supuesto analizado previamente- el impuesto sobre la renta se entiende exigible sobre sumas que no han pasado a formar parte de su patrimonio, de manera que no existe posesión alguna, ni jurídica ni económica, sobre el hipotético ingreso bruto o enriquecimiento neto que es objeto anticipado

112 SSPA N° 25/2003 de 14 de enero, caso *Sural, C.A. vs. República (Contraloría General de la República)*, en <http://bit.ly/2b5neSe>, 19 de agosto de 2016, *et passim*.

113 Cuestión que habíamos ya denunciado previamente, antes de la modificación de la Ley de Impuesto sobre la Renta, con base en el análisis crítico de la jurisprudencia. *Vid.* Weffe H., Carlos E.; “La responsabilidad tributaria”, cit., pp. 604-606.

de retención, distribuyendo así injusta y regresivamente las cargas públicas, atentando contra la preservación de la fuente productora de riqueza, en circunstancias que dificultan al contribuyente el cumplimiento cómodo de la obligación y bajo una técnica ineficiente, de cuyo abuso pueden derivarse efectos confiscatorios; y

b) *Para el agente de retención*, el adelantamiento del evento retentivo a un momento previo al de la exigibilidad jurídica de la obligación –e incluso, al de la disponibilidad financiera de los recursos con los que hacer frente al compromiso económico frente al contribuyente– supone una distribución inequitativa de las cargas públicas de naturaleza tributaria a las que todos están obligados¹¹⁴, que compromete su flujo de caja y, por esa vía, atenta contra la preservación de la fuente productora de riqueza, en exceso de la proporcionalidad que debe regir el establecimiento de cualquier clase de prestaciones patrimoniales públicas –y en especial, las de naturaleza tributaria–, de manera claramente ineficiente, por inoportuna, en los términos ya ampliamente desarrollados.

Respecto del punto debe insistirse, una vez más, en el carácter jurídico y económico de la disponibilidad, como equivalente a *posesión del enriquecimiento sujeto al tributo*. Tal como lo había reconocido la jurisprudencia previa a 2003 al analizar el concepto de abono en cuenta¹¹⁵, para poder hablar de un enriquecimiento relevante a los fines de la imposición a la renta *éste debe ser susceptible de disfrute por su perceptor* para poder estimarse percibido y, en consecuencia, ser gravable con el tributo en comentarios. A esa idea es a la que se opone la reforma comentada, bajo la excusa de la «insuficiente» participación del impuesto sobre la renta en el producto interno bruto; ello, como ya se ha dicho –y debe ratificarse acá– es *teleológica y axiológicamente incongruente* con la estructura del impuesto sobre la renta y con las reglas básicas de conformación del sistema tributario vene-

114 Artículos 133 y 316, Constitución.

115 “*En efecto, el hecho de que hubiese acreditado la suma de intereses adeudada a la acreedora al final de su ejercicio de 1986, lo único que le permitió a la contribuyente fue registrar en su contabilidad como egresos de ese ejercicio, ‘sus gastos por intereses causados y no pagados’, pero en modo alguno esta simple acreditación implica abono en cuenta como se debe entender en la legislación tributaria. Para la contabilidad los términos ‘acreditar una determinada cantidad a una cuenta’ es ciertamente sinónimo de ‘abonar en cuenta esa misma cantidad’. Pero fiscalmente los términos se han diferenciado; para que haya verdaderamente un ‘abono en cuenta’, considerado como pago, es necesario que la suma abonada haya salido del patrimonio del deudor y que se encuentre enteramente a disposición del acreedor, aun cuando éste no haya recibido físicamente el pago; es decir, que la suma abonada se haya puesto efectivamente a su orden y ello no puede hacerse a menos que el deudor tenga disponibilidad en caja o banco. A tal efecto es necesario que haya un verdadero ‘abono en cuenta’ a favor del acreedor contra las cuentas de caja o banco del deudor y no basta, en consecuencia, que la cantidad simplemente se le haya acreditado en la contabilidad del deudor”.* SSPA N° 2388/2001 de 30 de octubre, caso *Empresa de Construcciones Benvenuto Barsanti, S.A. vs. República (Contraloría General de la República)*, en <http://bit.ly/2b1E5XE>, 19 de agosto de 2016.

zolano, lo que determina, dada su contradicción con los *mandatos de optimización* del ordenamiento tributario de (i) comodidad de la imposición; (ii) tributación conforme a la capacidad contributiva; (iii) preservación de la fuente productora de renta; y (iv) eficiencia recaudatoria, su radical *inconstitucionalidad*.

D. Conclusiones

Luego de analizadas las disposiciones pertinentes según lo ya expuesto, somos de la opinión de que la reforma de las reglas de *disponibilidad* en la Ley de Impuesto sobre la Renta, tanto de los ingresos, costos y gastos que dimensionan cuantitativamente el enriquecimiento neto gravable con ese tributo, *ex* artículos 5 y 32 de la Ley, como de los *anticipos a cuenta* del pago de obligaciones tributarias a título de retención, *ex* artículo 84 *eiusdem*, es *irracional*, y en consecuencia *inconstitucional*, toda vez que:

- a) *Contradice teleológicamente su objetivo*, el incremento de la recaudación fiscal a través del adelantamiento de la disponibilidad de los ingresos relevantes para la cuantificación del enriquecimiento neto en el impuesto sobre la renta, al derogar la regla de corrección del gasto causado acumulado no pagado, de modo que el hipotético incremento recaudatorio que podría haberse obtenido disminuye dramáticamente, e incluso puede llegar a ser inexistente, gracias al efecto proporcional y opuesto que la aplicación conjunta de ambas reglas supone, en contradicción con el mandato de *eficiencia recaudatoria* contenido en el artículo 316 de la Constitución, e incrementando artificialmente la recaudación fiscal en perjuicio del perceptor del ingreso, en negación de la justicia en la distribución de las cargas públicas preconizada por la misma norma constitucional.
- b) *Establece el gravamen en exceso de la real capacidad contributiva del obligado tributario*. En efecto, el caso del adelantamiento de la disponibilidad de los enriquecimientos por concepto de cesión del uso o goce de bienes, regalías y demás participaciones análogas, honorarios profesionales, dividendos y enajenación de bienes inmuebles, se pretende el gravamen sobre una riqueza inexistente al momento de su pretendida «*exigibilidad*», *de manera injusta y regresiva, al igual que ocurre para el contribuyente objeto de retención sobre ingresos brutos o enriquecimientos netos que no ha recibido efectivamente*, en franca contradicción con el artículo 316 de la Constitución.

Otro tanto ocurre con la carga económica que se impone al agente de retención que, sin que necesariamente disponga del *flujo de caja* suficiente para afrontar el cumplimiento de la obligación que tiene frente al contribuyente —e incluso en

condiciones en las que jurídicamente no le es exigible el cumplimiento de la obligación-, es legalmente forzado, gracias a la adopción legal de la definición meramente contable de abono en cuenta como elemento temporal de la responsabilidad, a la retención y enteramiento del impuesto, imponiéndole así un gravamen *excesivo*, por inoportuno, y en ambos casos, absolutamente *regresivo e injusto*, también en contravención del artículo 316 de la Ley Fundamental.

c) *Pretende aniquilar la fuente productora de la renta con efectos equivalentes a la confiscación, a través de un gravamen temporalmente inoportuno*, al obligar a los sujetos pasivos que se hallen en el predicamento en comentarios, sea el contribuyente cuya fuente de ingresos esté sujeta a la regla de disponibilidad causada, sea el agente de retención que debe satisfacer el anticipo impositivo sin flujo de caja que se lo permita, a la *ablación de su patrimonio* para poder costear el tributo, dada la imposibilidad de acudir –en razón del tiempo, por su falta de percepción efectiva- al enriquecimiento cuya hipotética «obtención» es «*causa*» de la *obligación tributaria, interfiriendo así con el disfrute efectivo de la propiedad en condiciones de dignidad* y conculcando las garantías *iusfundamentales* previstas en el artículo 317 de la Constitución.

Todo ello pone de relieve la absoluta *ineficiencia recaudatoria* de la reforma, en tanto la exacción del impuesto sobre la renta que recae sobre los enriquecimientos calificados por la reforma como de disponibilidad «causada», o bien la exigibilidad de los anticipos de impuesto sobre la renta sobre la base del concepto contable de «abono en cuenta», en un tiempo *distinto* al de su posesión jurídica y económica, no permite la obtención oportuna del tributo con el mínimo esfuerzo posible, tal como lo postula el principio de *comodidad de la imposición*, sino al contrario de forma que maximiza las externalidades negativas consecuencia de la medida, en total conculcación del *desiderátum* que impone el artículo 316 de la Constitución para la recaudación de los tributos.

Ámsterdam, agosto de 2016.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA¹

Jorge González²

RESUMEN:

¿Quién debe probar la existencia o inexistencia de los hechos en un debate judicial? ¿Debe el demandante ayudar al demandado en la prueba de sus afirmaciones de hecho o viceversa? ¿Existe acaso una nueva regla en el derecho probatorio al respecto? Estas son cuestiones de gran relevancia que doctrina y jurisprudencia discuten en los últimos tiempos y este ensayo, que plantea las bases generales de un problema para una investigación más profunda, ofrece un punto de vista particular y crítico influenciado por una concepción del proceso como instrumento de libertad o como derecho que mira hacia la protección de la libertad.

PALABRAS CLAVES:

Carga de la prueba, colaboración, debido proceso.

ABSTRACT:

Who should prove the existence or nonexistence of some fact in a judicial proceeding? Should the Claimant help the Defendant to prove asserts of truth of particular facts or vice versa? There is a new rule within all the rules governing the presentation of facts and proof in proceedings before courts? Those are issues of a great importance studied by scholars and courts in the last years relating to the law of evidence and this essay which provides a framework for further research gives a particularly and critic point of view influenced by a vision of the process as an instrument of freedom or as a right that point to protect freedoms.

KEYWORDS:

Burden of proof, collaboration, due process of law.

I. INTRODUCCIÓN

En los sistemas procesales de América Latina el principio de la carga de la prueba ha tenido en los últimos años, y está teniendo ahora, un desarrollo muy interesante, bajo una concepción colaborativa o asimétrica del proceso, vale decir,

1 El presente escrito retoma y reelabora el texto en italiano de la ponencia presentada inicialmente en el Congreso *Dialogo tra Corti e nuove frontiere della responsabilità*, organizado por G. Gioia, M. Bianchini y A. Calegari en la Escuela de Derecho de la *Università degli Studi di Padova*, los días 20 y 21 de marzo de 2014, publicado en *Dialogo tra corti e nuove frontiere della responsabilità. Atti dei II Convegno dei Colloquia dei Studi della Scuola di Giurisprudenza*, coord. G. Gioia, M. Bianchini y A. Calegari, Cedam, Padua, 2017 y presentada en castellano durante el IV Congreso de Derecho Procesal: “Reforma, realidad y perspectiva” en Homenaje al Dr. Edgar Darío Núñez Alcántara, Valle de la Pascua, 28 y 29 de octubre de 2016, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Procesales del Estado Guárico.

2 Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

una concepción que concibe al método que denominamos proceso, no sólo como instrumento para resolver conflictos, sino también como mecanismo dentro del cual las partes –especialmente aquella más poderosa– deben colaborar con los fines de alcanzar la justicia y la verdad para la (re)olución del conflicto. Vale decir, que el eje de este modelo procesal es el deber de colaboración, desplazando u oscureciendo el concepto y función de carga procesal.

Para asegurar tal nuevo principio, muchas veces inexpreso y de creación doctrinal y jurisprudencial, cual es la colaboración procesal se han elaborado teorías, acogidas por la jurisprudencia y luego por algunas legislaciones, destinadas a modificar las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba. Tales teorías se fundamentan en el mentado principio de colaboración, que se afirma forma parte o es consecuencia del principio compartido de manera unánime como lo es el principio de moralidad, otras veces llamado principio de buena fe o lealtad y probidad procesales.

En línea de máxima según esta teoría, la situación de una parte respecto de la otra o respecto de la situación material, o su comportamiento dentro del proceso, especialmente en cuanto a la ejecución de los medios de prueba y la adecuación o no a la colaboración procesal exigida, puede significar una modificación de las reglas generales del *onus probandi*.

A continuación haremos un sintético cuadro comparado de las normas y de las tesis por medio de los cuales los jueces y estudiosos argumentan a favor de la llamada carga dinámica de la prueba, ilustrando cómo se relaciona con un modelo procesal colaboracionista, solidarista y/o asimétrico como polo opuesto al modelo procesal tradicional isonómico o garantista. Naturalmente en esta sede no entraremos en el detalle de la figura, harto compleja, de la carga de la prueba y de la llamada colaboración procesal, por lo que nos pasaremos brevemente por el contexto en el cual opera la doctrina de la llamada carga dinámica de la prueba, particularmente en el contexto venezolano.

II. La carga de la prueba como regla compartida en los ordenamientos de tradición continental europea. Su función

En los ordenamientos jurídicos de tradición europeo-continental la carga de la prueba es una regla compartida³, la mayoría de los casos, por ejemplo, en

3 También en los sistemas de *common law* la regla del *burden of proofes* fundamental en los debates judiciales. En este sentido señalaba Bentham que “hay que convenir en que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. ¿Por qué principalmente interesada? Porque en el caso de que una alegación no sea creída, sobre ella recaerán las consecuencias desagradables de no haberlo conseguido. Es pues el demandante quien se presenta primero a nuestras miradas, ya que es el quien corre el mayor

materia de obligaciones en el *Code civil* francés⁴ y difundida en la cultura jurídica como se evidencia de las máximas romanas *actori incumbit probatio* y *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

Puede ser considerada un principio general⁵, incluso si presenta algunos caracteres particulares según cada ordenamiento jurídico. La carga de la prueba es una regla puesta en cabeza de quien deduce (afirma) un hecho que se corresponda con el supuesto de hecho normativo alegado en juicio para tutela de un interés⁶.

Por ejemplo, la regla se encuentra en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (artículo 377)⁷, en el *Código de Processo Civil* brasilero (artículo 373), en el Código Civil chileno (artículo 1.698), en el Código General del Proceso colombiano (artículo 167), en el *Code de procédure civile* francés (artículo 9), en el *Codice civile* italiano (artículo 2.697), en el Código Procesal Civil paraguayo (artículo 249), en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (artículo 217), en el *Codice civile* suizo (artículo 8), en el Código General del Proceso uruguayo (artículo 139), en el Código de Procedimiento Civil venezolano⁸.

El alcance de esta regla es doble: en primer lugar, indica cuál parte está llamada a producir la prueba de los hechos relevantes; en segundo lugar, es una regla de juicio para la hipótesis de falta de prueba a la cual sigue un riesgo de pérdida del litigio⁹.

Esencial para el funcionamiento de la regla es la identificación de los hechos que debe probar cada parte, clasificados generalmente como hechos (*rectius est*: afirmaciones de hechos) constitutivos, extintivos, impeditivos y modificativos

riesgo. ¿Por qué? Porque se espera siempre que, por su parte, tenga algo que probar y que si no prueba nada no puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor; mientras que por parte del *demandado* puede suceder que salga de la lucha con éxito sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante". Cf. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. del fra. por M. Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971, II, pp. 150 y 151.

4 Art. 1.315: *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*. V. Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. S. Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 2004, p. 45 ss.

5 V. Patti, Salvatore, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 2010, p. 47.

6 V. Chiovenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 788 ss.

7 También el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

8 Art. 506 CPC y el art. 1.354 del Código Civil, reproducción literal del art. 1.312 del *Codice civile* italiano de 1865 y del art. 1.315 del *Code* francés.

9 Al respecto véase Verde, Giovanni, *L'onere della prova del processo civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 26 y 112 ss., Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 220, Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, trad. S. Krotoschin, BdeF, Buenos Aires, 2002, pp. 84 ss., Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, cit., pp. 157 ss., v. Patti, Salvatore, *Le prove*, cit., pp. 48 ss., Devis Echandia, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Dike, Medellín, 1993, I, pp. 425 ss.

alegados en el proceso, pues de su definición depende la determinación de quién tiene la carga de demostrar los hechos alegados ⁽¹⁰⁾. En línea general, la parte actora debe (tiene la carga de) demostrar el o los hechos constitutivos, entendidos como aquellos hechos, alegados por el actor en su demanda, que dan origen a un determinado efecto jurídico e individualizan el supuesto de hecho abstracto invocado para la resolución del caso ¹¹. Tales hechos son objeto de declaración en el proceso y, respecto a estos, se desarrolla la actividad de defensa del demandado o resistente y luego la actividad jurisdiccional consistente en la decisión.

El demandado o en general quien resiste una pretensión de otro tiene la posibilidad/libertad de permanecer inerte o de participar activamente en el proceso en el cual es parte.

Si quien resiste participa activamente en el proceso, la doctrina autoral considera que asume para sí la carga de la prueba respecto de las afirmaciones de hecho que realiza, sobre hechos, llamados extintivos, impeditivos o modificativos¹².

Frente a un hecho constitutivo, como por ejemplo la afirmación de existencia de la obligación de entregar el bien vendido, el demandado puede alegar un hecho extintivo que afecta la validez del acuerdo, como su nulidad. Estamos, en cambio, en presencia de un hecho impeditivo cuando al demandado-vendedor corresponde demostrar la afirmación según la cual el actor-comprador conocía los vicios redhibitorios de la cosa vendida¹³. Así como constituye un hecho modificativo alegar el pago parcial de una deuda contraída a título de mutuo.

La alegación y prueba de estos hechos permite a quien resiste la pretensión (resistente) obtener por parte del juez el rechazo de la pretensión actora. Algunos códigos de procedimiento civil regulan expresamente y de forma contingente, según el tipo de hecho y del supuesto normativo invocado, quién tiene la carga de probarlos (por ejemplo, Italia, Brasil, España, Uruguay). Otros códigos no establecen disposiciones expresas al respecto, pero se considera que regulan de manera inexpresa las diferentes hipótesis (p. ej., Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Suiza, Venezuela).

10 V. Rivera Morales, Rodrigo, *Las pruebas en el Derecho venezolano*⁶, Rincón, Barquisimeto, 2011, p. 227, v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 49, y Devis, Hernando, *Teoría*, cit., pp. 430 ss.

11 V. Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 41.

12 V. Chioenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 791 ss.

13 V. Chioenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 792. Véase por todos Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Vicios redhibitorios y saneamiento*, ACIENPOL, Caracas, 2008, pp. 96 ss.

Para describir la actividad de quien resiste se habla de *excepciones*¹⁴. La actividad de excepcionar presenta algunas variantes y existe una distinción de gran relevancia práctica y teórica¹⁵: aquella entre excepciones propias o en sentido estricto¹⁶, e impropias o en sentido lato. Solo las segundas (p. ej. la nulidad), no las primeras (p. ej. la compensación *ex* artículo 1242 Código Civil italiano y artículo 1.331 Código Civil venezolano) pueden ser relevadas también de oficio por el juez, donde en el primer caso la carga de afirmar los hechos que integran el presupuesto de las normas alegadas se encuentra únicamente en cabeza del demandado.

La distinción entre excepciones relevables de oficio o no se extiende también para aquellas procesales o de rito, que tienen un efecto diferente⁽¹⁷⁾, pero pueden ser entendidas también en sentido propio (o estricto) o en sentido impropio (o amplio).

Como hemos anticipado, la regla de la distribución de la carga de la prueba además de establecer qué parte debe probar los hechos afirmados, es una regla de juicio o epistémica, que aumenta el riesgo que la pretensión (o la excepción) sea rechazada¹⁸: determina las consecuencias de la eventual ausencia de prueba de las circunstancias de hecho que han sido alegadas (o afirmadas) por una y/o por la otra parte⁽¹⁹⁾.

14 Las clasificaciones doctrinales sobre las excepciones son muchas pero existe un núcleo compartido entre los autores de los diferentes países. En Italia, véase Mandrioli, Crisanto; ob. cit., pp. 87 ss., Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 218, que las denomina excepciones en sentido propio o excepciones en sentido impropio. En Argentina v. Alsina, Hugo, *Defensas y excepciones*, en *Revista de Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1949, *passim*, que subraya esta dificultad y realiza un análisis comparado entre Francia, Alemania, Italia, España, Venezuela y Argentina, en su orden. En Colombia Devis Echandia, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*⁹⁰, I, ABC, Bogotá, 1985, pp. 246 ss., Morales Molina, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*¹, ABC, Bogotá, 1991, pp. 168 ss. En Perú v. Ferrero, Augusto, *Derecho Procesal Civil. Excepciones*², Lima, 1974, pp. 74 ss., en Uruguay v. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, De Palma, Buenos Aires, 1977, pp. 113 ss., Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 9. En Venezuela v. Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*⁵, Piñango, Caracas, 1979, III, p. 61.

15 V. Consolo, Claudio, ob. ult. cit., p. 218, según el autor *in entrambi i casi si tratta, naturalmente, di fatti estintivi, impeditivi e modificativi*. V. Alsina, H., ob. ult. cit., 32 ss.

16 Definidas por Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 90, como el derecho de quien resiste la demanda, de obtener que la sentencia de mérito que resuelva la pretensión tome en cuenta también los hechos extintivos, impeditivos o modificativos cuya alegación está confiada a su disponibilidad.

17 V. Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., cit., pp. 274 ss.

18 V. Patti, Salvatore, *Le prove*, cit., p. 79.

19 V. Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 124, donde el autor subraya que se trata en otros términos de reglas con las cuales el ordenamiento jurídico responde a esta pregunta: cómo debe decidir cuando una de las partes, o ambas, no ha conseguido probar las circunstancias de hecho que respectivamente han alegado, bien porque no han podido o no han querido ofrecer pruebas al respecto o bien porque las pruebas ofrecidas no han sido admitidas, o en definitiva, porque, si bien admitidas y realizadas, no han arrojado un dato un resultado de confirmación de las circunstancias alegadas.

Es claro que la teoría de la carga de la prueba está estrechamente vinculada a la conservación del *principio dispositivo o acusatorio* en el proceso, en cuanto respecta a la determinación de los hechos²⁰, y por lo tanto está también vinculada a la estructura y a la lógica del juicio y a la idea de proceso como encuentro dialéctico.

Se trata de una regla que aclara²¹ la relación (o situación) procesal, estableciendo cuál es la parte gravada para aportar la prueba y quién por lo tanto corre con el riesgo de su ineficacia o defecto.

Todo lo dicho hasta ahora parece tener poca relación con el llamado deber de moralidad o mejor aun, con las consecuencias que se deducen de un deber del género, sin embargo veremos que aquellas reglas cuando son relacionadas con un derivado deber de colaboración procesal, producen modificaciones sensibles que han consentido la introducción de nuevos criterios, dicho sea, no pacíficos en doctrina y jurisprudencia, como el correspondiente a la carga dinámica de la prueba.

III. La carga de la prueba y los modelos procesales colaborativos o asimétricos

En la cultura jurídica latinoamericana el comportamiento correcto de los sujetos en el proceso es objeto de numeroso estudios relativos a la moralidad procesal, la buena fe, la lealtad, la probidad, y, además, el abuso del/en el proceso.

Una aproximación a este fenómeno es difícil por la viscosidad de las nociones implicadas²².

Por una parte, las normas que se refieren a la corrección de las conductas de las partes en el proceso están formuladas en los textos normativos con enunciados abiertos²³ en cuanto a los supuestos de hecho, y, en ocasiones, no indican de manera

20 V. Chioyenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 796 ss., para quien la prevalencia del principio dispositivo en un proceso no significa dominio de la voluntad de las partes, sino apreciación acentuada de su actividad: no significa reconocimiento de un pretendido derecho de *disposición* del material de la causa, sino sanción de la *responsabilidad* en proporcionar al juez el material de conocimiento, v. Patti, Salvatore, *Le prove*, cit. pp. 50 ss.

21 No obstante, parte de la doctrina –con razón a nuestro parecer– considera la regla aparentemente simple y clara, presenta innumerables complicaciones aplicativas. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Padua, 2015, p. 1383.

22 V. Ghirga, Maria Fernanda, *Abuso del processo e sanzioni*, en AA.VV., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bononia University Press, Bologna, 2012, p. 88.

23 V. Guarneri, Atilio, voz *Clausole generali*, en *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino, 1988, II, pp. 403 ss., v. también Velluzzi, Vito, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 46 ss.

explícita siquiera las consecuencias jurídicas, otorgando así un amplio margen de discrecionalidad a la jurisprudencia y a la doctrina.

Por otra parte, el uso de términos valorativos e indeterminados acentúa la posibilidad de influencias y condicionamientos de elementos no jurídicos o extrajurídicos, como la moral positiva (o social), e incluso la moral ideal o crítica²⁴.

Según nuestra investigación se registra una tendencia creciente en la práctica de estudiar y poner atención al comportamiento de las partes con base en el llamado principio de moralidad o buena fe procesal, introduciendo dentro del proceso valoraciones en términos éticos de la actividad de defensa²⁵.

El contenido y ámbito de aplicación de las normas que emplean las nociones arriba citadas son generalmente (si no siempre) poco claras, entre otras razones porque estas últimas son utilizadas como mecanismos de hetero-integración para colmar eventuales lagunas técnicas (o *intra legem*) de estas normas²⁶, dando importancia, en cada caso, a factores contextuales de orden ético, político, religioso, etc.

El deber de corrección procesal es frecuentemente reconducido a un concepto de buena fe más amplio de aquel típico del derecho privado como máxima que debe gobernar cualquier relación jurídica; escribía CHIOVENDA que *come ogni rapporto giuridico o sociale il rapporto processuale deve essere governato dalla buona fede*²⁷.

Otros, como es el caso de Taruffo, dudan que este último concepto pueda ofrecer una base para una definición del abuso procesal pues no resulta claro si existe una diferencia de fondo entre las conductas procesales abusivas y las que se ejecuten con mala fe o culpa grave⁽²⁸⁾. A nuestro parecer las normas sobre la llamada buena fe procesal, moralidad o proscripción del abuso del proceso, presentan características que las diferencian de aquellos supuestos normativos relativos a la buena fe (o el abuso del derecho) de los que se ocupa el derecho

24 Sobre el concepto de moral positiva (o social) y moral ideal (o crítica) v. Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 19.

25 V. Dondi, Angelo, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, en AA.VV., *Diritto privato, l'abuso del diritto*, Cedam, Padua, 1997, p. 480.

26 V. Bobbio, Norberto, *Saggi sulla scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 74. para el autor son lagunas técnicas o *intra legem* aquellas que se refieren no al ordenamiento jurídico en su complejo, sino a una norma específica, y derivan del hecho que frecuentemente las normas enuncian solamente principios generales y no las modalidades de aplicación de tales principios, o indican el fin último a alcanzar y no los medios necesarios para lograrlo. V. también Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, cit., p. 413 ss, nota 15.

27 Cf. Chiovenda, Giuseppe, ob. cit., p. 745., en castellano, Id., *Principios de derecho procesal civil*, trad. J. Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, II, p. 211.

28 V. Taruffo, Michele, *L'abuso del processo: profili generali*, en AA.VV., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bononia University Press, Bologna, 2012, pp. 28 ss., 40, 46 y 47. V. Taruffo, Michele, *Abuso del processo*, en *Contratto e impresa*, 2015, pp. 832 ss.

privado, considerando el contexto donde son aplicadas y las características que definen al proceso (p. ej., el contradictorio y las garantías procesales)²⁹.

Para parte de la doctrina autoral el principio de moralidad, la prohibición de abuso del proceso y la buena de procesal representan manifestaciones de ideologías autoritarias³⁰.

Otros ubican el fundamento de la prohibición de abuso procesal y de los deberes de corrección procesal en la teoría de los límites intrínsecos de los derechos, en la auto-responsabilidad de las partes y en la necesidad de proteger derechos fundamentales como la igualdad, el debido proceso y el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva³¹. Hay quienes incluso individualizan el fundamento de este fenómeno en la publicización del proceso³².

No es este el lugar para estudiar las diferentes concepciones y tesis sobre la corrección procesal, que como hemos mencionado brevemente están influenciadas y condicionadas por diversos elementos (muchas veces no jurídicos o extra-jurídicos), bien por la ambigüedad y vaguedad de los términos en discusión, o bien porque su discusión presupone asumir una determinada posición u orientación respecto a la función que cumple el proceso y la jurisdicción. A nuestro parecer y sin perjuicio de otras definiciones, el fenómeno procesal es acá entendido como método³³, es decir, como posibilidad última de dirimir conflictos e impedir el uso ilícito de la fuerza; método que se da en un contexto dialéctico. En tal contexto, el principio de corrección funciona como correctivo mediante el cual el proceso debe servir para resolver el conflicto y no para multiplicarlo, siendo menester que los sujetos procesales respeten las reglas de juego.

Señalaba Couture que en los últimos tiempos se ha producido un retorno a tendencias que acentúan la efectividad de un leal y honorable debate procesal

29 Al respecto véase González Carvajal, Jorge I., *Consideraciones generales sobre la buena fe procesal y el abuso del proceso*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 7, septiembre 2016, IJ-CXLIV-236, www.ijeditores.com.ar.

30 En España, v. Montero Aroca, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, en AA.VV., *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 294 ss. Véase una opinión diferente en Picó I Junoy, Joan, *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?*, en *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 171 ss.

31 V. Picó I Junoy, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 76 ss.

32 En Venezuela, v. Quintero Tirado, Mariolga, *Valor probatorio de la conducta de las partes*, VII Jornadas Venezolanas de Derecho Procesal, Homenaje al Prof. Luis Fuenmayor, organizadas por el Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (Invedepro), Caracas, noviembre 2006, en Argentina v. Masciotra, Mario, *La conducta procesal de las partes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 14.

33 V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, I, p. 259.

(34). Asimismo al parecer de Taruffo hace un tiempo se ha acentuado una suerte de *ondata moralizzatrice* del proceso que ha llevado a legislación, doctrina y jurisprudencia a prescribir reglas y formular valoraciones de carácter genéricamente ético sobre la conducta de los sujetos del proceso (35).

En efecto, a finales de siglo xix la ordenanza procesal civil o *Zivilprozessordnung* (ZPO) austriaca de 1895 estableció en el § 178 el deber de veracidad y de prestar colaboración en juicio. El texto del Código austriaco influenció varios códigos europeos: así el § 222 de la *Zivilprozessordnung* húngara de 1911, así como algunos Códigos cantonales suizos como la *Loi de Procédure Civile* del Cantón de Ginebra del 2 de diciembre de 1911, la *Zivilprozessordnung* del Cantón de Basilea, el *Gesetz betreffend den Zivilprozess* del 13 de abril de 1913 y el *Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen* del 29 de enero de 1911 en el Cantón de Zurich y el *Code de Procédure Civile* del 20 de noviembre de 1911 en el Cantón de Vaud³⁶.

Recordemos luego la novela alemana de octubre de 1933, en vigor desde el 1° de enero de 1934 que modificó la *Zivilprozessordnung* y sancionó en el § 138 los deberes de las partes de decir la verdad (*Wahrheitspflicht*) y de corrección³⁷.

También en Italia, durante la época de reforma del código de procedimiento civil, varios proyectos estuvieron orientados a regular la conducta de las partes en el proceso. Tal fue el caso del artículo 20 de la propuesta de la Comisión Post-Guerra³⁸. También, el Proyecto Carnelutti presentado a la comisión real para la reforma del *codice di procedura civile*, con el título *Dovere di verità e di prudenza* establecía en el artículo 28 que *La parte ha il dovere di affermare al giudice i fatti secondo la verità e di non proporre pretese, difese o eccezioni senza averne ponderato*

34 V. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 190.

35 Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 25.

36 V. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., 190.

37 V. Mechelli, Stefano, en S. Patti (Coordinador), *Codice di Procedura civile Tedesco*, Giuffrè/Beck, Milán, 2010, p. 102. Establece la norma: § 138 *Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht*. (1) *Le parti devono formulare le loro dichiarazioni su circostanze di fatto in modo completo e secondo verità*. (2) *Ciascuna parte si deve esprimere sulla circostanza allegata dalla controparte*. (3) *I fatti che non sono esplicitamente contestati devono essere considerati come ammessi, a meno che l'intenzione di contestarli non emerga dalle altre dichiarazioni della parte*. (4) *Una dichiarazione di non conoscere un determinato fatto è possibile solo rispetto ai fatti che non riguardano atti della parte, né siano stati oggetto della sua sfera percettiva*. V. Loreto, Luís, *El deber de decir la verdad en el proceso civil*, en *Ensayos jurídicos*, Fabreton, Caracas, 1970, p. 473.

38 V. Chioevenda, Giuseppe, *Appendice: Progetto di riforma del procedimento civile. Saggi di diritto processuale civile*, Foro Italiano, Roma, 1931, II, p. 121. La norma del proyecto recita: *Nella esposizione dei fatti le parti e i loro avvocati hanno il dovere di non dire consapevolmente cosa contraria al vero. La parte deve, nella prima occasione che avrà per farlo, dichiarare se i singoli fatti esposti dall'avversario siano secondo la sua convinzione conformi al vero. Riguardo ai fatti che non le sono proprii, o che essa non ha personalmente osservato, la parte può limitarsi a dichiarare di non sapere se siano veri: questa dichiarazione vale contestazione*.

*il fondamento*³⁹. Otro ejemplo es el art. 26 del *Progetto preliminare del codice di procedura civile* (Proyecto Solmi) elaborado en 1937⁴⁰.

En Italia no fue sancionado expresamente el deber de decir la verdad en el proceso⁴¹, pero sí el deber de *probidad y lealtad*⁴². Así, el artículo 29 del *Progetto definitivo di Codice di procedura civile*, hoy art. 88, es del siguiente tenor: *Le parti e i loro procuratori e difensori hanno il dovere di agire con probità e con lealtà*⁴³.

En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos existen numerosas disposiciones al respecto, con relativa semejanza de las normas europeas, tales como el art. 32.1 del *Code de procédure civil* francés y el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, con características propias y diferentes: podemos mencionar el art. 24 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina⁴⁴, los arts. 78 al 81 del *Código de Processo Civil* de Brasil, el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil chileno, los artículos 78, 79, 80 y 81 del Código General del Proceso colombiano, los arts. 51, 52 y 53 del Código Procesal Civil Paraguay, el artículo 109 del Código Procesal Civil peruano, el art. 5 del Código General del Proceso uruguayo, los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

La perplejidad y problemas que implican estas normas y aquellas similares que encontramos en los diferentes sistemas procesales es provocada por la indeterminación de los términos, expresiones y criterios para su aplicación, además del riesgo de afectar directamente derechos procesales de las partes.

Así, esta indeterminación trae como consecuencia que las disposiciones normativas no prescriban conductas determinadas *a priori*, sino *a posteriori* por el juez y por medio de expresiones elásticas donde la individualización del supuesto normativo queda condicionado potencialmente por factores extrajurídicos, tan diversos como, ideológicos, políticos, sociales, etc. Se prestan así a una aplicación altamente discrecional con peligro *che si verificchino rilevanti disparità di trattamento*

39 Cf. Carnelutti, Francesco, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padua, 1926, I, p. 15.

40 V. Cipriani, Franco, *L'avvocato e la verità*, en *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2010, p. 131.

41 V. Cipriani, Franco, *El abogado y la verdad*, en AA.Vv., *Proceso Civil e Ideología*, cit., pp. 283-284. V. Cipriani, Franco, *L'avvocato*, cit., p. 131.

42 V. Couture, Eduardo, *El deber de las partes de decir la verdad*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, De Palma, Buenos Aires, 1979, III, p. 253.

43 Que continúa así: *In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve referirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.*

44 V. también el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

*a seconda di come il giudice valuta, sempre in mancanza di criteri uniformi sufficientemente determinati, i singoli casi, o come giudici diversi valutano casi diversi*⁴⁵.

Las hipótesis empleadas en la práctica para describir los casos y supuestos que implican afrenta al deber de decir la verdad o deber de veracidad, lealtad, probidad, buena fe, colaboración, son múltiples: se hace referencia a prácticas obstruccionistas, litis temerarias, tácticas dilatorias, aventuras procesales, pretensiones impropiables, *estoppel*, actos procesales abusivos, procesos abusivos y abuso procesal⁴⁶, exceso de defensa, fraude procesal, dolo, colusión, simulación de procesos, etc.

Todas estas situaciones son frecuentemente y *naturaliter* emparentadas con la moralidad, la buena fe o la corrección procesal: hay un evidente aire de familia, es decir, una articulación de relaciones conceptuales⁴⁷ entre todas las expresiones y sintagmas y la noción general de abuso procesal o corrección de la conductas de las partes en el proceso.

En los ordenamientos jurídicos, especialmente los latinoamericanos, abuso procesal, violación del deber de buena fe, lealtad, probidad y corrección procesal son nociones entre las cuales no existe una clara delimitación conceptual ni frontera fija; las mismas formulaciones legislativas en la materia, con oscilaciones terminológicas y el amplio uso de cláusulas generales, expresiones elásticas, conceptos válvula, normas en blanco, demuestran cuan difícil resulta tipificar de manera analítica y completa los supuestos⁴⁸ y determinar cuál es la conducta debida en juicio⁴⁹. No existe ni siquiera acuerdo sobre el *nomen iuris* a utilizar, al punto que se habla simultáneamente para referirse al mismo fenómeno de principio de moralidad, de buena fe, de lealtad y probidad, además de abuso del o en proceso.

Por otra parte, tipificar las conductas reñidas con la corrección procesal no es imposible en línea de principio y no resulta conveniente operar con cláusulas generales en una materia tan delicada donde se ponen en riesgo las garantías procesales de las partes que las Constituciones y tratados sobre derechos humanos prometen⁵⁰. Lo que podría dar lugar a tratos diferentes y dispares que resulten en sí violación del derecho a la igualdad ante la ley.

45 Cf. Taruffo, Michele, *Labuso*, cit., p.33.

46 V. Taruffo, Michele, *Elementos para una definición de abuso del proceso*, en *Páginas sobre la justicia civil*, trad. M. Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 296-297, Id., *El abuso del proceso: perfiles comparados*, en *Páginas sobre la justicia civil*, cit., pp. 321-322.

47 V. Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 22 y 23.

48 Cf. Taruffo, Michele, *Labuso*, cit., p. 32.

49 V. Duque Corredor, Román J., *La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez*, en www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina, 24 de noviembre de 2013.

50 Cf. Taruffo, Michele, *Labuso*, cit., p. 32. Véase también Chiovenda, Giuseppe, *Principii*, cit., p. 745., cf.

El análisis debe ser realizado con cautela, identificando los supuestos normativos que cada ordenamiento establece y su *ratio*, es decir, el o los valores tutelados en la disposición normativa, para luego proceder, de ser el caso, en vía analógica a ampliar su ámbito de aplicación, siempre y cuando el tipo de disposición normativa consienta esta operación.

Establecer límites entre los supuestos que regulan la corrección procesal aumenta el grado de certeza en el sentido que permite incrementar la previsibilidad de las consecuencias en caso de violación de las normas ⁵¹.

Una buena aproximación para definir el contenido y confines de la corrección procesal es aquella teleológica, que requiere identificar cuáles son los valores de fondo compartidos y tutelados en el proceso, considerando su identificación como fruto de elecciones no absolutas ⁽⁵²⁾, sino siempre revisables y justificadas en un contexto pluralista que requiere balancear valores e intereses irremediabilmente en conflicto.

IV. La carga dinámica de la prueba en Venezuela

las normas que prohíben las conductas incorrectas en el proceso tienen diferentes consecuencias dependiendo de cada ordenamiento jurídico.

Parte de la doctrina propone distinguir las consecuencias de los actos cumplidos en violación de las reglas que gobiernan las formas, el contenido y las modalidades de los actos procesales y las consecuencias de actos abusivos o contrarios a la corrección y buena fe procesal ⁽⁵³⁾.

No existe sin embargo una opinión uniforme al respecto y en cada ordenamiento jurídico las consecuencias posibles son heterogéneas: multas, condena en costas, resarcimiento de daños liquidados en el mismo proceso en el cual se ha llevado a cabo la incorrección o en un juicio diferente, ineficacia e invalidez de los actos procesales bajo la forma de nulidad o anulación, particulares remedios de impugnación, inadmisibilidad ⁽⁵⁴⁾, preclusión, relevancia probatoria de conducta

Chioevenda, Giuseppe, *Principios*, cit., p. 211.

51 Cf. Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 273.

52 V. Taruffo, Michele, *Labuso*, cit., p. 31.

53 En Italia v. Taruffo, Michele, *Labuso*, cit., 22 ss.; en España Montero Aroca, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, cit., pp. 340 ss.

54 Al respecto resulta particularmente interesante la tesis de la *meritevolezza* como condición de la acción de Ghirga, Maria Fernanda, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milán, 2002, *passim*, Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè, Milán, 2012, p. 100 ss.;

de la parte a los fines de la decisión, reglas *ad hoc* sobre la distribución de la carga de la prueba ⁽⁵⁵⁾.

A continuación no examinaremos todas estas alternativas, que son evidentemente heterogéneas; nos limitaremos a ilustrar la última situación mencionada, vale decir, la modificación de las reglas ordinarias de *onus probandi*.

Se considera que la regla del *onus probandi* es un elemento central en la mayoría de los sistemas procesales, tanto en los ordenamientos de *common law* como en los ordenamientos de *civil law* ⁽⁵⁶⁾. Dado que la carga de la prueba está relacionada necesariamente a la función y a la estructura del proceso, la existencia de diversas reglas de distribución es normal y legítima cuando está expresamente prevista en el sistema procesal considerado ⁵⁷.

En los sistemas de *civil law*, las legislaciones establecen reglas generales relativas a la carga de la prueba y excepciones que permiten su modificación. Las razones de estas excepciones legislativas a las reglas generales son múltiples: por ejemplo, la intención de facilitar la prueba a sujetos considerados más débiles, la proximidad de un sujeto con la fuente de prueba o el medio de prueba o la intención de equilibrar en el proceso las posibilidades de defensa de las partes ⁵⁸.

Para modificar las reglas generales de la carga de la prueba las legislaciones procesales de *civil law* emplean una pluralidad de técnicas: por ejemplo, reglas legislativas particulares relativas a determinados supuestos o reglas legislativas de inversión convencional de la carga de la prueba respecto a categorías específicas de situaciones (p. ej., artículo 2.698 Código Civil Italiano y §§ 3y 4 de artículo 373 del *Codigo de Processo Civil* de Brasil), así como principios de inversión elaborados por los jueces.

La doctrina y jurisprudencia en América Latina, se orienta por considerar que las reglas clásicas de distribución del *onus probandi* no permiten dar una respuesta adecuada a las exigencias de justicia de la sociedad moderna, pues hay casos donde su aplicación da lugar a soluciones consideradas injustas.

una opinión diferente en Scarselli, Giuliano, *Sul c.d. abuso del processo*, en AA.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, cit., pp. 169 ss., v. también De Cristofaro, Marco, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, en *Rivista di diritto civile*, 2008, p. 335 ss.

55 V. Taruffo, Michele, *El abuso*, cit., pp. 328-329., v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 100, nota 6.

56 Cf. Gioia, Gina, *Dialoghi transnazionali sull'assunzione delle prove*, en AA.Vv., *Principio di proporzionalità e dialoghi tra corti*, coord. M. Bianchini e G. Gioia, Cedam, Padua, 2013, p. 9.

57 V. Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad D. Accatino, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 258 y 261.

58 V. Taruffo, Michele, ob. ult. cit., p. 258. Una aproximación prudente al tema en materia de arbitraje puede verse en Díaz-Candia, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*³, Torino, Caracas, 2016, pp. 156 ss.

El problema es discutido en el ordenamiento jurídico argentino, chileno, paraguayo, venezolano, etc., pero no es ajeno a sistemas europeos como el francés, italiano o suizo, donde no hay normas que concedan al juez el poder de modificar la distribución de la carga de la prueba prevista en la ley.

En la experiencia italiana se emplean p. ej., las *presunzioni giurisprudenziali*⁵⁹ y recientemente la *vicinanza della prova*⁶⁰, mientras que en Alemania la llamada prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) mediante la cual el juez alemán modifica la carga de la prueba si el hecho afirmado por la parte es propiamente un hecho “típico” o “normal”⁶¹. En España una figura similar encontramos en el art. 217.7 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que limita el poder del juez de modificar la carga de prueba con base en la facilidad o proximidad probatorias⁶².

Como se ha anticipado en América Latina se habla frecuentemente de la *carga dinámica de la prueba*, que autoriza al juez a modificar caso por caso la carga de la prueba con la finalidad de tutelar situaciones de inequidad, injusticia, facilidad, proximidad probatoria, etc.

Se trata de una construcción dogmática cimentada sobre el principio de solidaridad y sobre los deberes de colaboración y de corresponsabilidad⁽⁶³⁾, además sobre el principio general de moralidad procesal y búsqueda de la verdad⁶⁴.

59 V. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., cit., p. 262. Véase por todos Verde, Giovanni, *L'onere della prova del processo civile*, cit., pp. 135 ss., especialmente p. 149 ss., y 170, nota 244.

60 V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, cit., pp. 1388 y 1392. Particularmente en materia de proceso contencioso administrativo ex art. 64 del *codice del processo amministrativo* italiano. Para la autora el problema se presenta con mayor énfasis en los ordenamientos de *civil law* en comparación con aquellos de *common law* pues estos cuentan con una mayor capacidad de garantizar el acceso a la prueba, cuestión que —en opinión de la autora— no ocurre en aquellos.

61 Al respecto Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*³, trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2009, pp. 512 ss.

62 Establece la norma en la parte pertinente: “7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”. Para Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 134 ss., la disposición normativa no establece la doctrina de las “cargas dinámicas probatorias”. Sin embargo, es evidente que si bien la misma no usa la expresión *carga dinámica*, la consecuencia es la misma que la prohijada por la doctrina de las cargas dinámicas. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, cit., p. 1390, nota 32. Véase también Nieva Fenoll, Jordi, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: Nociones que precisan revisión*, en AA.Vv., *30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, Colombia, 2009, pp. 1030 ss.

63 Al respecto v. el padre de esta tesis en Argentina Peyrano, Jorge Walter, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en AA.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 2004, pp. 20 ss.

64 V. Rambaldo, Juan Alberto, *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*, en AA.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., pp. 30 ss., Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas ¿Que debe probar el que no puede probar?*, en AA.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 101.

Según esta corriente de pensamiento, la carga de prueba debe gravar a la parte considerada en mejores condiciones de producir la prueba⁽⁶⁵⁾. Se considera que es un deber de la judicatura impedir que la parte más fuerte o que tiene una posición de ventaja (bien en el plano económico, social o jurídico, sea en la relación procesal como en la relación sustancial) pueda aprovechar esta circunstancia en perjuicio de la contraparte⁶⁶.

En la raíz de esta doctrina está una concepción asimétrica y solidarista del proceso, cuya finalidad es alcanzar la justicia del caso concreto entendiendo que para ello es necesario el justo equilibrio entre las partes, mediante el respeto de los deberes de lealtad, probidad, buena fe y el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad⁶⁷.

Para algunos autores la facilidad de ofrecer determinadas pruebas determina la distribución de la carga (dinámica) de la prueba, y dichas mejores condiciones de probar dependen de una pluralidad de factores, entre otros, técnicos, económicos o jurídicos⁶⁸, incluyendo por ejemplo el grado de competencia profesional y los costos de la tutela (p. ej. en los casos de responsabilidad civil del médico)⁶⁹.

El hecho de encontrarse en mejores condiciones de probar debe ser demostrado por la parte que se beneficia de la carga dinámica⁷⁰.

Respecto al momento en que se establece la distribución (dinámica) de la carga de la prueba, parte de la doctrina afirma que se debe hacer en la audiencia preliminar, vale decir, en la primera audiencia en la cual las partes comparecen ante el juez⁽⁷¹⁾; para otros estudiosos, al juez corresponde determinar esta distribución al momento de decidir el mérito⁽⁷²⁾.

La facilidad o proximidad probatoria en materia de pruebas, se afirma, resulta influenciada y determinada por el comportamiento de las partes en el proceso⁷³:

65 V. Lépori White, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., 2004, p. 60.

66 V. Lépori White, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, cit., p. 68.

67 V. Lépori White, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, cit., p. 69.

68 V. Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 101.

69 V. Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto, *Los principios de disponibilidad y de facilidad probatoria en la distribución dinámica de la carga de la prueba civil, XX Congreso Aniversario del Código de Procedimiento Civil. Homenaje a los Dres. Aristides Rengel Romberg y Leopoldo Márquez Añez*, Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, 20 y 21 octubre 2006, p. 11. Al respecto v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 67.

70 V. Barbiero, ob. cit., p. 101.

71 En Argentina v. Quiroz Fernández, J. C. *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 258.

72 V. Barbiero, ob. cit., p. 106.

73 Cf. Balestro Faure, Miryam, *La dinámica de las cargas probatorias. Un proyección del principio que prohíbe*

se toman en cuenta los actos contrarios a la colaboración en la obtención de la prueba, afirmaciones falsas, comportamientos contradictorios u obstruccionistas del desenvolvimiento del proceso, reticencias, omisiones y todo comportamiento contrario al deber de probidad y lealtad⁷⁴.

El juez puede valorar como un indicio la conducta de la parte para distribuir de manera diferente la carga de la prueba.

En Venezuela esta doctrina de las *cargas dinámicas de la prueba* ha sido acogida por algunos estudiosos, para quienes es admisible, en vía excepcional y mientras no limite el derecho a la defensa. Se argumenta sobre la base de la referida mejor disponibilidad y facilidad probatoria o considerándola como sanción impuesta a la parte que no colabora⁷⁵.

Sin embargo, mediante sentencia n° 434/2010 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 19 de mayo de 2010, exp. 09-1265, se rechazó la legitimidad constitucional de la doctrina en referencia. Se trataba de un proceso en el cual el Juez de Apelación, concretamente el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, desaplicó por vía de control difuso la regla *standard* de distribución de la carga de la prueba, argumentando que la misma era inconstitucional en el caso de especie, en virtud que, según el Juzgado Superior, era excesivamente difícil para la parte actora demostrar los hechos constitutivos de su pretensión⁷⁶.

abusar de los derechos procesales, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 19, Id., *La valoración judicial de la conducta en juicio*, en AA.VV., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 41. Al respecto véase nuestra crítica en González Carvajal, Jorge I., *Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, n° 7, septiembre 2016, IJ-CXLIV-236, www.ijeditores.com.ar.

74 V. Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto, ob. cit., p. 33.

75 V. Longo, Paolo, *Dinamismo garantista de la carga probatoria*, XX Congreso Aniversario del Código de Procedimiento Civil. Homenaje a los Dres. Aristides Rengel Romberg y Leopoldo Márquez Añez, Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, 20 y 21 octubre de 2006, p. 12. Una disposición normativa del género se encuentra presente en el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano de 2014, actualizado en julio de 2016, cuyo art. 372, establece: “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe probar el pago o el hecho extintivo de la obligación, salvo disposición especial prevista en este Código y en las leyes. Si las circunstancias especiales del caso debatido así lo justifican, el juez o jueza de juicio puede establecer a quién corresponde la carga de la prueba ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla. Esta resolución deberá dictarse en el mismo auto que admita las pruebas promovidas por las partes, y estas en el lapso legal de evacuación de pruebas deberán consignar las que sean pertinentes. Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior de este artículo, el tribunal deberá tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido. Los hechos notorios no deben ser probados”.

76 Considero el Juez en la sentencia en cuestión: “Lo que provoca esa carga dinámica, es un desplazamiento parcial y no total del onus probandi; en el caso de autos se desplaza la carga en cabeza de los litisconsortes,

La Sala Constitucional consideró no correcta la desaplicación de la norma general sobre la distribución de la carga de la prueba advirtiendo que esta norma (artículo 506 del Código de Procedimiento Civil venezolano) no era inconstitucional, siendo por tanto aplicable en dicho caso.

Grosso modo en este proceso la parte actora había alegado como hecho constitutivo que luego de la entrega de un vehículo recibido a título de compraventa, el mismo no se encontraba en condiciones normales de funcionamiento según lo pactado, debido a que días luego de la entrega se presentaron una serie de averías y defectos que provocaron un funcionamiento anormal del vehículo, alegando de manera genérica la existencia de vicios ocultos en el bien adquirido, el incumplimiento contractual del vendedor y solicitando por lo tanto la resolución del contrato.

Tanto el juez de primera instancia como el Juez de Apelación o Juzgado de Segunda Instancia habían declarado parcialmente con lugar la pretensión actora y ambas habían considerado que la parte actora tenía la carga de demostrar los vicios denunciados, sin embargo, el Juez Superior, consideró, además, que como los demandados contaban con un mayor grado competencia técnica y profesional respecto al funcionamiento del vehículo operaba una desaplicación de la norma general sobre la distribución del *onus probandi*. Y el fundamento de esta desaplicación fue precisamente el deber de colaboración, lealtad y buena de procesal, los cuales solidarizan *el concepto* y aplicación del *onus probandi*.

La particularidad de la sentencia del juez de alzada es que creó para el caso concreto una regla excepcional de distribución del *onus probandi* –en rigor: una regla de distribución del riesgo de la falta de prueba– fundamentada en una alegada mayor facilidad probatoria.

Este tipo de apreciación aparece con frecuencia en modelos o concepciones procesales solidaristas, que si bien están cargadas de buenas intenciones, generalmente no se fundamentan *en rigor* en la teoría de la carga de prueba (77) y ponen

fabricante (General Motors de Venezuela C.A) y su concesionario o vendedor (Auto Camiones Los Llanos C.A), en relación a que el vehículo objeto del contrato no es apto para cumplir con la finalidad de la prestación o causa del mismo, como era para la compradora, desplazarse a realizar sus labores, lo cual genera un rompimiento patrimonial y contractual que hace nacer la resolución del contrato; pues, en lo relativo al daño moral y material (lucro cesante y daño emergente) la carga de la prueba continúa en cabeza del actor. De manera que las Cargas Probatorias Dinámicas ó Solidaristas también llamadas de cooperación, sólo provocan, un desplazamiento parcial de la carga probatoria”.

77 Al respecto señala Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2015, pp. 330 y 331, que “Pese a que se repite que la teoría de las cargas probatorias dinámicas fue creada por doctrinarios argentinos en la década del ochenta, ya se encontraba plasmada en un trabajo de un autor español veintisiete años anterior, al turno que su antecedente más remoto se halla en el primitivo derecho de los pueblos bárbaros germánicos. La

en riesgo además la estructura y función del proceso como garantía de la libertad, dando paso a modelos autoritarios contrarios a la garantía del debido proceso (78).

En este sentido señala Calvino que “la garantía del proceso, entendida como método de debate para el pleno ejercicio del derecho de defensa, requiere que el juzgador aplique al sentenciar –cuando sea necesario– un conjunto de reglas de carga de la prueba preexistentes, objetivas y abstractas. Así, actúan como guía para la conducta de las personas, a la vez que brindan la precisa instrucción de cómo resolver en el caso concreto cuando un dato afirmado y necesitado de prueba no ha sido confirmado. Cuando se acepta que el juzgador –aún excepcionalmente– reparta las consecuencias de la falta de prueba, se convierte la regla de juicio en un poder de decisión subjetivo y las partes ya no cuentan con reglas de conducta para establecer estrategias procesales. Porque, en definitiva, toda distribución jurisdiccional del *onus probandi* evanesce la defensa en juicio”79.

V. Conclusiones

Hemos considerado de manera general, según nuestro parecer, que la vía más plausible para hacer efectivo el principio de corrección procesal, es una perspectiva

novedad puede estar, eso sí, en su denominación, aunque peca de imprecisión: no se trata de una carga procesal, sino de una potestad jurisdiccional... aún cuando esta teoría sea admitida por alguna norma, la violación del derecho de defensa subsiste, amén que recurrir a ella no brinda soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica. Es preferible tomarse el trabajo de legislar una regla especial o alguna presunción, según el caso, que permitirle al juzgador que acomode a discreción las reglas del *onus probandi* para arribar a cierto resultado deseado y que termina amparando en una sentencia; que sostiene, en las consecuencias que emanan de la simple distribución de la carga probatoria, lo que se debe motivar en derecho”.

78 Al respecto véase por todos Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2015, pp. 77 ss., y 326 ss. La regla de la carga de la prueba es fruto de un procedimiento de abstracción conceptual, que si bien debe partir desde una aproximación normativa, no se acaba en ésta, pues entre la norma general (p. ej., el art. 506 CPC Ven) y las normas de fondo, presupuesto de la consecuencia jurídica pretendida por el actor o de la excepción o defensa afirmada por el demandado, no puede haber hiato; vale decir, la norma general que distribuye la carga de la prueba debe ser interpretada en atención a la(s) hipótesis normativa –y a la complejidad del fenómeno interpretativo detrás de la postulación de que haga una parte– aplicable y al conjunto de hechos (con la natural heterogeneidad entre los diferentes tipos de hecho) normativos que la misma postula. De manera que la regla variará dependiendo del caso *normativo* (o tipo de caso normativo), cuestión que es diferente a afirmar que la regla varía dependiendo de circunstancias *subjetivas* relacionadas con cada parte, pues esta última hipótesis prohija la arbitrariedad judicial.

79 Cf. Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, cit., p. 332.

teleológica, que tenga en miras los valores compartidos en cada ordenamiento jurídico, como la libertad, el debido proceso, la eficacia de la justicia, la duración razonable del proceso, el respecto entre las partes y el juez, teniendo presente que la elección de la valores no puede (o no debe) ser absoluta y requiere una difícil ponderación entre los intereses contrapuestos presentes en la resolución de cada caso.

Si bien resulta necesario controlar y sancionar el uso incorrecto del proceso, se debe también garantizar que este sea un instrumento efectivo de tutela sin excesivas y arbitrarias restricciones. Es necesario reflexionar seriamente y de modo crítico si para obtener una mejor justicia y una que rinda frutos en la práctica, es necesario acudir e incorporar categorías creadas por la doctrina y por los jueces (caso por caso) que modifican las reglas legislativas que sobre la carga de la prueba.

Algunas críticas que se han levantado contra la llamada teoría de la carga dinámica de la prueba pueden sintetizarse en que la carga dinámica de la prueba⁸⁰:

1) Contribuye a aumentar la imprevisibilidad del resultado del proceso, particularmente cuando la modificación de la carga de la prueba se produce en el curso del proceso, caso en el cual, se produce una modificación de las propias reglas del juego⁸¹;

2) Existen remedios o soluciones alternativas, pues el problema de proximidad y facilidad probatoria puede ser resuelto con instrumentos procesal como la exhibición, intimaciones a presentar pruebas (*disclosure*) o someterse a experticias (en sus diversas manifestaciones), sin necesidad de acudir a una modificación judicial caso por caso del *onus probandi* (⁸²);

3) Hay un serio riesgo de comprometer la imparcialidad del juez, quien puede encontrarse en la situación de favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra;

4) La ausencia de un vínculo entre esta tesis o teoría y el principio de corrección procesal. Ya de por sí problemático el tema del abuso del proceso o buena fe procesal como para complicarse aun más adoptando esta nueva figura dentro de sus filas.

80 Véase por todos las críticas de Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, cit., p. 326 ss. También en Calvino, Gustavo, *Cargas probatorias dinámicas: Exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil*, en <http://gustavocalvino.blogspot.com/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y.html>, 10 de febrero de 2013.

81 V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, II, p. 41. En doctrina italiana v. Taruffo, Michele, *Simplemente*, cit., p. 264.

82 V. Taruffo, Michele, ob. cit., 263.

LAS COSTAS EN LOS PROCESOS ACUMULATIVOS CIVILES

Luis E. Queremel Franco¹

RESUMEN:

El demandante de una querrela en la cual acumuló pretensiones incompatibles entre sí, una principal, y la o las otras eventuales o subsidiarias, (con arreglo a la previsión contenida en el segundo y último acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil), siempre tendrá derecho a constituirse en acreedor del demandado en el pago de las costas procesales, de haber resultado vencedor, a través de la estimatoria con lugar de parte del Juez, de una de las pretensiones distintas a la principal.

PALABRAS CLAVES:

pretensiones subsidiarias; costas procesales, procesos acumulativos..

ABSTRACT:

The claimant that invoke incompatible petitions (main and subsidiaries) in accordance with the first and last paragraph of article 78 of the Civil Procedure Code) has the right to become a creditor of the defendant for the payment of the court costs, if at least one of the secondary petitions has been accepted by the Court.

KEYWORDS:

secondary petition; court cost, accumulative process

INTRODUCCIÓN

La escogencia del tema de este trabajo obedece al desacertado criterio jurisprudencial que ha venido imperando en algunos Tribunales del Área Metropolitana de Caracas, quienes han considerado que, por el simple hecho que la pretensión principal en un proceso al cual el demandante acumuló subsidiariamente otras pretensiones incompatibles a aquella y precisamente ella no ha prosperado, sino una de las eventuales y subsidiarias, no tiene derecho a ser constituido como acreedor del demandado en el pago de las costas del juicio.

Se ha argumentado a favor de esa tesis que, al demandante no haber triunfado en la pretensión principal, sino en la subsidiaria o eventual, ello significaría

1 Profesor de la Cátedra de Prácticas en Derecho Civil, Universidad Católica Andrés Bello

que el demandado no habría resultado ser totalmente vencido en el proceso, o lo que es lo mismo, el actor no habría triunfado de manera absoluta, por lo que no le sería aplicable el precepto contenido en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil.

Este trabajo persigue demostrar que tal criterio jurisprudencial llega a ser verdadero un obstáculo de acceso a la justicia, a la garantía jurisdiccional o derecho de la tutela judicial efectiva, amén de ser un perjuicio irreparable el que se le estaría infligiendo injustificadamente en el patrimonio del demandante al no tener manera alguna de resarcir los gastos que el juicio pese haberlo ganado, le ha ocasionado.

En la búsqueda de cómo abordar este trabajo y la solución al problema que en él plantea, nos ha parecido conveniente desarrollarlo iniciándolo por unas consideraciones muy generales acerca de los tipos de procesos, para avanzar luego en la clasificación de acumulación de pretensiones, su conexidad y, a continuación, entrar directamente en el tema de las costas procesales, sus teorías y criterios que de éstas encontramos en el Código de Procedimiento Civil. Seguidamente nos detendremos analizar el segundo acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, para así irnos acercándonos y perfilando la posición y opinión de quien redacta este trabajo, que no es otra sino la de apoyar la tesis que el actor, si ha resultado ser el vencedor de un proceso en el cual, pese haber fracasado en su pretensión principal, la eventual o subsidiaria sí le fue estimada por el Juez y por ello declarada con lugar, está absolutamente legitimado para exigirle a ese Juez condene al demandado al pago de las costas procesales.

I. Consideraciones generales. Tipos de procesos. Proceso simple y proceso acumulativo

Para esclarecer la naturaleza jurídica de las vinculaciones que el proceso genera, utilizaremos la concepción que señala a éste como una relación jurídico-procesal regida por la Ley², para así saber que, a través de ella se puede reclamar una o varias pretensiones procesales³ dependiendo del número de relaciones materiales

2 En la doctrina procesal extranjera, avalada por Oskar von Bülow, Giuseppe Chiovenda, Rocco, Calamandrei, Carnelutti y dentro de la doctrina procesal venezolana a Mario Pesci Feltri Martínez entre otros.

3 A los fines de este trabajo vamos a entender a la *pretensión procesal* como "...el acto por el cual un sujeto se afirma titular de un interés jurídico frente a otro y pide al Juez que dicte una resolución con autoridad

que comprometa, permitiendo el debate y la discusión de todas ellas mediante una sola decisión de fondo y tras el agotamiento del conjunto de reglas que norman y estructuran el juego del proceso. Así, de esta forma se configuran dos tipos de procesos: uno, que podemos denominar como el *proceso simple*, es decir, aquel que permite al actor la satisfacción de una sola pretensión procesal; y otro, el que llamaremos como *proceso acumulativo*⁴, y que a su vez lo podemos subdividir en *simple, eventual o subsidiario* y el *alternativo*. El proceso acumulativo *simple*, será aquel en que a través de la misma demanda se accionan dos o más pretensiones procesales que son completamente diversas o distintas entre sí pero no excluyentes, o que, por el contrario, se encuentran conexas o interrelacionadas, de suerte que la primera pretensión es presupuesto de la otra o de las demás pretensiones. El proceso acumulativo *eventual o subsidiario* será aquel en que el demandante ejercita en una misma demanda dos o más pretensiones que son materialmente incompatibles entre sí, una de ellas ejercida con carácter principal y la segunda o las demás, con carácter subsidiario, de modo que el Juez entrará a conocer y decidir la o las pretensiones eventuales o subsidiarias sólo en el caso que desestime la principal. Y por último, el proceso acumulativo de pretensiones *alternativas*, es cuando el actor acumula concurrente y simultáneamente en su misma demanda dos pretensiones vinculadas entre sí desde el punto de vista funcional, de las cuales la satisfacción de una de ellas declarada por el Juez a través de la sentencia, necesariamente conllevará la extinción automática de la otra.

Brevemente, acerca de la justificación de los procesos *acumulativos*, podemos decir que en algunas situaciones será la necesidad del propio actor la que se erija en motivo y justificación para la acumulación de diversas pretensiones, para así impedir la creación de sentencias contrarias o contradictorias. En otras circunstancias, serán razones de conveniencia práctica, (muy relevantes en sistemas como el venezolano, en el cual existe la preclusión para interponer nuevas peticiones o reformar la demanda, a partir de haber culminado la etapa de contestación de la demanda), de utilidad y de economía procesal las que justifican el hecho de agrupar varias pretensiones procesales en un solo proceso, mediante un solo procedimiento, unificando y facilitando así su tratamiento. Es precisamente desde el concepto de

de cosa juzgada que lo reconozca.” Rengel-Romberg, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Venezolano*, Editorial Ex Libris, Tomo II, p. 89, Caracas, 1991.

4 Guiseppe Chioyenda lo llama “*concurso de acciones*” en sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado Tomo I, p. 428, Madrid, 1954 y Enrico Tullio Liebman “*conexión de acciones*” en su *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 144, Buenos Aires 1980. También más comúnmente se le conoce como “*acumulación de acciones*” pese la imprecisión y lo errado del término.

economía procesal y la multiplicidad de juicios que el Código de Procedimiento Civil venezolano admitió y reguló el concepto de los procesos acumulativos a través de sus artículos 77 y 78⁵.

II. Tipos de acumulación de pretensiones

La doctrina procesal contemporánea señala que la acumulación de pretensiones puede ser *originaria* y *sucesiva*⁶, según que, respectivamente, las pretensiones se propongan conjuntamente desde el comienzo mismo del proceso con la introducción de la demanda o, eventualmente, su reforma, o que, durante el transcurso del proceso, a la pretensión originaria se agreguen o incorporen otra u otras.

Obviamente, en este trabajo nos referiremos a la acumulación de pretensiones *originaria*, dado que la *sucesiva* conlleva supuestos que escaparían de su objeto y alcance. Así, la acumulación de pretensiones *originaria* a su vez se sub-clasifica en *objetiva* y *subjetiva*. Cuando la acumulación de pretensiones *originaria*, simplemente atienda a la pluralidad o reunión en una misma demanda, de distintas pretensiones que el demandante interpone y reclama ante el demandado, realizada con el fin de que sean sustancias y decididas en un proceso único, se llama *acumulación objetiva*. Cuando exista pluralidad de sujetos activos o pasivos que las interponen, o frente a quienes se interponen, pues entonces estaremos ante una acumulación originaria *subjetiva*.

Según la doctrina, la *acumulación originaria objetiva* p a su vez puede ser:

- *Simple o concurrente*, que es aquella en la que el actor ejercita con su escrito de demanda diversas pretensiones que, o son completamente diversas entre sí, o se encuentran conexas de tal forma que la procedencia de la primera es presupuesto básico de la procedencia o estimación de la otra o de las restantes.

- *Alternativa*, cuando la parte actora acumula simultáneamente en su demanda dos pretensiones, de las cuales sólo una de las 2 compete y es procedente realmente frente al demandado.

- *Condiciona, eventual o subsidiaria*, la cual se verifica cuando se interpone una pretensión como principal y otra a título “condicional” o “subsidiario”, a fin

5 Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 4.209 del 18 de septiembre de 1990.

6 Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Editorial Abeledo Perrot, 17ª Edición, p.114, Buenos Aires, 2003.

de que el Juez conozca de la última de las pretensiones en caso de ser desestimada la primera o principal.

El **último** acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la *acumulación originaria, objetiva y condicional, eventual o subsidiaria*⁷. A ese tipo de acumulación es a las que se referirán las líneas siguientes.

III. La conexidad de las pretensiones procesales como supuesto para el nacimiento de procesos acumulativos civiles

El proceso acumulativo tiene como punto de partida la comunidad de uno o de varios de los elementos estructurales de las pretensiones procesales que reúne, posibilitando su existencia por necesidad o por razones de conveniencia como ya quedó expuesto. Ese punto de unión o asociación existente entre los elementos definidores de las pretensiones procesales que se acumulan se conoce con el nombre de *conexidad de pretensiones*, figura procesal que reclama al menos la reunión de uno de sus elementos estructurales: el subjetivo, porque lógicamente de haber partes totalmente disímiles y no haber unión en el elemento causa o el elemento objeto, ya no se podría dar la existencia de un proceso acumulativo.

Serán múltiples las posibles formas de *conexidad de pretensiones*, si en su diversidad de combinaciones se tiene en cuenta la coincidencia de los elementos subjetivos, ya sea total o parcial, con el objeto o con la causa. Dado que a los fines de este trabajo, solamente el interés lo representa la combinación de los elementos subjetivos de manera absoluta y no parcial, a éstos nos limitaremos⁸.

En consecuencia, como tipos de conexidad la Doctrina procesal identifica las siguientes:

.- *Conexidad subjetiva*: coinciden de manera absoluta los elementos subjetivos de las pretensiones procesales que pueden ser acumuladas. Evidentemente, razones de economía procesal hacen conveniente el sustanciar e instruir simultáneamente las diversas pretensiones.

.- *Conexidad subjetiva y objetiva*: se da una asociación o vínculo entre los elementos subjetivos y el objetivo de las pretensiones que se enfrentan. En lo refe-

7 En lo sucesivo, nos referiremos a este tipo de acumulación originaria objetiva, utilizando como sinónimos, indistintamente, los vocablos “*eventualidad*” o “*subsidiariedad*”

8 De incluirse todas las combinaciones posibles, llegaríamos a supuestos en donde en vez de haber acumulación de pretensiones habrían acumulaciones de autos, o situaciones de litisconsorcio o intervención forzosa de terceros, cuestión que escaparía del alcance de este trabajo.

rente al elemento objetivo, debe tenerse en cuenta la conexidad real en atención a la unión existente por el sustrato material sobre el cual recaen las correspondientes peticiones. Se configura un orden o jerarquía entre los objetos inmediato y mediato de las pretensiones procesales que son acumuladas. Cuando se persigan peticiones fundadas en causas distintas, sobre el mismo objeto, es necesario que se agrupen las pretensiones procesales bajo un mismo proceso en aras de evitar la elaboración y publicación de sentencias contrarias o contradictorias.

.- *Conexidad subjetiva y causal*: se discute la existencia de una identidad entre los elementos subjetivos y de las causas entre las pretensiones relacionadas, teniendo en cuenta el acto o hecho jurídico común y que es generador de una determinada prestación, o que habilita la correspondiente ejecución o que posibilita la mera declaración o constitución de una determinada relación jurídica. Esta situación comporta obligatoriamente una acumulación necesaria de pretensiones bajo un mismo procedimiento, toda vez que la tranquilidad, confianza y seguridad jurídica de los sujetos procesales aparece seriamente comprometida, en riesgo o en peligro, en el evento de ser tramitadas bajo procedimientos distintos. La resolución del quid del asunto respecto de la validez o existencia de la causa ha de ser común para ambas partes.

A los fines de este estudio, la acumulación de pretensiones a que se refiere el segundo acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, su admisibilidad no se encuentra supeditada o condicionada al requisito que medie entre las pretensiones acumuladas por el actor en su escrito de demanda, un vínculo de conexión por el lado de la causa o del objeto, por cuanto esa institución responde, primordialmente, a razones de economía procesal, (es decir, de tiempo, actividad de las partes, del Juez y de gastos, etc.), como también, para evitar la eventualidad de sentencias contrarias o contradictorias.

En consecuencia, solo se requiere la *conexidad subjetiva* para este trabajo, a los fines de que podamos avanzar en sus consideraciones y conclusiones.

IV. Costas procesales

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la gratuidad como adjetivo de la justicia. Y la justicia tiene al proceso como medio para materializarse, según el artículo 257 eiusdem.

Ahora bien, como es lógico pensar, el proceso conlleva obligatoriamente costos y gastos, en primer lugar, para el Estado dado que de él depende satisfacer todas las exigencias económicas que el servicio público de la administración de

justicia demanda: organización, mantenimiento, sostenimiento y gestión de la estructura del Poder Judicial en su misión de búsqueda de la justicia individual, (p. ej. derechos y beneficios laborales y de seguridad social de los jueces, secretarios, alguaciles, escribientes o amanuenses; los mobiliarios, software, hardware y materiales de oficina y demás utensilios; los del local que le sirven de sede al tribunal, etc.)⁹. En segundo lugar, existen otros desembolsos inherentes y particulares a cada proceso y que, además, tienen en él su causa inmediata o directa de su producción, cuya satisfacción o pago que no los asume el Estado, sino las partes en disputa.

En resumen, el conjunto de los desembolsos económicos que lleva consigo un determinado proceso, se distribuyen entre el Estado y las partes que son sujeto activo y pasivo en él. Estos últimos son los que realmente se conocen como *costas procesales*. De allí que las *costas procesales* sean una institución que pertenece al Derecho Procesal, particularmente, comprendida dentro de los efectos del proceso.

Por lo anterior, es que las *costas procesales* están conformadas por una serie de dispendios, inversiones o erogaciones que ya por su mera y sola existencia el proceso origina, que son necesarios para que éste llegue a su fin, y que pueden resultar ser mayores o menores según la amplitud, duración y complejidad de éste y se imponen como una forma de reparar el daño patrimonial sufrido a quien resulte ser el vencedor.

Parte de la doctrina considera como equivalentes *costas procesales con gastos procesales* y dentro de este último se ubicarían a su vez términos igualmente sinónimos o afines, tales como *costos*, *costes*, *inversiones* o *erogaciones económicas*, etc. En todo caso, tal como lo refiere ese ilustre procesalista venezolano Ramón F. Feo¹⁰ son vocablos que tienen una misma acepción y que aluden a gastos hechos por las partes en el proceso como consecuencia necesaria de él, para continuarlo hasta su definitiva conclusión.

Pese a que son muchos los autores extranjeros y patrios que han dedicado líneas comentándonos acerca de esta institución¹¹, a los fines de poder centrarnos

9 “... la administración de justicia es un servicio público y una manifestación del Poder Público del Estado, siendo entonces éste el que debe sufragar los gastos de un sistema que justifica su propia existencia.” Sentencia N° 2. 847 del 19 de noviembre de 2002. Caso: Industria Nacional de Compresores, C.A. (INACO) versus sentencia interlocutoria dictada el 1° de febrero de 2001, por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

10 Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil, Tomo I, Editorial Rea, p. 285, Caracas., 1962.

11 Entre muchos otros Devis Echandía, Luis Muñoz González; Víctor Fairen Guillén, Jairo Parra Quijano, Enrique Véscovi y en la doctrina procesal venezolana, Rafael Marcano Rodríguez, Arminio Borjas, Humberto Cuenca, Leopoldo Márquez Añez, Ricardo Henríquez La Roche, Levis Ignacio Zerpa, Mario

en el objetivo principal de este estudio y avanzar en él, nos parece que la definición que de *costas procesales* hace la abogada Mayra Elena Guillermo Izquierdo en su trabajo de grado para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela es la más acertada. Así en efecto, tenemos: "...son las múltiples erogaciones exigidas por la dinámica del proceso, que una persona [la parte] está obligada a pagar hasta su culminación, si aspira a que su pretensión sea reconocida judicialmente"¹².

Si bien es cierto que con la aprobación y promulgación en el año 1999 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y con ella el establecimiento de la justicia gratuita a través de sus artículos 26, 254 y 283, se pensó que la institución de las *costas procesales* había desaparecido, al día de hoy, podemos afirmar que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencia tal discusión se encuentra superada, razón por la cual obviaremos dedicar más líneas sobre este tema¹³.

Pesci Feltri, Freddy Zambrano y Humberto Enrique Tercero Bello Tabares.

- 12 *La Condena en Costas Procesales contra los Entes Públicos*, trabajo publicado en la Colección Nuevos Autores, N° 6, del Tribunal Supremo de Justicia, p. 19, Caracas, 2004. También resulta muy útil la definición de costas procesales que hace Jaime Guasp: "...aquella porción de los gastos procesales cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un proceso determinado y reconocen a este proceso como causa inmediata o directa de su producción," en *Derecho Procesal Civil*, Tomos I y II, versión revisada y adaptada por Pedro Aragonese, cuarta edición, Civitas, p. 555, Madrid, 1998.
- 13 La Sala Constitucional del TSJ al distinguir entre lo que constituye la gratuidad de la justicia prevista en el Texto Fundamental y el beneficio de la justicia gratuita establecido en el Código de Procedimiento Civil, y decir que la primera se refiere a la gratuidad del proceso y por ende al derecho constitucional de exención de gastos procesales a cargo del Estado venezolano; y la segunda, es un privilegio particular para algunas personas por carecer de recursos económicos; abordó también el tema de las costas procesales, a través de su sentencia N° 2.847 (*Cit.*). Por su parte, esa misma Sala a través de su sentencia N° 1.943 del 15 de junio de 2003 agregó: "La diferencia entre una institución [gratuidad de la justicia] y otra [beneficio de la justicia gratuita], que en el beneficio de justicia gratuita a diferencia de la justicia gratuita que proporciona el Estado, el beneficiado queda obligado a reembolsar los gastos por expensas judiciales que incluye todos los conceptos por litis expensas y honorarios profesionales, si dentro de los siguientes tres (3) años a la terminación del proceso el beneficiado mejora su fortuna."(Caso: Héctor R. Blanco-Fombona y Jaime Alberto Coronado por recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra los artículos 123, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181 y 182 del Código de Procedimiento Civil). Más recientemente, "... el propio Texto Constitucional, congruente con su artículo 26, establece en su artículo 254, sin establecer distinciones entre los distintos órdenes competenciales (civil, laboral, mercantil, administrativo, penal, etc.) que el Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por los servicios que presta a los justiciables, ya que, se insiste, por voluntad de la nueva Constitución, aprobada por el pueblo mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, los costos y gastos derivados de la prestación de dicho servicio, incluidos los originados por la actuación de los órganos públicos que participan, intervienen y colaboran en cualquiera de las etapas del proceso penal, han sido asumidos por la República, la cual tiene atribuida en la actualidad la competencia para, a través de los órganos jurisdiccionales, administrar justicia en todo el territorio nacional." Sentencia N° 590 de 15 de abril de 2004. Caso: Juzgado Quinto de Primera Instancia de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 34 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de condena en costas procesales del penado Martín Gerardo Ugas.

El Código de Procedimiento Civil, utiliza el término *costas* cuando regula su imposición en numerosos y diversos preceptos, como por ejemplo, son los casos de los artículos 98, 181, 274 a 287, 320, 322, 350, 357, 445, 527, 571, 612, 647, 657, 659, 708, 710, 825, 846, 847, 866, y 867.

Por otra parte es importante advertir que nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere a “*gastos*” como si se tratara de un vocablo distinto al de *costas*, tal como lo podemos apreciar fácilmente observando los casos de los artículos 27, 31, 172, 497, 514, 541 numeral 3°, 543, 564, 569, 578, 580, 592, 629, 632, 699, 714, 858 y 902¹⁴.

En el Derecho Procesal venezolano, como en el resto de los otros países hispanos, no existe una definición exacta y concreta de costas procesales. Lo que suele hacerse es dotar a las *costas* de un contenido específico en cada época y cada ordenamiento jurídico.

Ante tal ausencia de norma expresa en la legislación venezolana, la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, como también la del Tribunal Supremo de Justicia, ha tratado de formular un concepto de costas procesales. Lamentablemente, la extinta Corte Suprema de Justicia no alcanzó del todo tal objetivo mediante una única e inequívoca definición, sino que, en algunos fallos logró afirmar que las costas se asimilaban a los gastos¹⁵ y en otras aseveró que éstas eran una indemnización o reparación de gastos a favor de quien había resultado ser el vencedor¹⁶.

En cambio, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de su Sala Constitucional, fue más enfático y categórico, -en nuestra opinión, dejando zanjada esa falta de precisión- al señalar que debe entenderse por costas procesales y es por ello no ha dudado en afirmar que éstas son un mecanismo procesal para *resarcir* los gastos y así evitar que el proceso cause perjuicios al vencedor, porque de no hacerlo ello implicaría una merma al derecho a la efectividad e integralidad de la tutela judicial que reconoce el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁷.

14 Dentro de la doctrina venezolana, encontramos autores que están a favor de no diferenciar entre costas y gastos (Arminio Borjas y Marcano Rodríguez) y aquellos que ven en ambos diferencias y por ende los ven distintos (Aristides Rengel-Romberg y Ricardo Henríquez La Roche).

15 Sentencia N° 466 de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de octubre de 1995. Caso: J.E Estrada Mirabal versus Trefilca, C.A.

16 Sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 18 de mayo de 1992. Caso: C. Laner del Monte versus Banco Provincial S.A.I.C.A.

17 Sentencia N° 2801 del 07 de diciembre de 2004, en el expediente N° 02-2767. Caso: Luis Fraga Pittaluga,

Si bien es cierto que los dispendios, inversiones o erogaciones de las partes relacionados con el proceso, en doctrina tienen una asignación muy diversa, a los fines de este trabajo nos limitaremos a aquella que asigna el Tribunal Supremo de Justicia, a la de “*gastos*”, concretamente, a la de “...*gastos injustamente causados a la parte que tuvo la razón en juicio, aunque aquélla no fuese culpable ni negligente cuando desconoció la pretensión de quien resultó vencedora...*”¹⁸.

Ahora bien, ¿cuáles rubros componen esos *gastos injustamente causados a la parte que tuvo la razón en juicio*?

Según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia esencialmente se componen de:

“...dos rubros: 1) los honorarios de los apoderados de las partes que se benefician con la condenatoria en costas; y 2) los costos del proceso, los cuales a partir de la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece en su artículo 26 la gratuidad de la justicia, y por tanto no son aplicables al proceso las normas sobre arancel judicial señaladas en la Ley de Arancel Judicial, han quedado reducidos básicamente a los emolumentos y honorarios de los auxiliares de justicia que no sean integrantes de cuerpos de funcionarios del Estado, previstos en las leyes como auxiliares de justicia profesionales”¹⁹.

El Legislador del Código de Procedimiento Civil ubicó a la institución procesal de las costas en el Libro Primero, Título VI, (“De los efectos del proceso”), es decir, entre el estudio relativo de las partes y de sus apoderados, los actos procesales y el análisis del desarrollo y la culminación del proceso; y en la parte pertinente a la sentencia, con la distinción entre sus efectos jurídicos (cosa juzgada) y económicos (costas).

Al estudiarse las costas dentro del proceso civil venezolano, se observa que el Código de Procedimiento Civil centra la mayor parte de su atención a la imposición o condena que en la manera o forma de cómo la parte vencedora hará exigible su pago. Es así que, la necesidad de asumir su pago por parte de quien

Salvador Sánchez González, Mónica Viloría Méndez, Juan Carlos Prince González y otros por acción nulidad, por razones de inconstitucionalidad, contra el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil que se publicó en Gaceta Oficial n° 3.694 Extraordinario de 22 de enero de 1986. *Cit.*

18 Sentencia N° 2801, *Cit.*

19 Sentencia del 04 de mayo del 2000, en el expediente N° 00-0040. Caso: Abigail Colmenares versus C.A. Seguros La Occidental. En similar sentido, sentencia N° 1135 del 14 de junio de 2004, en el expediente N° 03-2512. Caso: Consulta del Juzgado Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a la Sala Constitucional de la decisión dictada el 15 de septiembre de 2003, en la que desaplicó parcialmente el artículo 34 del Código Penal, respecto a la condenatoria parcial al pago de las costas procesales a favor de Irma Teresa Lara.

resultó totalmente vencido en una incidencia, instancia o en la sentencia definitiva, recibe una escueta atención si se la compara con los preceptos que dentro del Código de Procedimiento Civil regulan su imposición. La relativa poca importancia que pareciera habersele otorgado al pago de las costas puede fácilmente apreciarse cuando observamos que en el Código en comento no existe un precepto que de manera mandatoria y expresa obligue a las partes a su pago, solo lo hace de manera excepcional en determinados supuestos, cuando dispone, por ejemplo, que un determinado trámite se llevará a cabo “a *costa del interesado*”, con lo que está señalando a quién corresponde el pago durante la tramitación, como es el caso de los artículos 592, 629 y 902.

Desde el inicio del proceso civil y durante su tramitación, cada una de las partes debe asumir y sufragar el pago de las costas producto de los distintos actos procesales en que éstas han incurrido, participado o pueden estar interesadas, con fundamento a la regla establecida en el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil²⁰. Con posterioridad, como principio general, la parte totalmente vencida y que por ello ha resultado condenada, debe reembolsar al litigante contrario y vencedor las costas del proceso a través de un exiguo procedimiento que se encuentra repartido entre el Código de Procedimiento Civil, la aún vigente, pero de manera parcial, Ley de Arancel Judicial, la Ley de Abogados y su Reglamento²¹.

La condena en costas contiene una obligación y otorga un título ejecutivo para quien resultó ser el vencedor en la incidencia o en la *litis*, para satisfacer así su derecho de reintegro, dirigiéndose contra el patrimonio de quien resultó ser el vencido y por ende el condenado. Primeramente para hacer efectivo ese derecho, hay que determinar la cuantía de la disminución en ese patrimonio, con lo cual, paso siguiente, se conocerá con exactitud el monto cuyo pago se hará exigible al

20 Al respecto ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: “... como norma general, las costas procesales deben ser pagadas por quienes han figurado como partes en el proceso; en concreto, por la parte que origina o es causa de las mismas por su actividad en el juicio; de manera que, en principio, cada parte paga sus costas, pues normalmente es cada una de ellas la que las ha originado. No obstante, y por cuanto esa solución podría conllevar a situaciones injustas y a pago de lo indebido, el ordenamiento jurídico procesal establece la figura de la condena en costas.” Sentencia N° 2801 (*Cit.*). En similar sentido, véase al art. 11 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Arancel Judicial (G.O. Extraordinaria N° 5.391 del 22/10/1999). En la Doctrina procesal venezolana: Apitz, Juan Carlos, *Sistema de costas procesales y honorarios profesionales de abogado*, Editorial Alva, S.R.L. Tomo I, p. 17, Caracas, 2008; y Pesci Feltri M., Mario, *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edición, p. 515, Caracas, 2000.

21 Arts. 22 al 29 de la Ley de Abogados. (G. O. Extraordinaria N° 1.081 del 23/01/1967) y en el Decreto con rango y fuerza de Ley de Arancel Judicial (G.O. Extraordinaria N° 5.391 del 22/10/1999) arts. 33 al 35.

cumplirse la tasación de las costas y, de ser el caso, la retasa de honorarios profesionales del abogado de la parte triunfadora.

De manera que la condena en costas comprende los gastos de la parte o partes en conflicto, incluso de aquellos que ya fueron satisfechos. Es por esta razón, más que de una obligación de pago se trata de una obligación de reembolso o reintegro del gasto causado.

Para explicar el fundamento de la condena a las costas podemos, en resumen, conseguir 3 teorías:

- La llamada *teoría de la pena*, formulada por Henneman y Emmerich, la cual consideraba que la condena en costas debe recaer sobre la persona que en el proceso actúa maliciosamente, al ver en la condena de costas como castigo para el litigante que obra de mala fe, es decir, dolosamente.

- Luego está la *teoría del resarcimiento* formulada por Weber quien señaló que el fundamento de la condena en costas está en la negligencia o culpa de uno de los litigantes, imponiéndole el pago de las costas como resarcimiento del perjuicio.

- La *teoría objetiva* apuntalada por Chioyenda²², para quien la condena en costas se impone al vencido por ser éste el causante de los dispendios procesales necesarios que la prosecución del juicio causa al vencedor, sin importar que el vencido haya procedido con negligencia o culpa. Si no existiera esa condena al pago de las costas, quien resultara ser el vencedor dentro del proceso se le impondría una injusta disminución en su patrimonio, además que estaría sufriendo una mengua en su derecho a la efectividad e integralidad de la tutela judicial.

En cuanto a los *criterios legales* que utiliza nuestro Código de Procedimiento Civil para la imposición a la condena en costas, en nuestra opinión podemos señalar que en él se encuentran tanto el *criterio o sistema objetivo*²³ del vencimiento a través, por ejemplo, de los artículos 274, 276 y 281, como también, muy tímidamente, el *criterio de temeridad, malicia o mala fe*, en el artículo 98 último acápite eiusdem.

Por último, en cuanto a los pronunciamientos más relevantes en materia de condena en costas diremos que:

22 Chioyenda, Guisepp: “*La Condena en Costas*”, Ediciones Minerva, Venezuela.

23 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha llegado a afirmar que el sistema objetivo de condena en costas, establecido en el Código de Procedimiento Civil, es propio de los más adelantados ordenamientos jurídico-procesales del mundo. Véase al respecto sentencia N° 2801 (*Cit.*).

(i) La condenatoria en costas es propia de la jurisdicción contencioso y no voluntaria, dado que en esta última no hay contención y por mal puede aplicarse los supuestos contenidos en el art. 274 del Código de Procedimiento Civil²⁴.

(ii) No debe ser precedida de una solicitud expresa al respecto²⁵.

(iii) Las costas no forman parte ni pueden formar parte de la pretensión²⁶.

(iv) Debe aparecer en todas las sentencias sean definitivas o interlocutorias y en las sentencias que resuelvan los diversos recursos interpuestos²⁷.

(v) Debe haber un vencimiento total, bien porque el demandando quedó absuelto totalmente o bien porque el actor obtuvo en la sentencia de que se trate, todo lo que había pedido.

(vi) Cuando el dispositivo del fallo del tribunal sea “con lugar”, “sin lugar”, “procedente” o “improcedente”, según el caso, procederá la condena; por lo que, cuando la decisión sea “parcialmente con lugar”, mal puede hablarse de parte totalmente vencida, siendo improcedente en estos casos condenatoria en costas alguna²⁸.

(vii) La condena debe aparecer en cualquier otra decisión o auto que ponga fin al juicio haciendo imposible su continuación; y,

(viii) Deberá ser expresa, es decir, que la condena no es un tema o asunto de derecho, sino que, verificado el vencimiento total, el Juez no tiene otra alternativa y por ello está en la obligación de condenar a la parte al pago de las costas respectivas²⁹.

24 Sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia del 09 de diciembre de 1998, en el expediente N° 98-0419.

25 Entre otras, sentencia N° 106 del 13 de abril de 2000, en el expediente N° 99-0949. Caso: Teodomira Beatriz Gutiérrez Blanco versus Miguel Barrese Brito; y sentencia del 25 de abril de 2003, en el expediente N° 02-0689. Caso: Danira Riserda España Oropeza versus Lidia Susana González García; ambos fallos de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

26 Sentencia del 08 de junio de 2000, en el expediente N° 99-0922. Caso: Corporación para el Desarrollo Inmobiliario Santa Rita, C.A. versus Pentaforma Manufacturas, C.A.

27 Entre otras, sentencia del 12 de mayo de 1993, en el expediente N° 92-0754 de la Salas de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia. También en el Tribunal Supremo de Justicia, igualmente en su Sala de Casación Civil: sentencia del 20 de mayo de 2004, en el expediente N° 02-0908. Caso: Transporte y Servicio Ultrasur, C.A. versus Panamco de Venezuela, S.A.

28 Sentencia N° 00128 del 19 de febrero de 2004 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en el expediente N° 2003-0810. Caso: Gustavo Briceño Vivas, Ivor Dalvano Mogollón Rojas y Jesús Mariotto Ortiz versus Manuel Piñeiro, Raquel Pacheco y Jasmín Mijares.

29 Pacífica y reiterada ha sido la jurisprudencia en este sentido, desde la extinta Corte Suprema de Justicia hasta el actual Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, véanse sentencias de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia del 25 de marzo de 1992 y 19 de marzo de 1998, en los expedientes Nos. 91-0525 y 96-0400, respectivamente.

V. Acumulación de pretensiones incompatibles. Segundo acápite del artículo 78 del código de procedimiento civil

De la interpretación concatenada y armónica de los preceptos contenidos en los artículos 77 y 78 de nuestra Ley procesal, se colige que la acumulación de pretensiones procede cuando se trate de pretensiones que se propongan para ser resueltas una como subsidiaria de la otra, independientemente de su incompatibilidad entre sí.³⁰

Concretamente, el segundo acápite del artículo 78, (semejante al artículo 239 del Código de Procedimiento Civil de 1916), consagra el *principio de eventualidad o de subsidiariedad*, el cual consiste en que, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles entre sí para que sean resueltas una como subsidiaria de otra, siempre que, como ya se expresó, sus respectivos procedimientos no sean incompatibles.

En esta materia, cabe distinguir dos hipótesis:

- Que la o las pretensiones eventuales o subsidiarias sean propuestas, pese a que pudiera suceder que el Juez acoja la pretensión principal; y

- Que la o las pretensiones eventuales o subsidiarias sean propuestas para que el Juez acoja una de ellas, para el caso que sea negada la principal.

La Doctrina procesal venezolana ha comentado de la mencionada disposición legal lo siguiente:

“...finalmente, no son acumulables las acciones o pretensiones que tengan procedimientos legales incompatibles entre sí. La unidad de procedimiento es una característica de la acumulación en general, y cuando a cada pretensión corresponde un procedimiento incompatible con el de la otra, aquella unidad no puede lograrse y la acumulación por tanto no es posible. Así, v. gr., una pretensión de reivindicación de un inmueble, no puede acumularse con otra de ejecución de hipoteca, porque la primera tiene un procedimiento ordinario y la segunda se sigue por uno especial.

No pueden acumularse una pretensión de cobro de una letra de cambio y una de rendición de cuentas, porque aunque ambas corresponden a la competencia mercantil, la primera debe seguirse por el procedimiento ordinario y la segunda por uno especial.

Es indiferente que ambas pretensiones tengan procedimiento especial si éstos

30 Aunque debemos entender también que el Juez deberá ser competente *ratione materiae*, porque de lo contrario no podría conocer inicialmente de la acumulación de pretensiones. Incluso, podrá conocer de la acumulación de pretensiones incluso si el Juez no tiene competencia por el *valor*, al aplicarse la regla de la “*accesoriedad*” prevista en el art. 48 del Código de Procedimiento Civil.

no son incompatibles.

Así pueden acumularse dos pretensiones de divorcio, porque ambas se siguen por el mismo procedimiento especial; pero no pueden acumularse una de privación de la patria potestad con una de divorcio, porque cada una tiene su procedimiento especial incompatible con el de la otra.

La exigencia de la unidad del procedimiento es de tal entidad en esta materia, que si bien se permite la acumulación subsidiaria de dos o más pretensiones incompatibles entre sí, esta acumulación tampoco es posible cuando no hay unidad de procedimientos (Art. 78 C.P.C.)...³¹

“El segundo acápite del artículo consagra el <<principio de eventualidad>>, según el cual se puede ejercitar desde el comienzo, *in eventum*, la propia defensa con la suma de hipótesis jurídicamente viables, aunque sean contradictorias entre sí; la una para el caso de que pueda ser rechazada la otra. Pero si el Juez es incompetente para conocer de la pretensión subsidiaria o ésta debe discurrir por otro procedimiento diferente, entonces, ni aún la subsidiariedad puede autorizar la acumulación. En otras palabras, tal subsidiariedad solo excusa la incompatibilidad de pretensiones entre sí.

Cuando se demanda el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, no será necesario demandar también, subsidiariamente, la resolución del contrato consistente en la devolución del dinero pagado, o consistente en el cobro de una cantidad de dinero equivalente, ya que el artículo 529 facilita en su texto (*ex lege*) la misma solución: <<En caso de que el acreedor no formule tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciese demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527>>³².

VI.El proceso acumulativo será exitoso independientemente que la pretensión principal no hubiese prosperado

Si el Juez al demandante no le acoge la pretensión que ha planteado como principal, pero en cambio declara con lugar la pretensión que hizo valer el demandante como eventual o subsidiaria, en nuestra opinión, es evidente que éste ha resultado triunfador en la *litis*, al concedérsele lo que pedía y por tanto, de quedar firme la respectiva sentencia definitiva, tendrá derecho a obtener de la contraparte que resultó así vencida, la consecuencia obvia de lo anterior, el pago de las costas procesales.

31 Rengel-Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil...*, cit. Tomo II, p. 110.

32 La Roche, Ricardo Henríquez, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*. Tomo 1. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela., p. 317, Caracas, 2009.

Resulta oportuno recordar que el proceso, particularmente el civil, persigue de manera general e inmediata la protección, conservación y resguardo del orden jurídico privado, y que dentro de la concepción del Constituyente de 1999 es “*un instrumento fundamental para la realización de la justicia*” (artículo 257 constitucional). Y, por otra parte, su fin mediato, la protección del derecho y los intereses del individuo, a través de un pronunciamiento judicial con fines ejecutivos. Todo lo anterior sirve de inspiración y de preámbulo al principio a la *tutela judicial efectiva*, que no es otra cosa que la obtención de justicia real, verdadera, sin mermas, restricciones o limitaciones de algún tipo de parte de los órganos judiciales, a través del instrumento adecuado e idóneo para ello: el proceso.

En consecuencia, cuando la parte demandante le es declarada con lugar la pretensión formulada como eventual o subsidiaria, su proceso habrá sido exitoso independientemente que la pretensión principal no hubiese prosperado. Producto de lo anterior, de acuerdo a la regla contenida en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, por falta de la evidente legitimación para ello, es que el demandante no podría apelar de la respectiva sentencia, dado que el Juez le habría concedido todo cuanto él pidió, debido a la pluralidad de pretensiones que hizo valer el propio actor al momento de interponer su acción, lo que se traduce en que él fue quien dejó al Juzgador la posibilidad de escoger entre esas pretensiones la que creyera procedente conforme a lo que apareciera probado en las actas del expediente y, evidentemente, al derecho.

En uno u otro caso la victoria del demandante en la litis es indudable, puesto que sería absurdo pretender que solo en el caso que a la parte actora le fuesen declaradas con lugar la totalidad de las pretensiones o la primera que hizo valer como principal, pudiese ser considerado triunfador en la *litis*. Al demandante le fue atendida su pretensión –eventual o subsidiaria– por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso en donde existieron y respetaron unas garantías, principalmente las del debido proceso³³.

33 “Se denomina debido proceso aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.” Sentencia N° 29 del 15 de febrero de 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Enrique Méndez Labrador contra la decisión dictada por el Tribunal de Control N° 3 del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo el 26 de septiembre de 1.999.

Adicionalmente, es conveniente contrastar este tema, con el referido a las impugnaciones o recursos en contra de las sentencias y la posibilidad de que éstas sean o no admitidas, visto lo sepulcral del texto del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, amén que todo wsto dará más fundamento y peso a la posición que quedará plasmada en este trabajo.

De este artículo, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo siguiente:

“La Sala observa que el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil dispone que no podrá apelar de ninguna providencia o sentencia la parte a quien en ella se hubiere concedido todo cuanto hubiere pedido, con lo cual se consagra, en materia de recursos, el principio de legitimación, según el cual le está vedado a una parte impugnar una decisión que le sea favorable totalmente, desde luego que, los recursos existen, precisamente, para que la parte a quien se ha ocasionado un gravamen pueda obtener su reparación, más no para que se haga un uso inadecuado del derecho de petición.

Lógicamente, si quien ha obtenido la satisfacción completa de su pretensión, no puede intentar el recurso ordinario de apelación, mucho menos puede tener legitimación para intentar el extraordinario de casación”³⁴.

En cuanto a la admisibilidad del recurso de apelación expresó esa Sala lo siguiente:

“Constituye una consolidada tesis procesal en materia recursoria, la que establezca que el Tribunal ad-quem tiene plena e ilimitada facultad para de oficio reexaminar si, respecto al recurso de apelación del cual conoce, se han cumplido o no los requisitos o extremos que condicionan su admisibilidad, con independencia de la que al efecto haya establecido el Juzgado a quo.

Constituye un lugar común encontrar, en cualquier obra moderna de Derecho Procesal que se dedique al examen de la materia recursoria, al criterio esbozado en el párrafo que antecede.

En este orden de ideas, es pertinente traer a colación el conjunto de citas doctrinales que a continuación se transcriben:

‘En virtud del principio de reserva legal y de la regla de orden público que preside la regulación de ese tema, debe entenderse que el Tribunal superior tiene el poder (y el deber) de re-examinar la cuestión de admisibilidad de los recursos; en consecuencia, y a pesar del examen por al Juez a quo, si entiende que está mal concedido, lo debe rechazar. Es la contrapartida de su poder, reconocido mediante el recurso de queja directa por denegación de apelación, de disponer que se conceda un recurso indebidamente negado (se refiere en esta último caso a lo que en nuestro derecho positivo se denomina técnicamente

34 Sentencia del 1° de diciembre de 1993, en el expediente N° 90-304. Caso: Leonardo Dota Palese y otros versus Ennio Monteclavo y otro.

recurso de hecho’).

‘Esta cuestión es pacífica en doctrina y jurisprudencia. Los tribunales uruguayos han declarado reiteradamente este principio, señalando que no quedan atados por la decisión del Juez inferior, manteniendo su total ‘potestad decisoria y su indudable ajenidad a la tramitación y concesión de la alzada’.

‘Por supuesto que, según lo dicho, se supone que tal reexamen puede (y debe) hacerse de oficio, aún cuando las partes no lo plantean. (Vescovi, Enrique: Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos y 149)’.

‘En los casos de apelación de casación, verbigracia, la admisibilidad de tales recursos debe estudiarla primero y preferentemente el Juez que ha proferido la providencia así impugnada, sin perjuicio de que el fallador jerárquicamente superior, que es el que debe discernir si el recurso es fundado, pueda reconsiderar oficiosamente aquel análisis.’ (Murcia Ballan, Humberto: Recurso de Revisión Civil., Librería Editorial. El Foro de la Justicia, Bogotá, Colombia, 1981, pág. 38)’.

‘El Juez ad quem en su sentencia pueda volver a reexaminar la admisibilidad de la apelación, aunque las partes no se la soliciten, porque la decisión del Juez a quo no la compromete. Es de la esencia de su competencia la cuestión de la admisibilidad de la apelación.’ (Duque Corredor, Román J.: Apuntaciones sobre el Procedimiento Ordinario, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, 1990, pág. 369)³⁵.

A la luz de las anteriores decisiones, es absolutamente válido afirmar que, al declararse procedente la pretensión eventual o subsidiaria, el demandante no podría apelar visto que se le habría concedido todo cuanto éste pidió con su libelo. Si el Tribunal de la causa yerra y oye el recurso, el pronunciamiento de la alzada debería quedar por tanto limitado su examen, conforme con el principio *tantum devolutum, quantum appellatum*, que ha recibido de Arístides Rengel-Romberg el siguiente comentario:

“Nuestro sistema del doble grado de jurisdicción está regido por el principio dispositivo, que domina en nuestro proceso civil, y por el principio de la personalidad del recurso de apelación, según los cuales el Juez superior sólo puede conocer de aquellas cuestiones que le sean sometidas por las partes mediante la apelación (*nemo iudex sine actore*) y en la medida del agravio sufrido en la sentencia de primer grado (*tantum devolutum quantum appellatum*), de tal modo que los efectos de la apelación interpuesta por una parte no benefician a la otra que no ha recurrido, quedando los puntos no apelados ejecutoriados y firmes por haber pasado en autoridad de cosa juzgada³⁶.”

35 Sentencia de la Sala de Casación Civil del 30 de junio de 1993, en el expediente N° 91-397. Caso: Miguel Bernardo Martínez versus Distribuidora Continental S.A.

36 Ob. cit., Tomo II, págs. 406 y 407. Este principio, que reposa en el principio de congruencia, en un sentido amplio significa que el tribunal de segunda instancia no tiene más facultades de revisión que aquellas que

Asimismo, bajo la hipótesis analizada, si el Tribunal *a-quo* oye el recurso, con ello también estaría violando la prohibición de la *reformatio in peius* a la cual Rengel-Romberg hace referencia así:

“Según lo expresado antes para los casos b) y c), rige en nuestra sistema el principio llamado de la “prohibición de la *reformatio in peius*”, que es una limitación que tiene el poder del Juez de alzada en ciertas casos y que puede definirse así: “Cuando existe vencimiento recíproco de ambas partes y una sola de ellas apela, el Juez de alzada no puede reformar la sentencia apelada empeorando la condición del apelante”.

Para reconocer al Juez de apelación -nos dice Calamandrei- el poder de *reformatio in peius* a cargo del apelante, sería necesario admitir o que pueda una parte eficazmente devolver al Juez *ad quem* una controversia sobre la cual el primer Juez le ha dado la razón y, con ello, se daría una contradicción al principio según el cual el vencimiento es condición de la apelación; a que pueda el Juez de apelación examinar una controversia no devuelta a su conocimiento y, con ello, se daría una contradicción al principio que domina en el proceso civil: *ne procedat index ex officio*³⁷.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil sobre el particular expresa:

“La doctrina de la Corte ha explicado, en relación a la *reformatio in peius*, que

han sido objeto del recurso; y más aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido objeto del recurso. El Tribunal Supremo de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil ha expresado: “Nuestra doctrina ha consolidado el principio esencial y cierto en el sistema francés, según el cual el efecto devolutivo de la apelación no se produce sino en la medida de la apelación: *tantum devolutum quantum appellatum*. Conforme a este principio, reiteradamente afirmado por la doctrina y la jurisprudencia, las facultades del Juez de la apelación quedaban estrechamente circunscritas a la materia que había sido objeto específico del gravamen denunciado por el apelante, a tal punto de que en caso de vencimientos recíprocos, la apelación interpuesta por una sola de las partes no permite dictar una sentencia que empeore su situación procesal en beneficio de la otra parte, si ésta, a su vez, no había apelado. Cuando la sentencia contiene varios puntos o capítulos, y una parte apela de uno determinado y la otra no apela en absoluto, el Juez superior no tiene jurisdicción o poder para conocer sino del punto apelado limitativamente, pues la sentencia está consentida por ambas partes en todo lo demás y ninguna de ellas puede pretender que en éste se le revoque o modifique, porque se ha producido un efecto devolutivo parcial, en la medida de lo apelado (*tantum devolutum quantum appellatum*), y consecuentemente no podrá empeorarse la condición del apelante. En el caso de autos, la apelación fue limitada por la parte actora únicamente a la calificación de “fortuita” de la quiebra ya declarada, porque la parte apelante aspiraba que la misma fuera calificada como dolosa o, al menos, culposa, tal como fuere solicitada en el libelo de la demanda.” (Sentencia del 08 de junio de 2000, en el expediente N° 99-922. Caso: Corporación para el Desarrollo Inmobiliario Santa Rita, C.A. versus Pentafarma Manufacturas, C.A.).

37 Ob. cit., p. 419. El principio de prohibición de la *reformatio in peius* implica el impedimento del órgano revisor de modificar la decisión impugnada empeorando la situación del apelante, salvo que exista apelación o adhesión de la otra parte. Este principio prohíbe al Juez *ad quem* pronunciarse en perjuicio del apelante y a lo sumo se limitará a no amparar su pretensión quedando su situación invariada. Ello se justifica, porque siendo la pretensión impugnativa diferente a la pretensión principal (objeto de la demanda), donde el apelante realiza una actividad para tratar de mejorar su situación frente a un pronunciamiento que le causó agravio, sería ilógico que su propia impugnación altere la sentencia en su contra máxime si su adversario la consintió al haber decidido no apelar de ella.

la apelación transmite al Tribunal Superior el conocimiento de la causa, en la extensión y medida en que fue planteado el problema en el libelo instructivo de instancia ante el Juez de origen, y en la extensión y medida del problema, tal como haya quedado reducido el debate en el momento de la apelación. Es decir, el efecto devolutivo no se produce sino en cuanto a los puntos de la sentencia que hayan sido atacados por los litigantes. La parte apelada del fallo sería la única que pasa al conocimiento del Tribunal de alzada, y el resultado de esa apelación no afectará, naturalmente, sino a los litigantes que hayan intervenido en el punto o proceso accionado, pues los puntos o negocios no apelados habrían causado ejecutoria, y el superior no tendrá jurisdicción alguna: son cosa juzgada³⁸.

Precisamente bajo el supuesto hipotético analizado, encontramos en el evento al cual alude la cita anterior; a cuyo tenor se le reconocería a los jueces de alzada el poder de *reformatio in peius* si le puede ser devuelta una controversia en la que el primer juez le ha dado la razón al apelante; con lo cual se ignoraría el principio que el vencimiento es condición *sine quanon* de la apelación.

Al respecto el Tribunal Supremo de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil, en sentencia del 30 de abril de 2008, resolvió lo siguiente:

“Asimismo, la Sala en sentencia N° 18 de fecha 16 de febrero de 2001, caso: Petrica López Ortega y Otra contra el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, expediente N° 00-006, señaló, lo siguiente:

‘...la figura de *reformatio in peius*, como un principio jurídico que emerge en abstracto de la conducta del jurisdicente, a través de la cual desmejora la condición del apelante, sin que haya mediado el ejercicio del precitado recurso por la contraria, es de lógica concluir, que no existe norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico que la contemple y la cual pudiera ser, verdaderamente objeto de violación directa; siendo así, no se puede continuar inficionando dentro del campo de los artículos 288 del Código de Procedimiento Civil y 1.365 del Código Civil, para justificar la violación de una norma inexistente, argumentándose dicha ficción, en los principios de *tantum appellatum quantum devolutum*; la realidad de la conducta del ad quem, al desmejorar al apelante, está circunscrita a la figura jurídica de la ultrapetita, pues viola el principio de congruencia de la sentencia, conectado a la limitación de decidir solamente sobre lo que es objeto del recurso subjetivo procesal de apelación; en igual manera la *reformatio in peius*, está ligada a la garantía constitucional del derecho a la defensa, por lo cual quien ejerce ese derecho no puede ver deteriorada su situación procesal, por el sólo hecho de haberlo ejercido...’³⁹

38 Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de diciembre de 1993, en el expediente N° 93-555. Caso: Edith Soledad Rodríguez de Gómez versus Franklin Arrieche Gutiérrez.

39 En el exp. N°. AA20-C-2007-000112. Caso: Norma Tineo versus Promociones Guadalven, C.A.

Cabe así mismo destacar que, como consecuencia del criterio objetivo que ya anteriormente abordáramos, es éste el que genera la condenatoria en costas, negándosele por tanto al Juez toda función calificadora o de discrecionalidad. Ese mismo criterio impide que, en caso de pretensiones eventuales o subsidiarias, quede a juicio de la parta actora y quien se le declara con lugar una de esas pretensiones, pueda considerarse a su libre arbitrio, o bien ganador y consecuencialmente acreedor de las costas a su contraparte -y sin posibilidad de apelar por haber vencido-; o vencido, deudor de las costas -y con derecho a apelar-; con lo cual la condenatoria en costas en este caso, adquiriría carácter totalmente subjetivo, supeditada así al querer de la parte actora.

Como en materia de derecho procesal el triunfo o vencimiento de la *litis* no es materia que pueda quedar liberada al querer de las partes, es evidente que si la parte demandante logra que de las pretensiones hechas valer dentro de la que pudiéramos denominar el “*menú de pretensiones*” que aparecía vertido en su escrito de demanda y que se les presenta al juzgador para que del mismo escoja la que él considera procedente en derecho, sea declarada una ha lugar; no obstante que las demás sean desechadas, es evidente que si triunfa en la *litis* y consecuentemente, según lo previsto en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, le será imposible ejercitar el recurso de apelación, por falta de legitimación. A cuyo efecto resulta irrelevante la preferencia que el demandante hubiese manifestado respecto a las varias pretensiones que acumuló, calificando a una de principal y la o las restantes de eventuales o subsidiarias. Tal es, precisamente la consecuencia de haber optado por la vía de la acumulación de pretensiones incompatibles prevista en el segundo acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil y haber desechado la opción de hacerlas valer por separado y autónomamente.

Es importante mencionar que el criterio jurisprudencial de los Tribunales españoles en esta materia ha sido, por un lado, el de rechazar la procedencia en la condena de costas si las pretensiones (o “*acciones*”, como comúnmente se les llama también en ese país) son “*alternativas*”; pero, por el otro, cuando existe una pretensión *principal* y una *eventual* o *subsidiaria*, han entendido que de ser estimada y declarada con lugar la *eventual* o *subsidiaria*, a habido una admisión total de la demanda, y por ende se hace procedente la condenatoria al pago de las costas del demandado⁴⁰.

40 “... parece claro que la estimación de una de las acciones alternativas impedirá al actor recurrir pretendiendo la estimación de otra alternativa. Sin embargo, en el supuesto de acumulación subsidiaria, la cuestión es más dudosa, pues al menos en lo relativo a la condena de costas, tiene declarado el TS que la estimación de la petición principal o de la subsidiaria, o la de cualquiera de las formuladas alternativamente, implica en principio una

Hasta ahora hemos expuesto una serie de *argumentos a completudine y a coherentia* para concluir y convencer a quienes nos honran en leer estas líneas, que la parte demandante que acumuló en su escrito de demanda múltiples pretensiones, una principal y otra u otras eventuales o subsidiarias, incompatibles entre sí, según la regla contenida en el último acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, y obtiene del Juez un pronunciamiento favorable respecto de una de aquellas, éste necesariamente tendrá legítimo derecho a constituirse en acreedor de las costas ante el demandado, quedando imposibilitado al Juzgador a cercenarle tal derecho aduciendo que la pretensión principal fue declarada sin lugar.

Si bien algo tímido o de manera tangencial, ya lo habíamos abordado anteriormente, reservamos para estos últimos párrafos, el argumento que a nuestro modo de ver termina por deshacer cualquier posición o tesis adversa a la que patrocinamos, - que es, la absoluta y total procedencia de la condena en costas del demandado que resultara vencido en un proceso en el cual se estimó, y por ello declaró con lugar, la pretensión eventual o subsidiaria ejercida por el actor; y se trata que, la condena de la costas es un derecho que se relaciona directa y estrechamente con la *garantía jurisdiccional* o, mejor conocida, como el derecho a la *tutela judicial efectiva*⁴¹.

admisión total de la demanda (SS.TS. de 27 de noviembre de 1993, 15 de marzo de 1997 y 17 de marzo de 1998).” Sentencia N° 271/2002 del 18 de septiembre de 2002, Audiencia Provincial de Toledo, Sala de lo Civil-Penal, Sección 1, Ponente: Emilio Buceta Miller citada por José Garberí Llobregat en su trabajo intitulado “*La Acumulación de Acciones en el Proceso Civil*”, Editorial Bosh, S.A., p. 259, Barcelona, 2009.

- 41 “La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades” Sentencia N° 576 del 27 de abril de 2011, en el expediente N° 00-2794. Caso: María Josefina Hernández Marsán versus el Juez Superior Provisorio Saúl Bravo Romero.

Ya hemos visto que el proceso es, según el Texto Constitucional, un instrumento legítimo, que sirve al titular de un derecho subjetivo, hacerlo valer a través del ejercicio de la acción⁴², para buscar con ello dilucidar las discrepancias que tiene con el demandado. Una vez puesto éste en movimiento, en el procedimiento, cada parte debe erogar y satisfacer los gastos por ella ocasionados hasta su total culminación y una vez que ello suceda, aparece necesaria y obligatoriamente una resolución de condena a favor de aquella parte que ha resultado totalmente vencedora.

Si para que a la parte demandante, cuya pretensión eventual o subsidiaria amparada en la regla del segundo y último acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, fue estimada y por ello declarada ha lugar, se le reconociera su derecho fuese necesario accionar y por ende, activar un proceso, con el coste ínsito en su sustanciación o proveimiento, lo justo, lógico, correcto y razonable es que los gastos en que ella incurrió sean plenamente resarcidos; de lo contrario, la utilización de un proceso en donde se acumularan pretensiones conforme a la previsión contenida en el último acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, terminaría mermando el patrimonio de ésta, atentando contra su capacidad potencial de reconocimiento de sus derechos por el Juez.

Si ese actor que sufragó los gastos del proceso, no se le permitiera su resarcimiento cuando la pretensión principal no es declarada procedente, sino que en su lugar, lo es la eventual o subsidiaria, se estaría creando, en opinión de quien escribe estas líneas, un excesivo e irracional obstáculo al derecho de acceso a la administración de justicia y, por consiguiente, a su *garantía jurisdiccional*, si él de antemano sabe que, pese haber la posibilidad de acumular pretensiones incompatibles según disposición expresa en la ley, de resultar ganador en la eventual o subsidiaria, no le serán reconocidos por el Juez los gastos incurridos producto de la tramitación de su pleito.

Tal y como lo ha dicho el Tribunal Supremo de Justicia, el Juez debe tener únicamente en cuenta, para determinar el vencimiento total a los fines de la condenatoria en costas, la correspondencia de la pretensión deducida con el dispositivo de la sentencia definitiva. Obviamente esa correspondencia siempre

42 “El ejercicio de una acción judicial es potestativo de quien sea titular, el cual puede fundamentar su acción en las pretensiones que, conforme a su particular manera de ver y entender, considera lo conducirán a obtener una sentencia favorable. Nadie tiene la potestad ni el derecho para obligar a otro a adoptar un curso de acción o para impedirle seguir uno determinado.” Sentencia N° 370 del 16 de mayo de 2000, en el expediente N° 00-0285. Caso: Omar José Rodríguez contra la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo del Estado Miranda de fecha 12 de febrero de 1999.

existirá, si al actor le ha sido estimada favorablemente y por ello declarada con lugar, la pretensión eventual o subsidiaria, (máxime cuando fue el mismo legislador que habilitó tal posibilidad). El que la pretensión principal haya sido desecheda, no debe incidir en lo anterior, dado que la parte demandante habrá siempre vencido, al haber acumulado varias pretensiones en el proceso.

El proceso, con fórmulas absolutas que tienen los ciudadanos para obtener justicia del Estado, para las partes implica incurrir en una serie de inversiones, estipendios y demás erogaciones, y si en éste resulta ganador el demandante, la justicia obtenida nunca podrá ser considerada verdaderamente “*efectiva*”, si para lograr una sentencia favorable, él tendrá que haber sufrido necesaria y obligatoriamente una merma o disminución de su patrimonio por culpa del proceso que adelantó, al no poder exigir al demandado perdidoso su restitución. Y la excusa para tal desafuero, sería el haber ganado en la pretensión eventual o subsidiaria y el haber fracasado en la pretensión principal.

Por ello, debe sostenerse que cuando se le niega a parte actora en un proceso de las características que nos ocupa, dada precisamente la invitación y el auspicio contenido en el segundo acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, como también la economía procesal que dicha norma favorece⁴³, no debería privársela de su derecho a que el demandado fuese condenado en costas, dado que, como ya lo afirmáramos, lesionaría su *garantía jurisdiccional*, al no serle resarcidas las costas, lo que sin lugar a dudas constituiría una ilegítima disminución en su patrimonio sin compensación alguna a cambio⁴⁴.

Si bien dentro de un contexto distinto al de este trabajo –costas contra los entes públicos-, la especialista en Derecho Administrativo, Mayra Elena Guillermo Izquierdo, hace algunas aseveraciones las cuales tienen perfecta cabida y vigencia dentro de él:

43 Incluso se ha llegado afirmar que: “Modera un poco la rigidez del sistema que obligaría de otra forma a perder todo el proceso iniciado por una formulación errónea de la pretensión.” Sentencia de la Sala (Accidental) de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia del 17 de noviembre de 1988. Caso: O. Ayala y otros versus L. Escalona y otra, en Jurisprudencia Ramírez & Garay, Tomo CVI, p. 376.

44 Para algunos el ser aceptada tal tesis, equivaldría a una forma de confiscación –prohibida por el art. 116 constitucional-, dado que si es el Estado y no el ciudadano, es el que tiene el poder monopólico administrar justicia –art. 253 *eiusdem*- y si éste precisamente por ello acude a él para que lo haga y, pese a que el Estado lo hace y se la otorga favorablemente, el haber resultado triunfador significa para este ciudadano que demandó un sacrificio patrimonial, tal situación sería una suerte de pena confiscatoria, dado que habría ganado sin derecho a solicitar el pago de las costas a su contraparte. Para este ciudadano el proceso no habría sido realmente un instrumento para alcanzar y hacer justicia, por más que formalmente la hubiese obtenido a través de un fallo que declaró procedente su pretensión eventual o subsidiaria.

“Creemos entonces que este derecho [tutela judicial efectiva] comporta también la facultad que ostentan los ciudadanos, exigible ante los órganos de administración de justicia, de obtener un resarcimiento pecuniario por los gastos realizados durante el proceso que fue necesario para ver reconocido su derecho, esto es, el derecho a obtener una condenatoria en costas a su favor, y contra quien se ha resistido a su pretensión, pues, si como antes se indicó, la utilización del proceso judicial como fórmula para obtener justicia, implica una serie de gastos, la justicia obtenida no puede ser efectiva, si para la consecución de una resolución judicial, quien obtuvo una sentencia favorable con el detrimento patrimonial que ello implicó, no pueda exigir ahora su restitución, a través de los mismos órganos de administración de justicia, por medio de una forma rápida e idónea como lo es la condenatoria en costas”⁴⁵.

Ya la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal ha señalado “... que la inexistencia de un medio de resarcimiento económico como la condena en costas, implicaría una merma al derecho a la efectividad e integridad de la tutela judicial que reconoce el artículo 26 del texto constitucional.”⁴⁶ Por lo que, si un Juez niega ese derecho de resarcimiento económico al actor que ha resultado vencedor en un proceso en donde se estimó y declaró procedente la pretensión eventual o subsidiaria, se estaría creando un obstáculo excesivo e irracional al acceso al proceso y por ello, se restringiría la efectividad e integridad de la *garantía jurisdiccional*.

Como corolario de lo anterior, podemos decir de la *garantía jurisdiccional* o derecho a la *tutela judicial efectiva*, citando a la Sala Constitucional, lo siguiente:

“... el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, la cual encuentra su razón de ser en que la justicia, es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 eiusdem, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que pueden surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mismos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho

45 *Ob. Cit.* p. 44.

46 Sentencia N° 2801, *Cit.*

a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instauro.

La conjugación de artículos como el 2, 26 o 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles⁴⁷.

CONCLUSIONES

Los titulares de derechos e intereses legítimos pueden acudir ante los órganos jurisdiccionales para reclamar de ellos la resolución de sus conflictos, los cuales al cumplir con las exigencias del segundo y último acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, se erigirían en procesos que estarían acorde con el ordenamiento jurídico vigente. Si en estos procesos, se respetan los derechos y garantías constitucionales tanto demandantes como de demandados, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para sus respectivas defensas, a que se respete en ellos el debido proceso y a que se dicte en cada uno una sentencia definitiva, de manera oportuna y eficaz, en cada una de esas causas llegando el juzgador a fallar a favor de los actores, estimando y declarando ha lugar las pretensiones eventuales o subsidiarias y no la principal, éstos deben tener derecho a constituirse en acreedores de los demandados en el pago de costas procesales que tales procesos les ha ocasionado, porque nada de lo que pueda haber ocurrido

47 Sentencia N° 708 de fecha 10 de mayo de 2001. Caso: Juan Adolfo Guevara, Eneyda Josefina Yáñez de Mariño, Tibisay Erminia Cuéllar Marcano, Tania Guillermina Torres Méndez, Nancy María Morantes, Ángela Ramona Almaso Fernández, y otros, contra la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 14 de diciembre de 1999

en ellos desvirtúa el hecho que los demandantes no hayan resultado ser total y absolutamente exitosos.

La Ley Procesal Civil promueve con su segundo acápite del artículo 78, el ejercicio del derecho a accionar, a través de procesos en donde lo que está de relieve es la presencia evidente de principios procesales constitucionales tales como los de economía y celeridad procesal, que de una u otra forma lo que buscan es hacer una administración de justicia más eficiente y rápida, al encargar a ella de un número menor de causas que sustanciar e instruir y, llegado el momento, que decidir. En estos procesos se autoriza y por ende, legitima, a que el demandante acumule pretensiones incompatibles entre sí, en donde una es la principal y la otra u otras, son las eventuales o subsidiarias. Si todos estos modos de proceder están previstos de manera expresa en la ley, ¿por qué de resultar el demandante vencedor en su pretensión eventual o subsidiaria, incoada de esa forma no por capricho sino porque así lo permite y consagra el ordenamiento jurídico vigente, él va a perder su derecho a que el demandado perdedor sea condenado al pago de los gastos del proceso? ¿Cuál sería su justificación en casos en los que a habido una admisión total y absoluta de la demanda? La respuesta para nosotros es ninguna.

Si al demandante, en procesos como éstos, los gastos que ha debido soportar y sufragar, no le son reembolsados en la excusa absurda que la pretensión principal fue desestimada, ello le está ocasionando un grave obstáculo al derecho de acceso a la justicia y una disminución no justificada, palmaria y evidente en su patrimonio.

De aceptar que la *ratione legis* del segundo acápite del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, es la de proporcionar una posibilidad adicional a los potenciales demandantes de contar con una justicia más útil, expedita, económica y eficaz, nada de ello se conseguiría si éstos no logran del Juez y del demandado, que a través de sentencia definitiva que estima como procedente la pretensión eventual o subsidiaria, los gastos del proceso sean debidamente reembolsados.

El Juez que conozca de una causa cuyas pretensiones estén amparadas en la citada norma y no condena al demandado perdedor al pago de las costas procesales debido a que la pretensión principal fue desestimada, privaría, como ya se mencionó, injustificada e ilegítimamente al demandante de un medio de resarcimiento económico previsto en la Ley Adjetiva. Adicionalmente tal conducta significaría una lesión para el demandante en el derecho que tiene a una eficaz tutela judicial, tal y como lo consagra el artículo 26 constitucional.

Aquel Juez que en causas como éstas procediera de tal manera estaría creando un obstáculo excesivo e irracional de acceso al proceso y por ende, a la administración de justicia. Por eso es que, no debe haber objeción o interferencia alguna. Será tan vencedor aquel demandante que le fue estimada la pretensión principal, como aquel que le fue solo la eventual o subsidiaria, dado que en ambos casos habrá habido una admisión total de la demanda, requisito *sine quanon*, según la regla contenida en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, para que se haga procedente la condenatoria al pago de las costas del demandado.

EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez¹

RESUMEN:

En el presente trabajo se abordan los elementos y el procedimiento para que por medio de un principio de prueba por escrito, un interesado, a falta de la prueba documental, pueda comprobar sus aseveraciones mediante la prueba de testigos.

PALABRAS CLAVES:

Documento, testigo, cuantía, obligaciones.

ABSTRACT:

The article assume the requirements and procedures for the use of the written proof principle, in absence of a documentary proof, in order to determine facts by the proof of witness.

KEYWORDS:

Document, witness, amount, obligations.

INTRODUCCIÓN

Según afirma Devis² - la excepción que permite que ingrese al proceso un testigo cuando existe un principio de prueba por escrito, fue admitida en el antiguo derecho francés y aparece consagrada expresamente en la Ordenanza de 1667, bajo el reinado de Luis XIV, y luego en el artículo 1347 del Código Napoleón³; de allí fue tomada por diversas legislaciones, incluida la venezolana, que la consagró en el artículo 1392 del Código Civil⁴. La importancia de esta institución deviene de la posibilidad de incorporar al

1 Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel y Teoría General de la Prueba en la Universidad Católica Andrés Bello. Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Decano (E) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

2 Devis Echandía, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, Zavallía Editor. Buenos Aires. 1981, p. 204.

3 El texto de dicho artículo es el siguiente: "Art. 1347. Debe exceptuarse de las reglas anteriores el caso en que haya un principio de prueba por escrito. Se llama así toda acta por escrito emanada de aquel contra quien se puso la demanda o de aquel a quien representa, y que hace verosímil el hecho que se alega".

4 Normas con contenidos similares existían en los Códigos Civiles anteriores al vigente, incluidos los decimonónicos.

proceso un medio de prueba que contribuya a comprobar un hecho cuya única posibilidad de llevarlo al juicio sea mediante la prueba de testigo, en razón de que los interesados no se procuraron un medio adecuado en el que constara la obligación.

Sin embargo, al hacer la indagación del tema nos encontramos que el mencionado principio no tiene un tratamiento sistematizado ni en la Ley Sustantiva ni en la Adjetiva venezolana, solamente hay algunas disposiciones que se refieren a ella; lo mismo acontece con otras legislaciones, que aunque tienen normas similares, no existe una reglamentación con respecto a dicho principio. Por ello, para tratar el asunto recurrimos tanto a la doctrina autoral como a la jurisprudencial como fuente; pero debe acotarse que la mayoría de los autores se refieren a la cuestión del principio de prueba por escrito de manera somera, al igual que los antecedentes jurisprudenciales; pensamos que es así, por la falta de regulación de la ley.

Por la definición que hace el Código Civil pueden inferirse algunos de los elementos que debe poseer el principio de prueba por escrito para que se le pueda otorgar eficacia, en el sentido de que permita incorporar al proceso al testigo; mientras que otras características se corresponden a exigencias doctrinarias, con el objeto de otorgarle seriedad y credibilidad. Por tanto, la aspiración de este trabajo es analizar desde el ángulo del procedimiento civil venezolano el principio de prueba por escrito que tiene como finalidad servir de muleta a otra prueba (la de testigo) para que ésta pueda ingresar al proceso de manera legal y válida, incluyendo al documento electrónico, sobre el que no se encontró referencia autoral en esta materia, habida cuenta de que las regulaciones de este tipo de documento son de data reciente, pero se consideró necesario incluirlo habida cuenta del desarrollo de la informática.

En el contexto indicado, es decir, el procedimental se ha tratado el tema, planteando las diversas situaciones que pudieran presentarse para ubicar el principio de prueba por escrito y para la sustanciación de la prueba de testigo, con lo cual pensamos que se da contenido a la normativa programática prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como es la consagración del Derecho a la Prueba⁵.

Finalmente, se procedió a analizar si el testigo admitido tiene la misma eficacia probatoria que el testigo que no necesite para su ingreso al proceso del apoyo de otro elemento, como lo es el principio de prueba por escrito para que se le dé cabida en un juicio y si el documento contentivo de dicho principio debe examinarse de manera conjunta con el testigo que se le permitió ingresar al proceso.

Solamente se hace referencia al Código Civil italiano, ya que tiene una disposición similar a la contenida en el Código Civil venezolano. Curiosamente dos regímenes completamente diferentes no hacen referencia al principio de prueba por escrito, como lo son las legislaciones española y la portuguesa y la legislación alemana.

En efecto, el Código Civil portugués al tratar la prueba de testigo, señala que esta se admite en todos los casos en que no sea necesaria la prueba escrita (Artículo 372), o que el evento esté plenamente acreditado mediante documentos u otros medios con fuerza

5 Artículo 49.1 de la carta Magna.

probatoria plena. Así mismo, expresa la normativa portuguesa que no se permite la prueba de testigos para probar en contra de cualquier acuerdo que contraríe el contenido de documentos auténticos o privados, y se remite a los artículos 373 a 379 del mismo Código que trata sobre los requisitos de validez de la prueba instrumental (Artículo 394)⁶. Por su parte el Código Civil alemán no hace mención alguna a limitación en la sustanciación de la prueba de testigos, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 7 de enero de 2000, se ocupa de la forma de sustanciar la prueba de testigos, pero no contiene ninguna disposición que la limite.

I. Antecedente y alcance del principio de prueba por escrito en Venezuela

El artículo 1387 del Código Civil⁷ contempla la prohibición de valerse de la prueba de testigos, en las circunstancias siguientes:

- a) Para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares⁸.
- b) Para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares⁹.

De la lectura de dicha norma, se desprende que la intención del legislador era la de privilegiar la prueba documental, a fin de incentivar a quienes celebraren una negociación que dejaran expresada su voluntad por escrito, a fin de evitar equívocos en el alcance de lo negociado o de que no hubiese una interpretación dubitativa, dudosa u oscura de la real intención de los participantes en el contrato, lo que pudiera, eventualmente, tergiversarse, ante la inexistencia de un documento que recogiera esas manifestaciones de voluntad. Por ello, es que el legislador, limitó el monto de las negociaciones que pudieran comprobarse por testigos, lo que obligaría a aquellos que contrataran por un monto superior a la estipulación legal, a dejar constancia documentada de las transacciones o negociaciones que hubieran efectuado.

6 Silva Rodríguez, B. *Código Civil Portugues. Laegislacao Civil Fundamental*. 1ª. Edicao. Rei Dos Libros 2012, p. 78

7 El texto completo del artículo es el siguiente: “Artículo 1387.- No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares. Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares. Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio.

8 Ver nota 58

9 Ver nota 58

No obstante ello, ante la contingencia de que por razones de confianza o por otro motivo, los contratantes no documentaren la negociación que realizaran, se dejó un resquicio por el cual pudiera ingresar, al proceso, la prueba de testigos, como lo es el principio de prueba por escrito, a que se refiere el citado artículo 1392 del Código Civil¹⁰, cuyo antecedente es el artículo 1347 del Código Napoleón, como anteriormente se dejó expresado.

Sin embargo, debe acotarse, que si bien, la norma prevista en nuestra legislación (Art. 1392), está inspirada en el citado artículo 1347 del Código Napoleón, hay una diferencia fundamental entre ambas. En efecto, al definir la norma francesa al principio de prueba por escrito, indica que se trata de “toda acta por escrito emanada de aquel contra quien se puso la demanda o de aquel a quien representa, y que hace verosímil el hecho que se alega”, es decir, que de acuerdo a su texto el único que podría valerse del principio de prueba por escrito, sería el demandante, ya que de su contenido se desprende de manera diáfana que el escrito (principio de prueba) emane de aquel contra quien se propone la demanda; es decir, solamente el demandante podría valerse del principio de prueba por escrito (que emane del demandado, como veremos) a fin de promover un testigo que comprobare la existencia de la obligación cuyo cumplimiento exige.

En la legislación venezolana, se le dio un giro diferente, ya que del contenido del citado artículo 1392, al definir al principio de prueba por escrito, señala que “resulta de todo escrito emanado de aquél a quien se le opone, o de aquél a quien él representa que haga verosímil el hecho alegado”, es decir, no se limita su utilización al demandante, sino que el demandado eventualmente también podría utilizarlo, bien para comprobar la extinción de la obligación o para contrariar lo expresado en un documento, que constituirían las excepciones a las prohibiciones establecidas en el artículo 1387, antes citado.

II. ¿Qué es el principio de prueba por escrito?

El artículo 1.392 del Código Civil, como precedentemente se refirió, define el principio de prueba por escrito y señala que es el que “resulta de todo escrito emanado de aquel a quien se le opone, o de aquel a quien él representa, que haga verosímil el hecho alegado”¹¹, opinión también sustentada por Dominici, quien afirmaba que la norma de referencia contenía la definición del principio de prueba por escrito¹².

10 El texto del encabezamiento del artículo es el siguiente: “Artículo 1392.- También es admisible la prueba de testigos cuando hay un principio de prueba por escrito. Este principio de prueba resulta de todo escrito emanado de aquél a quien se le opone, o de aquél a quien él representa que haga verosímil el hecho alegado”.

11 Cabanellas, G. *Diccionario de Derecho Usual, Tomo I*, Editorial Heliasta. S.R.L. 7ª. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1972, p. 382, El citado Diccionario reproduce la norma del Código Civil argentino, que lo define como “cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso”. Se observa, que la norma usa el vocablo “documento”. Por ello, es la acotación que hacemos de Ricci en el texto.

12 Dominici, A. *Comentarios al Código Civil Venezolano. Tomo 3–4*, Editorial Rea. Caracas. 196, p.189. Es de acotar que Dominici comentó el Código Civil de 1896, cuyo artículo 1316 tiene la misma redacción del actual 1392.

Al comentar el artículo equivalente del Código Civil italiano, Ricci – a nuestro modo de ver acertadamente – señala que dicho escrito no puede ser un documento, porque si existiese éste, habría una prueba plena y no un principio de prueba;¹³ si bien comulgamos con lo expresado por el maestro italiano, estimamos que de menciones contenidas en documentos puede emanar ese principio de prueba, tal y como lo asevera el artículo 1361 del Código Civil, al disponer que “las enunciaciones extrañas al acto solo pueden servir de principio de prueba”, es decir, las enunciaciones indirectas que alcanzan a constituir un indicio sobre un hecho verosímil que consta por escrito y emana de la parte a quien se opone, aunque el dispositivo del documento se refiera a una negociación determinada que constituya su objeto. Por ello, la enunciación indirecta – extraña al acto – podría corresponder al dato que haga verosímil el hecho que se alega, en virtud de ser una mención o declaración que no tiene vinculación directa con el objeto del negocio escriturado.¹⁴ Por ello, pensamos que cuando Ricci manifiesta que el escrito contentivo del principio de prueba por escrito, no puede ser un documento, porque de existir, habría una prueba plena, se está refiriendo a la aceptación del compromiso o a su liberación y, en consecuencia, no tendría sentido promover testigo alguno, ante la declaración del otorgante del documento.

Couture,¹⁵ señala que el principio de prueba es, apenas, un punto de apoyo, sobre el que puede apuntalarse otra prueba, pero no otro principio de prueba. Por su parte Sanojo¹⁶ tampoco lo define, se limita a reproducir la norma equivalente,¹⁷ y lo explica con un ejemplo. Chiovenda¹⁸ no se extiende sobre el tema, pero afirma que una escritura que por la naturaleza de las cosas contenidas en ella, sería idónea para servir de prueba plena, pero que por defectos no tiene eficacia, no puede servir como principio de prueba.

13 Ricci, F. *Tratado de Las Pruebas. Tomo II*, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. S/F., Editorial Rea. Caracas. 1962, pp. 4-5.

14 Bustamante Miranda, M. *15 Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia) Sala Civil, Mercantil y del Trabajo= 1959 – 1973*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado. Caracas 1978, p. 291, reproduce parcialmente la decisión dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 12 de noviembre de 1969, la que indica está publicada en la Gaceta Forense, Segunda Etapa, Pág. 360. En dicho fallo la Sala al analizar una prueba documental señala que al no constituir plena prueba, constituye el principio de prueba por escrito. En efecto, en lo reproducido de dicha sentencia se sentó el criterio siguiente: “*El documento reconocido prueba formalmente la confesión del hecho jurídico que contiene la cual puede ser completa, plena, es decir, comprender el hecho total que a ella se contrae o solo parcial, estos es, comprender únicamente una parte de éste. Esto último es lo que constituye el principio de prueba por escrito*”.

15 Couture, E. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II*, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979, pp. 93–94.

16 Sanojo, L. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano, Tomo III*, Gráficas Sebastián. Madrid, España, 1953, p. 205.

17 Artículo 1227 del Código Civil de 1867.

18 Chiovenda, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo III*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1940, Primera Edición, p. 231

Rocha¹⁹ señala que en el principio de prueba por escrito no se reúnen todos los elementos que debe reunir el contrato, agrega que le falta la declaración clara del objeto o no enuncia completamente la cosa debida o carece de fecha o época de celebración del contrato, o aún de la firma misma; por ello, asevera, que el principio de prueba apenas da margen a la posibilidad de que el contrato se celebró, lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada en 1959²⁰ expresó que el instrumento probatorio del nacimiento de la obligación que haya dada origen al litigio, no puede considerarse como un principio de prueba por escrito. Ello está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 340.6 del vigente Código de Procedimiento Civil, que indica que el documento fundamental es aquel del cual se deriva inmediatamente el derecho deducido, ya que esta norma tiene una redacción similar a la del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil,²¹ que se encontraba vigente para la oportunidad en que se produjo el fallo en comento. Sin embargo, la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, avanza una definición del principio de prueba por escrito en sentencia dictada el 12 de noviembre de 1969.²² En la mencionada sentencia la Sala expresó lo siguiente: “El principio de prueba por escrito no es más que una parte de la confesión sobre un hecho jurídico consignada en un documento que puede ser público, reconocido o aún privado”.

Discrepamos de ese criterio, ya que como veremos infra corresponde al juez determinar la existencia de la relación de causalidad y no necesariamente debe haberse producido una confesión para establecerla.

En la misma sentencia, al continuar abundando sobre el tema la mencionada Sala de Casación Civil expresa que “El principio de prueba por escrito puede coexistir con la fuerza probatoria extrínseca del documento reconocido o público que la contiene, aún cuando ambas nociones sean distintas, por manera que no se llega a vulnerar la prueba que emerge de él cuando, conteniendo solo un principio de confesión, se exige otra prueba para completarla”. Comulgo con la primera parte de lo expresado en este párrafo, en el sentido de que en un documento, independientemente de su condición, puede encontrarse un principio de prueba por escrito, que está en consonancia con lo expresado supra como la enunciación indirecta – extraña al acto de documentación – que podría corresponder

19 Rocha, A. *De la Prueba en Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, 1949, p. 114.

20 Bustamante Miranda, Bustamante Miranda, M. *15 Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia) Sala Civil, Mercantil y del Trabajo= 1959– 1973*, cit., p. 492. Reproduce parcialmente la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 5 de mayo de 1959, la que indica se encuentra publicada en la Gaceta Forense 24, Segunda Etapa. Pág. 106.

21 Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil de 1916. “El instrumento en que se funde la demanda, esto es, aquel del cual se derive inmediatamente la acción deducida, deberá producirse con el libelo”. Lazo, O./Martínez Ledezma, J. *Código de Procedimiento Civil de Venezuela*, Ediciones Legis, Buenos Aires/ Caracas, 1967, p. 72.

22 Bustamante Miranda, M., Bustamante Miranda, M. *15 Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia) Sala Civil, Mercantil y del Trabajo= 1959 – 1973*, cit., p. 492. En la citada obra se recoge dicha sentencia y se indica que se encuentra publicada en la Gaceta Forense 66, Segunda Etapa, p. 390.

al dato que haga verosímil el hecho que se alega, es decir que permita al juez establecer la relación de causalidad por considerar que es un principio de prueba por escrito, como se indica infra.

Otra referencia que se hace a la existencia de un principio de prueba, es la contenida en el artículo 199 del Código Civil para demostrar la filiación materna, y dispone la aludida norma que dicha comprobación puede hacerse por medio de testigos, si existe un principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o indicios resultantes de hechos ya comprobados sean bastante graves para determinar su admisión; y dispone la misma norma que el principio de prueba por escrito resulta de documentos de familia, de registros y de cartas privadas de los padres, de actos privados o públicos provenientes de una de las partes empeñadas en la litis²³, o de persona que tuviere interés en ella.

Obviamente, que al contrastar la referencia que hace la última norma citada sobre el principio de prueba por escrito (documentos de familia, registros, etc.), con el contenido del artículo 1392 del Código Civil, se desprende su mayor amplitud en cuanto al tratamiento del principio de prueba por escrito. En efecto, la disposición se refiere, en cuanto a lo escrito, a tres supuestos: a) documentos de familia, b) registros y c) cartas privadas de los padres.

Ahora bien, ¿qué se entiende por cada una de dichas manifestaciones? En cuanto a los documentos de familia, estarían conformados por todos aquellos que otorgados en forma legal, puedan contener información acerca de algún hecho que le permita al juez activar la presunción hominis de la posible existencia de la relación filial. Por ejemplo, podría ser un legado que un pariente de la presunta madre haya dispuesto para que el supuesto hijo pague sus estudios. Dominici²⁴ señalaba que los títulos y notas de familia, entre otros, podrían ser un documento de donación hecho al hijo por el abuelo o un tío, en el que se le trate como legítimo.

Los registros, pensamos que están conformados por documentos privados que mantienen las familias, como podrían ser diarios en los que se haga alguna insinuación o referencia que permita concluir la existencia del hijo. Así mismo, conservar en archivos familiares testimonios impresos o representativos de la actividad cumplida a favor o por el hijo, como lo podrían constituir las tarjetas que se acostumbran repartir en los bautizos y primeras comuniones, fotografías del presunto hijo con alguna indicación escrita de afecto; Dominici²⁵, indicaba que también podrían constituir registros las anotaciones escritas por un miembro de la familia en que se mencione el nacimiento. Es decir, es absolutamente casuístico; mientras que para el señalado autor, los registros y papeles domésticos del padre o la madre, pueden ser aquellos en los que conste la filiación, un árbol genealógico en que figura con los otros hijos, un memorándum en que se refiere haberlo

23 Esta norma es exactamente igual a la contemplada en el artículo 242 del Código Civil italiano. Codice Civile. *Codici e Leggi D'Italia*. Edizioni Aggiornata al 1°-2-1973. Editio Minor, Editore Ulrico Hoepli, Milano, 1973, p. 43.

24 Dominici, A. *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Tomo I, cit., pp. 307 – 308.

25 *Ibidem*.

presentado a la autoridad como proveniente de otros padres, o la ocultación que se hizo del nacimiento; cartas misivas dirigidas al hijo por el padre o la madre en su adolescencia, o en su infancia a las personas encargadas de criarlo lejos del hogar. Igualmente, el citado autor consideraba que el principio de prueba por escrito podría tratarse de una carta, papel, documento público o privado, emanada de la parte contraria o de una persona muerta a quien el reconocimiento de la filiación legítima perjudicara si viviese, como un pariente que podría ser excluido de la sucesión hereditaria, por el hijo, o un donatario que perdería la donación o le sería reducida. Pensaba Dominici²⁶ que debía darse particular importancia a la declaración de tal persona porque seguramente tenía interés en contradecir la legitimidad, pero agregaba que era menester su fallecimiento para la época de la litis a fin de prevenir la sospecha de que el principio de prueba le hubiese sido proporcionado para favorecer sus pretensiones, previo acuerdo secreto sobre intereses.

Bello Lozano²⁷ al referirse a los papeles domésticos, señalaba que “comprenden todos los escritos y notas, firmados o no en hojas sueltas o legajos, que sin estar obligados a hacerlo, redacta una persona con intención de conservar el recuerdo de un hecho jurídico o de acontecimientos de otra especie; no haciendo fe a favor de quien los ha escrito, pero podrán ser tomados en cuenta cuando otra persona pretende alegar a su favor, las notas constantes en esos papeles o registros, y conforme a los principios generales de la prueba, habrá de aceptar lo favorable o desfavorable que de ello resulte”.

No comulgamos en su totalidad con lo expresado por el profesor Bello, ya que estimamos que se incurre en una confusión al determinar la eficacia que dichos papeles podrían arrojar. En efecto, el citado autor indica que en relación con los papeles domésticos o registros, debe aceptarse lo favorable o desfavorable que de ellos resulten, lo que es propio de los libros de los comerciantes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1377 del Código Civil, que es del tenor siguiente: “Los libros de los comerciantes hacen fe contra ellos; pero la parte contraria no podrá aceptar lo favorable sin admitir también lo adverso que ellos contengan”. Por el contrario, si revisamos el artículo siguiente, es decir el 1378 del Código Civil, que específicamente se refiere a los registros y papeles domésticos, expresamente excluye que lo asentado en ellos pueda beneficiar al autor.²⁸ El texto de dicha norma es el siguiente: “Los registros y papeles domésticos no hacen fe en favor de quien los ha escrito; pero hacen fe contra él: 1º Cuando enuncian formalmente un pago que se le ha hecho. 2º Cuando contienen mención expresa de haberse hecho la anotación para suplir la falta de documento en favor del acreedor”. Es decir, de su texto se desprende que beneficia, en el primer caso, al deudor cuando expresa que éste realizó el pago o, en el segundo caso, que la anotación se hizo para suplir la falta de documento a favor del acreedor. Por ello, pensamos que al contener dichas anotaciones, más bien lo

26 Ídem., pp. 308 – 309.

27 Bello Lozano, H. *Derecho Probatorio, Tomo II*, Librería La Lógica C.A., Caracas, 1979, p. 417.

28 Obviamente, que ello está en consonancia con el principio de alteridad, cuyo enunciado es que nadie puede crear un título a su favor.

que existe es una confesión del estampador de las notas (declarante) porque corresponden a menciones que los desfavorecen y favorecen al contrario, y en los que se deja constancia bien del pago (primer supuesto) o bien para dejar constancia de que la anotación supe el documento (segundo supuesto).

Estimamos que las cartas privadas de los padres, se refieren a la correspondencia mantenida entre ellos o con parientes o terceros, en los que se haga referencia al hecho del nacimiento o se insinúe; también lo pueden constituir las misivas dirigidas por los padres a preceptores, custodios o las personas encargadas de la crianza del hijo, en los que se indague sobre su situación o se le instruya sobre su formación.

III. Características del principio de prueba por escrito

Para que pueda considerarse que existe un principio de prueba por escrito, de acuerdo a lo establecido en el mencionado artículo 1392 del Código Civil, deben cumplirse con las condiciones siguientes, a saber:

1. Que emane de la parte a quien se le opone o de su apoderado.

Aunque la norma no lo indica, pensamos que en los casos de sucesión procesal, también podría emanar del causante, con lo que coincidimos con Devis,²⁹ quien afirma que puede provenir del causante; así mismo, el citado autor expresa que si el escrito proviene de un tercero o de quien lo aduce como prueba, no cumple con la finalidad perseguida de suplir el documento que las partes han debido otorgar; además tendría valor de un testimonio, lo que estimamos correcto. En el mismo sentido se manifiesta Sanojo, quien señala que el escrito no puede oponerse como principio de prueba, sino a quien lo ha hecho o a sus sucesores universales o particulares.³⁰ Además, Sanojo afirma que cuando se trate de los sucesores, es menester que el escrito invocado tenga fecha cierta,³¹ anterior al acontecimiento que los ha puesto en el lugar del causante.³² Por su parte, Dominici³³ al referirse a este requisito afirma que el escrito puede emanar de la persona a quien se opone, o de su causante o de su representante o mandatario, firmado o no, siempre que se prueba que la persona dicha es autora del escrito o puede considerarse una misma con

29 Devis Echandía, H. *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II*, p. 204

30 Sanojo, L. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano, Tomo III*, p. 205.

31 Dispone el artículo 1369 del Código Civil lo siguiente: “*La fecha de los instrumentos privados no se cuenta, respecto de terceros, sino desde que alguno de los que hayan firmado haya muerto o haya quedado en la imposibilidad física de escribir: o desde que el instrumento se haya copiado o incorporado en algún Registro Público, o conste habérselo presentado en juicio o que ha tomado razón de él o lo ha inventariado un funcionario público, o que se haya archivado en una Oficina de Registro u otra competente*”.

32 Sanojo, L. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano, Tomo III*, p. 205.

33 Dominici, A. *Comentarios al Código Civil Venezolano. Tomo 3-4*, cit., p. 190

la persona de quien el escrito emana. Ricci³⁴ comparte el mismo criterio y señala que el escrito proveniente del mandatario, que ha obrado dentro de los límites y en ejecución del mandato recibido, puede constituir principio de prueba por escrito contra el mandante. Sin embargo, el mismo autor³⁵ manifiesta que también puede constituir principio de prueba el escrito que no haya sido extendido por la persona contra quien se presenta, siempre que la misma lo haya hecho suyo produciéndolo en juicio para fundar en él su propia defensa, porque en tal caso no puede menos que considerarse el documento como proveniente de la persona contra quien se opone. Compartimos este parecer, ya que pueden haber escritos que sin estar firmados por las partes se tiene certeza de quien es el autor, por complementar o apuntalar algún documento, como podrían ser los anexos de las declaraciones impuesto sobre la renta. Devis,³⁶ afirma que el principio de prueba por escrito, puede provenir también de un apoderado, mandatario o representante legal (por ejemplo, del padre mientras tuvo la patria potestad) o contractual (como el gerente de una sociedad) de la parte a quien se opone el escrito. Chioventa,³⁷ afirmaba que el principio de prueba por escrito proviene de aquel contra quien se propone la demanda,³⁸ o de quien lo represente, y que haga verosímil el hecho alegado.

En definitiva el principio de prueba por escrito, necesariamente debe emanar de aquel a quien se le opone o de de su causante, o de quien representa sus intereses.

2. Que el escrito goce de autenticidad o que esta se pruebe

De la lectura del artículo 1392 del Código Civil no se desprende la existencia de dicho requisito; sin embargo, como apuntamos anteriormente, Dominici al referirse al requerimiento legal referente a que el escrito emane de aquel a quien se opone, indicaba que debía tenerse certeza de la autoría, lo que significa certeza del autor, lo que es autenticidad. Consideramos que ello es obvio, habida cuenta de que no tendría sentido que se permitiera ingresar la prueba de testigos a un proceso fundada en elementos cuya autoría se desconoce o se duda. Por tanto, estimamos que el principio de prueba por escrito, independientemente que esté suscrito o no por aquel al que se le opone, debe haber certeza de que emanó de él o de su apoderado, o de su representante, o de su causante. Si el principio de prueba goza de autenticidad por habérsela otorgado un funcionario facultado para hacerlo, o es reconocida expresa o tácitamente por aquel a quien se le opone, habría certeza de la autoría; pero, para el caso de que se discutiera su autenticidad, el interesado

34 Ricci, F. *Tratado de Las Pruebas. Tomo II*, cit., p. 4.

35 Ídem, p. 21. Ricci, cita doctrina jurisprudencial italiana.

36 Devis Echandía, H. *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II*, p. 204

37 Chioventa, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo III*, cit., p. 231.

38 Esta afirmación de Chioventa debe estar en consonancia con la redacción del artículo 1347 del Código Civil comentado por él, ya que el principio de prueba por escrito no podría utilizarse solamente en contra del demandado sino que debe ser ambivalente.

puede proceder a probar la autoría de conformidad con lo previsto en la ley, tal y como lo indicamos al referirnos a los aspectos procedimentales.

La autenticidad puede desprenderse de la simbología que la respalde, en los casos en que no haya intervenido un funcionario público capaz de insuflarle certeza, como lo podría ser la firma autógrafa estampada por el interesado, tal y como más adelante se indica o en aquellos casos de documentos ológrafos, a los que se hace referencia infra.

3. Relación de causalidad que haga verosímil el hecho alegado

Obviamente que en este aspecto nos sumergimos en el mundo de lo casuístico, y ello quedaría dentro de la soberanía del juez determinar si existe o no dicha relación. En ese sentido se pronuncia Ricci,³⁹ quien expresa que el juicio del tribunal sobre la existencia de un principio de prueba por escrito es soberano e inapelable, de acuerdo a la pacífica doctrina de los tribunales italianos; sin embargo, afirma que necesariamente debe tener relación con el hecho que se quiera probar por medio de testigos.⁴⁰ Sanojo, al comentar este aspecto señala que en cuanto a la verosimilitud de que habla este artículo, los jueces obrarán prudencialmente,⁴¹ es decir facultativamente lo que equivaldría a que pueden proceder soberanamente. Por su parte Dominici⁴² al analizar este requisito, afirma que si el escrito hace o no verosímil el hecho alegado es una cuestión de hecho cuya apreciación pertenece exclusivamente al tribunal de la causa, pero determinar si el escrito presenta o no los caracteres legales del principio de prueba por escrito, es una cuestión de derecho, cuya decisión puede ser materia de casación. El citado autor,⁴³ expresa que el escrito ha de tener conexión directa o indirecta con el hecho controvertido, lo que se efectúa en los escritos que contienen todas las enunciaciones necesarias para comprobar el hecho alegado pero a las que falta una formalidad o condición que se opone a que los actos mencionados merezcan completa fe,⁴⁴ y así mismo a los escritos que no expresan de una manera precisa el hecho en cuestión, pero cuya existencia viene a ser verosímil por la enunciaciones contenidas en el documento.⁴⁵

Pangrazio,⁴⁶ al comentar el Código Civil paraguayo expresa que debe “tener una relación directa y necesaria con el contrato que se pretende probar; por faltar esta

39 Ricci, F. *Tratado de Las Pruebas. Tomo II*, cit., p. 20.

40 Ídem. Pág. 35.

41 Sanojo, L. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano, Tomo III*, p. 205.

42 Dominici, A. *Comentarios al Código Civil Venezolano. Tomo 3-4*, p. 191.

43 Ídem. Págs. 190 – 191.

44 Dominici indica que son aquellos que la ley priva de autenticidad por defecto de forma o por incompetencia del funcionario que los autorizó

45 Dominici en esta categoría engloba las promesas de compra venta, el reconocimiento de una deuda cuyo monto no se indica, o las promesas de pago relativas a entregas futuras sin determinación de su valor, y en general aquellas que no reúnan los elementos de claridad, certeza y precisión que son indispensables para constituir una confesión de parte.

46 Pangrazio, M. *Código Civil Paraguayo Comentado*. Editora Intercontinental. Paraguay. 2002. Tomo 4. P. 42.

conexión se ha negado el carácter de principio de prueba por escrito de un contrato de mutuo a los cheques librados por una de las partes e ingresados en la cuenta bancaria de la otra, pues responde a causas múltiples”. Es decir, que se refiere a que debe examinarse casuísticamente. En el ejemplo citado por Pangrazio, el juez no estimó como un principio de prueba por escrito a los cheques librados por una de las partes y depositados en cuenta, en virtud de no contener la causa, y apunta que la relación causal podría ser de cualquier índole, criterio que como veremos más adelante difiere del sustentado por la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

Al referirse al principio de prueba por escrito, la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 11 de Octubre de 1979,⁴⁷ sentó con fundamento al artículo 1392 del Código Civil, que el principio de prueba por escrito se derivaba de misivas intercambiadas por las partes. En esa oportunidad decidió que en el caso sometido a su consideración, “en cuanto a la fijación de los honorarios en un porcentaje del remanente del precio de venta del lote objeto del rescate, se da por comprobado por el cruce de misivas, aceptado por la recurrida; y la comprobación por escrito de ese hecho, es principio de prueba por escrito en cuanto a la modificación del mismo convenio”. Es decir, que se permitió la incorporación al proceso de la deposición de testigos para comprobar la modificación de los honorarios pactados entre los litigantes.

4. El documento informático

Los autores, obviamente, no se refieren a la prueba electrónica o mensajes de datos, en razón de que para las oportunidades en que hicieron referencia a este requisito, no existía planteada esa posibilidad, es decir, que era algo inverosímil. La prueba electrónica ha conllevado un cambio radical en las relaciones humanas, lo que ha tenido influencia en el proceso, ya que cada vez más la tendencia es a suprimir el documento físico – por sustentabilidad ambiental - para ser reemplazados por registros contables, que son producidos y tramitados por medio de ordenadores, en los que permanecen archivados, por lo que se les ha considerado de manera genérica como documentos informáticos.

Es una innegable realidad que día a día se incrementa el intercambio de comunicaciones a través de los ordenadores, por lo que el documento electrónico tiene cada día más presencia en los procedimientos judiciales, bien como demostrativos de la asunción de obligaciones o la comprobación de la intencionalidad de las partes. Por ello, ha sido objeto de regulación de la que no ha escapado nuestro país, mediante la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en la que se regula esta clase de documento, inclusive, desde el ámbito probatorio. Si bien, ha tenido una mayor regulación supranacional lo referente a la normativa correspondiente a esta clase de comunicaciones, no se puede dejar de lado que desde el ámbito civil ha tenido un tratamiento que va a tener influencia en la vida y

47 Ramírez & Garay. *Jurisprudencia venezolana*. Editorial Ramírez & Garay. Caracas, Tomo 67, p. 336.

actividad de algunos litigantes.⁴⁸ Es decir, que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la citada Ley, a la prueba documental (informática) se le otorga la misma eficacia probatoria que al documento escrito. Por tanto, debe exigirse para los documentos electrónicos las mismas características que se exigen para el documento escrito; es decir, que emane de la parte a quien se le opone o de su apoderado, o de su representante, o de su causante; que el escrito goce de autenticidad o que esta se pruebe y la relación de causalidad que haga verosímil el hecho alegado.

Es de observar, que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con buen tino, ha extendido la eficacia probatoria de los mensajes de datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° de la ley en referencia, a los mensajes transmitidos por la telefonía móvil y otros equipos electrónicos, por lo que les otorga la misma eficacia probatoria y en consecuencia, podrían servir como principio de prueba por escrito para que el interesado promoviera la prueba de testigo.⁴⁹

Con respecto a la característica de que el documento emane de la parte a quien se opone o de su apoderado, o de su representante, o de su causante, debemos atenernos a lo dispuesto en el artículo 4 de la citada Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas,⁵⁰ que regula la promoción, control, contradicción y evacuación de los documentos electrónicos, y los equipara con la prueba documental. Por ello, de aportarse el documento impreso, no tendría eficacia alguna, salvo que el adversario lo acepte expresamente. En caso contrario, debería procederse a comprobar su autoría como si se tratara de una prueba libre, por mandato de la citada norma, para lo cual sería necesaria la ayuda de expertos, lo que comportaría comprobar la autoría y por ende su autenticidad.

48 El citado Decreto Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, en su exposición de motivos, al referirse al aspecto probatorio, expresa lo siguiente: “Eficacia Probatoria. A los fines de otorgar la seguridad jurídica necesaria para la aplicación del Decreto-Ley, así como la adecuada eficacia probatoria a los mensajes de datos y firmas electrónicas, en el artículo 4° se atribuye a los mismos el valor probatorio que la Ley consagra para los instrumentos escritos, los cuales gozan de tarifa legal y producen plena prueba entre las partes y frente a terceros de acuerdo a su naturaleza. Asimismo, todo lo concerniente a su incorporación al proceso judicial donde pretendan hacerse valer, se remite a las formas procedimentales reguladas para los medios de pruebas libres, contenidas en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. De esta forma, ha sido incorporado el principio de equivalencia funcional, adoptado por la mayoría de las legislaciones sobre esta materia y los modelos que organismos multilaterales han desarrollado para la adopción por parte de los países de la comunidad internacional en su legislación interna.

49 En efecto, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 390 del 22 de junio de 2016, sentó el criterio siguiente: “...*Ahora bien, observa esta Sala que el supuesto previsto en el artículo 4° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, se refiere a “Los Mensajes de Datos”, tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, más no a las copias simples o impresiones de publicaciones de una página web, y en consecuencia no se corresponden con mensajes de datos que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, que requieren la existencia de un emisor del mensaje y un receptor, como serían los correos electrónicos, los certificados electrónicos digitales de verificación o recepción de operaciones y mensajes de textos, emitidos vía internet, por teléfonos móviles celulares u otros equipos electrónicos como las denominadas tabletas...*” (Resaltado y cursivas de la Sala).

50 Ver nota 61

La característica relativa a que el escrito tenga relación de causalidad que haga verosímil el hecho alegado, debe cumplirse con lo antes expuesto, una vez demostrada la autoría del documento electrónico.

IV. Volantes

El volante, de acuerdo a la novena acepción que sobre dicho vocablo, hace el Diccionario de la Lengua Española, es una “hoja de papel, ordinariamente la mitad de una cuartilla cortada a lo largo, en la que se manda, recomienda, pide, pregunta o hace constar algo en términos precisos”;⁵¹ a dicha conceptualización, pensamos que debe agregarse que es un impreso, cuya distribución es realizada por individuos interesados, bien por convicción o contratados, directamente de mano en mano, a personas que transitan en las calles, cuyo contenido puede ser de índole diversa, como lo es el publicitario, informativo, institucional o personal. Dominici,⁵² pensaba que el principio de prueba por escrito podía estar contenido, entre otros, en un volante, independientemente de la forma y el objeto con que fue redactado, lo que nos parece acertado, ya que puede cumplir con los requerimientos legales, agregando la certeza de la autoría ya que quien ordena imprimir los volantes lo hace con la intención de difundir algún aspecto que individualiza al autor y si su contenido permite que el juez establezca la relación de causalidad, estimo que no habría problema para que sirviera de principio de prueba por escrito.

V. Otras manifestaciones

Ricci,⁵³ expresa que las anotaciones hechas por el deudor en sus registros privados constituyen contra él y contra sus herederos principio de prueba en lo relativo al débito anotado, independientemente de la diferencia que exista entre la cifra indicada en la anotación y la que el acreedor mantenga. Así mismo, un carta enviada, y la ejemplifica en el sentido de que el reclamante exhiba una carta dirigida a él, en la que se le solicite un préstamo que corresponda a la suma objeto de la reclamación. Pienso que debe entenderse anotaciones que favorezcan la posición del contrario, ya que de otra manera se podría estar en presencia de un fraude al crear el principio de forma artificiosa o engañosa, con la intención de llevar al proceso a un testigo.

Por su parte, Devis⁵⁴ señala como principio de prueba por escrito, entre otros los siguientes:

51 Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. <http://dle.rae.es/?w=retractaci%C3%B3n&origen=REDLE>. Consultado el 23 de octubre de 2016.

52 Dominici, A. *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Tomo 3–4, cit., p. 190

53 Ricci, F. *Tratado de Las Pruebas*. Tomo II, cit., p. 6.

54 Devis Echandía, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, cit., pp. 188-189.

- Cheque girado por el deudor y cobrado por el acreedor o negociado por éste. Entendemos que se refiere a un pago parcial de la deuda realizada por medio de un cheque y cobrado por el acreedor, o que entregado a éste un cheque procedió, por ejemplo, a endosarlo.⁵⁵
- Cualquier referencia que al pago esté contenida en un escrito. Obviamente que debe ser una referencia muy escueta, ya que de otra manera se estaría refiriendo de manera directa a la deuda y su monto, lo que constituiría una confesión y por ende plena prueba.
- Una carta o un papel doméstico escrito de puño y letra del deudor o firmado por éste. Es decir, se refiere a un documento ológrafo o que contenga una simbología de la autenticidad como lo es la firma. Obviamente que debe existir una referencia indirecta de la deuda, ya que si la referencia es directa sería una confesión.
- La confesión judicial de haberse recibido un pago, sin determinar su valor. Estimo que ello no podría considerarse, ya que si la declaración proviene del acreedor, simplemente estaría creando una prueba a su favor⁵⁶ para poder ingresar al proceso la prueba de testigos.
- El recibo de pago extendido a ruego del acreedor cuando no sabe o no puede firmar. Para ello, señala el citado autor, debe probarse el hecho del ruego y la autenticidad de la firma del rogado, con la declaración de éste y otras personas que lo hayan presenciado.⁵⁷

Denti,⁵⁸ al abordar el tema, se refiere a la legislación francesa en cuanto al principio de prueba por escrito, y afirma “que hace desaparecer los límites legales de admisibilidad de la prueba testimonial”, y señala que después de la reforma de 1942, el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil sanciona expresamente que la falta de comparecencia personal de la parte, o la negativa a responder, equivale a un principio de prueba por escrito a tenor del artículo 1347 del Código Civil (francés). Esto en Venezuela no podría aplicarse, en virtud de la inexistencia de una norma equivalente.

55 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 21 de junio de 1960, parcialmente reproducida en Bustamante Miranda, M. *15 Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia) Sala Civil, Mercantil y del Trabajo= 1959 – 1973*, cit., p. 177, manifiesta que el cheque puede constituir un principio de prueba por escrito que permitiría evacuar el testimonio de un testigo a fin de probar la existencia de la obligación reclamada. En efecto, en la aludida sentencia la Sala sentó el criterio siguiente: “*Con la caducidad del cheque perece la acción de regreso derivada de la emisión del mismo, pero no la acción ordinaria, emanada de la relación fundamental que pudiera existir entre las partes. En tal caso el cheque constituye un principio de prueba por escrito, pero por sí solo no es suficiente para demostrar la existencia de la obligación cuya causa habrá que establecer por otros medios, siendo en este caso admisible la prueba de testigos*”. De acuerdo a la compiladora el fallo de referencia está reproducido en la Gaceta Forense 28, Segunda Etapa, Pág. 290.

56 Lo que sería violatorio del principio de alteridad.

57 Sobre este aspecto, Devis cita una decisión de la Corte Suprema de Colombia de diciembre de 1925 y otra de marzo de 1946.

58 Denti, V. *Estudios de Derecho Probatorio*, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhar, Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, 1974, p. 104.

VI. Función del principio de prueba por escrito

1. *En relación con la prueba de las obligaciones*

La función del principio de prueba por escrito, en materia civil, con respecto a la prueba de las obligaciones, no es otra que permitir ingresar al juicio la declaración de testigos que puedan probar el nacimiento, la existencia o la extinción de una obligación cuya cuantía exceda del monto que la legislación vigente mantenga como límite⁵⁹.

2. *Para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes al tiempo o después de su otorgamiento*

En este supuesto, correspondiente a una de las prohibiciones a la que se refiere el artículo 1387 del Código Civil, también el principio de prueba por escrito, permitiría el ingreso de la declaración del testigo, a los fines de contrariar el contenido del documento.

3. *Con respecto a la prueba de la maternidad.*

Previamente, debe indicarse que estimamos que hoy en día, realmente, tiene muy poca o ninguna relevancia, habida cuenta de la existencia de pruebas técnicas y confiables que permiten determinar con certeza la filiación. Por ello, consideramos bastante improbable que se pretenda demostrar - en esta época - mediante la prueba de testigos la filiación materna.

VII. Aspectos procedimentales

Dominici,⁶⁰ señala que el escrito contentivo del principio de prueba por escrito debe ser reconocido por la parte a quien se opone o por sus herederos. Si fue escrita por otro individuo, a nombre de la parte, y si fuera reconocida por la parte o sus causahabientes debe reputarse que emana de la parte misma; sin embargo, la falta de reconocimiento haría que desapareciera el principio, por lo que sería ineficaz para aportar al proceso la prueba

59 El encabezamiento del artículo 1387 del Código Civil establece una limitación por la cuantía, para promover la prueba de testigo, está referida a materia civil, que hace ineficaz el testimonio para probar el nacimiento, la existencia o la extinción de una obligación cuya cuantía exceda actualmente de dos bolívares, aunque la redacción de la norma expresa dos mil bolívares, debe considerarse que la cantidad actual es la de dos bolívares por aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta contenida en el Decreto N° 5.229 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reversión Monetaria, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.638 de fecha 06 de marzo de 2007. La disposición Transitoria Cuarta, expresa lo siguiente: **“Cuarta:** Las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, providencias, circulares, instrumentos o actos administrativos de efectos generales y/o particulares, así como en decisiones judiciales, instrumentos negociables, u otros documentos que produzcan efectos legales que hayan sido dictados y/o entrado en vigor, según el caso, antes del 1° de enero de 2008, deberán ser convertidas conforme a la equivalencia prevista en el artículo 1° del presente Decreto-Ley. De igual modo, el papel sellado, los timbres fiscales, estampillas y/o sellos postales, así como cualquier otra especie valorada en bolívares actuales deberán ser utilizados hasta su agotamiento, entendiéndose su valor a partir del 1° de enero de 2008, conforme a la equivalencia establecida en el artículo 1° del presente Decreto-Ley”.

60 Dominici, A. *Comentarios al Código Civil Venezolano. Tomo 3-4*, cit., p. 191

de testigos. Le niega la posibilidad de que para verificar si el escrito emana de la persona a la que se atribuye se pueda usar la prueba de testigos, y afirma que se caería en un círculo vicioso, permitiendo la prueba prohibida para dar lugar a lo mismo que se prohíbe.

Evidentemente que lo aseverado por Dominici tiene vigencia, pero estimo que podrían presentarse las situaciones que se describen de seguidas. Debe observarse, en nuestro criterio, que es necesario que el documento conste en autos para el momento de la promoción del testigo o acompañarlo en la misma oportunidad de ofrecer al proceso la prueba de testigos, a fin de que pueda ser examinado por aquel a quien se le opone y por el juez. El primero para que lo acepte expresa o tácitamente o para que lo impugne; el segundo, para que determine si cumple o no con las condiciones señaladas precedentemente.

En relación con el reconocimiento⁶¹ o desconocimiento de dicho principio de prueba por escrito, pueden ocurrir los supuestos siguientes:

- a) Si no se impugna, y el Juez estima que hay un razonable nexo de causalidad, procederá a admitir al testigo y a fijarle oportunidad para que declare. Esta posibilidad no abarcaría los casos en que se presente un documento que no esté firmado por el contrario, aunque no sea desconocido, por ejemplo un mensaje de dato impreso.⁶² En el caso de que esté suscrito por una persona distinta a aquel a quien se le atribuye, pero que no sea su representante o su causante, y opuesto no se impugne oportunamente, el juez debería admitir el testigo promovido.
- b) Si se desconoce, pueden ocurrir dos situaciones a saber: la primera de ellas, es que el Juez niegue la admisión del testigo, por no haber certeza de que el escrito haya emanado de aquel a quien se le opone o de su representante; la segunda de ellas, es que el promovente del testigo insista en la evacuación de éste, y paralelamente promueva un cotejo⁶³ a fin de establecer la autenticidad del escrito aportado en autos, caso en el cual estimamos que el Juez debe admitir el testigo, sustanciar dicha prueba, y determinará si le otorga o no eficacia a su declaración con vista del resultado del cotejo, con lo cual se preservaría no solo el derecho a la defensa del

61 Dominici, A. *Comentarios al Código Civil Venezolano. Tomo 3-4*, cit., p. 191. Para Dominici, la falta de reconocimiento del principio de prueba conlleva su desaparición, señalando la imposibilidad de probar que emanó de aquel a quien se le opone, por medio de testigos, ya que según su criterio se caería en un círculo vicioso, permitiendo la prueba prohibida para dar lugar a lo mismo que se prohíbe.

62 De conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto con fuerza de Ley no 1.204 de fecha 10 de febrero de 2001, de *Mensaje De Datos Y Firmas Electronicas*, que dispone: "**Artículo 4°:** Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas". Realmente, las copias simples de documentos privados no tienen eficacia alguna, ya que a los que se consideran fidedignos son a las copias de los documentos públicos, a los reconocidos o tenidos como tales, de conformidad con lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo, el artículo 1374 del Código Civil no les concede eficacia a las cartas misiva que no estén firmadas por aquel a quien se le atribuyan, salvo las que sean escritas por el autor.

63 El cotejo tiene como finalidad tratar de probar la autenticidad de un instrumento. Su sustanciación está prevista en los artículos 444 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

promoviente sino también su derecho a la prueba.⁶⁴

- c) Finalmente, podríamos señalar aquellos casos en que no aparece firma de aquel a quien se le atribuye, pero al pie del documento aparece estampada su huella dactilar⁶⁵ o un volante en el que se participe o anuncie alguna actividad y que cumpla con las exigencias a las que se hecho referencia supra, supuestos en los cuales debería dársele entrada al testigo al proceso.

Obviamente, si el testigo depone dentro de la oportunidad procesal establecida para ello, corresponderá al juez examinar la declaración, y procederá a otorgarle o no eficacia probatoria, aplicando las reglas establecidas en la ley,⁶⁶ a lo que se hará referencia de seguidas.

VIII. La eficacia probatoria del testigo evacuado y del principio de prueba por escrito

Un aspecto relevante en la existencia del principio de prueba por escrito, es que usualmente existe un solo testigo, ya que no es probable que por la informalidad de la negociación que se haya celebrado entre los litigantes, o el compromiso que hayan asumido, se hubiese realizado ante la presencia de varias personas. Por ello es que los casos en lo que

64 “El derecho a la prueba” implica que se admita toda aquella prueba que propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. Sobre estos aspectos, es decir el derecho a la defensa y el derecho a la prueba, puede revisarse la obra de Pico, Joan, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, J.M. Boch Editor, Barcelona, 1996, y el trabajo de Yannuzzi Rodríguez, S. “El Derecho a la Prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Constitución, Proceso, Pruebas y Reforma Procesal*, Editorial Horizonte, Barquisimeto, 2012.

65 Estampar la huella digital al pie de un documento fue común en Venezuela hasta un poco más de la mitad del siglo XX, en razón del alto índice de analfabetismo existente. Para el año de 1936, se calculaba que más del 80% de la población era analfabeta absoluta. Por ello, en el primer Estatuto de Menores que se promulgó en Venezuela se previó que para el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, y en el caso de que el padre no supiera firmar que estampara la huella digital, como forma de darle autenticidad al acto. Posteriormente, de acuerdo al censo de 1950, la tasa de analfabetismo para la población de 10 años y más era de 48.9% para situarse en el censo del 2001 en 6.4%. Sin embargo, curiosamente en la Ley del Registro Público y del Notariado se faculta al Notario para “autenticar huellas digitales” (Artículo 75.17). También el artículo 82 de dicha Ley, dispone que el otorgante que estuviere impedido para suscribir un documento notarial con su firma, lo hará a ruego y estampará su huella digital al pie del documento y el Notario dejará constancia en el acto. Por otra parte en las regulaciones para la adquisición de teléfonos móviles, también se exige que se estampe la huella digital. Adicionalmente, por Resoluciones de la Dirección de Registro y Notarías del Ministerio para el Poder Popular del Interior y Justicia los Registradores y Notarios deben hacer estampar, a los otorgantes, las huellas digitales en la oportunidad del otorgamiento del documento. Es práctica usual de las Instituciones Financieras exigir que se estampen las huellas digitales en transacciones bancarias, solicitudes, etc. Por ello, si apareciera un documento con una huella dactilar y se le opusiera al contrario, sin impugnarlo, podría utilizarse como principio de prueba por escrito.

66 El juez debe en la valoración del testigo aplicar el dispositivo del artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, que es considerada regla de valoración de la prueba de testigo.

se cuenta con un principio de prueba por escrito, el juez se va a encontrar, comúnmente, con la deposición de un solo testigo, al que debe proceder a apreciar a fin de otorgarle o no eficacia probatoria.

En ese sentido, se ha procedido a catalogar a dicho testigo como “testigo singular”, descripción con la que no comulgamos. En efecto, se ha venido haciendo una distinción en materia de la prueba de testigos, en el sentido de que hay quienes señalan que el testigo singular es único en lo que declara, y la doctrina jurisprudencial le ha otorgado eficacia probatoria,⁶⁷ con lo que se abandonó la regla existente de valoración del testigo, basada en el principio *testis unus testis nullus* o “testigo único, testigo nulo”; mientras que para otros, el testigo singular, corresponde a una categoría en que solamente conoce una parte de los hechos y que la declaración de dos o más testigos singulares complementarían el objeto de la declaración.⁶⁸ Por ello, a los fines de identificar a la persona que ha percibido los hechos objeto del debate, nos inclinamos por la denominación de “testigo único”, que nos parece más adecuada, para identificar al deponente que, con exclusividad, conoce los hechos.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ha seguido con la tendencia de la antigua Corte y ha considerado que debe otorgársele eficacia al testigo único, siempre y cuando el operador de justicia considere que su deposición es suficiente para demostrar el hecho que se discute en el proceso.⁶⁹

67 La jurisprudencia de la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo esta tendencia, así tenemos que en sentencia del 11 de Enero de 1960 (Gaceta Forense 27, 2ª. Etapa. Imprenta Nacional. Caracas. 1961. Pág.7), señaló que “el principio según el cual un testimonio (sic) singular no vale como plena prueba, no rige actualmente en nuestro sistema de derecho procesal civil”. Decisión reiterada en sentencia del 17 de Abril de 1963. En sentido similar existen decisiones de dicha Sala del 28 de Marzo de 1.960 (Gaceta Forense 27, 2ª. Etapa. Imprenta Nacional. Caracas. 1961. Pág.198), reiterada el 30 de Octubre de 1963; del 31 de Mayo de 1960 (Gaceta Forense 28, 2ª. Etapa. Imprenta Nacional. Caracas. 1961. Pág.168); del 13 de Diciembre de 1.962 (Gaceta Forense 38, 2ª. Etapa. Imprenta Nacional. Caracas. 1963. Pág. 245), reiterada el 06 de Febrero de 1964, el 02 de Julio de 1964 y el 28 de Junio de 1967.

68 Particularmente esta tendencia nos parece más acertada para definir al testigo singular.

69 En efecto, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia proferida el 20 de agosto de 2004, juicio seguido por Mireya Torres de Belisario contra José Román Belisario López, reiteró el criterio siguiente: “... Si bien es cierto que en el examen de la prueba testifical los jueces deben apreciar si las declaraciones concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y la confianza que le merezca el declarante por su edad, vida, costumbres, profesión y demás circunstancias; no lo es menos que en nuestro derecho el testigo único es idóneo para demostrar los hechos alegados en la demanda, siempre y cuando lo declarado le merezca fe y confianza al sentenciador y éste no sea inhábil para actuar en el proceso, lo que quiere decir que la valoración de la referida prueba queda al prudente arbitrio del juez.

Así lo estableció esta Sala en sentencia dictada el 17 de noviembre de 1988 (caso: Abelardo Caraballo Klei c/ Barbara Ann García de Caraballo) en la que se expresó lo siguiente: “...La doctrina de casación considera, en primer lugar que los únicos límites a la facultad de apreciación de la prueba de testigos, dentro del contexto del artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, son aquellos que resultan de las disposiciones legales expresas, tales como las que precisan el monto de las obligaciones que pueden ser probadas por testigos, o exigen formalidades específicas o limitan la admisión de la prueba. Por lo demás, la apreciación de la prueba de testigos deberá hacerse según las reglas de la sana crítica, **de lo que se sigue que el testimonio único pueda**

Sin embargo, en la sentencia proferida el 25 de enero de 1954, la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Federal y de Casación, decidió que “la apreciación del documento que constituya el principio de prueba por escrito, al tenor de lo dispuesto en el artículo mencionado (1392), no puede hacerse aisladamente sino en conexión con la prueba de testigos a la cual sirve aquella de apoyo o soporte”.⁷⁰ No compartimos el criterio de referencia, ya que como se apuntó precedentemente, simplemente el principio de prueba por escrito debe tener relación con el hecho que se quiera probar por medio de testigos, y si bien está ligado a la promoción de la prueba de testigos, no podría estimarse de manera conjunta, ya que la declaración del testigo es absolutamente independiente al documento que contenga el principio de prueba, ya que no emanó de él, por lo que la deposición del testigo podría probar el hecho, como podría no hacerlo, por ello estimamos que debe examinarse la declaración independientemente del contenido del documento que ha servido de catapulta para impulsar el testigo al proceso, ya que posiblemente hasta el testigo desconozca la existencia de dicho documento. Tampoco el testigo debe ratificar el documento contentivo del principio de prueba por escrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil,⁷¹ por no haber emanado de él.

constituir plena prueba, siempre que después del cuidadoso análisis que impone la valoración de este medio probatorio, el juez se encuentre convencido de que los hechos ocurrieron en la forma cómo los ha narrado el declarante. En este sentido, el juez estimará cuidadosamente los motivos o razones que tuvo el testigo por su profesión, edad, vida y costumbres...”. Esta Sala, en sentencia del 12 de junio de 1986, publicada en el Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Oscar R. Pierre Tapia, Volumen 6, junio de 1986, pág. 110, que una vez más se reitera, al referirse al valor probatorio del testigo único o singular, expresó lo siguiente: “El testigo único o singular es admitido en nuestro derecho y constituye plena prueba, cuando es idóneo y merece fe su declaración, y así lo ha establecido la jurisprudencia de este Corte al afirmar “que el testigo único no es motivo de desecamiento, sino más bien de apreciación”. (Negritas y Subrayado de la Sala).

La Sala acoge el criterio jurisprudencial citado, y considera que el juez superior erró en la interpretación de los artículos 507 y 508 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto en vez de apreciar la deposición del único testigo evacuado en el proceso, estableció que había “... imposibilidad de adminicular la declaración del único testigo que consta a los autos a los demás elementos probatorios que son inexistentes, por cuanto tal medio probatorio constituye la única prueba...”.

El sentenciador no tomó en consideración que de haber apreciado la deposición de la única testifical, hubiera podido determinar si lo declarado por el testigo, le merecía fe o confianza por haber dicho la verdad, y de esta manera podría haber determinado si la prueba fue plena en la demostración de los hechos alegados por la actora en el libelo de la demanda.

Debió el sentenciador al expresar las razones jurídicas por las cuáles desechó al testigo único; indicar si lo hizo porque el declarante es inhábil o no le merece fe ni confianza.

Tal infracción fue determinante del dispositivo del fallo, por cuanto al desechar la prueba testimonial evacuada satisfactoriamente en el proceso, el juez consideró que la actora no pudo demostrar los hechos constitutivos de su pretensión con lo cual no tomó en cuenta que en Venezuela la doctrina y jurisprudencia admiten la apreciación del testigo singular, tal como se estableció anteriormente. ...”

70 Gaceta Forense 3, 2ª. Etapa, Imprenta Nacional. Caracas. 1955. Pág. 279.

71 El texto del artículo es el siguiente: “Artículo 431 *Los documentos privados emanados de terceros que no*

Por ello, la apreciación por parte del juez, en cuanto a la credibilidad del testigo, corresponde al ámbito de su soberanía, por lo que se ha venido estableciendo de manera pacífica que escapa del control de la casación, a menos que la falta que se le impute a la sentencia sea denunciada invocando alguno de los supuestos de suposición falsa por error de juzgamiento, o que no se hayan cumplido con las condiciones de modo, tiempo y lugar que deben cumplirse para la formación e incorporación de la prueba de testigo.⁷²

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto, concluimos en lo siguiente:

1. Que el principio de prueba por escrito debe emanar de aquel a quien se le opone, o de su causante, o de su representante, o de su apoderado.
2. Que debe tenerse certeza de la autoría, así no esté firmado el documento que lo contiene.
3. Puede desprenderse de las enunciaciones indirectas de documentos otorgados para un negocio cuyo objeto sea diverso.
4. El juez es soberano para establecer la relación de causalidad.
5. La finalidad del principio de prueba por escrito es permitir ingresar al juicio la deposición de testigos que comprueben el hecho.
6. El juez no tiene que hacer la apreciación conjunta del principio de prueba por escrito y la declaración del testigo.
7. La eficacia probatoria del testigo corresponderá otorgarla soberanamente al juez, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley Adjetiva.
8. Aunque es posible que para comprobar la filiación materna se pueda promover la prueba de testigos, siempre que existan documentos de familia, registros o cartas privadas de los padres, estimamos que ello debe hacerse mediante experticias heredo – biológicas que den una mayor certeza del hecho.

son parte en el juicio ni causantes de las mismas, deberán ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial”.

72. En ese sentido puede consultarse la sentencia 707 dictada por la Sala de Casación Civil, en fecha 28 de octubre de 2005, mediante la cual la Sala reitera el criterio de de la soberanía del juez en la apreciación del testigo y su determinación. Igualmente, dictaminó que escapa del control de la Sala el análisis de las declaraciones rendidas, pues implicaría inmiscuirse en funciones propias de los jueces de instancia, con lo cual reafirmó decisiones anteriores. Sin embargo, en esta sentencia, la Sala modifica el precedente de que solo podía inmiscuirse en los casos de suposición falsa, para ampliarlo a aquellos casos en que no se hayan cumplido con las condiciones de modo, tiempo y lugar que deben cumplirse para la formación en incorporación de la prueba de testigo.

GONZALO PARRA-ARANGUREN

Eugenio Hernández-Bretón¹

Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium, in tali religione volumus versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad hunc ab ipso insinuata declarat ..., **Codex, 1.1.1 (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA, Edictum ad populum urbis Constantinopolitanae de 28 de febrero de 380)**

Creo que yo no había cumplido 15 años de edad cuando encontré en la biblioteca de mi padre un libro de tapa dura y azul, en cuyo texto se alternaban páginas escritas en alemán y en castellano. El autor de ese libro fue *Ein qualifizierter junger venezolanischer Jurist*.² Ese “joven venezolano, de calificadas dotes jurídicas” se convertiría para muchos otros venezolanos en un gran ejemplo a seguir, como profesor universitario, como abogado, como hombre, como venezolano. Por ese tiempo había comenzado yo de niño a aprender alemán y sin duda ese encuentro fue una razón muy importante que me llevó -sin yo saberlo- a seguir sus pasos y a doctorarme en Alemania unos años después y a dedicarme al Derecho Internacional Privado.

-
- 1 Jefe de Cátedra y Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica Andrés Bello, en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Monteávila
 - 2 Parra A., Gonzalo E., *Die Regel ‘Locus regit actum’ und die Formen der Testamente (La Regla ‘Locus regit actum’ y la forma de los testamentos)*, Druckerei Holzinger, München, 1955. La cita está tomada del *Vorwort* (Prólogo) escrito por el tutor de la tesis doctoral, el profesor Dr. Murad Ferid, entonces Presidente del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Munich. El título de la tesis doctoral se expresa de manera diferente en el diploma (*Urkunde*) de Doctor en Derecho expedido el 8 de agosto de 1955 por la Universidad de Munich, en el cual se lee: *Der Grundsatz ‘locus regit actum’ und die Formen der Testamente*, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P-2, folio 479, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

Fue un trabajador incansable, un investigador inagotable, un lector de todo lo leíble, autor de la más amplia y variada obra de Derecho Internacional Privado publicada en lengua castellana en los últimos cincuenta años. Fue un muy digno representante y jefe de las delegaciones venezolanas que asistieron a las reuniones de la etapa estelar de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional celebradas entre 1975 y 1994, así como también representante venezolano ante la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³ y ante el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*). Dos veces dictó clases en la Academia de La Haya, incluyendo el muy prestigioso *Curso General*.⁴Fue el *Rapporteur* autor del informe preliminar y del informe explicativo del Convenio relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993.⁵Por derecho propio fue miembro pleno del *Institut de Droit International* y de otras organizaciones internacionales que reconocieron sus muy notables méritos. Junto con Roberto Goldschmidt y Joaquín Sánchez-Covisa conformó la comisión que -entre 1958 y 1965-preparó el proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado que, luego de los ajustes y actualizaciones correspondientes en las que él mismo participó, se convirtió en Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998⁶ y que ha servido de modelo para leyes similares en otros países, como la República Dominicana.⁷ La redacción de las disposiciones sobre nacionalidad venezolana de la Constitución de 1961 fueron obra suya junto con Sánchez-Covisa. Su nombre de autoridad en todos los foros internacionales hizo de Venezuela una referencia obligada para orgullo de la Academia y de la Universidad venezolanas. Fue el más universal de los juristas venezolanos de las últimas décadas.

3 Droz, Georges A. L. “La participation des pays de l’Amérique Latine dans la Codification du Droit International Privé a la Conference de La Haye”, en *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado*, Universidad Complutense de Madrid, 1997, Madrid, p. 25 y s., 42.

4 Parra-Aranguren, Gonzalo “Recent developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America”, en *Recueil des Cours*, No. 164, 1979, p. 55 y ss. Su *Curso General* de 1988 fue publicado en castellano bajo el título *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas Selectos*, cuya tercera edición revisada fue publicada por la UCV en 1998.

5 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Informe explicativo del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, No. 94, 1995, 109 y ss.

6 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Intervención en el acto del 6 de agosto de 1998”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, No. 110, 1998, p. 193 y ss.

7 Ley No. 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014, *Gaceta Oficial de la República Dominicana*, 18 de diciembre de 2014, p. 20 y ss.

Al culminar sus estudios de bachillerato en el Colegio San Ignacio de Loyola de Caracas, ingresó a la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en donde se doctoró el 1° de febrero de 1951,⁸ con mención *summa cum laude*.⁹ Fue en esa universidad que aprendió las “ideas básicas de Derecho Internacional Privado de esa extraordinaria persona que fue el doctor Lorenzo Herrera Mendoza”.¹⁰ Luego de los trámites de grado, viaja a Ann Arbor, estado de Michigan, para realizar estudios del idioma inglés. Pero el frío y la nieve, mucho más de lo que pudo tolerar, lo obligan a buscar opciones en la ciudad de Nueva York. Al poco tiempo ingresa en la Escuela de Derecho de la *New York University* y en 1952 recibe el título de *Master in Comparative Law and Jurisprudence*. Inmediatamente se radica en Munich, Alemania, en cuya universidad recibe el Doctorado en Derecho, mención *cum laude*.¹¹ Al regresar a Venezuela se reincorpora a la Universidad Central de Venezuela, primero como Asistente en el Instituto de Derecho Privado¹² y posteriormente como profesor de Derecho Internacional Privado “con carácter interino suplente” en la sección B,¹³ hasta alcanzar el grado de profesor titular de Derecho Internacional Privado en 1962.¹⁴ Los inicios de

8 Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P-2, folio 478, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

9 Su tesis doctoral lleva por título *El concepto de fundación*, sin publicar, Caracas, 1950.

10 Parra-Aranguren, Gonzalo, “El ‘Sistema de Derecho Romano Actual’ de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB, No. 49, 1994, p. 127 y ss., 225

11 El trabajo escrito fue examinado por los profesores Dr. Murad Ferid (Tutor y Referente) y el Dr. Mariano San Nicolás (Co-referente y Decano de la Facultad de Derecho). El jurado examinador para la prueba oral, realizada el 23 de febrero de 1955, estuvo integrado por los profesores Dr. Theodor Maunz, Dr. Rudolf Pohle y Dr. Murad Ferid.

12 Comunicación del Consejo Académico de la Facultad de Derecho de 15 de noviembre de 1955. La designación fue efectiva a partir del 1° de octubre de 1955, por disposición del Presidente de la República y por Resolución del Ministro de Educación, No. 1090 de 7 de noviembre de 1955, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P, folio 9, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

13 Comunicación del rector Emilio Spósito Jiménez de 31 de octubre de 1956, Resolución No. 879 de 17 de octubre de 1956, efectiva a partir de 1° de octubre de 1956, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P, folio 7, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

14 Oficio No. 797 de 24 de junio de 1964, suscrito por el Decano de la Facultad de Derecho de la UCVDr. José Guillermo Andueza, informando que el Consejo Universitario en sesión de 15 de junio de 1964, aprobó el ascenso al rango de Profesor Titular I para el 1° de octubre de 1962, “con efectos administrativos a partir del 1° de enero de 1964”, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P-2, folio 289, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. En el Informe al Consejo de Facultad relativo al Dr. Gonzalo Parra-Aranguren con motivo de su solicitud de jubilación se menciona que alcanzó el rango de Profesor Titular III con efecto al 1° de octubre de 1970, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P-2, folio 291, Archivo del Departamento de Recursos Humanos

su vocación docente se encuentran, sin embargo, en sus años de estudiante de Derecho cuando se desempeñó sucesivamente como Ayudante *ad-honorem* del Pre Seminario de Derecho¹⁵, Ayudante en el Instituto de Pre Seminario¹⁶, Jefe de Trabajos Prácticos en la cátedra de Derecho Civil I¹⁷, Sección “B”¹⁸ y Jefe de Trabajos Prácticos en la cátedra de Derecho Civil I y II, Sección “B”¹⁹. Le fue acordada su jubilación en la UCV “a partir del 3 de febrero de 1978”²⁰ A pesar de ello, a requerimiento del Decano continuó “con las cátedras de los Quintos Años, Secciones ‘A’ y ‘C’.”²¹ Ejerció la docencia hasta 1996 tanto en la UCV como en la Universidad Católica Andrés Bello, en donde le correspondió fundar la cátedra de Derecho Internacional Privado en 1958. Su impecable presencia, su clara exposición y su infaltable puntualidad caracterizaron su actividad universitaria.

Desde 1958 y por más de quince años se desempeñó con brillantez como Juez Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial

de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Había solicitado su jubilación el 29 de octubre de 1977, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P-2, folio 292, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

- 15 Comunicación del decano Germán Suárez Flamerich, nombramiento efectivo a partir de 29 de octubre de 1947, Sesión del Consejo de Facultad de 27 de octubre de 1947, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P, folio 2, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 16 Comunicación del rector Santiago E. Vera Izquierdo de 8 de abril de 1948, nombramiento efectivo a partir de 16 de marzo de 1948, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P, folio 3, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 17 Comunicación del rector Julio de Armas de 24 de marzo de 1949, nombramiento efectivo a partir de 1º de febrero de 1949, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P, folio 4, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 18 A cargo del profesor Dr. Octavio Andrade Delgado. La sección se dividía en dos grupos, el Grupo No. 1 se reunía los lunes de 2 a 3 pm y el Grupo No. 2 los martes a la misma hora, ambos en el Salón de Trabajos Prácticos, ver Horario de Clases- Año 1950-51, 1er. Semestre, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 3, 1950, p. 55 y ss., 58.
- 19 Comunicación del Vicerrector encargado del Rectorado Juan Francisco Stolk de 22 de noviembre de 1949, nombramiento efectivo a partir del 10 de septiembre de 1949, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P, folio 5, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 20 Oficio del Consejo Universitario No. 224 de 8 de febrero de 1978, que dirige el Dr. Gustavo Díaz Solís, Secretario de la UCV, al Dr. José Alberto Zambrano, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P-2, folio 299, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Al folio 427 corre el Oficio No. CU-1135 de 21 de junio de 1978, que con el mismo propósito dirige el Secretario de la UCV, Dr. Gustavo Díaz Solís al Dr. Gonzalo Parra-Aranguren.
- 21 Comunicación del Decano Dr. José Alberto Zambrano de 17 de marzo de 1978, Expediente Parra A., Dr. Gonzalo, 101-P-2, folio 313, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

del Distrito Federal y estado Miranda. Sus decisiones en los casos *Aloise B. Heath, John W. Buckley, James L. Buckley* y *Caroll Dean Reasoner contra Pancoastal Petroleum Company* y *Venezuelan Atlantic Refining Company*,²² *Adriática Venezolana de Seguros*,²³ *Napoleón Jesús Quintana contra Salomón Sión*,²⁴ *Lempco International, Inc. contra Germán Alex Heath Tovar*,²⁵ *Francisca Chivas Ribes contra José Rodríguez y Dr. Marcos Germán Ortiz*²⁶ y *Quiebra de la C.A. Canal Once Televisión*,²⁷ entre otras tantas, son modelo para los jueces de todos los tiempos. Su labor como conjuer y magistrado suplente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia fue testimonio de dedicación a sus labores. Desde 1996 y durante doce años se desempeñó como magistrado de la Corte Internacional de Justicia, habiendo ejercido con gran dedicación sus nuevas funciones judiciales.²⁸ Fue un hombre fundamentalmente justo. Tuve el honor de que me recibiera en su Despacho de Magistrado y el privilegio de tenerlo, junto con su hija María Josefina, como alumnos en la conferencia inaugural que dicté en mi curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya en julio de 2004. No pude sentirme más honrado.

Su obra científica se extiende a miles de páginas²⁹. Desde su tesis doctoral en Alemania y su primer artículo³⁰ y su primer libro³¹ publicados en Venezuela demostró un amplísimo conocimiento de las más profundas raíces históricas y sociológicas de las instituciones jurídicas, lo cual le daba un particular toque a sus escritos. Fue un hombre sabio en el sentido más culto de la palabra sabio. Con sus acuciosos y meticulosos trabajos nos enseñó solo a pensar en los más difíciles problemas del Derecho Internacional Privado sino a investigar hasta el

22 De 17 de septiembre de 1959, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 18, 1959, p. 189 y ss.

23 De 15 de mayo de 1961, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 21, 1961, p. 287 y ss.

24 De 29 de septiembre de 1966, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 33, 1966, p. 167 y ss.

25 Sin indicación de fecha, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 45, 1970, p. 224 y ss.

26 De 17 de julio de 1969, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 136, julio-diciembre 1969, p. 246 y ss.

27 De 12 de marzo de 1970, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 137, enero-junio 1970, p. 233 y ss.

28 Isidro Morales Paúl, "Discurso en honor al Dr. Gonzalo Parra-Aranguren con motivo de su elección como Magistrado de la Corte Internacional de Justicia de La Haya", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 133, julio a diciembre 1996, p. 35 y ss., y el "Discurso de Contestación de Gonzalo Parra-Aranguren en el acto de homenaje que le rindió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el mismo *Boletín*, p. 59 y ss.

29 Ver la bibliografía que se inserta en los textos citados en la nota 27.

30 "Los derecho sucesorales del cónyuge sobreviviente", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 9, 1956, p. 41 y ss.

31 *La nacionalidad venezolana originaria*, UCV, Caracas, 1964, Tomos I y II.

detalle. Nadie mejor que él para buscar los antecedentes de las instituciones. Sus alumnos y amigos le dedicamos un hermoso libro homenaje en varios tomos que fueron editados por su hermano Fernando.³²Fue siempre crítico de la realidad nacional, por ello decía que su labor como escritor de temas jurídicos constituyó “inapreciable válvula de escape y una profunda fuente de energías para impedir el efecto destructor de la frenética vida venezolana de las pasadas décadas; porque sólo es posible sobrevivir con una inmensa capacidad de olvido cuando en un país se produce una inversión tan dramática de todos los valores espirituales”³³.

Sintió la venezolanidad desde los inicios de la empresa republicana y con gran afán se esforzó en descubrir documentos que nos permitieran entender nuestra misión como venezolanos. Muchos fueron sus trabajos sobre la nacionalidad venezolana, cita obligatoria para quien pretenda entender esta materia hoy tan mancillada.³⁴Al rendir el panegírico de su Maestro el Dr. Lorenzo Herrera Mendoza, a quien le correspondió suceder en el sillón número 29 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, escribió: “en las diferentes actividades que me ha deparado la existencia, he comprendido la importancia de las investigaciones históricas y conforme a ininterrumpida tradición familiar pretendo cumplirla en el campo de las ciencias jurídicas (...) ya que sólo a través del pasado es posible entender los preceptos legales en sus circunstancias de tiempo y lugar; únicamente por esta vía podremos conocer los varones ilustres que nos han precedido, y al rendirles homenaje póstumo es que sentiremos con toda intensidad el profundo orgullo de ser venezolanos”³⁵.

Le tocó nacer en Caracas el cinco de diciembre de 1928, a las tres de la mañana, en la casa número 124, situada en la calle Sur Cinco y sus padres fueron

32 Parra-Aranguren, Fernando (Editor), *Ley de Derecho Internacional privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenajes No. 1, Caracas, 2001, cuatro volúmenes. Un quinto volumen bajo el título de “*Addendum 2001*” fue publicado en 2002.

33 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Palabras Introdutorias”, en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, UCV, Caracas, 1982.

34 Ver nota 25, así como su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales *La Constitución de 1830 y los venezolanos por naturalización*, UCV, Caracas, 1969 y sus trabajos recogidos en su libros *La nacionalidad venezolana I: Antecedentes Históricos*, UCV, Caracas, 1983, *La nacionalidad venezolana II: Problemas Actuales*, UCV, Caracas, 1983 y *La influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer en la legislación venezolana*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 12, Caracas, 1983; “La naturalización fraudulenta en la legislación venezolana”, en Fernando Parra-Aranguren (Editor), *Estudios de Derecho Público, Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Colección Libros Homenaje No. 3, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, p. 83 y ss.

35 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 38, octubre 1968 a marzo 1969, p. 149 y ss., 171.

el eminente juriconsulto e historiador profesor Dr. Caracciolo Parra León³⁶ y doña Josefa Consuelo (Josefina) Aranguren de Parra.³⁷ Casó con la Dra. María Trinidad Pulido Santana, “quien en medio a las dulzuras del hogar le ha estimulado en el anhelo de acrecentar sus conocimientos en la edificante Ciencia del Derecho” y le acompañó en todas sus tareas.³⁸

En sus escritos dejó constancia del “*progresivo deterioro de nuestro acontecer jurídico (que) se ha proyectado también, con incalculables dimensiones, en otros sectores de la vida ciudadana: la corrupción administrativa ya no constituye el fantasma aterrador que los Padres de la Patria pretendieron extirpar en sus raíces más profundas; por el contrario, las últimas décadas han traído consigo su completa democratización, en seguimiento de oscuras enseñanzas propaladas, sin el menor recato, desde los nuevos centros del poder. En consecuencia, los inmensos caudales públicos acumulados en épocas anteriores y los exorbitantes ingresos del Fisco han sido incapaces para satisfacer ansias infinitas de tortuoso enriquecimiento; y la inevitable pero transitoria escasez de los recursos impuso a este País extraordinario un vergonzoso sistema monetario de cambios diferenciales, como oscuro y siniestro homenaje de nuestras máximas autoridades para continuar conmemorando, con toda alegría, el Segundo Bicentenario del Nacimiento de El Libertador, Simón Bolívar*”³⁹.

Sin buscar reconocimientos ni homenajes, calladamente pero con el valor de los grandes hombres no dejó de expresar su pesar ante los desafueros que nos han aquejado como país durante las últimas décadas, expresándose con palabras que no pierden actualidad hoy en medio de la algarabía bolivariana, que tampoco ha sabido homenajear la memoria de Bolívar ni las fechas bicentenarias de la Independencia venezolana, haciendo del país más que nunca antes una comarca empeñada a las nuevas potencias imperialistas: “*dentro de algunos meses llegará a su*

36 Ver Briceño Iragorry, Mario, *Trajectoria y tránsito de Caracciolo Parra* y Tomás Polanco Alcántara, *Conversaciones sobre un joven que fue sabio (Semblanza del Dr. Caracciolo Parra León)*, Universidad Católica Andrés Bello, Cátedra Fundacional Caracciolo Parra León, 2004.

37 La partida de nacimiento aparece inscrita al folio 216 vto., Acta No. 432 del Libro de Registro Civil de Nacimientos durante el año 1928, llevado por la Jefatura Civil de la parroquia Santa Rosalía, Departamento Libertador del Distrito Federal. La partida fue expedida el 8 de diciembre de 1928, fue suscrita por Luis Guerra Bello, Primera Autoridad Civil de la citada parroquia, por el presentante Dr. Caracciolo Parra León y por los testigos Eladio Torres y Francisco Seijas.

38 Carlos Morales, “Contestación del Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Dr. Gonzalo Parra-Aranguren”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 38, octubre 1968 a marzo 1969, p. 173 y ss., 180.

39 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Página Introdutoria”, en *La influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer en la legislación venezolana*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 12, Caracas, 1983, p.4.

apogeo la secuela de festejos conmemorativos del segundo centenario del nacimiento del General Simón Bolívar, Libertador de Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia: es causa legítima de orgullo para mi poder contribuir con esta publicación al digno recordatorio de su memoria, siempre presente con dolorosa nostalgia entre nosotros, los venezolanos; y hubiera deseado también presenciar un homenaje esplendoroso de la Nación entera, en especial de los grupos políticos en funciones de gobierno durante los últimos veinticinco años. Ahora bien, no constituye motivo alguno de regocijo la sombría imagen de un querido país, acosado por acreedores insatisfechos a pesar de los incalculables recursos económicos ingresados en las muy poco guarecidas arcas del Tesoro Nacional; y una realidad tan insólita, incomprensible para la mayoría de los espíritus ingenuos, necesariamente hace resonar con ardoroso estruendo el deseo póstumo del más grande de todos nuestros héroes: “Mis últimos votos son por la felicidad de la Patria. Si mi muerte contribuye para que cesen los partidos y se consolide la Unión, yo bajaré tranquilo al sepulcro”⁴⁰

Le encantaba caminar, sobre todo en Caracas y en el Ávila, a pleno sol. Jugador de Tenis. Acostumbraba caminar desde su casa de habitación hasta la Ciudad Universitaria para dar su “fe de vida” cuando le era requerida. No aceptaba aventones ni transporte. Caminaba “por el placer de caminar”, según decía. Asistía a misa diariamente y fue un devoto católico. A pesar de que con él “*la Divina Providencia (fue) magnánima en exceso*”⁴¹, la “*difícil tarea de envejecer*”⁴² fue limitando sus desplazamientos, pero su voluntad de investigador y escritor permanecieron intactas. Se mantuvo activo hasta pocas horas antes del llamado final.

El desorden institucional y el irrespeto incluso de las formas jurídicas más elementales que precedieron a la fecha de entrada en vigor del Código de Procedimiento Civil de 1986, merecieron que él escribiera con crudeza: “*Acontecimientos de esta naturaleza contribuyen a la realización de sus viejas aspiraciones juveniles dirigidas a desquiciar los fundamentos más profundos de la Patria venezolana. Hace algunos años nos correspondió ser testigo de los esfuerzos iniciales, todavía inconclusos, encaminados a destruir la solidez de nuestro signo monetario, con el avieso propósito de convertir su desprevenido manejo en fuente de prebendas para una privilegiada*

40 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Explicación Previa”, en *La nacionalidad venezolana I: Antecedentes Históricos*, UCV, Caracas, 1983.

41 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Palabras Iniciales”, en *La nacionalidad venezolana II: Problemas Actuales*, UCV, Caracas, 1983.

42 Parra-Aranguren, Gonzalo, “Párrafos Iniciales”, en *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 21, Caracas, 1984, p. 4.

minoría. Acto continuo hemos visto el sistemático asalto de valores muy preciados en toda legislación; y en brevísimo lapso funcionarios de todas las jerarquías se han convertido en pequeños déspotas, usufructuarios de una discrecionalidad omnipotente que facilita agresivas interpretaciones de las fórmulas, a propósito vagas e imprecisas, dispersas en una ya incontenible avalancha de precipitadas reformas jurídicas. Son cada día más irritantes los desafueros contra una inmensa multitud de ciudadanos indefensos, mientras desde ciertas esferas del poder se pregonan las ventajas de construir una sociedad nueva, donde desempeñarán papel primordial los cómplices y los espías”⁴³.

Durante los últimos años acostumbraba visitarle en su residencia y conversar con él de las cosas de la vida y del Derecho. Su humor y su sentido práctico de las cosas sirvieron de inmenso empuje para que cualquiera que requiriera su palabra pudiese acometer las más diversas tareas en medio de las cada vez más exigentes ocupaciones diarias. Hablamos mucho de sus proyectos, de sus libros en elaboración, de sus experiencias y del tránsito al Más Allá. Aprendí mucho de él, persona de extraordinarias capacidades humanas e intelectuales. Revisé en su integridad su estudio en curso sobre la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en materia de eficacia de sentencias extranjeras (2000-2014) y me dio a conocer su estudio sobre la jurisprudencia en la misma materia dictadas por la Sala de Casación Social del mismo Tribunal (2004-2016), en las cuales él continuó trabajando hasta el último momento. Su temor fue que esos trabajos quedaran inconclusos, “*pues el tiempo por vivir es cada vez más breve*” y que no se dieran a la publicidad luego de tantas horas dedicadas a los mismos. Próximamente, hechos los arreglos del caso, las obras serán difundidas para provecho de los miles de discípulos de este venezolano ejemplar.

Al finalizar cada visita, me acompañaba hasta la puerta de su residencia, en donde nos dábamos un abrazo y comentábamos acerca de la fecha de la próxima visita. ¡No sabe cuánto me va a hacer falta esa nueva fecha!

El tres de diciembre de 2016, en la ciudad de Miami, Estados Unidos de América, Gonzalo Enrique Parra-Aranguren fue llamado al “definitivo encuentro con el Dios Padre Todopoderoso”⁴⁴.

43 Parra-Aranguren, Gonzalo. “Palabras Previas”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, No. 30, 1986, p. 8.

44 Parra-Aranguren, Gonzalo, nota 39.

HISTORIAS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Eugenio Hernández-Bretón¹

RESUMEN:

El artículo analiza la historia de la creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. **PALABRAS**

CLAVES:

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Academias Nacionales, Juan Vicente Gómez

ABSTRACT:

The article analyzes the history of the creation of the Political and Social Sciences Academy.

KEYWORDS:

Political and Social Sciences Academy, National Academies, Juan Vicente Gómez

1. La Sesión Inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

La creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, mediante Ley de 16 de junio de 1915,² ha sido celebrada como uno de los grandes logros en materia cultural de los primeros años del régimen del general Juan Vicente Gómez.³ Por

1 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

2 Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 16 de junio de 1915, *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*, Tomo I, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1942, p. 95 y s.; también en *Leyes y Decretos de Venezuela 1915*, Tomo 38, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, N° 11.809, p. 147 y ss.

3 Por ejemplo, Chiossone, Tulio, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, p. 226. En la edición de *El Nuevo Diario*, No. 1.428, Caracas, 20 de diciembre de 1916, p. 1, bajo el epígrafe “Conquistas de la Rehabilitación Nacional” se lee lo siguiente: “Ayer circuló un Boletín Oficial contentivo de trascendentales documentos del Ejecutivo Federal, cuyo contenido repercute gratamente en todas nuestras clases y en todos nuestros gremios (...) la designación de quienes han de constituir, como Individuos de Número, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en esta capital.”

ello no debe extrañar que una vez completados los trámites de instalación de dicha Academia el Ejecutivo Nacional se preocupara por darle la mayor solemnidad a la apertura de sus actividades y que luego de notificado de su instalación, *insinuara* la realización de una sesión solemne inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 19 de abril de 1917.

Más de año y medio después de promulgada la Ley el Presidente de la República procedió a nombrar los treinta individuos de número fundadores de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,⁴ quienes se reunieron en el Salón de Bibliografía Nacional,⁵ ubicado en los altos de la Biblioteca Nacional,⁶ para celebrar una sesión preparatoria el 13 de marzo de 1917, a las tres y media de la tarde, previa convocatoria de la Junta designada al efecto por el Ministro de Instrucción Pública, acordándose en esa misma fecha que la sesión de instalación de la Academia tuviera lugar “el próximo 19 de los corrientes a las cuatro y media

“Así se comprueba una vez más que en el programa de la Causa de Diciembre, surgido del sano criterio y del fuerte corazón del General Gómez, que la inició y sostiene en el seno de la paz, el amor a la justicia, el afán del progreso y el esfuerzo civilizador, continúa con la misma pujanza de hace ocho años, cuando el General Gómez, dolido de las desgracias de la Patria, se juró hacer cesar sus males y elevarla en grandeza moral y material.”

- 4 Resolución por la cual se nombran a los ciudadanos que, como individuos de número, han de constituir la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en esta capital, Ministerio de Instrucción Pública, Dirección de Instrucción Superior y Especial, Caracas, 19 de diciembre de 1916, en *Gaceta Oficial* N° 13.023 de 20 de diciembre de 1916; también puede verse en *Memoria del Ministerio de Instrucción Pública 1917*, Tomo Segundo, Dirección de Instrucción Superior y Especial, Documentos, Imprenta Nacional, Caracas, 1917, Documento N° 46, p. 275. Igualmente ver *El Nuevo Diario*, No. 1.428, Caracas, 20 de diciembre de 1916, p. 1; *El Diario*, No. 439, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2; *El Universal*, No. 2.714, Caracas, 20 de diciembre de 1916, p. 1. Sin duda alguna, salvo excepciones por razones diversas, la nómina de los fundadores recoge a los más significativos exponentes de las Ciencias Políticas y Sociales de la época, siendo que muchos de ellos se desempeñaban en prominentes cargos en la Judicatura, el alto Gobierno y la Universidad.
- 5 Mediante Decreto de 31 de diciembre de 1904 se ordenó la formación de la Bibliografía Nacional, que funcionó en la Dirección General de Estadística del Ministerio de Fomento, pasando desde el 18 de marzo de 1914 a depender del Ministerio de Instrucción Pública, constituyendo una sección de la Biblioteca Nacional, al respecto ver *Leyes y Decretos de Venezuela 1904*, Tomo 27, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1992, N° 9.777, p. 434 y ss., y *Leyes y Decretos de Venezuela 1914*, Tomo 37, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, N° 9.777, p. 81.
- 6 La ubicación del Salón de Bibliografía Nacional lo hemos tomado de la mención hecha en “Crónica: Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, *La Religión*, No. 7.469, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2 y también en “Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, *El Diario*, No. 439, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2. La Biblioteca Nacional había sido trasladada desde su sede “provisional” ubicada al norte de la Plaza Bolívar hasta su nueva sede al costado oeste de la Universidad Central de Venezuela en 1912, Bolsa a San Francisco, actual avenida Universidad. La nueva edificación le fue encomendada al ingeniero Alejandro Chataing, ver Himiob, Santos, *Historia de la Biblioteca Nacional de Venezuela*, Instituto Autónomo Biblioteca Nacional de Venezuela y de Servicios de Biblioteca, Caracas, 2008, p. 67 y s.

de la tarde, en el mismo local”.⁷ En esta última fecha, “con asistencia de todos los miembros de la Academia designados por el Ejecutivo Federal y ante una numerosa y selecta concurrencia,” se celebró el acto de instalación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,⁸ además fueron aprobados los Estatutos, se eligió por votación secreta los integrantes de la primera Junta Directiva y se adoptaron otras resoluciones, entre ellas “hacer las participaciones del caso y que se proceda a la instalación solemne de la Academia en la fecha y de conformidad con lo que al efecto disponga el Ejecutivo Federal, de acuerdo con el Art° 1° de la Ley que crea la Academia”⁹.

Informado inmediatamente de los particulares anteriores, el Ministro de Instrucción Pública procedió a contestar la antes referida comunicación *insinuando* a la Academia “la conveniencia de celebrar su sesión inaugural” el próximo 19 de abril, ofreciendo a tal fin el Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación.¹⁰ La Academia en sesión de 7 de abril “acordó adoptar la idea

7 Acta de la sesión preparatoria de 13 de marzo de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 1 y s.

8 En cuanto a la sesión de instalación de 19 de marzo de 1917 ver *El Nuevo Diario*, No. 1.515, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 1; *La Religión*, No. 7.469, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2; *El Diario*, No. 439, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2; *El Universal*, No. 2.802, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 1.

9 Acta de la sesión de instalación de 19 de marzo de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 3-6. La referencia al art. 1 de la Ley parece no ser la correcta, la cual debería ser al art. 12 *ejusdem*, el cual reza así: “Las demás disposiciones relativas a su funcionamiento e instalación (de la Academia) se dictarán por el Ejecutivo Federal, en su oportunidad”.

10 El Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación es el auditorio principal de la actual Escuela Superior de Música José Angel Lamas, ubicada en la actual avenida Urdaneta, Veroes a Santa Capilla, Oeste Uno, Número Uno. La Escuela de Música y Declamación fue creada mediante la Ley de la Instrucción Especial de 30 de junio de 1915 (arts. 1 y 4 a 6), ver *Leyes y Decretos de Venezuela 1915*, Tomo 38, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1993, N° 11.919, p. 500 y ss. La casona donde funciona la Escuela Superior de Música fue desde 1806 la residencia de don Juan Xavier Solórzano, su señora doña María Jerónima Tovar y sus cinco hijos. Con anterioridad los Solórzano “donaron el terreno en que ahora se elevan San Antonio y San Diego de los Altos. La donación fue hecha para fundar allí una colonia de Isleños, núcleo original de la actual población”. La propiedad debió pasar a la familia del general Juan Bautista Arismendi y doña Luisa Cáceres de Arismendi, pero “no se ha podido documentar, no obstante las investigaciones practicadas” y adquirida por la Nación entre 1883 y 1887. Fue luego sede de la Academia Nacional (Escuela) de Bellas Artes y allí se ambientan las escenas de la novela *Ídolos Rotos* de Manuel Díaz Rodríguez en las que se relata como las tropas de Joaquín Crespo en 1892 se acuartelan en el edificio y destrozan todo lo que allí se encontraba. Ver en general María Luisa Sánchez, *La enseñanza musical en Caracas*, Tipografía La Torre, Caracas, p. 18-26. La casona fue remodelada en 1904 y en su fachada norte se lee el nombre del ingeniero Alejandro Chataing y allí puede verse el busto de Tikhé de Caracas (la diosa de Caracas), obra de Angel Cabré i Magrinya (*Suite Iberia. La arquitectura de influencia española española en Caracas*, Sala TAC, Caracas, Julio 2015, p. 36-38). En cuanto a la familia (Mixares) Solórzano y la donación de tierras en San Antonio de los Altos por el futuro primer Marqués de Mixares ver Manuel Hernández González, *Los canarios en la Venezuela colonial (1670-1810)*, bid & co. editor, Caracas, p. 167-174. Nada se menciona en esta última obra acerca

del Sr. Ministro de Instrucción Pública y nombrar una comisión que redactase el Programa correspondiente y gestionase todo lo relativo a la realización de la fiesta”.¹¹ El Presidente de la Academia designó para integrar dicha Comisión a los doctores Pedro M. Brito González, Juan de Dios Méndez y Mendoza, G. T. Villegas Pulido y Cristóbal L. Mendoza, este último como Secretario de la Corporación¹². El Proyecto de Programa elaborado por la Comisión fue leído por el Dr. Brito González y aprobado en la sesión ordinaria de 10 de abril¹³.

de la donación de terrenos en San Diego de los Altos (p. 164-167). El 24 de junio de 1911, la Academia de Bellas Artes inauguró en la Escuela de Música y Declamación la exposición de pintura con ocasión del Centenario de la Independencia. Se exhibieron obras de Arturo Michelena, entre ellas, *Pentesilea*, que adornaba la gran pared de la tribuna del Salón de Conciertos para la fecha de la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Este detalle puede notarse si se observa con cuidado la fotografía publicada en la p. 1 de edición de *El Nuevo Diario*, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas. Ver también Héctor Parra Márquez, *Esbozo de las Academias*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Estudios, Monografías y Ensayos, No. 29, Caracas, 1983, p. 58 a 64; y José Antonio Calcaño, *La ciudad y su música. Crónica musical de Caracas* (Walter Guido, coordinador), Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 2001, p. 277-326, 355-358. Es incierta la ubicación actual de *Pentesilea*, obra que luego de salir de la Escuela Superior de Música ha vagado por la ciudad. Entre otros lugares, estuvo en La Casona y hoy parece que está en el Círculo Militar de Caracas. El Salón de Conciertos está ubicado en el centro del edificio y “corresponde al espacio que ocupaba el patio de la vieja casa colonial. El área de las oficinas y aula está construida sobre las bases de las habitaciones que rodean dicho espacio”, ver Mario Sanoja Obediente et al, *Arqueología de Caracas. Escuela de Música José Angel Lamas*, Tomo I, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Estudios, Monografías y Ensayos, No. 177, Caracas, 1998, p. 205 a 209. En esta última obra se relatan los trabajos arqueológicos realizados en el terreno ocupado por la Escuela Superior de Música a partir de 1995 y la relevancia histórica del espacio y su entorno (esp. p. 197-205). Estas consideraciones pueden resumirse en el siguiente párrafo tomado de la Presentación del “Proyecto Arqueológico Lamas” que hacen Mario Sanoja Obediente e Iraida Vargas A. en la citada obra (p. 12): “Las modificaciones e intervenciones sufridas por el edificio que hoy ocupa la Escuela de Música José Angel Lamas, nos indican, pues, que el espacio ocupado por este monumento representa el hito histórico más importante de la ciudad de Caracas, su partida de nacimiento como urbe, el espacio donde se han gestado importantes movimientos políticos, culturales e intelectuales que han marcado tanto la gran historia como la vida cotidiana de esta ciudad a partir del siglo XVI, por lo cual sus estructuras y espacios vividos deben ser tratados con el respeto, el cariño y la deferencia que merece esta ciudad, que vio nacer la independencia de 5 naciones de la América Hispana.” Lamentablemente, el estado de la Escuela y del Salón de Conciertos es deplorable, fiel reflejo de la desidia ante el deterioro del patrimonio cultural venezolano que pude constatar personalmente en una visita a la Escuela junto con mi hija Eukene, el sábado 22 de marzo de 2014, y de la cual guardo evidencia gráfica. La situación no parece haber variado desde entonces según reporta Maríantonía Palacios en su artículo “La triste historia de la Escuela Lamas y un Estado desalmado”, *El Desafío de la Historia*, año 9, Revista 53, Caracas, 2016, p. 18 a 20.

11 Acta de la sesión ordinaria de 7 de abril de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 7 y s.

12 *Idem*.

13 Acta de la sesión de 10 de abril de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 9.

El 19 de abril, fecha prevista para la celebración de la sesión inaugural, a las 10 y media de la mañana, se dieron cita en el Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación “el Presidente Provisional de la República Dr. Victorino Márquez Bustillos, a quien acompañaban el Ministro de Instrucción Pública doctor Carlos Aristimuño Coll y demás miembros del Ejecutivo Nacional; el señor doctor Rafael Bracamonte, Secretario del Presidente de la República, el doctor A. M. Delgado Briceño, Secretario de Gobierno del Distrito Federal, quien representaba al Señor Gobernador de Caracas, el coronel Santos Jurado,”¹⁴ los Edecanes del Sr. Presidente y los Ayudantes de la Inspectoría del Ejército, delegaciones de la Academia Venezolana de la Lengua, la Academia Nacional de la Historia, de la Academia Nacional de Medicina, del Colegio de Abogados, del Colegio de Ingenieros, de la Escuela de Medicina, de la de Ciencias Naturales y Físicas, de la de Farmacia, del Colegio de Médicos del Distrito Federal y del Consejo de Instrucción Pública y de la Escuela de Música y Artes Plásticas. En la tribuna del Salón se encontraban, además de los miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, representantes del Cuerpo Diplomático y sus familiares, el Muy Discreto Señor Provisor y Vicario General del Arzobispado Dr. F. A. Granadillo, a quien acompañaban varios sacerdotes y una “(d)istinguida concurrencia de damas y caballeros llenaba la amplia Sala, prestando mayor brillo a la solemne ceremonia”¹⁵.

Una vez situados los invitados en el Salón, se procedió según el Programa acordado¹⁶. De inmediato los acordes de la Marcha de *Tannhäuser* de Richard

14 *El Diario*, No. 464, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 2.

15 *El Universal*, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1; *La Religión*, No. 7.492, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 2.

16 El Programa de la sesión inaugural fue publicado en *El Universal*, No. 2830, Caracas, 19 de abril de 1917, p. 1:

Solemne instalación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Hoy a la diez y media de la mañana se verificará en el Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación, la instalación solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Para este acto regirá el siguiente programa:

1° Wagner - *Tannhäuser* - Marcha.

2° El ciudadano Ministro de Instrucción Pública, doctor Carlos Aristimuño Coll, en nombre del Ejecutivo Federal, declarará instalada la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

3° Institución del “Premio Aranda” de dos mil bolívares, al autor del mejor trabajo que se presente en el primer Certamen anual que promoverá la Academia para el 28 de octubre del corriente año, y proclamación del tema correspondiente.

4° Verdi - “Aída” - Selección.

5° Discurso de orden por el doctor José Gil Fortoul.

6° Pedro Elías Gutiérrez - “Triunfo de las Academias” - Himno.

7° Clausura de la Sesión Inaugural por el Presidente de la Academia, doctor Pedro Manuel Arcaya.”

Wagner fueron “brillantemente” interpretados por la Banda Marcial de Caracas,¹⁷ dirigida por el maestro Pedro Elías Gutiérrez, sin duda el más prestigioso director musical de la época. Se dio entonces apertura al acto y el Ministro de Instrucción Pública, en nombre del Ejecutivo Federal, pronunció el discurso de instalación solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En sus breves palabras el doctor Aristimuño Coll hizo énfasis en que: “La Academia y la Escuela de Ciencias Políticas -esta última creada en 1916- responden al empeño del Gobierno por alentar el desenvolvimiento científico del Derecho. La tribuna de la Academia rivalizará en esta obra con la cátedra de la Escuela”. En tal sentido afirmó el Ministro que: “Si el siglo pasado fue de las ciencias de la naturaleza, el nuestro será el de las ciencias del espíritu y entre ellas hacia las Ciencias Políticas se orientará la aspiración de todas las almas que anhelan la paz, irrealizable sin la justicia, y la libertad, jamás lograda sino por el Derecho.” Este último, en palabras de Aristimuño Coll “es la expresión más pura del ingenio de las razas y por él se conocen los períodos de la evolución de una sociedad y el continuo desarrollo de su pensamiento. Así un Derecho es la historia moral de un pueblo y el conjunto de todos los Derechos de la historia moral del género humano. Además, las bases de la evolución jurídica corresponden a las de la evolución mental de la humanidad: la forma porque el hombre no podía concebir nada que trascendiera la apariencia de las cosas; la forma de Derecho en los pueblos civilizados es una idea, porque ya la mente puede descubrir bajo el aspecto de las formas efímeras de la materia, si el Derecho es la historia de todas las etapas de la vida moral lo es de igual modo de todas las etapas de la vida mental.” Finalizó el Ministro mencionando que con sus reflexiones ha “querido indicar la importancia que en el orden de los conocimientos tienen las Ciencias Jurídicas y las Ciencias Sociales y a la vez el trascendental papel de esta Academia que en nombre del ciudadano Presidente Provisional de la República”, declaró solemnemente instalada¹⁸.

A continuación el Secretario de la Academia, doctor Cristóbal L. Mendoza, dio lectura al acuerdo estableciendo el primer concurso de investigación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.¹⁹ El premio estuvo dotado con dos mil Bolívares, fue propuesto por el propio Mendoza y tuvo el nombre de “Premio Aranda”, en homenaje al licenciado Francisco Aranda, con el siguiente tema:

17 *El Universal*, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1.

18 *Idem*. El texto del discurso se reproduce en el anexo de este ensayo.

19 Acta de la sesión extraordinaria de 19 de abril de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 10; Acta de la sesión ordinaria de 7 de abril de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 7 y s.

“Estudio del actual estado económico de Venezuela, de su sistema de tributación y conclusiones acerca de las mejoras de que este sea susceptible”²⁰.

Siguió un breve receso musical durante el cual la Banda Marcial de Caracas interpretó una selección de piezas de *Aida* de Giuseppe Verdi, sirviendo así de prelude al discurso de orden que desde la tribuna pronunció el doctor José Gil Fortoul.²¹ Inició sus palabras el orador justificando que hubiera sido designado para tal labor por sus colegas académicos motivados estos, tal vez, por la circunstancia de haber sido él el promotor de que se constituyese “en breve plazo” la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, lo cual efectivamente había hecho Gil Fortoul en 1912, al presentar la Memoria y Cuenta como Ministro que fue de Instrucción Pública. Luego recordó las atribuciones legales de la Academia, queriendo con ello demostrar “que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales nace al amparo de un propósito útil y patriótico.” Consciente de lo que se creía y se piensa de las Academias, Gil Fortoul hizo el siguiente señalamiento que vale la pena recordar: “No vayáis a creer, que por timidez o candorosa precaución de académico novicio quiera yo silenciar la circunstancia de que el mundo moderno suele mirar con alguna hostilidad y aún con cierta ironía la creación de Academias. Como si éstas hubieran de ser, hasta por definición, solamente reunión de señores graves, solemnes, adustos, ancianos, siempre vestidos de negro, y sobre el negro vestido no más nota de soberbia, de petulancia o de escándalo, que los matices desleídos de alguna condecoración multicolor o los pétalos palidescientes de alguna flor que se marchita. No. Ni ha sido tampoco el propósito de quienes hemos contribuido al nacimiento de esta Academia, disfrazarnos a imagen y semejanza de otros países más antiguos, para imitar superficialmente la forma de sus institutos. Quisimos que naciera y aspiramos a que se desarrolle como organismo joven, vivaz, emprendedor, adecuado a nuestro medio, con el temperamento impulsivo, la sangre ardorosa y el espíritu reformador de nuestra adolescente democracia.” Así que la invitación hecha a los miembros de esta Academia, quiero destacar yo, fue a tener nuestra propia identidad y no aceptar moldes ni formas preestablecidas. En su discurso Gil Fortoul hizo énfasis en el carácter de Ciencias Sociales de la Sociología y la Política, razones bastantes para que ellas acompañaran a las Ciencias Jurídicas en la casa de la nueva Academia. Y para concluir frente al idealismo u optimismo de sus palabras, Gil Fortoul concluyó diciendo: “Dejadme concluir al amparo de la

20 El texto del acuerdo fue reproducido en la edición de *El Nuevo Diario*, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas, p. 2 y también en *El Universal*, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1.

21 Acta de la sesión extraordinaria de 19 de abril de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 10

generosa atención con que habéis acogido mis pobres palabras. Cada cual lleva en las luchas de la vida un lema, y el mío fué siempre, que el lamento pesimista y la desesperanza son una abdicación y una cobardía. Porque creo en la existencia del derecho y en la eficacia de la justicia; porque ni el hombre, ni las sociedades, ni la especie humana hubieran perdurado bajo el predominio de la fuerza y de la iniquidad. Para nosotros, los hijos del Libertador, no se ha eclipsado el noble ideal que nos legó su genio, y ha de ser siempre norte de nuestro destino, resplandeciente como el sol, incorruptible como el oro, sonoro como el bronce”²². Así cerró su discurso Gil Fortoul.

Tras los aplausos de rigor se escucharon las notas del *Triunfo de las Academias* del maestro Pedro Elías Gutiérrez, quien probablemente compuso la pieza musical para la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales²³.

22 *El Universal*, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1; *El Nuevo Diario*, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas, p. 1, 2 y 3. También apareció publicado en José Gil Fortoul, *Obras Completas*, Volumen VII, *La esgrima moderna. Sinfonía inacabada. Epistolario Inédito*, Ministerio de Educación, Caracas, 1957, p. 311-316, y en Federico Pacanins y Carlos Fernández Cuesta (Prólogo y selección de notas), *Selección de Discursos Venezolanos del Siglo XX*, Colección Econoinvest, Caracas, No. 5, 2001, p. 39-44. El texto del discurso se reproduce en el anexo de este ensayo.

23 Oscar Yanes dijo que el maestro Gutiérrez “tenía lo que hoy algún pedante profesor de comunicación social llamaría “sentido de los factores de valorización de la vida cotidiana”. Hablando en criollo, le sacaba musicalmente el jugo a lo que le gustaba a la gente.” Ver Oscar Yanes, “Así son las cosas. Noches de la Plaza Bolívar”, *El Universal*, 4 de enero de 2013, Caracas, <http://www.eluniversal.com/caracas/130104/asi-son-las-cosas>.

Hemos revisado la obra de Mariano Hernández Laue y Pedro R. Arcila Ponte, *Catálogo general de las principales obras musicales del maestro Pedro Elías Gutiérrez, Director de la Banda Marcial del Distrito Federal e Inspector de Bandas Marciales, recopiladas en sus diversos estilos*, 2a. edición aumentada, s.n., Caracas, 1940, esp. p. 17-19 (Himnos) y no encontramos referencia alguna al *Triunfo de las Academias*. Sin embargo, allí se refieren como de la autoría del maestro Gutiérrez el Himno al Colegio de La Salle (p. 18) y el Himno del Colegio San Ignacio (Caracas) (p. 19). Tampoco hay mención del *Triunfo de las Academias* bajo la voz “Gutiérrez Hart, Pedro Elías”, *Diccionario Biográfico de Venezuela* (Editores Garrido Mezquita y Compañía), Primera Edición 1953, Talleres de “Blass, S.A., Tipográfica”, Madrid, España, p. 497. En esta última obra, sin embargo, se expresa que la obra del maestro Gutiérrez “fue prodigiosamente exuberante y variada” y que fue autor de “... innumerables composiciones que pasan del millar ...”, y en la reseña de Jorge Maldonado Parilli, “Pedro Elías Gutiérrez”, *Gente de Venezuela. 500 Años, 585 Venezolanos*, Miguel Ángel García e hijo, S.R.L., Caracas, 1992, Volumen I, p. 703-706 se lee: “Su producción es de la más variada índole y verdaderamente vasta” (p. 706). Las anteriores afirmaciones no se compadecen con la cantidad de títulos de obras listadas en el *Catálogo general* antes citado, el cual tan solo consta de 28 páginas, en un formato de 16 cm.

El maestro Pedro Elías Gutiérrez, a quien Andrés Eloy Blanco llamó “el General de la Música”, fue hermano de Jacinto Gutiérrez Coll (1835-1901), uno de los miembros fundadores de la Academia Nacional de la Historia, ver Luis Correa, “Jacinto Gutiérrez Coll, su vida y su obra”, Rafael Fernández Heres (coordinación y prólogo), *Los fundadores*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Colección Centenario, No. 1, Caracas, 1988, p. 185-194) y padre del doctor Tito Gutiérrez Alfaro (1900-1977), quien a su vez fue Individuo de Número y Presidente (1971-1973) de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ver “Gutiérrez Coll, Jacinto” y “Gutiérrez Alfaro, Tito”, *Diccionario de Historia de Venezuela*,

Luego del receso musical, correspondió clausurar el acto al doctor Pedro Manuel Arcaya, Presidente de la Academia²⁴. Arcaya, para ese entonces Ministro de Relaciones Interiores, comenzó por destacar que “(l)a creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales será siempre timbre de honor para la Causa política que preside el Benemérito General Juan Vicente Gómez y para la administración del honorable ciudadano Doctor Victorino Márquez Bustillos.” A continuación expuso Arcaya que el “(p)incipal resultado de (las) labores (de la Academia) será, en efecto, el de ampliar las nociones reinantes entre nosotros acerca de los estudios jurídicos, vistos hasta ahora por lo común, tan sólo como una preparación para el ejercicio profesional de la Abogacía, con lamentable desdén de los aspectos más interesantes de la ciencia del derecho: los que miran a los dominios de la sociología, la filosofía y la historia, y con prescindencia de las otras ciencias políticas que no toquen a los asuntos del foro.” Y en este mismo sentido añadió que: “El estudio del derecho desde el punto de vista sociológico comunica singular interés hasta las más áridas disposiciones de los códigos, y aunque no se trate de rastrear el origen de las instituciones jurídicas, la sola comparación de la existentes en los pueblos cultos de nuestro tiempo, es por demás conveniente al jurista, dándole más amplitud a sus miras y una mejor comprensión de los problemas del derecho. Sucede a veces que ciertas ideas parecen raras y aun chocantes á quienes no están familiarizados sino con aquellas que inspiraron a los legisladores de su país ó de los pueblos cuyos Códigos tomaron ellos de modelo, cuando en verdad nada tienen de antijurídicas y se hallan acogidas en las leyes de otros pueblos, sin haber producido trastornos ni inconvenientes. Respecto de otras instituciones, al contrario, como sucede con la del jurado, el estudio comparativo de su funcionamiento en diversos países enseñándonos que en algunos de ellos originaron funestos resultados, es bastante para calmar el entusiasmo que despierta la historia de sus beneficios donde tales instituciones tienen raigambre en las tradiciones y costumbres del pueblo. Toca á esta Corporación dilucidar problemas importantes para la vida nacional, todos los cuales están en el radio de su Instituto. Procuremos profundizarlos con la atenta

Fundación Empresas Polar, Caracas, primera reimpresión de la 2a. edición, Tomo II, 2010, p. 619. Uno de los pasodobles compuestos por el maestro Gutiérrez lleva el título de “Tito”, ver “Gutiérrez Hart, Pedro Elías”, *Diccionario Biográfico de Venezuela*, op. cit. Andrés Eloy Blanco también reclamó algún parentesco con Pedro Elías Gutiérrez, ver Andrés Eloy Blanco, “La Banda Marcial de Don Pedro Elías”, *Obras Completas*, Tomo II, Volumen I, *Periodismo*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1973, p. 191-193. El texto corresponde a un artículo de la columna “Reloj de Piedra”, que el poeta mantuvo en *El Nacional* entre 1943 y 1944, y fue publicado el 24 de octubre de 1943.

24 Acta de la sesión extraordinaria de 19 de abril de 1917, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 10.

observación de nuestro medio, porque ninguna solución que no se conforme á sus exigencias y necesidades prosperaría en la práctica”.

También destacó la función de difusión del Derecho que se le encomendaba a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales señalando; “Afanémonos también porque se propaguen las nociones fundamentales del derecho, de modo que se les dé cabida en los programas de la enseñanza y se generalicen en el público, echando así las bases necesarias para el verdadero progreso en el país de las ciencias políticas y sociales. Estas decaen donde sólo son objeto de estudio para raros especialistas, ni es fecundo el derecho sino cuando sus principios son conocidos y respetados por las masas, entrando a formar parte del acervo común de sus ideas e íntimas tendencias y dándose cuenta los ciudadanos de lo que deben y se les debe en las varias situaciones de la vida. Grande obra de educación sería ésta, y su iniciativa corresponde a Corporaciones de la índole de la que hoy instalamos.”

Y luego del obligado agradecimiento a los asistentes al acto, Arcaya declaró “clausurada la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”²⁵.

Sin duda alguna, los cuatro hitos históricos más importantes de la fundación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales corresponden a las fechas de la Ley de su creación (16 de junio de 1915), de nombramiento de los 30 académicos fundadores (19 de diciembre de 1916), de su instalación y elección de su primera

25 *El Universal*, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; *El Nuevo Diario*, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas, p. 1, 2 y 3. El texto del discurso se reproduce en el anexo de este ensayo. Llama la atención que la fundación y la instalación solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales no ocupen espacio en las *Memorias del doctor Pedro Manuel Arcaya*, Ediciones Librería Historia, Caracas, 1983. Tampoco hay referencias importantes en las reseñas o biografías de Arcaya escritas por Pedro M. Arcaya Urrutia, *Pedro Manuel Arcaya*, Biblioteca Biográfica Venezolana, Volumen 38, El Nacional, Banco del Caribe, Caracas, 2006, p. 55, por Tomás Polanco Alcántara, “Pedro Manuel Arcaya”, *Venezuela y sus personajes*, Italgráfica, Caracas, 1997, p. 21-234 (221), por Jorge Maldonado Parilli, “Pedro Manuel Arcaya”, *Gente de Venezuela. 500 Años, 585 Venezolanos*, Miguel Angel García e hijo, S.R.L., Caracas, 1992, Volumen I, p. 590-593 o por Carlos Felice Cardot, *Pedro M. Arcaya*, Italgráfica, S.R.L., Caracas, 1972, p. 8: “Trabajos, informes, discursos, constituyen el testimonio de su paso por esa Corporación”, ni en el “Discurso del Dr. Héctor Parra Márquez, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el acto de colocación del retrato del Dr. Pedro M. Arcaya en el salón de sesiones de la Corporación el día 9 de julio de 1965”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 31, Abril-Julio 1965, Caracas, p. 201-216 (214). Tampoco hay mayores datos en las biografías de Gil Fortoul escritas por Lucía Raynero, *José Gil Fortoul*, Biblioteca Biográfica Venezolana, Volumen 103, El Nacional, Banco del Caribe, Caracas, 2009; Juan Penzini Hernández, *Vida y obra de José Gil Fortoul (1861-1943)*, Ediciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1972; ni en Tomás Polanco Alcántara, *Gil Fortoul: una luz en la sombra*, Editorial Arte, Caracas, 1979, ni en Jorge Maldonado Parilli, “José Gil Fortoul”, op. cit., p. 759-761. La misma situación se puede afirmar en relación con la *Aproximación a una biografía de Juan Vicente Gómez* de Tomás Polanco Alcántara, 7a. Edición, Editorial Melvin, Caracas, 1995 y con la obra de Jorge Olavarría, *Gómez un enigma histórico*, Fundación Olavarría, Caracas, 2007.

junta directiva (19 de marzo de 1917) y la fecha de su sesión inaugural (19 de abril de 1917), fechas que esta Academia tiene el deber de recordar.

Anexos del ensayo **El Centenario de la Sesión Inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales** escrito por el doctor Eugenio Hernández-Bretón

Discurso de apertura del doctor Carlos Aristimuño Coll, Ministro de Instrucción Pública, en la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 19 de abril de 1917²⁶¹

Señor Presidente Provisional de la República:

Señor Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales:

El cumplimiento de un ineludible deber oficial justicia que sea yo el primero en dirigiros la palabra.

Mis ideas sólo tendrán el mérito de la sinceridad, con la que pretendo escudarme y moveros a ser indulgentes.

Señores:

Esta Academia entra en el programa del Gobierno que se vale de la más sabia y fecunda de las fórmulas de política, al aprovechar todas las actividades para el progreso y fundar en la paz la prosperidad de lo presente y la grandeza futura de la Patria.

Hace apenas algunos días el Benemérito General Juan Vicente Gómez pidió a las buenas voluntades multiplicaran las energías y la capacidad productiva de la República. La reunión de esta Academia es también un llamamiento a otro género de provechosa labor: ella agrupa a los hombres que por su obra darán lustre a la Ciencia. Así se realiza, en las distintas esferas de la vida del país, el noble propósito del Jefe de la Rehabilitación, quien busca elevar por el trabajo el nivel de nuestro adelanto material e intelectual.

Ese lema de paz por el trabajo escrito en la bandera de la Causa, nos ha señalado el más digno ministerio: el que purifica la conciencia, fortalece el carácter y aviva el fuego de las ideas; el que abre los caminos por los cuales se llega a consumir admirables empresas y ayuda a subir las cumbres de donde se divisa la gloria en toda su magnificencia.

26 ¹ Publicado en *El Universal*, No. 2.831, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; *El Nuevo Diario*, No. 1.544, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1, 2 y 3. Estos materiales fueron ubicados por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón.

El Gobierno ha venido efectuando una metódica reorganización en cada rama de la cultura nacional. De este modo vemos en actividad desde la escuela primaria hasta el instituto de alta educación científica, y el país semeja un vasto taller donde se trabaja infatigablemente, para hacer surgir la luz de las ideas que será la aurora espiritual de la patria mañana.

La Academia y la Escuela de Ciencias Políticas responden al empeño del Gobierno por alentar el desenvolvimiento científico del Derecho. La tribuna de la Academia rivalizará en esta obra con la cátedra de la Escuela.

Señores:

Si el siglo pasado fue de las ciencias de la naturaleza, el nuestro será el de las ciencias del espíritu y entre ellas hacia las Ciencias Políticas se orientará la aspiración de todas las almas que anhelan la paz, irrealizable sin la justicia, y la libertad, jamás lograda sino por el Derecho.

El Derecho dá la impresión de plenitud de vida: es la expresión más pura del ingenio de las razas y por él se conocen los períodos de la evolución de una sociedad y el continuo desarrollo de su pensamiento. Así un Derecho es la historia moral de un pueblo y el conjunto de todos los Derechos es la historia moral del género humano. Además, las bases de la evolución jurídica corresponden a las de la evolución mental de la humanidad: la forma porque el hombre no podía concebir nada que trascendiera la apariencia de las cosas; la forma de Derecho en los pueblos civilizados es una idea, porque ya la mente puede descubrir bajo el aspecto de las formas efímeras de la materia, si el Derecho es la historia de todas las etapas de la vida moral lo es de igual modo de todas las etapas de la vida mental.

Señores:

Con las precedentes reflexiones he querido indicar la importancia que en el orden de los conocimientos tienen las Ciencias Jurídicas y las Ciencias Sociales y a la vez el trascendental papel de esta Academia que en nombre del ciudadano Presidente Provisional de la República, declaro solemnemente instalada.

Discurso de orden del doctor José Gil Fortoul, en la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 19 de abril de 1917²⁷²

Ciudadano Presidente Provisional de la República:

Señoras y Señores:

Para dispensarme el honor de llevar la palabra en esta sesión inaugural, acaso recordaron mis generosos colegas, en 1912, durante la primera Administración del Presidente Gómez, expuse al Congreso Nacional, en la Memoria del Ministerio de Instrucción Pública, el deseo del Ejecutivo Federal de que se constituyese en breve plazo la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Pero aquel año, y los inmediatamente siguientes, hubieron de consagrarse con preferencia a cimentar la entonces iniciada radical reforma de la instrucción primaria, que figura ya definitivamente entre las trascendentes obras de progreso intelectual realizadas por aquella administración. Por fin, 1915 dictó el Congreso la ley relativa a la creación de Academia, y gracias al interés que ha tomado el Gobierno actual en darle debido cumplimiento a esta ley, quedan hoy inauguradas las sesiones del nuevo instituto científico.

Entre sus atribuciones legales están: la de cooperar al progreso y mejora de la legislación patria; la de redactar y revisar los proyectos de códigos y demás leyes de carácter general que el Ejecutivo Federal someta a su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a las Cámaras Legislativas, y la de redactar y revisar los proyectos de leyes de carácter local que el Ejecutivo de algún Estado sometiere a su estudio para presentarlos después a la respectiva Legislatura.

Con esta anotación quise encabezar mi discurso, para demostrar desde luego que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales nace al amparo de un propósito útil y patriótico.

No vayáis a creer, que por timidez o candorosa precaución de académico novicio quiera yo silenciar la circunstancia de que el mundo moderno suele mirar con alguna hostilidad y aún con cierta ironía la creación de Academias. Corno si éstas hubieran de ser, hasta por definición, solamente reunión de señores graves, solemnes, adustos, ancianos, siempre vestidos de negro, y sobre el negro vestido no

27 *El Universal*, No. 2.831, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; *El Nuevo Diario*, No. 1.544, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1, 2 y 3. También aparece en José Gil Fortoul, *Obras Completas, La esgrima moderna. Simfonía inacabada. Epistolario Inédito*, Volumen VII, Caracas, 1957, p. 311-316 y en Federico Pacanins y Carlos Fernández Cuesta (Prólogo y selección de notas), *Selección de Discursos Venezolanos del Siglo XX*, Colección Econoinvest, No. 5, 2001, p. 39-44. Estos materiales fueron ubicados por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón.

más nota de soberbia, de petulancia o de escándalo, que los matices desleídos de alguna condecoración multicolor o los pétalos palidescientes de alguna flor que se marchita. No. Ni ha sido tampoco el propósito de quienes hemos contribuido al nacimiento de esta Academia, disfrazarnos a imagen y semejanza de otros países más antiguos, para imitar superficialmente la forma de sus institutos. Quisimos que naciera y aspiramos a que se desarrolle como organismo joven, vivaz, emprendedor, adecuado a nuestro medio, con el temperamento impulsivo, la sangre ardorosa y el espíritu reformador de nuestra adolescente democracia.

Pretendemos ser hombres de ciencia e intentamos colaborar en el progreso de las ciencias políticas y sociales... Si en este culto auditorio hubiere —habrá indudablemente— algún filósofo escéptico que desde su foro interno desee preguntar con qué fundamento calificamos tan categóricamente de ciencias a la sociología y a la política, fácil será y espontánea nuestra académica respuesta. Admitamos la menos pretenciosa de cuantas definiciones de la ciencia corren en el lenguaje filosófico; y digamos que es un sistema de conocimientos más o menos exactos y de hipótesis o conjeturas más o menos plausibles. Aun así, la política y la sociología tienen el mismo derecho a calificarse de ciencias, igual derecho que todas las demás, sin exceptuar las llamadas exactas, cuyos conceptos y cuyas leyes no son también otra cosa sino la manera provisoria o convencional con que la inteligencia humana sistematiza los movibles e infinitamente complicados aspectos de la realidad. Y el objeto de todas las ciencias es el mismo; acrecentar el dominio del hombre sobre las fuerzas naturales, para ponerlas a servicio de sus necesidades, de su vida mejor, de su mayor actividad orgánica e ideal.

Pero, aun así —podrá replicar el contradictor escéptico— vosotros, a diferencia del matemático, del químico, del astrónomo que caminan sobre evidentes realidades, váis caminando por entre simples abstracciones: el derecho, la ley, la libertad, la justicia, ideas o ideales que suelen cambiar de forma como las nubes y variar su rumbo como el viento. ¿Abstracciones? En verdad no es posible definir su esencia; pero tampoco es posible decir qué son en sí el número, el espacio o el tiempo, o la acción de unas moléculas sobre otras, o la circulación de un astro en el cielo sin fronteras, en el éter sin concebibles límites.

¿Abstracciones? No es abstracción la entraña que en nuestro pecho palpita, sufre y goza, laboratorio del dolor y del amor; ni es abstracción el espíritu que al conmover la masa cerebral y al golpear con sus alas los huesos del cráneo, propaga en todas direcciones la vibración intelectual que anima, alumbra y embellece al mundo. Sentimientos e ideas forman la sustancia y el tejido de nuestra vida individual y colectiva: forman también el lazo de simpatía y de solidaridad que

nos abraza con todo el universo: sin ellos todo fuera no más que soledad, silencio e inercia: la piedra sin brillo, la planta sin flor, el pájaro sin canto, el niño sin sonrisa, la mujer sin hermosura, el hombre sin palabra armoniosa, el pueblo sin coraje para conquistar sus libertades y sin nobleza al fin para derramar sobre las heridas del combate el bálsamo de la piedad o hacer que sobre las ruinas de las catástrofes sociales retorne y resplandezca la primavera de paz y de concordia.

Como las ciencias llamadas exactas, la sociología y la política tienen también sus realidades: realidad el derecho, sin el cual fuera imposible la vida misma del organismo social; realidad el bien, realidad el mal, sin cuya coexistencia parece hasta inverosímil que hubiese concebido el hombre la imagen más alta de su sistema intelectual, la imagen de la justicia, con su venda sobre los ojos y la balanza en la mano... ¿metáforas?... sí, como toda expresión verbal; pero en su fondo realidades, la realidad más íntima y al mismo tiempo más evidente y comprensiva; realidad, porque es un irresistible impulso del corazón, la tendencia perenne del espíritu, más todavía, la diaria y eterna necesidad —mandato y consuelo— encarna en otra metáfora que comprende igualmente toda la realidad—, nuestro viaje de peregrinos a través del misterio atraídos día y noche por un incógnito destino.

Sin esas realidades —el sentimiento depurado, la idea ennoblecida— el hombre social o el «animal político» de Aristóteles, se hubiera paralizado en su evolución a poco de aparecer sobre la tierra, convirtiéndose en una de tantas especies fijas. Viene, al contrario, desde los comienzos de su historia, ampliando cada día el impulso de su corazón y el horizonte de su espíritu, para encadenar a una voluntad reflexiva las fuerzas de la naturaleza, o indiferentes u hostiles. En ello radica el progreso y, volviendo a referirnos a la sociología y a la política, ello justifica de nuevo el carácter que se atribuyen de ciencias positivas y prácticas, no menos que la física o la química, no menos que las ciencias biológicas, de las cuales resultan las nuestras, alto coronamiento y síntesis total.

Ved, si no, el propósito y el efecto inmediato de algunas leyes civiles y políticas. Las de higiene pública analizan el medio externo y lo dominan y transforman para asegurar la salud del individuo y de la ciudad. Las penales se pudieran también llamar de sanidad, saneamiento social. Las de instrucción van preparando en cada generación la mentalidad del porvenir. Las leyes constitucionales garantizan la libertad del ciudadano y el benéfico funcionamiento del Gobierno. Las leyes internacionales —tratados y convenciones— atan entre sí, con lazos de común interés, a los pueblos, a las nacionalidades, a las razas y los continentes... ¡Ah! No vayáis a creer tampoco que cierto ambiente académico esté ya invadiéndome con hálito soporífero para olvidar, en cándida ideología, la presente realidad, la angustia y

tormentos de la hora que pasa. Bien sabemos todos —se ve, se siente y se oye— que en estos días tristes, de guerra universal, suelen ponerse en duda, por observadores pesimistas, la fortaleza y la eficacia de los viejos ideales de paz, solidaridad y concordia entre los pueblos, ni faltan quienes anuncien en libros y en tribunas la definitiva bancarrota del derecho internacional. Ven mal y se engañan. Mirad, si no, como ciertos lazos jurídicos entre las naciones, aun en medio de las batallas, no pueden nunca desaparecer ni romperse: el deber de respetar la vida del niño, de la mujer, del prisionero, del enemigo indefenso, o la tácita mutua obligación de bajar el arma e inclinarse ante la enfermera, ante la hermana de caridad, dulces imágenes arrojadas de negro y de blanco —de negro como viudas, de blanco como novias— que andan ahora, entre el dolor y la muerte, derramando sobre todos los hombres, creyentes o incrédulos, sus ánforas de compasión y de consuelo, cual si de los santos altares estuviesen bajando otra vez las vírgenes y los ángeles...

Bien sabemos que aun eso, lo más santo, suele violarse durante las crisis de locura o crueldad; pero no olvidemos tampoco que cada beligerante, acusado de semejante violación, procura en seguida desmentir, defenderse o disculparse. Y es que, todos, todos, así los que ofenden como los que defienden, marchan con el oído atento al fallo inevitable y final de algo —autoridad o tribunal supremo— que en cada crisis de la historia sentencia, y resuena después al través de los siglos: el aplauso o el castigo de la conciencia universal. Decidme ahora si un derecho, como el que formulan los Estados en sus tratados y convenciones, puede desaparecer por falta de sanción, cuando la tiene tan alta, tremenda y perdurable. En esta primavera, o en la otra, o en la otra, habrá por fin de terminar el cataclismo, y sobre la devastación, sobre las ruinas, sobre las tumbas, volverá la vida, el trabajo, la industria, la ciencia, a vigorizar la inteligencia humana en su esfuerzo por civilizar y embellecer la tierra; y como tantas pasadas veces, después del pasajero conflicto volverán las leyes internacionales a estrechar más los vínculos que entrelazan y solidarizan a los Estados, a los pueblos y a los continentes.

¿Idealismo? ¿Optimismo? Dejadme concluir al amparo de la generosa atención con que habéis acogido mis pobres palabras. Cada cual lleva en las luchas de la vida un lema, y el mío fué siempre, que el lamento pesimista y la desesperanza son una abdicación y una cobardía. Porque creo en la existencia del derecho y en la eficacia de la justicia; porque ni el hombre, ni las sociedades, ni la especie humana hubieran perdurado bajo el predominio de la fuerza y de la iniquidad.

Para nosotros, los hijos del Libertador, no se ha eclipsado el noble ideal que nos legó su genio, y ha de ser siempre norte de nuestro destino, resplandeciente como el sol, incorruptible como el oro, sonoro como el bronce.

Discurso de clausura del doctor Pedro Manuel Arcaya, Presidente de la Academia, en la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 19 de abril de 1917²⁸³

Señor Presidente Provisional de la República:

Señoras y Señores:

Ha quedado instalada solemnemente e inaugurado ahora sus tenidas, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Se me ha discernido la alta distinción de que sea yo su primer Presidente, acto de pura generosidad hacia mí por parte de mis ilustrados colegas. Aprovecho esta oportunidad para reiterarles la expresión de mi gratitud.

Señores:

La creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales será siempre timbre de honor para la Causa política que preside el Benemérito General Juan Vicente Gómez y para la administración del honorable ciudadano Doctor Victorino Márquez Bustillos. Con justa razón, pues, nos sentimos complacidos los que hemos recibido el honor de ser escogidos para constituir esta Corporación, y también deben estarlo todos aquellos que se interesen por el progreso intelectual de nuestra Patria, al cual habrá de contribuir ciertamente la nueva Academia.

Principal resultado de sus labores será, en efecto, el de ampliar las nociones reinantes entre nosotros acerca de los estudios jurídicos, vistos hasta ahora por lo común, tan sólo como una preparación para el ejercicio profesional de la Abogacía, con lamentable desdén de los aspectos más interesantes de la ciencia del derecho: los que miran a los dominios de la sociología, la filosofía y la historia, y con prescindencia de las otras ciencias políticas que no toquen a los asuntos del foro.

El derecho concreta en fórmulas que corresponden a las condiciones de la vida social el concepto de la justicia, instinto vago en las primeras edades de la humanidad, sentimiento poderoso después, y siempre el inspirador de los más nobles espíritus que han puestos sus empeños, unos en hacerlo triunfar sobre la tierra, otros –los fundadores de religiones– en convencer a los demás hombres que si no es esta vida, sí en las regiones de ultratumba la justicia habrá de reinar en absoluto, premiando y castigando según los méritos o culpas de cada uno.

28 ³ *El Universal*, No. 2.831, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; *El Nuevo Diario*, No. 1.544, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1, 2 y 3. Estos materiales fueron ubicados por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón.

Cómo se ha desarrollado el concepto de la justicia, aplicado a las relaciones de los hombres entre sí, es decir, cómo ha progresado el derecho, cuál es el fundamento racional y cuál ha sido el desenvolvimiento histórico de sus preceptos, hé aquí temas bastantes á ocupar la actividad intelectual de los más sagaces investigadores quienes, puestos a la obra, han logrado dejar en claro los orígenes de las instituciones jurídicas, desde sus rudimentos en los pueblos primitivos.

Fecundos son estos trabajos porque muestran á lo vivo la constante evolución de esas instituciones y la diversidad de su funcionamiento, según sean los sentimientos, las ideas o los prejuicios, y las condiciones del medio en cada momento histórico, evitando así que nos aferremos a determinadas fórmulas, consideradas erróneamente como definitivas e intangibles por algunos juristas o publicistas, que a tales fórmulas transitorias les atribuyen la santidad de lo que no es discutible.

El estudio del derecho desde el punto de vista sociológico comunica singular interés hasta las más áridas disposiciones de los códigos, y aunque no se trate de rastrear el origen de las instituciones jurídicas, la sola comparación de la existentes en los pueblos cultos de nuestro tiempo, es por demás conveniente al jurista, dándole mas amplitud a sus miras y una mejor comprensión de los problemas del derecho. Sucede a veces que ciertas ideas parecen raras y aun chocantes á quienes no están familiarizados sino con aquellas que inspiraron a los legisladores de su país ó de los pueblos cuyos Códigos tomaron ellos de modelo, cuando en verdad nada tienen de antijurídicas y se hallan acogidas en las leyes de otros pueblos, sin haber producido trastornos ni inconvenientes.

Respecto de otras instituciones, al contrario, como sucede con la del jurado, el estudio comparativo de su funcionamiento en diversos países enseñándonos que en algunos de ellos originaron funestos resultados, es bastante para calmar el entusiasmo que despierta la historia de sus beneficios donde tales instituciones tienen raigambre en las tradiciones y costumbres del pueblo.

Honorables colegas

Vasto campo se abre á nuestra diligencia y debemos esforzarnos en que no se frustren las esperanzas que la creación de esta Academia ha despertado, y a este fin es menester que no la dejemos languidecer en la indiferencia dándole vida con nuestro entusiasmo, de modo que nuestras labores resulten de utilidad y conveniencia para la Patria. Toca á esta Corporación dilucidar problemas importantes para la vida nacional, todos los cuales están en el radio de su Instituto. Procuremos profundizarlos con la atenta observación de nuestro medio, porque

ninguna solución que no se conforme á sus exigencias y necesidades prosperaría en la práctica.

Afanémonos también por que se propaguen las nociones fundamentales del derecho, de modo que se les dé cabida en los programas de la enseñanza y se generalicen en el público, echando así las bases necesarias para el verdadero progreso en el país de las ciencias políticas y sociales. Estas decaen donde sólo son objeto de estudio para raros especialistas, ni es fecundo el derecho sino cuando sus principios son conocidos y respetados por las masas, entrando a formar parte del acervo común de sus ideas e íntimas tendencias y dándose cuenta los ciudadanos de lo que deben y se les debe en las varias situaciones de la vida. Grande obra de educación sería ésta, y su iniciativa corresponde a Corporaciones de la índole de la que hoy instalamos.

Señor Presidente de la República:

La Academia se siente altamente honrada con vuestra presencia aquí y os da las más expresivas gracias, así como también a los demás Miembros del Ejecutivo Federal que os han acompañado, muy especialmente al señor Ministro de Instrucción Pública, quien tan buena voluntad ha demostrado en todo lo relativo á la fundación de este Cuerpo.

Señores:

Igual manifestación de reconocimiento dirijo en nombre de la Academia a los honorables Miembros del Cuerpo Diplomático aquí presentes, a los Cuerpos Académicos y docentes que han asistido al acto y a toda la distinguida concurrencia de damas y caballeros que nos han honrado a esta instalación.

Declaro clausurada la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

APROXIMACIONES A LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL: UNA VÍA DE DERECHO Y ECONOMÍA

Gina González Betancourt¹

“Un abogado y un economista salen a jugar golf, al ver que los golfistas de adelante no avanzaban, le dicen al críquet que averigüe qué sucede. Al rato llegó y les dice: los jugadores de adelante son ciegos, el abogado responde bueno tienen derecho dejémoslo jugar, a lo que el economista responde, pero mejor que jueguen en la noche”. Moraleja: los abogados piensan bajo sistemas de valores, el economista busca la asignación eficiente de los recursos

RESUMEN:

El objeto de este artículo es analizar la Nueva Economía Institucional (NEI) como una metodología de estudio de relación entre la eficiencia económica y el marco institucional. Este artículo sugiere que el uso de la NEI, como una tercera vía entre el Derecho y la economía, permite adoptar marcos institucionales eficientes y justos a los fines de alcanzar mayores y mejores niveles de desarrollo.

PALABRAS CLAVES:

Nueva Economía Institucional, instituciones formales y no formales, crecimiento y desarrollo económico

ABSTRACT:

The purpose of this paper is to analyze the New Institutional Economics –NIE- as a methodology to study the economic efficiency relations and the interactions of institutional framework. This paper suggest that the NIE uses, as a third way in the law and economy, allows the possibility to implement efficient and fair institutional frameworks in order to achieve higher and better levels of development.

KEYWORDS:

New Institutional Economy, formal and informal institutions, growth, y economic development.

1 Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

I. Un acercamiento al análisis económico del derecho

¿Es eficiente un marco normativo? ¿Es posible que una norma sea equitativa y eficiente? ¿Cómo se comportará un ciudadano frente a una nueva Ley? Estas son algunas de las preguntas que en ocasiones un abogado, un profesional en gobierno y relaciones internacionales, un administrador público o un economista, entre otros tantos profesionales, pueden hacerse al analizar las relaciones entre e individuo y la ley”

Mario Pinzón Camargo

Para iniciar debemos formular la pregunta básica: ¿qué es el análisis económico del derecho? Responder a esa pregunta no se presenta menos complejo, pues dependiendo de dónde se pare y la escuela económica en que se apoye, podrá tener aristas diferente. Sin embargo, todos coinciden -sin importar la corriente económica- que tal pregunta responde a una “propuesta metodológica”.

Desde hace unas décadas el análisis económico del Derecho (AED) se ha aproximado a los fenómenos jurídicos haciendo uso de las herramientas de la teoría económica (Mauricio & Ana María, 2002). Es así cómo el AED es una propuesta de estudio que presupone la relación entre Derecho y economía, pues algunos lo definen como: “...la aplicación de herramientas económicas de la microeconomía y de la economía del bienestar al estudio del Derecho, y a la respuesta, en términos de conducta humana, respecto al entramado legal” (Pinzón Camargo, 2010, pág. 28).

Otra definición la describe como “... un campo de aplicación de la teoría económica (principalmente de la microeconomía y de las bases conceptuales de la economía del bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la Ley y de las instituciones legales” (Bejarano, 1999, pág. 155)².

Para Posner, Cooter y Allen la AED es una “aplicación de conceptos y supuestos de la teoría económica al comportamiento del individuo frente a un sistema legal, con el objetivo de incentivar o desincentivar conductas determinadas, en donde se logren de la manera más eficiente posible las metas trazadas por un individuo, la sociedad o el Estado” (Pinzón Camargo, 2010, pág. 28).

Por su parte Posner nos descompone el AED en aspectos: heurísticos, descriptivos y normativos. El primero busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales; el segundo busca identificar la lógica económica

2 La definición de Bejarano a partir de la definición sugerida de Mercurio y Medema.

y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal, y en su tercer aspecto, procura asesorar a los jueces y otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho (Posner, 2005, pág. 8).

Asimismo este autor referencia que el AED se ha vuelto muy amplio pues no sólo estudia y abarca las conductas comerciales, en tanto se ha extendido más allá de la concentración original en el derecho de la competencia, la tributación, la regulación de los servicios públicos, las finanzas corporativas y otras áreas que son de regulación económica explícita. Su dominio se ha extendido al derecho contractual, propiedad intelectual y otras áreas no comerciales en las cuales se pueden aplicar las reglas del mercado, como es la política criminal y el constitucional.

De esa manera, el AED se ha desarrollado en dos áreas: (i) el estudio del Derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica y (ii) el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico. Algunos han limitado el AED sólo al primer sentido como método, y el segundo como Derecho y Economía. Sin embargos a los efectos de este estudio el AED comprende y aplica ambas áreas.

Las Escuelas del AED que han tenido mayor énfasis en el *common law*, no así en los ordenamientos normativistas del *civil law*, pero con acercamientos en las últimas tendencias sobre las propuestas del AED³. Mercurio y Medema explican que son cuatro escuela las que compiten por colonizar el estudio del AED⁴: Escuela de Chicago (ortodoxa), institucionalismo, el neoinstitucionalismo, el new haven (Mauricio & Ana María, 2002) y una última no considerada en este catálogo que es la del *Public Choice*.

Para los fines que persigue este trabajo, nos concentraremos solamente en el institucionalismo y la NEI, que contiene las bases que queremos proponer como una tercera vía entre los dogmas económicos del libre mercado y la intervención estatal, crecimiento económico y desarrollo económico. Además por compartir la visión multidisciplinaria de esta Escuela donde el Derecho y la economía, se apoyan de la historia, de la política y la sociología.

3 Ya hay facultades de Derecho en universidades Latinoamericanas que desde el pregrado forman a estudiantes sobre el AED.

4 Existe otra tendencia con ánimos de lograr una teoría capaz de ser tomada como escuela, pero aún con desarrollos teóricos incipientes (pero en plena formación y de aportes fundamentales en la conducta) denominada el *Behavioral Economics*.

II. Los institucionalistas: rol de las instituciones

Cuando se pregunta uno: ¿por qué algunas naciones son ricas mientras que otras son pobres?, la idea clave es que las naciones producen dentro de sus fronteras no aquello que la dotación de recursos permite, sino aquello que las instituciones y las políticas públicas permiten.

M. Olson

1. Antecedentes

Cuando la teoría de los clásicos no satisface en sus respuestas a la realidad imperante, se origina la necesidad de buscar dentro de la misma economía una respuesta. Estos parten de la premisa de que las reglas que estructuran los mercados, para que tengan un adecuado funcionamiento, no pueden desconocer otros elementos de orden institucional. En palabras de Ayala Espino el institucionalismo intenta responder a las siguientes preguntas: ¿por qué surgen las instituciones? ¿Cuáles son los incentivos para crear instituciones? ¿Por qué son tantas? ¿Por qué difieren tanto entre las sociedades? ¿Cuándo y por qué cambian? ¿Por qué son más o menos eficientes?

Para responder estas interrogantes el institucionalismo enfatiza en el estudio del comportamiento y elecciones individuales, y cómo ambos procesos moldean las instituciones existentes. Es así como los mercados se presentan como lo que son y van a desempeñarse como lo hacen porque las instituciones van a operar como mecanismos de control social que restringen las acciones maximizadoras de los individuos. Por tanto, el mecanismo principal de asignación de recursos *no es*, en abstracto, *el mercado* sino *las instituciones*, en especial las estructuras de poder que influyen y ordenan el mercado, llegando al punto que una vez instituidas, éstas mantienen el *status quo* del mercado (Ayala Espino, 2005, pág. 27).

Esta idea rompe con el concepto clásico que el mercado asigna los recursos de manera eficiente por sí mismo, no porque el mercado no funcione, sino porque este tiene fallas, y existe la necesidad del Estado de corregirlas, algunas fallas son: las externalidades, la asimetría de la información, los bienes públicos⁵, recursos comunes y el monopolio natural.

5 Este concepto de bienes públicos elude a un término económico y no jurídico, pues los bienes públicos son aquellos que no tienen exclusividad ni son rivales para el consumo.

Esto ha conducido a un sector de la economía denominada el institucionalismo tener como campo de estudio las complejas relaciones de la economía con las instituciones, lo cual ha permitido introducir temas y problemas que la economía convencional ha desechado o no admite. De aquí que la piedra angular en la que los institucionalistas intentan mirar la economía, incide en la necesidad de develar que el mercado no es el único mecanismo de asignación de recursos, pues a menudo los economistas concentran exclusivamente la atención en los mecanismos del mercado, olvidando, como afirma Ayres, "... (que) los mecanismos reales de asignación de recursos son las instituciones"⁶(Ayala Espino, 2005, págs. 27, 28, 29).

Los institucionalistas se encargan de estudiar: (i) la distribución del poder en la sociedad; (ii) el mercado como instituciones complejas; (iii) causas y consecuencias de las motivaciones psicológicas de los individuos y grupos: la formación del conocimiento económico de esa sociedad; (iv) las expectativas de los individuos de cara a la incertidumbre y riesgo y (v) cómo se asignan los recursos.

Una valía que introduce los institucionalistas es que el complejo sistema de asignación de recursos tendrá que ser necesariamente un estudio interdisciplinario, en el cual la economía deberá apoyarse de lo sociológico (valores y cultura), antropológico (conductas), psicológico (anomalías en la conducta), político (políticas públicas capaces de moldear conductas) y jurídico (normas con incentivos adecuados).

2. Principales exponentes del institucionalismo

No podemos dar este paseo sobre las bases del institucionalismo, sin mencionar algunos de sus principales exponentes⁷:

AUTOR	APORTE	OBRAS
T. Veblen	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <i>Crítico la esterilidad del análisis marginalista para comprender la influencia de los valores, las tradiciones, las leyes y la cultura, en la conducta económica de los individuos.</i> ✓ <i>El intercambio y la conducta económica de los individuos era algo más que precios, cantidades y mercado.</i> 	<ul style="list-style-type: none"> ○ The Theory of the leisure class (1899) ○ The theory of Business Enterprise (1904).

⁶ Ayres, 1957, citado por Ayala Espino.

⁷ Cuadro de elaboración propia a partir de los contenidos de Ayala Espino.

<p>J. Shumpeter</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <i>Introdujo el papel del liderazgo y capacidad empresarial en la organización del mercado.</i> ✓ <i>La tecnología como una de las mayores fuerzas de transformación del mercado.</i> 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Theory of Economic Development
<p>F. Knight</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <i>Incorporo el concepto de incertidumbre asociado al desconocimiento económico y el modo en que éste afecta el comportamiento económico de los individuos.</i> 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Risk, Uncertainty and Profit (1921)
<p>F. Commons</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <i>Destacó el papel del derecho y las leyes en el comportamiento económico.</i> ✓ <i>Contribuyó al entendimiento de que la riqueza generada en una economía depende crucialmente de reglas razonables de trabajo, que definen los límites de las acciones individuales y colectivas. Dejando en evidencia que la economía neoclásica desconoce la importancia de esas reglas.</i> 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Legal Foundations of Capitalism (1929) ○ Institutional Economics (1934)
<p>H. Simon</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <i>Señaló que la falta de información y conocimiento completo altera el comportamiento económico de los individuos y que el procedimiento de elección entre alternativas económicas tiene motivaciones más complejas que las meramente económicas.</i> ✓ <i>Expuso el concepto de la racionalidad limitada, por el cual explica que las elecciones racionales y maximizadoras de los individuos son restringidas y limitadas por las instituciones y los valores existentes, así como por sus limitadas capacidades de conocimiento, información y cálculo.</i> 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Administrative Behaviour (1947) ○ Models of man: Social and rational (1957)

3. Críticas al institucionalismo

El institucionalismo que más fuerza tomó fue el estadounidense, sin embargo no tuvo mayor auge ni gozó de aceptación por parte de las escuelas marginalistas ya dominantes en el siglo XX. Algunas de las críticas formuladas fueron (Ayala Espino, 2005, pág. 36 y 37):

- i. No desarrollan una teoría de las instituciones.

- ii. Encamina sus esfuerzos a la descripción de las funciones de las instituciones pero no al análisis de las implicaciones de las instituciones para el desempeño de una economía.
- iii. Confunden las instituciones con organizaciones y reglas, es decir, en cuerpos burocráticos y administrativos con las reglas y normas que restringen los comportamientos de los individuos en las organizaciones.

4. Aportes del institucionalismo y su concepto general sobre el mercado

A pesar de las deficiencias mostradas por la crítica, los aportes efectuados por los institucionalistas gozaban de conceptos fuertes y determinantes como para influir sobre el entendimiento de los neoclásicos sobre la economía. Como los muestra Ayala Espino (2005, pág. 37), ello incluía, entre otros, redimensionar la relación entre mercados, precios y cantidades, y mostrar que ésta no podría darse sin entender *ex ante* el papel de los derechos de propiedad, los contratos, las negociaciones políticas, las acciones colectivas, las regulaciones económicas, los sindicatos y en general las intervenciones del Estado en la Economía.

Afianzan el concepto que la economía necesita una mirada no simplista sino holística, que debe ser estudiada de manera dinámica, para poder entender cómo las instituciones pueden empeorar o mejorar la asignación de recursos.

Entienden la necesidad e importancia del análisis del comportamiento microeconómico (neoclásicos) pero también es importante el comportamiento macrosocial de los grupos, fuerzas políticas y coaliciones sociales, cuando actúan en procesos de elección pública y acciones colectivas.

Asimismo, como señala Samuels⁸, el análisis empírico de los fenómenos vinculados a las instituciones es importante, y no sólo decantar a través de métodos deductivos típicos de los modelos económicos abstractos.

De esa manera, el institucionalismo concibe el mercado como:

“una institución compleja, que es el resultado de los arreglos económicos, sociales e institucionales a los cuales llegan los individuos, y que operan simultáneamente en la sociedad, la política y la economía. En este sentido, el mercado no es el único, ni el mejor mecanismo de asignación de recursos; por el contrario, se admite que las instituciones públicas y privadas, directamente o través del mercado, contribuyen significativamente a cambiar la asignación de recursos, contribuyendo a la mayor o menor eficiencia económica” (Ayala Espino, 2005, pág. 36).

8 Comentado por Ayala Espino.

III. Y llegamos al neoinstitucionalismo (nei): costos de transacción, derechos de propiedad, contratos.

“Las instituciones forman la estructura de incentivos de una sociedad y, por tanto, las instituciones políticas y económicas son las determinantes fundamentales del desempeño económico”

Douglass North

1. Razón por la cual surge esta Escuela

El neoinstitucionalismo nace como una respuesta al institucionalismo tradicional y a la vez como una crítica a la rigidez analítica de la economía neoclásica. Douglass North en su discurso en Estocolmo para recibir el premio Nobel, dijo:

“Una teoría de la dinámica económica es, asimismo, fundamental para el campo del desarrollo económico. No es un secreto, el por qué este campo no ha logrado desarrollarse durante las cinco décadas que siguieron el fin de la Segunda Guerra Mundial. La teoría neoclásica es sencillamente una herramienta inadecuada para analizar y prescribir políticas que induzcan al desarrollo. Se preocupan por la operación de los mercados más no de cómo estos se desarrollan. ¿Cómo puede prescribir políticas sin entender la manera en que se desarrollan las economías? Son precisamente los métodos utilizados por los economistas neoclásicos los que han impuesto el tema y los que han militado en contra del tal desarrollo. Esa teoría, es la forma prístina que le otorgó precisión matemática y elegancia, modeló un mundo sin fricciones y estático. Al aplicarla a la historia y el desarrollo económico, se centró en el desarrollo tecnológico y más reciente en inversiones de capital humano, pero hizo de lado la estructura de incentivos presente en instituciones que determinan el grado de inversión social en dichos factores. En el análisis del desempeño económico a lo largo de los años, esa teoría incluyó dos supuestos erróneos: (i) Que las instituciones no tienen importancia y que (ii) El tiempo no importa”.(North, 1993)

Esta Escuela del Neoinstitucionalismo presenta diversas variantes, algunos comulgan muy cercanamente a los postulados de los neoclásicos y otros difieren abiertamente con ésta. Sin embargo todos coinciden en destacar la importancia de las instituciones, con diferencias teóricas entre ellos.

El neoinstitucionalismo que goza de más prestigio intelectual, reconoce que la economía neoclásica provee de instrumentos de análisis poderosos a otros enfoques económicos, pero también señalan que los enfoques convencionales han dejado de lado el importante papel que desempeñan las instituciones, y los temas

relacionados con ellas, en la operación de la economía. En ese sentido admiten la utilización de los instrumentos neoclásicos, por cuanto “*la producción involucra no sólo la transformación física de insumos y la producción de bienes*” pues “*señala que también es relevante la transferencia de los derechos de propiedad entre los dueños de los recursos, en el intercambio de mercancías, y que ello supone, además de los costos de producción, la presencia de los costos de transacción inevitablemente involucrado en el intercambio*” (Ayala Espino, 2005, págs. 39-41).

2. Postulados Básicos de NEI

Para contrarrestar los argumentos de la crítica, la Escuela de la NEI ha construido unos postulados básicos de su teoría, para exponerlos pedagógicamente. En tal sentido, nos hemos apoyado en algunas aproximaciones al trabajo de Mario Pinzón Camargo (*Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, 2010) sobre esta Escuela, a los fines de estudiarla en tres aspectos: (i) aspectos básicos: La racionalidad del individuo y las instituciones y organizaciones, (ii) núcleo de estudio: costos de transacción, derechos de propiedad y contratos y (iii) desempeño económico: eficiencia adaptativa y cambio institucional.

A. Aspectos Básicos

a. La racionalidad limitada

La NEI se apoya en cuestionar la racionalidad del enfoque económico marginalista y conductista, basados en el modelo del *homo economicus*, por el cual el individuo toma decisiones racionales de manera maximizadora y egoísta. Este argumento viene a ser una dura crítica que desafía los pilares del modelo racional neoclásico.

En ese sentido North explica que “*es preciso dismantelar el supuesto de racionalidad subyacente en la teoría económica para poder acercarnos de manera constructiva a la naturaleza del aprendizaje humano*”. Críticamente aborda que “*el marco de decisión racional supone que los individuos saben qué los beneficia y actúan con base a ese conocimiento. Esto puede ser cierto en el caso de individuos que toman decisiones en los mercados muy desarrollados de las economías modernas, pero es plenamente falso cuando se toman decisiones en condiciones de incertidumbre...*”(North, 1993).

La NEI parte del supuesto de un individuo metodológico, esto implica que su centro de atención en el análisis se concentra en el individuo, por el cual asume que tiene una “racionalidad limitada”. La racionalidad limitada tiene serias

implicaciones en el campo económico, porque va alterar la conducta del sujeto en el mercado, ya no se presenta como el *homo economicus*, racional y que elige la mejor opción conociendo todos los factores que lo afectan, lo que llevará a ser más eficiente el mercado. Por el contrario, “*este agente de racionalidad limitada desencadena la aparición de comportamientos oportunistas, que en su gran mayoría se encuentran encaminados a la maximización de la utilidad. En este caso, estos dos supuestos se extienden a cualquier agente social (político, productor, burócrata, consumidor o regulador, entre otros)*” (Pinzón Camargo, 2010, pág. 72). En el siguiente cuadro se intenta esquematizar los supuestos metodológicos de la NEI⁹:

Variable	Descripción
Individualismo metodológico	El punto central de estudio es el individuo, y no el colectivo, ya que el comportamiento de éste último se explica a partir de su unidad fundamental, el individuo.
Maximización de la utilidad	La maximización es una característica que se expande a cualquier acto social, con independencia del tipo de actividad que desempeñe, productor, consumidor, político, burócrata, etc.
Racionalidad limitada	Existen condiciones que limitan la racionalidad del agente, la primera de ellas es la existencia de costos de transacción, esto implica que el individuo deberá tener en cuenta una restricción presupuestal en el momento de adquirir información, por ello, no podrá acceder de manera ilimitada a ésta. Con respecto al segundo fenómeno es importante aceptar que los individuos tienen sólo una capacidad limitada para allegarse y procesar información.
Comportamiento oportunista	Como consecuencia de la racionalidad limitada y del comportamiento maximizador, surge la posibilidad de aparición de agentes que en la búsqueda de maximizar su función de bienestar o utilidad, se aprovechen de una posición ventajosa sobre su contra parte en el momento de la negociación.

9 Cuadro tomado de Mario Pinzón Camargo en *Aproximaciones al análisis económico del Derecho*, el cual fue elaborado a partir de los datos de Andrés Roemer en *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Fondo de la Cultura Económica, 3era Reimpresión, 2001, pp. 45 y 46.

b. Las instituciones y organizaciones

Si bien todos los autores de la NEI coinciden en la importancia de las instituciones, tampoco han dado un concepto unívoco que lo comprenda. Douglas North las define como:

“Las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico” (North D. , 1993, pág. 13).

Sin embargo, distintos autores presuponen la utilidad de las instituciones desde distintas aristas: Schotter las enfatiza para resolver problemas en la sociedad; Boudon las ve como restricciones que ayudan a evitar el lado negativo de las acciones económicas y políticas inevitablemente presentes en cualquier acción colectiva; Elster coloca el acento en la capacidad de potenciar a los agentes para trabajar colectivamente y producir beneficios sociales, mientras que Bates sugiere que ayudan a reconciliar la racionalidad individual (egoísta y maximizadora) y la racionalidad social presentes en las acciones colectivas (Ayala Espino, 2005, pág. 62).

Ayala Espino propone como definición de las instituciones que “...son el conjunto de reglas que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales y políticas entre los individuos y los grupos sociales. Las instituciones son construcciones históricas que, a lo largo de su evolución (origen, estabilización y cambio) los individuos erigen expresamente. Las instituciones un país asumen características peculiares, de acuerdo con los rasgos estructurales dominantes de una determinada economía y sociedad, y por supuesto, es importante la influencia de los valores, tradiciones culturales y religiosas y, en general, de las convenciones existentes” (2005, pág. 63).

Las instituciones se clasifican en formales e informales: las primeras son las reglas positivas como Leyes, Tratados, Reglamentos y su aplicación y cumplimiento es obligatorio y se requiere de un poder coercitivo para hacerlas cumplir. Las segundas son las prácticas, costumbres, valores propios de una población, que se internalizan a través de los años en la memoria social. No existe un poder coercitivo, porque se da un “auto-cumplimiento”, al ser propias de la esfera privada de los individuos (Pinzón Camargo, 2010, pág. 73).

El segundo componente son las organizaciones que “...se conforman por grupos de individuos unidos por un propósito común que es el de lograr ciertos objetivos. Entre éstas se incluyen las políticas (por ejemplo los partidos políticos, el senado, un concejo municipal, cuerpos reguladores), las económicas (por ejemplo las empresas,

sindicatos, granjas, familias, cooperativas), las sociales (por ejemplo las iglesias, clubs, asociaciones deportivas) y las educativas (por ejemplo escuelas, universidades, centros de capacitación vocacional). Se crean organizaciones que reflejan las oportunidades ofrecidas por la matriz institucional”(North D. , 1993).

B. Núcleos de estudio

a. Costos de transacción

No se pretende en este corto trabajo explicar minuciosamente la compleja teoría de los costos de transacción; no obstante, sí se hace necesario presentar la relevancia de su análisis para la NEI, y las implicaciones que comporta el entendimiento de los costos de transacción.

Este concepto saltó a la palestra de estudio gracias al trabajo, que le mereció un nobel, de Ronald Coase por su trabajo “The problem of social cost”, en el cual aborda la relación entre los costos de las transacciones del mercado, las externalidades y los remedios para su solución.

Como nos explica el profesor Pinzón Camargo, este análisis desencadenó lo que se iba a conocer como el “Teorema de Coase” acuñado por el economista George Stigler, que plantea: *“en ausencia de costos de transacción, las partes inmersas en un conflicto de derechos de propiedad tendrían suficientes incentivos para negociar, y en esa medida, la ley ocuparía un papel marginal”* (Pinzón Camargo, 2010, pág. 75). Esto comprendería solo la primera parte del teorema, pero a nuestros fines se da por satisfecho entender lo que predica el teorema en primera línea.

Para acercarnos un poco al entendimiento del teorema de Coase, se precisa definir qué son los costos de transacción. Para Jesús Antonio Bejarano son *“... todos los costos necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma, es decir, no externa, de sus relaciones contractuales. Los costos de transacción serán los costos de saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes qué se quiere contratar, de conducir las negociaciones, delinear el contrato y exigir su cumplimiento”*(Bejarano, 1999, pág. 162).

En un contrato entre partes como un arrendamiento, los costos de transacción serán: los abogados que redacten el contrato, la información sobre las normas de inquilinato, el conocimiento del estatus del inmueble a alquilar, entre otros, en Venezuela por ejemplo un costo de transacción claro muy usual en las transacciones son el pago de gestores ante notarías, entidades gubernamentales, por

el difícil acceso a la información y el complejo sistema de solicitudes y peticiones. Todo esto aumenta los costos de transacción, que según el Teorema de Coase, impiden que las partes puedan llegar a transacciones más eficientes. De aquí que el teorema inicial se apuntala que en “ausencia de costos de transacción” las partes pueden lograr acuerdos eficientes sin necesidad de la Ley y el sistema jurisdiccional. Por supuesto Coase para probar esto se vale de varios ejemplos matemáticos y decisiones judiciales, que excede el propósito de este ensayo.

Ante el Teorema de Coase la pregunta indispensable que se presenta es ¿en las transacciones es posible que no haya costos de transacción? Si vemos en la realidad imperante, todas las transacciones están sometidas a costos de transacción, hay algunas muy simples donde el intercambio se da de manera rápida y eficiente. Así, el teorema se aplica muy fácilmente, como es el caso de comprar un chicle en cualquier kiosco (tienda) de esquina, pues en este caso la información sobre el precio del bien normalmente está aprehendido en el mundo de conocimientos de los sujetos, y por ello no requiere una actividad complementaria de búsqueda de información. Así, por ser un precio que aceptan rápidamente ambas partes, la transacción se da sin requerimiento de actores más complejos. Contrariamente piense en un contrato de seguro, el cual requiere saber quién es el sujeto que se quiere asegurar o el bien que desea asegurar, o una licitación pública, que precisa designar expertos en procedimientos de contrataciones públicas.

Para estas relaciones contractuales en las cuales se aumentan los costos de transacción, es cuando el Teorema de Coase nos alerta de que hay más probabilidad de que se den relaciones menos eficientes.

De esa manera, entender el problema de los costos de transacción tiene dos implicaciones claves (Pinzón Camargo, 2010, pág. 76):

- La primera recae sobre el comportamiento del individuo en el proceso de toma de decisiones, y por consiguiente en su racionalidad (tal como lo advierten los institucionalistas) y el supuesto del funcionamiento perfecto del mercado. Los costos de transacción son limitaciones para los agentes a fin de lograr la transacción que desea, e implica el análisis de información suficiente y relevante para desarrollar su negociación. Pero el acceso a esa información se verá limitada por el costo de acceso, teniendo los agentes que tomar en cuenta sus restricciones presupuestales para acceder al nivel determinado de información. Posiblemente los agentes no pueden acceder a la información de manera plena y eficiente, implicando con ello una posición de negociación desventajosa o a una que no sea necesariamente la más eficiente, en cuanto a que no es posible sopesar los costos de oportunidad que se dejan de lado, por no tener acceso a datos relacionados con estos.

Es así como para el individuo de la NEI, los costos de transacción se convierte en un núcleo de estudio, por cuanto su influencia afecta:

“...los supuestos del homo economicus, en cuanto que su racionalidad se encuentra limitada por la cantidad de información a la cual pueda acceder dada su restricción presupuestal, desencadenando, posiblemente, la aparición de comportamientos oportunistas, tales como el riesgo moral o la selección adversa” (Pinzón Camargo, 2010, pág. 80).

Ante esta falla del mercado, que reconocen los autores de la NEI, la Ley debe cumplir un propósito institucional (las normas son instituciones formales, como antes se explicó), pues ellas deben moderar el comportamiento de los agentes que los conduzcan objetivos socialmente deseados, con lo cual la Ley se perfila entonces como una regla de juego, una institución que permite corregir las fallas del mercado (Pinzón Camargo, 2010, pág. 81).

No obstante, teniendo concertado a la norma como institución capaz de corregir las conductas que llevan a fallas del mercado (obstaculizar información, falta de transparencia sobre procesos, información privilegiada sobre el mercado para algunos y no todos los agentes) el acento de estudio se traslada a la realización de la norma, a fin de que tengan los incentivos adecuados y no devengan en incentivos perversos sobre la conducta.

Un caso típico de incentivos perversos son las regulaciones de precios, pues si no se estudia bien el sector o mercado al cual se dirige la regulación de precios, lo más probable es que se forme la externalidad del mercado paralelo, y con ello se incentive la conducta oportunista del arbitraje (reventa).

- El *segundo efecto de los costos de transacción es sobre los derechos de propiedad* que forman otro núcleo de estudio que se explica a continuación.

b. Derechos de propiedad

La existencia de costos de transacción tiene incidencia en la asignación de derechos de propiedad, entendidos como *“...el conjunto de derechos, los cuales describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad: en la medida que pueden poseer, usar, transformar, transferir o excluir a otros de su propiedad”* (Cooter & Ullen, 2002, pág. 104).

Los derechos de propiedad tienen una doble importancia que nos expone Ayala Espino:

“Son decisivos en la creación de incentivos para invertir, ahorrar, trabajar, innovar, involucrarse en el comercio etc., y en consecuencia, restringen las

elecciones maximizadoras de los individuos. (...) es crucial para el intercambio porque permite a los agentes acordar, negociar y distribuir costos sociales, para superar fallas del mercado: externalidades, monopolios, problemas de información y economías de escala. Sin definición de derechos de propiedad sería inviable la distribución de costos y beneficios, porque los costos marginales sociales y privados pueden divergir de los beneficios marginales sociales y privados, lo cual conduce a una asignación de recursos socialmente indeseable, aunque fuera óptima en sentido de Pareto¹⁰ (Ayala Espino, 2005, pág. 217).

Mario Pinzón nos desglosa y explica las funciones del derecho de propiedad comentando a Ayala Espino. En primer término “(...) *se relaciona con el reconocimiento de que es, tal vez, la institución más importante en una sociedad, ya que a través de ésta se permite el desarrollo de intercambios, por medio de los cuales se asignan y determinan los bienes y servicios*”. En segundo término “...*revisten de gran importancia para la Nueva Economía Institucional, se relaciona con su asimilación a un sistema de incentivos a través de los cuales se orientan a los agentes hacia adecuada explotación del bien o servicio objeto, protegido por el derecho de propiedad*” (2010, pág. 82 y 83).

En cuanto a los costos de transacción, los derechos de propiedad coadyuvan a que estos mermen, por cuanto disminuyen los niveles de incertidumbre que existen para el agente respecto a una inversión que efectúe para el desarrollo de un bien o servicio (Pinzón Camargo, 2010, pág. 83). Es así, como el derecho de propiedad permite una exclusión del derecho de éste sobre los otorgando seguridad jurídica para el intercambio y promoviendo mayores niveles de información a los agentes sobre sus derechos de propiedad en esa transacción.

Para la NEI la institución de los derechos de propiedad es consustancial al crecimiento económico, en tanto no es operable sistemas de intercambios, simples o complejos, sin una estructura de derechos de propiedad y un sistema de protección, es así como:

“... la existencia de costos de transacción genera limitantes para que las partes puedan negociar de manera tal, que se logre una reasignación del derecho de propiedad en cabeza de quien más los valore, impidiendo con ello que se pueda llegar a un uso eficiente de éste, lo cual puede acarrear la aparición de fallas (...) en el funcionamiento del mercado” (Pinzón Camargo, 2010, pág. 84).

10 El óptimo de Pareto es un criterio de eficiencia para los economistas, cuando no se puede hacer una asignación de recursos que no cause el empeoramiento de la situación para al menos una persona. Es así como un óptimo de Pareto es que alguien vea mejorada su situación sin el empeoramiento de otro sujeto. En este sentido Ayala Espino formula una crítica a la escuela neoclásica sobre este criterio de eficiencia.

c. Contratos

Para la NEI, el sistema contractual es de gran importancia, debido a que permite lograr mayores eficiencias, porque es capaz a través del acuerdo disminuir costos de transacción. Entonces el mejor contrato (más eficiente) será aquel en el cual los costos de transacción asociados al cumplimiento del contrato sean bajos (Pinzón Camargo, 2010, pág. 91).

La NEI distingue 6 funciones económicas de los contratos¹¹:

Función	Descripción
1. Generar juegos cooperativos	Una de las premisas de la asignación eficiente de Derechos de Propiedad, plantea que éstos deben estar en cabeza de quien más lo valora, para ello, las partes deben negociar, logrando arreglos que beneficien a las partes, es decir, que generen riqueza, premisa básica de los juegos cooperativos
2. Incorporar niveles óptimos de cumplimiento	En este caso la función contractual se relaciona con dos conceptos, el primero de ellos conocido como costo de oportunidad, y el segundo relacionado con la responsabilidad. Así partiendo de la posibilidad de comportamientos oportunistas dentro de la NEI como consecuencia de los costos de transacción para el acceso a niveles óptimos de información conjugado con la racionalidad limitada, se contempla que las partes contractuales puedan cumplir el contrato si el costo de cumplimiento es inferior al beneficio de incumplir. En esta medida las reglas de responsabilidad establecen los costos para el incumplimiento y generan incentivos para llevar al cumplimiento del objeto contractual, para lo cual el agente sopesa el costo de oportunidad de cumplimiento.

11 Cuadro tomado de Mario Pinzón Camargo, *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, pp. 104-106, el cual fue elaborado a partir de la información presentada por Robert Cooter y Thomas Ulen en *Derecho y Economía*.

3. Incorporar un nivel óptimo de confianza	En el proceso de negociación, el promitente invierte en cumplimiento mientras que el receptor en confianza por cumplimiento. Esta inversión de las dos partes se pueden cuantificar en dinero, tiempo, esfuerzo y costo de oportunidad sacrificados. Bajo este ámbito se busca generar equilibrios entre la confianza y el esfuerzo por cumplimiento en un contrato, para evitar pérdidas excesivas para una de las dos partes.
4. Disminución de costos de transacción a través de la generación de términos eficientes de omisión	Durante los procesos de negociación la asunción de riesgos es un elemento crucial, allí las partes involucradas deben decidir cuáles riesgos prevenir de manera más eficiente.
5. Corregir las fallas del mercado a través de la regulación de los términos de los contratos	La regulación contractual debe entenderse como un procedimiento a través del cual, los tribunales eliminan o cambian los términos de la negociación de un contrato.
6. Fomentar relaciones de cooperación en el largo plazo que hagan endógenos el mayor número posible de contratos.	Los agentes contractuales suelen recurrir a relaciones de largo plazo con el fin de ahorrar costos de transacción, puesto que dichas relaciones les permite conocerse y con ello atenuar los niveles de incertidumbre, gracias al conocimiento adquirido por las contrapartes, como producto de la experiencia.

3. Desempeño económico. Eficiencia adaptativa y cambio institucional

¿Es posible construir instituciones eficientes? Esta cuestión es una pregunta esencial para la NEI, si acordamos que las instituciones, las buenas instituciones, permiten avanzar en el desempeño económico, y aun entendiendo este axioma, muchos países no logran sanear sus instituciones, entonces ¿es una tarea difícil?

Ayala Espino nos dicen que se requiere de acuerdos institucionales complejos, que integran demandas conflictivas entre agentes con intereses diversos y contradictorios. En este contexto es difícil llegar a soluciones cooperativas y eficientes. La creación de nuevas instituciones, eficientes, creíbles y aceptadas por toda la sociedad, es un largo proceso que involucra simultáneamente aspectos técnicos, administrativos y políticos:

“Los cambios institucionales afectan de manera desigual a los distintos grupos, y es indudable que habrá perdedores y ganadores a lo largo del proceso. Por ello se requiere un esfuerzo de participación, negociación y concertación entre los agentes, para garantizar la legalidad, legitimidad y consenso sobre las nuevas instituciones. De no ser así, la reforma quedaría reducida a instituciones sin credibilidad, en donde se aplicaría la conocida máxima de obedécese pero no se cumpla, con sus perniciosas secuelas de ineficiencias económica y social. En este caso, la nuevas instituciones elevarán los costos de transacción”(Ayala Espino, 2005, pág. 361).

Douglas North nos menciona dos caminos para el cambio¹², uno contingente y otro incremental. El primero es “...*un cambio radical en las reglas formales*”, el cual se da por situaciones de guerras, revoluciones o desastres naturales. Pero incluso cuando ocurra “*un cambio total en las normas formales, al mismo tiempo habría muchas limitaciones informales que tienen una gran tenacidad de sobrevivencia porque todavía resuelven problemas básicos de cambios entre participantes, sean sociales, políticos o económicos*”(North D. , 1993, págs. 118-120).

El segundo camino es el cambio incremental, el cual se realiza a través de ajustes marginales, como los explica Mario Pinzón: “*al analizar las razones por las cuales se generan los cambios marginales en el ambiente institucional, se observa, que estos son resultados de un análisis costo-beneficio que realiza cada uno de los agentes que se ven afectados por el arreglo institucional vigente. Así, si los recursos que se deben invertir para propiciar el cambio, producen beneficios superiores a dicha inversión, el agente tendrá razones para intentar llevar a cabo la iniciativa*”(2010, pág. 95).

Cuando el cambio se da, el éxito de las nuevas instituciones viene aparejado de las eficiencias adaptativas, es decir, mantener (no perder de vista) la supervisión e implementación con el componente institucional no formal (cultura, valores, idiosincrasia, religión, etc).

Esto nos lleva a una teoría evolucionistas de la sociedad, pero no al modo de Hayek¹³, sino de James Buchanan¹⁴, por la cual los individuos pueden elegir

12 Comentado por Ayala Espino sobre Douglas North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*.

13 Hayek es precursor de la tesis de acuerdo con la cual, las instituciones evolucionan como un proceso de selección natural, con lo cual las malas instituciones por su trabajo ineficientes tarde o temprano son sustituidas por aquellas más eficientes. Esto, explicando que las conductas que causan ineficiencia son desechadas por los ciudadanos al notar que no funcionan, y seleccionan aquellas que las conducen a caminos más eficientes (en este proceso para Hayek es indispensable la libertad del ciudadano para poder elegir).

14 En este aspecto Buchanan crítica la perspectiva de Hayek, considerándola simplista, por cuanto ello conduciría a concluir que es imposible construir expresamente reglas sociales, organizaciones e instituciones, pues cualquier intento por erigir instituciones estaría condenado al fracaso y a la frustración.

instituciones. De allí que concluimos con el entendimiento de las instituciones por la NEI:

“Las instituciones representan el conjunto de estructuras de incentivos en las cuales se lleva a cabo el intercambio humano: político, social y económico. De esta forma, las instituciones son las estructuras de incentivos para trabajar, consumir, invertir, ahorrar o innovar que prevalecen en la sociedad en un momento dado e influyen sobre el ritmo de crecimiento económico. Las estructuras no son el producto solamente del mercado y de la dotación de factores; a veces, las instituciones emiten incentivos más poderosos que los del mercado, determinando la conducta de los individuos. Las instituciones bien diseñadas facilitan la coordinación económica y promueven un mejor desempeño de la economía, de la misma forma, las instituciones ineficientes pueden ayudar a perpetuar el atraso económico” (Ayala Espino, 2005, pág. 369).

IV. Una teoría de las instituciones extractivas e inclusivas

Los autores Daron Acemoglu y James A. Robinson, en su obra “Why Nations Fail?” proponen dar una explicación de por qué existen naciones desarrolladas y ricas como Gran Bretaña, Estados Unidos y Alemania y por el contrario por qué existen naciones pobres como las de África, América Central y Sur.

Es un estudio concienzudo sobre las naciones su evolución histórica y sus instituciones, muestran un esfuerzo por delimitar una teoría sobre la instituciones inclusivas y extractivas en existen en los países. A partir de esta descripción hemos elaborado un cuadro que intenta resumir el contenido de las instituciones inclusivas y extractivas a partir de este libro:

Instituciones Inclusivas	Instituciones Extractivas
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Posibilitan y fomentan la participación de la gran mayoría de las personas en actividades económicas que aprovechan mejor su talento y sus habilidades y permiten que cada individuo pueda elegir lo que desea. ✓ Ofrecen seguridad a la propiedad privada, un sistema jurídico imparcial y servicios públicos que proporcionen igualdad de condiciones en los que las personas puedan realizar intercambios y firmar contratos. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Tienen como objetivo extraer rentas y riquezas de un subconjunto de la sociedad para beneficiar a un subconjunto distinto (las élites que ostentan el poder). ✓ El reparto del poder es restrictivo y limitado. Las instituciones políticas quién tiene el poder y para qué fines puede utilizarse. Sus instituciones son absolutistas.

<ul style="list-style-type: none"> ✓ Permite la entrada de nuevas empresas. ✓ Fomentan la actividad económica, el aumento de la productividad y prosperidad económica. ✓ Necesitan al Estado y lo utilizan como responsable de la ley y el orden, de garantizar la propiedad privada y los contratos. ✓ El poder está ampliamente repartido en la sociedad y lo limitan, son pluralistas. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Quienes ejercen el poder serán capaces de establecer instituciones económicas para enriquecerse y aumentar su poder acosta de la sociedad. ✓ Conceden el poder a un individuo o un pequeño grupo. ✓ Las instituciones económicas son dependientes de las instituciones políticas. Éstas requieren de esta dependencia para lograr su supervivencia. ✓ Las instituciones económicas extractivas enriquecen a esas mismas élites y su riqueza económica y poder ayudan a consolidar su dominio político.
---	---

Podemos definir las instituciones extractivas como aquellas que comprenden tanto las políticas y económicas, que son restringidas y limitadas a una élite que tiene el poder exclusivo, y ponen las instituciones económicas a su provecho de enriquecimiento patrimonial, sobre el cual se apalanca para continuar en el poderío político y económico sobre un país.

Estas instituciones extractivas pueden ser de carácter absoluto, es decir, que se encuentra en un país de corte autoritario, no democrático, por el cual gobierna un dictador o algún partido político determinado. En estos casos parece claro cuando se presentan las instituciones extractivas.

No obstante, los citados autores estudian que estas instituciones pueden presentarse en países donde funciona aparentemente una saludable democracia. Y esto es así, porque pueden existir élites extractores de las rentas aunque haya un Banco Central independiente:

“En Argentina y Colombia los bancos centrales también pasaron a ser independiente en los noventa y, de hecho, hicieron su trabajo en reducir la inflación. Sin embargo, como en ninguno de los dos países había cambiado la política, las élites políticas podían usar otras formas para comprar votos, mantener sus intereses y recompensarse a sí mismos y a sus partidarios. Como no podían hacerlo ya imprimiendo dinero, tenían que utilizarlo de otra forma. En ambos países, la introducción de la independencia del Banco Central coincidió con una gran expansión del gasto gubernamental, financiado en gran medida a través de préstamos”. (Acemoglu & Robinson, 2012, pág. 290)

Esto nos permite circunscribir que la presencia de instituciones extractivas no se limitan a regímenes autoritarios o de corte militaristas. Basta con que se

cumplan las características que dejan en evidencia la presencia de una institución extractiva.

En este libro, sus autores nos enseñan que las instituciones extractivas conducen a círculos viciosos y aquellos países que logran romper el molde a veces lo logran a través de abruptos períodos sociales. Estos círculos viciosos perpetúan la pobreza sobre generaciones, sin que pueda darse la evolución selectiva que apuntaba Hayek, pues las élites que gobiernan y constituyen instituciones extractivas no propenderán a un cambio institucional sin que existan algunos factores necesarios para el cambio. No hay recetas mágicas pues ella nos va a conducir a la calidad de sus instituciones, estas surgen como resultados de las demandas y acciones de los individuos, como lo apunta José Ayala Espino.

V. Crecimiento económico y desarrollo económico: dos conceptos no necesariamente entrelazados

“La modernización del tercer mundo pretendió ser lograda por la difusión del capital, las instituciones y valores del primer mundo”

Davis y Trebilcock

José María Zufiaur en el artículo “¿Cómo llegamos a esto?”¹⁵ presenta una crítica a los neoliberales de cómo después de un pensamiento en que se aniquiló el Estado de Bienestar de Keynes y el pacto social demócrata de posguerra:

“La crisis que ahora estamos viviendo como consecuencia de un capitalismo absolutamente desbridado, tiene su inicio en los años 60 cuando el capitalismo empieza a poner en cuestión el pacto – llamado pacto keynesiano o pacto socialdemócrata – que se había ido conformando tras la Gran Depresión de los años 30 del siglo pasado”.

En su lugar nos deja en una crítica severa sobre el crecimiento económico que se apareja más bien a la especulación financiera, lo que permitió “...la creación de una enorme fosa entre la esfera financiera y la esfera productiva de la economía: en 2005, del total de transferencias interbancarias, el 2,2% correspondían a la economía real y el 97,8% a la economía financiera”.

Como consecuencia nos dejan una economía mundial a la deriva y una gran depresión sobre la economía real, en comentarios de este autor. Por supuesto

15 10 de noviembre de 2008, para la Revista UNIÓN-UGT.

este escrito data del año 2008 cuando apenas empezaba a cuestionarse en EE.UU lo ocurrido en el inicio de las crisis de los bonos *subprime* (las hipotecas subprime), crisis que lleva al mismo Richard Posner¹⁶ a cuestionar el papel del Estado¹⁷.

Estas voces de la crítica sobre el mercado, permite reflexionar sobre dos conceptos que tal vez hemos creído por tiempo aparejados, indivisible y que comprendía la misma definición con resultados iguales. Nos referimos por supuestos al crecimiento económico y al desarrollo económico.

Hoy las economías en el mundo nos muestran que el crecimiento económico entendido a través de los modelos marginalista no siempre tiene como resultado el desarrollo del país. El crecimiento económico sólo es un medio para lograr el desarrollo y no un fin en sí mismo, con lo cual se presenta un claro quiebre entre los conceptos de crecimiento y desarrollo que hasta entonces había guardado una aparente identidad (Pinzón Camargo, 2013).

Para acceder al desarrollo no basta incrementar la inversión y el reducir la inflación, con algunas otras recetas de la política macroeconómica, sino lograr verdaderos accesos de bienes y servicios a la comunidad. La senda al desarrollo pues, es un concepto pluridimensional que requiere ser abordado multidisciplinariamente, revisando economía, cultura, política y sociedad.

Las Naciones Unidas¹⁸ muestra un esfuerzo por replantear el concepto de desarrollo a través de distintos programas, que toca ambiente, economía y cultura, en ánimo de dar un concepto mucho más avanzado al progreso que no se limita a pretender solo la eficiencia económica.

Estos elementos nos permite, a través del tamiz de la NEI, poder analizar en qué ha consistido el desarrollo para los países latinoamericanos, qué fracasos se ha obtenido al intentar copiar o “injetar” modelos no propios de las instituciones no formales (cultura, religión, valores, etc.), qué tan sólidas son sus instituciones para adoptar políticas que conduzcan al desarrollo, cómo son sus esferas de poder (inclusivas o extractivas).

16 Richard Posner es uno de los escritores fundamentales del Análisis Económico del Derecho, desde el inicio mantuvo su postura desde la escuela marginalista (los modelos microeconómicos).

17 En una de sus publicaciones después de la crisis americana del año 2008, intitulada *The Crisis of Capitalist Democracy*, este autor propone un giro a sus ideas sobre la base de Keynes.

18 Entre otras organizaciones internacionales como Banco Mundial, CEPAL (comisiones regionales de las ONU), BID.

Sobre estos temas que permiten llevar la economía y el Derecho adaptadas a las realidades de cada país, sin recetas mágicas per se, y partiendo de una vista institucional, se conduce el gran esfuerzo de la Escuela de la NEI.

REFLEXIONES FINALES

Para los estudiosos de la Economía y el Derecho, se nos muestra como reto lograr persuadir que ambas disciplinas pueden ayudarse entre sí, y sobrellevar la aparente ambigüedad entre ellas -la economía con sus términos de eficiencia y el derecho con sus ánimos de justicia-para lograr tal vez un consenso.

Los estudios y avances del *análisis económico del derecho*, permiten abandonar, un tanto, esta ambigüedad, la economía le permite a través de sus modelos, “aterrizar” al Derecho para entender la conducta de los agentes en los mercados. En la vida real los abogados y juristas forman normas, reglas y juicios, con una verdadera “venta” en la visión¹⁹, pretendiendo regular conductas sin siquiera entender cómo se comporta el agente.

La economía, por el contrario, no ha escatimado en esfuerzo por entender al sujeto y construir modelos de conducta y racionalidad. Hoy esos modelos se nos presentan como métodos para la regulación, para apuntar por fin a un propósito real de orden o eficiencia, donde también hay campo para la justicia.

Y es así, como en este corto trabajo, he pretendido mostrar a la Escuela de la NEI, que a mi juicio, tiene una valía para entender la estrecha relación entre la economía y el derecho, como una vía de estudio, de método y de análisis para el Derecho y la Economía, para las propuestas de políticas públicas que nos traslade por fin a verdaderas instituciones de desarrollo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acemoglu, D., & Robinson, J., *Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza ¿Por qué fracasan las naciones?* New York, Crown Publishers, 2012.
- Ayala Espino, J. *Instituciones y Economía: Una introducción al Neoinstitutionalismo económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- Bejarano, J., “El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos”, en *Revista de Economía Institucional* N°1, 1999.

¹⁹ Es literal a la dama con la balanza y la venda en sus ojos.

- Cooter, R., & Ullen, T., *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005).
- Mauricio , R., & Ana María, A. “El análisis económico del Derecho”, en *Precedente*, <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>, 2002.
- North, D. “Desempeño económico en el transcurso de los años”, Premio Nobel de las Ciencias Económicas, en: http://www.izt.uam.mx/economiatyp/numeros/numeros/09/articulos_PDF/9_8_Desempeno.pdf
- North, D., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- Pinzón Camargo, M. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, Universidad del Externado, Bogotá, 2010.
- Pinzón Camargo, M., “La Nueva Economía Institucional: Un puente para el estudio del Derecho y Desarrollo” en *El derecho del consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013,
- Posner, R., “El análisis económico del derecho en el Common Law, en el Sistema Románico Germánico y en las naciones en desarrollo”, en *Economía y Derecho*, Vol. 2, N° 7), 2005.

EL ACTO CONCLUSIVO DE SOBRESEIMIENTO

Carlos D. Briceño Amaro¹

RESUMEN:

En el presente trabajo se realizará un análisis de la figura del sobreseimiento en el proceso penal venezolano orientado a su naturaleza como acto conclusivo de la fase preparatoria. A estos fines se expondrán, mediante una investigación documental, aspectos relativos a los supuestos de procedencia de dicha actuación, la necesidad de contar con un imputado como sujeto al que se refiere, la posibilidad de aplicar simultáneamente las diversas causales de sobreseimiento establecidas en el Derecho vigente, los efectos de la declaratoria con lugar de la solicitud de sobreseimiento, su trámite, los recursos disponibles ante la decisión que declara procedente la solicitud y el procedimiento en caso de su declaratoria sin lugar.

PALABRAS CLAVES:

extinción de la acción penal, falta de certeza, causales objetivas, causales subjetivas.

ABSTRACT:

The investigation analyzed the figure of dismissal in the Venezuelan criminal process, being its nature oriented as the conclusive act of the preparatory phase. With the aforementioned goal in mind, a documentary investigation will be made in order to exhibit the relative aspects needed in the assumptions of provenance of a dismissal, the necessity of having an accused as subject, the possibility of applying simultaneously the diverse grounds of the dismissal established in hard law, the effects of the due process with a formal finding of grounds in the dismissal, the process, the possible legal action against the decision that finds grounds in a dismissal and the process in case the dismissal is denied.

KEYWORDS:

extinction of the criminal action, lack of grounds, objective causal, subjective causal.

INTRODUCCIÓN

La institución del sobreseimiento puede ser entendida desde tres perspectivas: como decisión judicial, como solicitud de la defensa y como acto conclusivo de la investigación a cargo del fiscal del Ministerio Público. El presente trabajo tiene como objetivo la última de las perspectivas enunciadas, referida al sobreseimiento como acto conclusivo de la investigación penal a cargo del fiscal del Ministerio

1 Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

Público como director del proceso durante la fase preparatoria y delegado del Estado en el ejercicio de la acción penal.

Para el análisis del sobreseimiento como solicitud fiscal se desarrollarán, en sus rasgos más importantes, los supuestos de procedencia del sobreseimiento contenidos en el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a su vez a los asuntos concernientes a la ausencia de imputado en las investigaciones concluidas y a la presencia de causales de sobreseimiento concurrentes, cuestiones especialmente problemáticas para este instituto de la parte adjetiva del derecho penal.

Desde luego, la naturaleza procesal de la temática planteada impondrá dejar de lado el desarrollo material exhaustivo de algunos de los supuestos de procedencia, particularmente de los contenidos del numeral 2 del artículo 300 y de las causales de extinción de la acción referidas en el numeral 3, aunque sí es pertinente emitir algunos conceptos en materia de prescripción, cuestión que se justifica en la incidencia práctica de este supuesto extintivo de la responsabilidad penal.

Una vez esclarecidos estos asuntos esenciales, podrán desarrollarse los criterios relativos a los efectos de la solicitud de sobreseimiento declarada con lugar, así como los problemas procedimentales referentes al control judicial de dicha actuación fiscal, todo lo cual presentará un cuadro bastante aproximado al entendimiento óptimo de la solicitud fiscal de sobreseimiento según el derecho vigente.

I. Regulación del acto conclusivo de sobreseimiento en el código orgánico procesal penal

En cuanto al acto conclusivo de sobreseimiento, y de acuerdo a la regulación de esta figura en el Código Orgánico Procesal Penal, debe distinguirse la solicitud realizada con base en las actuaciones recabadas por el fiscal del Ministerio Público en el proceso penal -de conformidad con los supuestos previstos en el artículo 300 del Código-, de la decisión judicial emanada del Juez competente, declarada a través de un auto o sentencia, de conformidad con los artículos 306, 307 y 346, numeral 5, *eiusdem*, la cual puede producirse, bien una vez que se ha realizado el análisis de la solicitud fiscal, de conformidad con el artículo 302 *ibidem*, bien con motivo de una solicitud de la defensa, según el artículo 28 de ese instrumento, o

bien de oficio por el Juez en los casos permitidos por el propio Código Orgánico Procesal Penal².

Sin embargo, las siguientes disertaciones están referidas únicamente al sobreseimiento considerado como uno de los actos conclusivos de la investigación penal, solicitado por el fiscal del Ministerio Público y decretado por el Juez de Control.

Fundamentalmente, el sobreseimiento ha sido definido por la doctrina en los siguientes términos³:

“El auto de sobreseimiento es una resolución judicial fundada mediante la cual se decide la finalización de un proceso criminal respecto de uno o de varios imputados determinados, con anterioridad al momento en que la sentencia definitiva cobre autoridad de cosa juzgada, por mediar una causal que impide en forma concluyente la continuación de la persecución penal”⁴.

El sobreseimiento está previsto en el Libro Segundo, Del Procedimiento Ordinario, Título I, Sección IV, Capítulo IV, De los Actos Conclusivos, y su procedencia depende de la verificación por parte del fiscal del Ministerio Público y del juez, de los supuestos legalmente establecidos en el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual establece:

“Artículo 300. Sobreseimiento. El sobreseimiento procede cuando: 1º. El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuírse al imputado; 2º. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad; 3º. La acción penal se ha extinguido o resulta acreditada la cosa juzgada; 4º. A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado; 5º Así lo establezca expresamente este Código”.

Al respecto, es preciso analizar cada una de las causales antedichas en forma separada. En este sentido, se tomará en cuenta la clasificación realizada por una parte de la doctrina que distingue entre causales objetivas: atinentes al hecho objeto de la investigación; subjetivas: relativas al sujeto imputado por los

2 Vázquez González M., *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, 3ra edición, Caracas, 2009, p. 185.

3 Jarque G, *El Sobreseimiento en el Proceso Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 2 y 3.

4 Para Maier, se trata de una cancelación anticipada de la persecución penal que evita la “pena de proceso” en los casos en los que, *ex ante*, es del todo imposible que la causa culmine con una sentencia condenatoria. Maier J., *Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 83-86: “*El sobreseimiento no es otra cosa, en sentido material, que una sentencia de absolución anticipada, esto es, dictada sin cumplir todos los pasos de un proceso de conocimiento*”.

hechos; y extintivas: referidas a las circunstancias que extinguen la acción penal e impiden la actividad acusatoria del fiscal del Ministerio Público⁵. La adopción de esta clasificación responde a su particular utilidad para determinar cuándo puede solicitarse el sobreseimiento en aplicación de uno u otro de los supuestos del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, según exista o no un sujeto individualizado contra el cual se dirige la persecución penal, cuestión de especial importancia práctica⁶.

En tal sentido, y contra la doctrina dominante - que niega el sobreseimiento sin imputado en todos los casos⁷- únicamente en las causales objetivas -concernientes exclusiva, o al menos preponderantemente, al hecho- es posible solicitar el sobreseimiento sin identificar a un sujeto como posible autor o partícipe del hecho investigado (*sobreseimiento absoluto*). Por su parte, las causales subjetivas, como se verá, demandan la identidad de un sujeto en favor de quien obrará el decreto de sobreseimiento⁸. En cuanto a las causales extintivas, se ofrece para ellas un tratamiento específico según consistan en la prescripción de la acción penal o en la cosa juzgada.

Las objeciones a la producción de una decisión judicial de sobreseimiento sin imputado individualizado tienen como fundamento los requisitos específicos de la cosa juzgada material como uno de los efectos del decreto de sobreseimiento y el consecuente riesgo de la futura reanudación del proceso en contra de un sujeto individualizado con posterioridad a esa decisión⁹. Efectivamente, si se admite la

5 Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal, Tomo III*, editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1984, pp. 23 y 24. Recoge esta clasificación la Doctrina del Ministerio Público en su Informe Anual del año 2004. oficio N° DRD-30-589-2004. También, aunque considerándola de “interpretación relajada de los fundamentos dogmáticos” del sobreseimiento: Rionero G., *Problemas de la Imputación en el Proceso Penal*, Vadell - Hermanos, Caracas - Valencia (Venezuela), 2015, pp. 150 - 153. Con otras clasificaciones: Vásquez González M., *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1999, pp. 148-149.

6 Así lo reconoce: Rionero, *Problemas de la Imputación en el Proceso Penal*, cit. pp. 150 – 153, aunque con resistencia a las soluciones operativas ofrecidas por él mismo.

7 Por ejemplo, con múltiples referencias de derecho comparado: Rodríguez Bento M., “Cosa Juzgada y Sobreseimiento ¿Sin imputado?”, publicado en: *XI Jornadas de Derecho Procesal Penal*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 171 - 174. Admitiendo el sobreseimiento sin imputado: Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 141 del 3 de mayo de 2005.

8 Llegando a resultados casi idénticos: Rionero G., *Problemas de la Imputación en el Proceso Penal*, cit. p. 151.

9 Rodríguez Bento, “Cosa Juzgada y Sobreseimiento ¿Sin imputado?”, cit. 136 - 140, 171 - 174.

posibilidad de decretar un sobreseimiento sin imputado individualizado, luego podría investigarse el hecho nuevamente, vinculando a un sujeto que, por falta de identidad subjetiva con la decisión anterior, no podría oponer la cosa juzgada a la nueva persecución¹⁰, pudiendo tal situación conducir a la distorsión del principio de inmutabilidad de la cosa juzgada y a la violación de la garantía de *ne bis in idem*.

Sin embargo, nada se opone a un decreto de sobreseimiento sin imputado que cause cosa juzgada solo formal¹¹, pues éste cumplirá únicamente con el fin de culminar esa investigación (efecto *ad intra*), no con el propósito de evitar la indagación futura de esos mismos hechos (efecto *ad extra*)¹². Ello no compromete en absoluto el principio *ne bis in idem*, pues éste solo es de aplicación ante la cosa juzgada material; en efecto, si en la primera investigación no había imputado (ni formal, ni material), nadie fue sujeto a la *persecución penal*, ergo, nadie puede ser perseguido *nuevamente* en la segunda investigación de esos mismos hechos¹³.

Por ejemplo: Si una mujer denuncia haber sido mordida por un perro, que, según determinó la investigación, no tenía dueño, no habrá más remedio que solicitar el sobreseimiento de la causa (sin imputado) por atipicidad¹⁴. Pero si luego un vecino denuncia haber visto el evento desde su ventana y declara conocer al dueño del perro, este último puede ser investigado sin que con ello se lesione la garantía del *ne bis in idem*, ya que él no había sido perseguido penalmente en la primera investigación, que no contaba con imputado y sólo causó cosa juzgada formal sobre los hechos.

Por lo tanto, cuando el artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal atribuye al sobreseimiento efectos de cosa juzgada, se refiere al sentido material de la cosa juzgada, razón por la cual señala que su decreto impide, por el mismo hecho, toda nueva persecución *contra el imputado o imputada o acusado o acusada a favor de quien se hubiere declarado*. Dado que, si el sobreseimiento no se dictó en

10 Rengel-Romberg A., *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II*, Organización Gráfica Capriles C.A, Caracas, 2003, p. 472. Dentro de los límites subjetivos de la cosa juzgada se incluye el que al nuevo proceso concurren las mismas partes, y en la condición que ostentaban en el proceso anterior, cuestión de imposible determinación si en la sentencia definitiva de sobreseimiento no se individualiza al imputado.

11 Lo mismo que para los llamados sobreseimientos provisionales, no regidos por el límite del artículo 20 del Código Orgánico Procesal Penal. Coincidiendo con dar este valor a los sobreseimientos sin imputados: Rodríguez Bento, “Cosa Juzgada y Sobreseimiento ¿Sin imputado?”, cit. p. 165.

12 Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II*, cit., p. 472.

13 Lo mismo cabe decir en los supuestos de desestimación.

14 Pues los hechos de la naturaleza no son acciones en un sentido jurídico.

favor de ningún sujeto, la cosa juzgada no puede ser material, y no puede surtir los mismos efectos que ésta.

Así, y según lo establece esa misma norma, si el sobreseimiento fue dictado en favor de un sujeto individualizado, sólo respecto de éste existe cosa juzgada material, mientras que en relación a otros sujetos hay únicamente cosa juzgada formal. No obstante, la cosa juzgada material en relación a uno de los imputados puede desplegar *efectos reflejos* hacia los otros, produciendo también en función de ellos prohibición de doble persecución¹⁵.

También a estos efectos es útil la distinción entre causales objetivas y subjetivas, ya que permiten establecer con precisión los límites de los efectos reflejos del sobreseimiento que causa cosa juzgada material. De este modo, los sobreseimientos por causales objetivas impedirán la persecución futura de otros sujetos, pero no los que sean producto de causales subjetivas.

Por ejemplo: Si una persona denuncia el secuestro de un amigo que, según determina la investigación y así lo decreta el juez, solo estaba de viaje, procede un sobreseimiento objetivo (inexistencia del hecho) no sólo en favor del principal investigado en esa causa, sino de todos los investigados por ese hecho, incluso aquellos cuya investigación se lleve a cabo en otras causas no acumuladas. En cambio, si un sujeto pide a un amigo que busque por él un reloj que ha dejado olvidado sobre su escritorio en la oficina, resultando que el escritorio indicado al amigo es, igual que el reloj, de otra persona, el sobreseimiento por atipicidad (ausencia de dolo del tipo de hurto) del amigo confiado, no alcanza al autor mediato, porque se trata de una causal subjetiva de sobreseimiento.

Con más razón, si los diversos sujetos están siendo investigados en la misma causa, el sobreseimiento en favor de uno de ellos por una causal objetiva debe beneficiar a los otros¹⁶, pues estos supuestos afectan al hecho objeto del proceso, que en este caso es común a todos los imputados.

En tal sentido, a continuación, se desarrollarán las distintas causales de sobreseimiento comprendidas en el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, indicando su naturaleza en tanto causal objetiva, subjetiva o extintiva, escla-

15 Concordando con esto, pero reduciendo al mínimo los efectos reflejos: Rodríguez Berto, "Cosa Juzgada y Sobreseimiento ¿Sin imputado?", cit. pp. 158-165. Esto es similar a lo que ocurre en los casos de efecto extensivo en materia de recursos, previsto en el artículo 429 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que, también aquí, todos los imputados se encuentran en la misma situación (frente al hecho) y les son aplicables idénticos motivos (supuesto de procedencia objetivo de sobreseimiento).

16 Ver: nota 16.

reciendo, en consecuencia, en qué casos es necesario para su procedencia contar con un sujeto individualizado. Aclarando, de antemano, que “individualización” (a los efectos del sobreseimiento) no debe ser entendido como sinónimo de imputación formal, sino en el sentido de contar con la identidad del sujeto investigado, por lo que el sobreseimiento siempre es posible antes del acto formal de imputación¹⁷.

I. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LAS CAUSALES DE SOBRESEIMIENTO

1. El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuírsele al imputado (Artículo 300, numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal)

Este ordinal¹⁸ expone en su contenido dos supuestos perfectamente diferenciables y que deben ser distinguidos cabalmente. El primero está referido al objeto del proceso, es decir, que el hecho denunciado no se verificó en la realidad (no hay hecho)¹⁹, y, por lo tanto, es considerada una *causal objetiva*; mientras que el segundo supuesto hace alusión al establecimiento de la autoría o participación de una persona determinada en los hechos objeto de la investigación, y es considerada como una *causal subjetiva*.

El fiscal del Ministerio Público, al tener conocimiento de la presunta comisión de uno de los delitos cuya acción penal le corresponda ejercer al Estado, deberá -siempre y cuando se den los elementos para ello²⁰-, ordenar la apertura de la investigación, la cual estará encaminada hacia dos aspectos fundamentales: (i) la comprobación de los elementos del tipo penal y de todas las circunstancias que lo rodean; y, (ii) la obtención de suficientes elementos de convicción que permitan

17 Sobre los actos que constituyen imputación material, ver: sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 17 de julio de 2002, caso: *William Claret*.

18 Así cabe denominarlo sistemáticamente.

19 Se trata de casos de falso supuesto de hecho absoluto, el problema es de orden probatorio, no material.

20 No ocurre así en algunos supuestos de desestimación por obstáculo, como por ejemplo la ausencia de denuncia de la víctima en los casos de delitos enjuiciables previo requerimiento de la víctima, tampoco en el caso de delitos evidentemente prescritos, o cuando se trate del juzgamiento de altos funcionarios.

imputar el hecho a un determinado sujeto, de modo que pueda formularse una posterior acusación (dados los presupuestos para ello).

Si de la investigación se determina la no-realización del hecho objeto del proceso o la certeza acerca de la *no* participación de una determinada persona en ese hecho, estaremos en presencia de las circunstancias constitutivas de alguno de los dos supuestos establecidos en el numeral 1 del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal²¹.

Por lo que respecta a la comprobación del hecho objeto del proceso, ello está referido a la clara e inequívoca demostración de la comisión del hecho y a la acreditación de las circunstancias que lo acompañaron, sin lo cual no existiría delito que perseguir. Por tanto, si en el curso de la indagación criminalística surge la certeza acerca de la no existencia del hecho, no habría materia sobre la cual solicitar el enjuiciamiento de persona alguna, debido a que ni siquiera se produjo un hecho, no se verificó ningún cambio en el mundo exterior²².

Cabe destacar que el fiscal del Ministerio Público debe ser muy cuidadoso en cuanto a la aplicación de este supuesto, ya que en un grupo no despreciable de casos puede confundirse la ausencia del hecho con la falta de tipicidad del mismo (especial, aunque no exclusivamente, en los supuestos de ausencia de tipicidad objetiva), siendo que, en el primer caso, el hecho nunca ha sucedido, no se han verificado en la realidad circunstancias de hecho de ninguna clase, mientras que, en el segundo caso, algún hecho aconteció, sí se verificó en la realidad, pero escapa del radio de aplicación de la ley penal sustantiva (por falta de configuración de alguno de los elementos objetivos o subjetivos del tipo penal).

Puede señalarse nuevamente como ejemplo de no-realización, la denuncia acerca de un probable secuestro durante cuya investigación el Fiscal determina que la persona denunciada como víctima se encontraba de viaje fuera del territorio del Estado; no obstante, en el mismo caso, el hecho será atípico si la víctima fue encerrada, por error, por un sujeto que no sabía que aquella se encontraba en el recinto. En el primer ejemplo no podría decirse que el hecho es atípico, pues nin-

21 Estado conocido como de *certeza negativa*, sobre ello ver: Cafferata N., *La Prueba en el Proceso Penal*, 3° edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 8.

22 Aquí se alude a una noción natural de *acto*. Ver: V. Liszt F., *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, 20° edición, Editorial Reus, Madrid, s.d., referencia 1, p. 295: Para determinar la existencia de un acto delictivo “...se debe partir del concepto general de acto, y debe hacerse abstracción, en cuanto es posible, de su significación jurídica. Pues el delito está precisamente constituido por un acto, y debe ser estimado como tal... Resulta, naturalmente, que la consideración del concepto del acto es el punto de partida del criminalista. En esta consideración tiene que prescindirse, en primer lugar, del valor jurídico del acto; pero, al mismo tiempo, debe conducir a esa estimación”.

gún hecho ocurrió; en el segundo, ciertamente ocurrió un hecho, pero fuera del ámbito del tipo, que solo castiga la privación dolosa de libertad. Lo mismo ocurre con la denuncia acerca de un hurto que realmente no ocurrió, determinándose que el denunciante había extraviado la cosa; en este caso, debe afirmarse que el hecho objeto del proceso no se realizó; no obstante, distinto sería si se produce efectivamente el desapoderamiento, pero solo porque el potencial imputado confiaba en que el objeto sustraído era de su propiedad (*error en el objeto*), resultando la atipicidad del hecho.

Como criterio de diferenciación entre los casos de no realización del hecho y los de atipicidad puede tomarse el siguiente, los supuestos de atipicidad parten de un resultado (material o valorativo) que determina en función de qué tipo penal debe realizarse el proceso de imputación material²³, haciéndose infructuoso por la ausencia de alguno de los elementos configuradores del tipo en concreto. Esto es un fracaso de la imputación desde una perspectiva estrictamente jurídica. Así, la investigación de un supuesto hurto que luego resulta ser la sustracción imprudente de una cosa mueble, parte de un resultado de apoderamiento que es apreciable físicamente y se encuentra sustentado por el material del sumario, pero que solo es descartable tras un análisis de los elementos constitutivos del tipo del artículo 451 del Código Penal. En cambio, el extravío de una cosa mueble no puede ser tratado en propiedad como un supuesto de atipicidad, porque, aunque el extravío de cosas es de por sí atípico, un caso de esta clase puede sustraerse de forma apriorística de toda consideración dentro del sistema de imputación²⁴ y quedarse en un plano estrictamente fáctico; es decir, de certeza negativa (soportada por elementos de convicción) sobre la configuración espacio-temporal de algún resultado apriorísticamente típico.

El segundo supuesto de este numeral 1 del artículo 300 del Código está referido a la existencia de elementos de convicción que causen certeza sobre la *no* participación de determinada persona en la comisión de un hecho punible, determinándose la ausencia de vínculo de autoría o participación entre quien ha sido individualizado y el hecho objeto de la investigación.

Este supuesto se diferencia de la causal establecida en el numeral 4 del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, en que afirmar que el hecho no puede atribuirse al imputado implica estar convencido de que aquél no fue cometido por el sujeto sindicado (ni como autor, ni como partícipe), mientras que el numeral 4, hace referencia a la *falta de certeza* en cuanto a la participación del imputado en el

23 Aquí se toma el término imputación en su sentido original, como atribución de un hecho a un sujeto, no procesal, como acto de persecución individual.

24 Ver: nota 24.

hecho, aunado a la imposibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación; es decir, en el primer caso, el hecho no puede atribuirse al imputado, mientras que, en el segundo caso, existen dudas respecto a la participación del imputado en el hecho, no existiendo -agotada la investigación- elementos suficientes para solicitar su enjuiciamiento (no siendo posible su posterior incorporación).

Mientras que la inexistencia del hecho es una causal objetiva, su imposible atribución al imputado es un supuesto subjetivo, con las consecuencias ya expuestas.

2. Que el hecho imputado no sea típico, que concorra una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad (Artículo 300, numeral 2 del Código Orgánico Procesal Penal)

Esta causal considera varias circunstancias separadas que atienden a la ausencia de alguno de los elementos estructurales de la imputación penal.

El delito como dimensión jurídica está conformado por una serie de elementos que, de manera general, pueden agruparse en las siguientes categorías: comportamiento²⁵⁻²⁶, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Dichos elementos del delito, a su vez, tienen como contraparte una faz negativa, ante cuya presencia quedan enervados. Estos elementos negativos son: la ausencia de voluntad, la atipicidad, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad.

Los actos que pueden constituir delito son, en primer lugar, conductas en el sentido de comportamiento humano; con ello, se quiere decir que precisan aquello que es específico de las acciones humanas²⁷, en tanto que deben: (i) provenir del hombre, pues el Derecho regula solo relaciones entre los seres humanos y no meros

25 Sobre su relativa independencia frente al tipo, ver: Mezger E., *Derecho Penal, Tomo I*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004, p. 59: “(La acción) es siempre, necesariamente, un concepto realista y, por consiguiente, ontológico (esencial). La tentativa de circunscribir exactamente dentro de la “conducta humana” el suceso al cual se pueden conectar medidas jurídico-penales, se debe ajustar a los acontecimientos de la vida. Por ello, el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico. La apreciación normativa (el deber ser jurídico) de sus distintos elementos, no tiene lugar en él, sino en sus elementos atributivos de la antijuricidad y de la culpabilidad...”.

26 Sobre el empleo del término “comportamiento” en lugar del más tradicional “acción”, ver: Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 54. También: Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 185: “Al hablar de ‘comportamiento’, mejor que de ‘acción’, quiero expresar que la conducta humana no importa al Derecho penal como movimiento físico, sino como dotada de significado social”.

27 Maurach y Zipf, *Derecho Penal, Parte General*, Vol. 1, 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 241.

procesos naturales²⁸; (ii) exteriorizarse, toda vez que no son punibles los pensamientos delictivos no manifestados (*cogitationis poenae nemo patitur*)²⁹; y, (iii) ser voluntarias, pudiendo ser evitables por el sujeto de la acción³⁰. Las conductas que no son voluntarias (no dirigibles por la voluntad), y que, por tanto, no pueden ser controladas por el sujeto, carecen de la estructura específica que le es propia al comportamiento humano; y, en consecuencia, no pueden ser apreciadas jurídicamente para colmar el tipo, por lo que se trata de conductas atípicas, calificación que reciben sin necesidad de estudiar su adecuación al supuesto de hecho del tipo legal, pues no cuentan con la aptitud requerida para ser sometidas al análisis del tipo³¹. Entran aquí los movimientos determinados por actos reflejos, fuerza física irresistible y estados de inconsciencia plena³²⁻³³.

Una vez que se ha determinado la normalidad del comportamiento del sujeto en relación a una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, es menester estudiar si tal comportamiento es conforme a los parámetros del tipo. Dicha verificación requiere la presencia de una conducta dentro del ámbito del tipo objetivo cuya imputación se pretende³⁴ y, en su caso, la presencia del tipo subjetivo requerido (dolo y demás elementos subjetivos del tipo)³⁵. Esta

28 Mir, *Derecho Penal, Parte General*, cit. 185.

29 Arteaga A., *Derecho Penal Venezolano*, 11° edición, Liber, Venezuela, 2009, p. 503.

30 Jakobs G., *Derecho Penal, Parte General*, 2° edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 172: “*Lo que aparece en el individuo, sobre la base del motivo dominante, en cuanto a ejecución de acciones, depende de la capacidad individual para dirigir la acción. Si ya no se frustran las posibilidades de la dirección individual de la acción, como ocurre cuando el individuo causa inevitablemente (ni siquiera imprudentemente) un resultado, p. ej., una muerte, falta una expresión de sentido individual de que algo es más importante que respetar con carácter dominante la vida humana; falta, pues, un proyecto no conforme a Derecho y la norma no resulta lesionada*”.

31 Sobre la acción como elemento límite o delimitador del sistema de imputación, ver: Roxin C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, 2° edición, Thomson Civitas, Madrid, 1997, pp. 234-235, defiende el mantenimiento de la acción como categoría de análisis autónoma a la tipicidad a pesar de su contemporánea absorción por el tipo, *Ibid.* 251-252. También Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 72. Sobre su lugar como elemento estructural del tipo, ver: Maurach y Zipf, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 244 y Bustos Ramírez J., *Derecho Penal, Tomo I*, 2° edición, Leyer, Bogotá, 2008, pp. 608-609. Negando que la acción y la tipicidad pertenezcan a “distintos escalones del delito”, pero sin oponerse a que se traten como tales: Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 199-200.

32 Maurach y Zipf, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 247-249.

33 En los casos de omisión las mismas causales pueden determinar la inactividad corporal, *ibid.*, Tomo II, p. 221.

34 Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 305.

35 Welzel H., *Derecho Penal, Parte General*, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956, p. 62.

conjunción conforma el tipo penal; y, la ausencia de alguno de sus componentes, la atipicidad. Ahora bien, la atipicidad por ausencia de imputación objetiva puede ocurrir por falta del nexo causal entre la conducta del sujeto y el resultado típico (en los delitos de acción de resultado material³⁶⁻³⁷) o por ausencia de creación de un riesgo antijurídico realizado en el resultado, dentro del ámbito de protección del tipo³⁸, mientras que el tipo subjetivo se excluye (en los delitos dolosos) en los supuestos de error sobre sus componentes objetivos³⁹ o de ausencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo⁴⁰.

Asimismo, si media en el hecho típico una causa de justificación, como sería, por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento del deber, el ejercicio de un derecho, la obediencia debida⁴¹, el consentimiento de la víctima, entre otras⁴², estaremos en presencia de un hecho típico, pero no

36 Sobre el valor de la causalidad en el tipo de omisión, ver: Ginbernat E., *Ensayos Penales, Causalidad Omisión e Imprudencia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 196-213. Para la interrupción de cursos causales salvadores como conductas en las que existe nexo causal, ver: Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, cit. pp. 358-359.

37 Sobre la equiparación en un plano valorativo de acción y omisión en los delitos de omisión impropia, ver: Schunemann B., *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 329 y ss.

38 Bien porque el riesgo realizado no es relevante o contrario a derecho, o porque el riesgo antijurídico creado no ha sido el realizado en el resultado, en este último caso es posible la imputación de la tentativa siempre que haya dolo. Sobre su diferencia con el fin de protección de la norma de cuidado, ver: Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 304-305 y 378.

39 Welzel, *Derecho Penal, Parte General*, cit. p. 73: “La teoría del error es la teoría del dolo a la inversa. Si el autor yerra sobre una circunstancia de hecho objetiva abarcada por el dolo, que pertenece al tipo de injusto, entonces se excluye el dolo; p. ej., alguien destruye una cosa ajena en la creencia de que es propia (error significa en este caso, tanto el conocimiento equivocado, como la ignorancia). Si se basa el error sobre la negligencia, el autor es punible por comisión culposa del hecho, en caso de que exista el tipo culposo correspondiente”.

40 Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit. p. 92. También ver: Modolell J.L.; “Los elementos Subjetivos del Tipo”, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, N° 11*, Caracas, 1994, pp. 341-342: “Los elementos subjetivos analizados forman parte del tipo penal, por ser referencias que exige la descripción penal en relación a los elementos del tipo. (...) Por pertenecer estos elementos subjetivos al tipo penal sería entonces necesaria la existencia de los mismos para la configuración de un tipo penal concreto cuando éste así lo exige”.

41 Artículo 65 del Código Penal.

42 Las causas de justificación pueden ser extra-penales, Merkel A., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2004, p. 159. Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 569 y ss. Con criterios generales de justificación: Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, cit. 422. Así mismo, Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 89: “Por lo tanto, la antijuricidad debe ser indistintamente la misma en el total del ordenamiento jurídico, en tanto que existe

antijurídico, sino materialmente justo en función de la valoración de los intereses en juego⁴³, siendo el interés preponderante, el privilegiado por el ordenamiento jurídico en su conjunto⁴⁴, situación en la que decaerá la responsabilidad penal, pues no son punibles las conductas conforme a Derecho⁴⁵.

No obstante, una conducta antijurídica no basta para el establecimiento de la responsabilidad penal de quien la ejecuta, pues es necesario que tal conducta, objetivamente antijurídica, le pueda ser reprochada al autor como obra suya. Tal juicio de reproche puede hacerse siempre que el sujeto haya tenido la posibilidad en concreto de comprender la norma de determinación y de actuar conforme a dicha comprensión⁴⁶. En ese sentido, es necesario que el agente haya podido comprender lo antijurídico del hecho⁴⁷ y que haya sido posible exigirle un comportamiento diferente al observado por él en la ejecución de la conducta antijurídica; dado que, si su conducta no es distinta a la que hubiese desplegado cualquier otro sujeto en su lugar, entonces su realización no le puede ser reprochada al agente, lo que se debe a que el derecho no puede exigir a sus destinatarios más de lo que le es exigible a un hombre medio en la situación concreta; de hacerlo, la pena perdería sentido, dado que los comportamientos normales no pueden ser suprimidos por medio de su aplicación⁴⁸. Las conductas antijurídicas que no pueden cumplir con los parámetros de la imputación personal son reputadas no culpables, y no son susceptibles de sanción penal⁴⁹, siendo posible, cuando prescrita, la imposición de una medida de seguridad contra el sujeto inculpable peligroso⁵⁰. Por otro lado, los hechos antijurídicos e inculpables dejan (por regla general) subsistente la res-

un injusto específico pero no una antijuricidad específicamente jurídico-penal". También tiene efecto justificante la suposición errónea objetivamente invencible de que concurren los presupuestos típicos de alguna causa de justificación, Mir, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 428; en Venezuela puede recurrirse por vía legal al único aparte del literal c, numeral 3, del artículo 65 del Código Penal, que regula el error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, aplicándolo, *mutatis mutandi*, a las otras causas de justificación.

43 Merkel, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 160.

44 Bustos Ramírez, *Derecho Penal, Tomo I*, cit. p. 637. También Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 112.

45 *Ídem*.

46 Bustos Ramírez, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 812.

47 Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 542-543: "Sólo tiene sentido prohibir el hecho antijurídico a quien puede conocer su antijuricidad".

48 *Ibid.*, 604.

49 Acerca de la distinción innecesaria entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación, ver: Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 814.

50 Maurach y Zipf, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 545-546.

ponsabilidad civil y administrativa del agente o su responsable⁵¹. En cambio, en virtud del principio de accesoriadad limitada, es punible la participación en hechos antijurídicos, aún si son inculpables para el autor, por lo que siempre responderán penalmente los partícipes culpables en hechos principales inculpables⁵².

Desde luego, el sobreseimiento que se solicite por inculpabilidad será siempre de tipo subjetivo y en ningún caso extensible a otros coimputados; salvo, claro está, que ellos mismos se encuentren sometidos a una causal de inculpabilidad. Esto hace posible que la investigación continúe en función de los coimputados culpables, y ello es independiente a que el fiscal se reserve en el sobreseimiento la posibilidad de continuar la investigación en relación a otros sujetos posiblemente involucrados.

Ahora bien, son causas de inculpabilidad: (i) la inimputabilidad, (ii) el error de prohibición invencible y (iii) la no exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad disculpante y miedo insuperable, entre otras manifestaciones⁵³)⁵⁴.

En cuanto a la procedencia del sobreseimiento por inculpabilidad en los supuestos de inimputabilidad, debe tenerse en cuenta que, en los casos en los que la ley adjetiva ha previsto un procedimiento para la imposición de medidas de seguridad por inimputabilidad, lo correcto es atenerse a dicho procedimiento y no al de sobreseimiento, pues aquel prevalece sobre éste en aplicación del principio de *ley especial (lex specialis derogat legi generali)*⁵⁵, tal y como ocurre en los procedimientos establecidos en los artículos 410 del Código Orgánico Procesal Penal y 141 de la Ley Orgánica de Drogas. Por imposición de los artículos 20 y 21 del Código Orgánico Procesal Penal, la solicitud en tales casos de un sobreseimiento

51 Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 437.

52 Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., pp. 209-210.

53 Causas de exculpación extra-penales y supra legales: hechos realizados por motivos de conciencia, desobediencia civil, comunidades de peligro, evitación del mal mayor, etc; dentro de ciertos límites. Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 941 y ss. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 711 y ss.

54 En ciertos casos se produce solo una culpabilidad atenuada, vrg. Imputabilidad disminuida de adolescentes y enajenación mental no plena, error de prohibición vencible y algunos excesos en las causas de justificación.

55 Santiago Nino C., *Introducción al Análisis del Derecho*, 2° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 274-275. Egaña M., *Notas de Introducción al Derecho*, Editorial Criterio, Caracas, 1984, pp. 132-133. En este caso se trata de una inconsistencia total-parcial pues, según una norma, ante toda culpabilidad procede la solicitud de sobreseimiento; y, según otra (la especial), ante algunos casos de inculpabilidad, procede la solicitud de imposición de una medida de seguridad.

definitivo tendrá la consecuencia de generar cosa juzgada material, impidiendo la imposición a futuro de la medida de seguridad correspondiente.

Ahora bien, no todos los comportamientos delictivos (*culpables*) son punibles. En efecto, el legislador, basado en principios de política criminal⁵⁶, ha sujetado la imposición de pena de ciertos delitos a circunstancias de oportunidad, bien porque tales delitos carecen de la trascendencia social necesaria para su sanción, o bien porque se estima que otros órdenes normativos, como la sociedad o la familia, pueden dar un mejor tratamiento a la conducta criminal. En dichos casos -que se encuentran establecidos legalmente-, se dice que la conducta, aunque delictiva, no es punible⁵⁷. La no punibilidad de una conducta delictiva puede obedecer al rol del autor en un contacto social, casos en el que es denominada *excusa absoluta*⁵⁸, o a circunstancias objetivas relacionadas con el bien jurídico objeto de tutela, tomando la forma de una *condición objetiva de punibilidad*⁵⁹, se trata de elementos que, respectivamente, excluyen o fundamentan la pena.

En cuanto a la clasificación de la solicitud de sobreseimiento del numeral 2 del artículo 300 como una causal objetiva o subjetiva, y, en definitiva, si puede invocarse en ausencia de un imputado individualizado, debe tenerse en cuenta que, aunque la teoría del delito se encuentra estructurada (macro) en dos bloques -el primero, que centra su análisis en el hecho y comprende al tipo y a la antijuricidad; y el segundo, que tiene como núcleo al sujeto y sus circunstancias personales de comprensión y motivación al momento del hecho, que comprende a la culpabilidad⁶⁰-, no es posible trasladar esa misma sistemática de imputación

56 Bustos Ramírez, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., pp. 728 y 733. Arteaga, *Derecho Penal Venezolano*, cit., pp. 441 y ss.

57 Von Beling E., *Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito Tipo*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1944, pp. 56-59. Mayer M.E., *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 338. Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 55: "...el hecho punible es acción conminada con pena. Ha sido puesta en duda la legitimidad de esta última característica en la definición del hecho punible. Se ha considerado que aquí existe una tautología que debe evitarse (hecho 'punible' y hecho conminado con 'pena'), y una definición carente de pureza desde el punto de vista de la lógica, mediante la cual lo que constituye el objeto de la propia definición - hecho punible - se define por sus consecuencias jurídicas y no, como debe ser, determinando sus características".

58 Como ejemplo pueden mencionarse las establecidas en el artículo 481 del Código Penal.

59 Tal es el caso del escándalo público en el artículo 380 del Código Penal, o la consumación del suicidio en el artículo 412 *eiusdem*.

60 Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 89: "Esta antijuricidad (injusto) significa el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico,

“interna/externa” al contenido del numeral 2, en la forma de una organización “objetiva/subjetiva”, afirmando que son objetivos los sobreseimientos por atipicidad y justificación, y subjetivos los solicitados por inculpabilidad o no punibilidad. Esto, básicamente, porque todas las categorías del delito contienen elementos objetivos y subjetivos; así, incluso dentro del análisis del componente externo del delito, tipo y antijuricidad, existen elementos subjetivos, como el dolo en los delitos dolosos; e incluso la culpabilidad, como juicio de reproche, tiene como referencia el contenido del injusto objetivo. Ello viene determinado por la naturaleza de la imputación como vinculación jurídica entre hecho y sujeto, lo cual impone que la naturaleza de este sobreseimiento sea casi en todos los casos subjetiva, requiriendo a un sujeto individualizado. Es decir, los supuestos de sobreseimiento del numeral 2 del artículo 300 comprenden al sujeto respecto del hecho, el del primer supuesto del numeral 1, solo al hecho.

Sin embargo, todavía hay un campo para el tratamiento de los supuestos del numeral 2 como sobreseimientos objetivos. Dicho campo se encuentra cubierto por dos grupos de casos: primero, por los supuestos de atipicidad absoluta, es decir, aquellos en los cuales, aún si resultaran acreditadas todas las circunstancias de hecho que motivaron el inicio de la investigación, no sería posible solicitar el enjuiciamiento del imputado por tratarse de un hecho que no reviste carácter penal⁶¹; segundo, por los supuestos de ausencia de una condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo.

Por ejemplo: si un desconocido ayuda a la víctima a suicidarse pero ésta no logra quitarse la vida, podrá procederse de conformidad con el numeral 2, por no punibilidad, sin la individualización del extraño, ya que la inducción al suicidio sólo es punible cuando se concreta la muerte del suicida, a tenor del artículo 412 del Código Penal.

Naturalmente, los casos de atipicidad absoluta deben resolverse como materia de una solicitud de desestimación, impidiendo la apertura de la instrucción, pero en ocasiones pueden reclamar una solución en el ámbito de los actos conclusivos. Téngase por ejemplo una denuncia por estafa que solo después de la investigación puede reputarse un incumplimiento contractual no punible.

en tanto que la culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho al autor”.

61 Aunque estos casos suponen que la denuncia o querrela no han sido desestimadas oportunamente. Sobre esto: España R., “La Desestimación y el Archivo Fiscal”, publicado en *La Aplicación Efectiva del COPP, Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p. 38.

3. Que la acción penal se haya extinguido o resulte acreditada la cosa juzgada (Artículo 300, numeral 3 del Código Orgánico Procesal Penal)

Esta constituye una causal de carácter extintivo que impide el ejercicio positivo de la acción penal en relación al hecho objeto de la investigación, pues comprende la existencia de circunstancias que comportan la extinción del *ius puniendi* nacido de la comisión del delito, bien por las causas de extinción de la acción penal establecidas en el artículo 49 del Código Orgánico Procesal Penal (o de extinción de la responsabilidad penal, establecidas en los artículos 103 y siguientes del Código Penal), o bien porque resulte acreditada la cosa juzgada.

Al evaluar el resultado de la investigación el fiscal del Ministerio Público debe analizar detenidamente el hecho que le corresponde conocer, a los fines de establecer si el mismo se verificó en la realidad, si no es imposible atribuirlo al imputado, si no es atípico, justificado o inculpable, para luego proceder a constatar si la acción penal está vigente, es decir, debe determinar, al menos a un grado de verosimilitud, que se ha cometido un delito para luego concluir que de allí ha nacido la acción penal que luego se ha extinto⁶²⁻⁶³. El presupuesto material de la solicitud de sobreseimiento por las causales extintivas, es pues, el estado de conocimiento de *certeza negativa* sobre la existencia de una acción penal vigente⁶⁴.

A. De la extinción de la acción penal por prescripción

62 Se trata en todos los casos de extinción de la responsabilidad penal, lo que ocurre después del hecho delictivo, por lo que necesariamente ha de haber nacido el *ius puniendi*, de lo cual el Fiscal debe tener certeza, al respecto: Arteaga, *Derecho Penal Venezolano*, cit., p. 629. De especial importancia en los casos de prescripción, donde la acción se extingue como consecuencia de la extinción de la responsabilidad penal, se estima que la prescripción es una institución de naturaleza sustantiva y no procesal, sobre esto, ver: Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 773-774. Ello se deduce de la falta de necesidad de pena como fundamento material de la prescripción.

63 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N° 1118 del 25 de junio de 2001, señaló como primer requisito para que opere la prescripción “*la existencia de un derecho o una acción que se pueda ejercitar*”.

64 O certeza positiva de que la acción penal no está vigente.

De entre las distintas causas de extinción de la acción penal, merece especial atención la prescripción⁶⁵ (de la *acción penal*⁶⁶), la cual es una institución de naturaleza sustantiva⁶⁷ que representa la pérdida de interés del Estado por ejercer el *ius puniendi* (en el caso de la prescripción ordinaria) y garantiza el derecho del imputado a obtener una resolución judicial definitiva en un plazo razonable⁶⁸, evitando que la persecución en su contra se prolongue de manera indefinida (en el caso de la prescripción extraordinaria)⁶⁹. En estos casos, se extingue el *ius puniendi* por el paso del tiempo y la inacción de los órganos competentes para su ejercicio⁷⁰.

La causal extintiva de prescripción resulta en una garantía para el sujeto pasivo de la persecución, que se manifiesta en su derecho subjetivo a oponerla⁷¹, e incluso a renunciar a ella; en tal sentido, la garantía de presunción de inocencia comprende también el derecho a demostrar la falsedad de la imputación en juicio⁷² (o en una fase previa de estándar probatorio menor), aun tratándose de un hecho prescrito⁷³. Por lo tanto, el imputado puede oponerse a la solicitud de sobreseimiento por prescripción que haga el fiscal.

65 Como señala acertadamente la Sala Constitucional en *idem*: “La mayoría de los derechos son susceptibles de perderse por la inacción de sus titulares durante el plazo fijado por la Ley...”

66 Distinta a la prescripción de la pena, pero con iguales fundamentos. Sobre esto: Zaffaroni E., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 844.

67 Mir, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 773. Con un estudio más profundo de la naturaleza material o procesal de la prescripción y en favor de la última: Maurach, Gossel y Zipf, *Derecho Penal, Parte General* cit., pp. 968-971.

68 Derecho estatuido en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución Nacional y desarrollado por el Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de fecha 1 de febrero de 2001, emanada de la Sala Constitucional y reiterada en sentencia del 6 de julio de 2001, correspondiente al expediente 01-0470; desarrollado a su vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos *Suárez Rosero vs. Ecuador*, del 12 de noviembre de 1997, *Genie Lacayo vs. Guatemala*, del 29 de enero del mismo año, y *Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, de fecha 8 de marzo de 1998 (con abundante jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos).

69 Rivera R., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2014, p. 128. Además de representar la pérdida de interés por parte del Estado de ejercer el *ius puniendi*.

70 *Ídem*.

71 Puede ser ejercido o no. Para una exposición completa sobre estos derechos, ver: Nino C., *Introducción al Análisis del Derecho*, cit., pp. 195 y ss. nacho

72 Jauchen E., *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 116.

73 Ver el artículo 32, numeral 2, del Código Orgánico Procesal Penal. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que la prescripción no puede ser declarada de oficio, esto en su sentencia del 23 de febrero de 2006, exp. 05-2060, a la vez que ha establecido que la renuncia del imputado a la prescripción impide la extinción de la acción penal, ello en sentencia del 22 de abril de 2005, N° 607. Ello no implica necesariamente que

En cuanto a los requisitos formales, en las solicitudes de sobreseimiento por prescripción, los representantes del Ministerio Público deben explicar todas las actuaciones de la investigación, pues debe quedar constancia motivada de las circunstancias del hecho y de la procedencia de esta causal extintiva. Como acto conclusivo, a diferencia de la desestimación por prescripción, la solicitud de sobreseimiento supone que el hecho delictivo se ha esclarecido. En este sentido, el fiscal debe, en su escrito de solicitud de sobreseimiento, hacer una exposición clara y circunstanciada de los hechos, transcribiendo los datos más relevante de los elementos de convicción obtenidos en la investigación, que permitan establecer la calificación jurídica que amerita el hecho, lo cual determinará el vencimiento del concreto lapso prescriptivo, de conformidad con las previsiones del Código Penal en su artículo 108⁷⁴.

En lo que respecta a la motivación del sobreseimiento por prescripción ordinaria, no es suficiente únicamente con señalar que, desde la ocurrencia del hecho hasta la fecha de la solicitud de sobreseimiento, ha operado la prescripción de la acción penal, sino que debe señalarse con exactitud la fecha de comisión del hecho (que para los delitos consumados será la fecha de ejecución de la conducta típica; para los delitos imperfectos será el último acto de ejecución; y, para los delitos continuados o permanentes será la fecha en que cesó la continuidad o permanencia⁷⁵, ya que es a partir de esas fechas que nace la acción penal)⁷⁶⁻⁷⁷. A su vez, es preciso indicar la calificación jurídica correspondiente al hecho investigado y la pena en abstracto a imponer (de acuerdo con las reglas del artículo 37 del Código Penal, sin considerar las circunstancias agravantes, atenuantes o de concurso presentes⁷⁸⁻⁷⁹), realizando el cómputo preciso del tiempo transcurrido

la prescripción no sea una institución de orden público, como es afirmado en las sentencias de fecha 2 de junio de 2005 (exp. 05-188), 3 de noviembre de 2005 (N° 619), 16 de noviembre de 2006 (N°490) y 14 de marzo de 2006 (N°69).

74 O de la norma especial que regule la prescripción, como es el caso del artículo 615 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

75 Mezger, *Derecho Penal, Tomo I*, cit., p. 104. Sobre el momento del hecho punible.

76 Esto según el artículo 109 del Código Penal, que parece seguir la *teoría de la actividad*, sobre las distintas teorías para determinar el lugar y momento del hecho a los fines de la prescripción, con abundante doctrina, ver: Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 232-233.

77 Así lo ha afirmado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, por ejemplo, en la sentencia citada N° 1118.

78 Sentencia de la Sala de Casación Penal, N° 396, del 31 de marzo de 2000, criterio sostenido de manera reiterada, por ejemplo, en la sentencia de esa misma sala del 2 de agosto de 2006, 06-139.

79 En caso de pluralidad de delitos debe computarse la prescripción de cada uno de ellos por

desde el inicio del lapso de prescripción hasta la fecha en la que se solicita el sobreseimiento por extinción de la acción penal.

Sobre los lapsos de prescripción ordinaria establecidos en el artículo 108 del Código Penal, es necesario advertir que existe un grupo de delitos en los cuales pueden solaparse los numerales 3 y 4 del mencionado artículo, casos en los que la pena media sea mayor de tres años pero igual o menor de 7, lo que hace surgir la duda de cuál es el lapso de prescripción aplicable a tales supuestos. Al respecto, es preciso tener en cuenta la cláusula constitucional de aplicación, en caso de dudas, de la norma más favorable al reo (único aparte del artículo 24), que en tales circunstancias obligaría a tomar el lapso de prescripción del numeral 4 (5 años), que es el menor.

Asimismo, debe señalarse en la solicitud de sobreseimiento la no verificación a lo largo del lapso computado de alguno de los actos que interrumpen la prescripción ordinaria, que, en atención de lo previsto en el artículo 110 del Código Penal, pueden enumerarse en: (i) la sentencia condenatoria, (ii) la requisitoria que se libre contra el imputado si éste se fugare, (iii) la citación que como imputado practique el Ministerio Público y las diligencias y actuaciones procesales subsiguientes⁸⁰, y (iv) la instauración de querrela por parte de la víctima o de cualquier persona a la que la ley reconozca tal carácter en los delitos enjuiciables a instancia de parte agraviada.

Debe recordarse que, en los casos de interrupción del lapso de prescripción por verificarse alguno de los actos enunciados en el artículo 110 del Código Penal, el lapso comenzará a correr íntegramente, es decir, desde el día uno, que será el día siguiente a la interrupción.

Desde luego, no es posible solicitar el sobreseimiento por prescripción de la acción penal para enjuiciar aquellos hechos punibles que la Constitución Nacional declara imprescriptibles, como es el caso de los delitos que atentan contra los derechos humanos, el patrimonio público, o los delitos de narcotráfico⁸¹. Estas excepciones responden al bien jurídico tutelado por la conminación penal y no al

separado.

80 También la interrumpen las diligencias practicadas con posterioridad a la imputación. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 2 de junio de 2005, 05-188.

81 Artículo 271 de la Norma Suprema. Sobre esto existen antecedentes en el Código Penal Alemán, que de acuerdo con Maurach y otros, obedecen a una reforma legislativa adoptada antes del vencimiento del plazo de prescripción de los crímenes del nacionalsocialismo e incorporaba la imprescriptibilidad del genocidio. Maurach y otros, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 971.

instrumento en el que se encuentre establecida o a la política legislativa que haya determinado su establecimiento. En ese sentido, no todos los delitos del derecho penal colateral en materia de drogas o corrupción son imprescriptibles, sino aquellos que tengan a la salud pública o el patrimonio público como situación vital protegida ante esas específicas formas de ataque.

En cuanto a la prescripción extraordinaria de la acción penal -que según el artículo 110 del Código Penal procede cuando el juicio se haya prolongado por un tiempo igual al de la prescripción ordinaria más su mitad, sin culpa del imputado-, es menester mencionar, que su cómputo comienza desde la individualización del imputado⁸², pues por *juicio* ha de entenderse -en el esquema acusatorio vigente- el *proceso* desde su fase preparatoria. Por otro lado, aunque este lapso corre por lo general de forma fatal, su interrupción puede producirse por la prolongación del proceso atribuible culpablemente al imputado, no siendo posible a través de los medios que interrumpen la prescripción ordinaria. Al igual que la prescripción ordinaria, en caso de interrupción, el lapso correrá nuevamente de manera íntegra desde el día siguiente, en este caso, a que cese la dilación imputable al reo.

En lo relativo a la necesidad de un imputado individualizado para la solicitud del sobreseimiento por extinción de la acción penal por prescripción, y conforme a lo dicho en líneas precedentes, el sobreseimiento como causal extintiva exige la comprobación del nacimiento de la acción penal que luego se ha extinto, lo que implica acreditar la ejecución del hecho punible e identificar a su autor⁸³.

B. La cosa juzgada

El segundo supuesto contemplado en el numeral 2 del artículo 300 se refiere a la cosa juzgada, la cual es un efecto mediato de la sentencia definitiva que dota a la decisión de la cualidad de *inmutabilidad*⁸⁴. La *inmutabilidad* de la cosa juzgada se materializa en dos ámbitos, uno formal, en el cual se hace imposible el ejercicio de cualquier recurso en contra de la decisión firme, y otro material, que impide incoar nuevamente el mismo proceso que ha sido decidido⁸⁵.

82 Criterio Sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 31, del 15 de febrero de 2011.

83 Así lo sostiene la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, en su sentencia del 13 de julio de 2011, expediente N° 11-0724.

84 Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II*, cit., p. 463.

85 *Ídem*.

La *inmutabilidad* expuesta tiene a su vez dos fundamentos, uno político-social y otro jurídico; aquél, explica la necesidad de la cosa juzgada en la seguridad jurídica que debe regir sobre los asuntos decididos judicialmente, mientras que éste, resalta el valor de la decisión judicial como una presunción *iuris et de iure* de veracidad⁸⁶.

Para el establecimiento de la cosa juzgada, o sea, de que un proceso es el mismo que fue decidido en una oportunidad anterior; y que, por lo tanto, no puede ser analizado nuevamente (cualidad de *inmutabilidad*), la doctrina ha establecido tres requisitos concurrentes comúnmente conocidos como *triple identidad*, la cual consiste en que el proceso cuyo conocimiento se pretende y el ya decidido deben ser idénticos en sus elementos objetivos y subjetivos⁸⁷. Son elementos objetivos del proceso, el hecho y la *causa petendi*; y subjetivos, las partes y el carácter con el cual litigan⁸⁸. En consecuencia, se reconoce como principio general en materia procesal que existirá triple identidad cuando entre la causa incoada y la ya decidida haya identidad de objeto, sujetos⁸⁹ y causa, en otras palabras, que el nuevo proceso se refiera a los mismos hechos, a las mismas partes y al mismo fundamento jurídico⁹⁰⁻⁹¹.

En el proceso penal la cosa juzgada cobra una especial significación en virtud del principio de *ne bis in ídem* (*que no se sentencie dos veces por un mismo hecho*⁹²), del cual se desprende no sólo la prohibición de perseguir a un mismo sujeto por los mismos hechos, sino también una prohibición material de no imponer a un sujeto

86 Sobre el primer fundamento: Savigny, Sistema del Diritto Romano Attuale, Tomo VI, Torino, p. 284, citado por Rengel, en *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II*, cit. p. 463; sobre el segundo: Chioyenda, *Sobre la Cosa Juzgada, Ensayos de Derecho Procesal Civil, Tomo III*, Ejea, Buenos Aires, 1970, p. 196.

87 Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II*, cit., p. 475.

88 *Ídem*.

89 *Ídem*.

90 *Ídem*.

91 La *causa petendi* no se identifica con la calificación jurídica sino con el título del que nace la pretensión, que en todo caso será, en los procesos penales, *perpetración de un hecho punible*, por lo que no puede enjuiciarse nuevamente al mismo sujeto por el mismo hecho pero modificando la calificación jurídica. En un ejemplo similar dice Rengel-Romberg en *ídem*: “Si se demanda el pago del precio de la cosa vendida, el título o causa de pedir, es el acto jurídico (contrato) que dio origen a la obligación”.

92 El aforismo original según Liebs es: *ne bis in ídem crimen iudicetor*; ampliamente sobre la cuestión terminológica y la diferencia con la frecuente formulación como *non bis in ídem*, con una rica investigación histórica: López Barja J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 398 y ss.

una doble pena por el mismo hecho⁹³. Ello es recogido en las formulaciones de los artículos 49, numeral 7 de la Constitución Nacional, 20 del Código Orgánico Procesal Penal, e indirectamente por el primer aparte del artículo 180 *ejusdem*⁹⁴, a través de la garantía de prohibición de doble persecución.

Ahora bien, es en relación al principio en referencia que la *cosa juzgada* cobra su trascendental importancia en el proceso penal, pues permite al imputado que ya ha sido enjuiciado por el hecho investigado (*enjuiciado* en un sentido amplio, comprensivo también de la fase preparatoria), oponerla en contra de la nueva persecución en virtud de la triple identidad entre la causa sobre la cual recayó la decisión anterior y la que se pretende seguir en su contra, garantizando la vigencia del principio *ne bis in idem*, lo que se logra a través de la procedencia del sobreseimiento del numeral 3 del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, pues ha resultado acreditada la *cosa juzgada*⁹⁵.

A pesar de lo anterior, debe tenerse presente que no todo sobreseimiento o decisión judicial que suspenda la persecución produce *cosa juzgada material*. Ello no ocurre, por ejemplo, la primera vez que: *i*) la acción es intentada pero ante un tribunal incompetente o *ii*) es desestimada por defectos en su promoción o ejercicio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Orgánico Procesal Penal. Tampoco ocurre en los casos de desestimación de la denuncia o querrela a los que se refiere el artículo 283 *ejusdem*⁹⁶ o en los sobreseimientos sin imputado.

93 Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, editorial AD-HOC, segunda edición, Buenos Aires, 1999, p. 242, pp. 167 y ss.

94 Así, Jauchen entiende que en los casos de nulidad no puede admitirse la reapertura de fases ya precluidas si con ello se perjudicará al imputado. Jauchen, *Derechos del Imputado*, cit., pp. 383-384.

95 *Ibid.*, p. 396: "Igual efecto produce la resolución de *sobreseimiento*, que en esencia equivale a una sentencia absolutoria, con la irrelevante diferencia a estos efectos de que su especial naturaleza radica en que por resultar evidente la improcedencia de la acción se impone su dictado ya en la inicial etapa de la investigación. El sobreseimiento es definitivo, y tiene virtualidad de prohibir una nueva persecución penal sobre el mismo hecho por el cual se dictó cualquiera sea la causal legal por la que se pronunció".

96 Tal criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia; en relación al llamado sobreseimiento de forma: en las decisiones de Sala Constitucional y Sala de Casación Penal, en las decisiones del 28 de febrero de 2008, N° 169 y del 11 de febrero de 2014, N° 29, respectivamente; en igual sentido pero sobre la desestimación la Sala de Casación Penal en su sentencia del 26 de julio de 2001, N° 632. También la doctrina y la legislación comparada en Jauchen, *idem*: En cambio no amparan contra una nueva persecución penal las resoluciones que en virtud de algún error, insuficiencia, defecto u otro motivo legal paralizan, rechazan, suspenden o nulifican la acción penal sin expedirse sobre el mérito de la misma y, por lo tanto,

Tales decisiones no resuelven sobre el fondo; y, por lo tanto, permiten el ejercicio posterior de la acción penal, al menos por una vez, sin que a ello pueda oponerse la *cosa juzgada*.

En lo atinente a la necesidad de contar con un imputado individualizado para la procedencia de esta causal de sobreseimiento; y, como es lógico, al exigir la cosa juzgada identidad entre los sujetos procesales, debe necesariamente individualizarse al imputado, pues la doble persecución es siempre respecto de un sujeto por el mismo hecho, no de todos los sujetos respecto al hecho, o del hecho exclusivamente considerado, es decir, un sujeto diferente puede, sin lugar a dudas, ser juzgado por un hecho cuya cosa juzgada solo existe en relación a un imputado anterior.

4. *A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado (Artículo 300, numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal)*

Esta constituye una causal de carácter subjetivo, por cuanto cuenta con elementos referidos a la participación del imputado en el hecho delictivo. Ello se desprende de manera diáfana de la propia letra del numeral 4 del artículo 300, que alude a la ausencia de *bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado*. Por otro lado, la procedencia del sobreseimiento en caso de no contar con suficiencia de material de instrucción se impone como una exigencia del principio *in dubio pro reo*⁹⁷, en razón del cual, en todo grado del procedimiento la insuficiencia probatoria debe conducir a la irresponsabilidad del sindicado⁹⁸⁻⁹⁹ y; a su vez, como garantía del derecho del imputado a obtener un estado procesal definitivo en un tiempo razonable¹⁰⁰. Es gracias a estas consideraciones que no es procedente la solicitud de sobreseimiento con fundamento en esta causal si no se cuenta con un imputado individualizado.

no son definitivas respecto al objeto sustancial.

97 Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 252.

98 No se circunscribe este principio a la fase de juicio, sobre esto: Quintero T., *La prueba en Materia Penal*, 2ª edición, Editorial Leyer, Bogotá, 1996, pp. 47-48.

99 Que continúa abarcado por la presunción de inocencia y por lo tanto debe resultar probado que tomo parte en los hechos, no correspondiéndole probar lo opuesto: Montero Aroca J., *Principios del Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 153.

100 Binder Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 252.

No obstante, en caso de que el imputado no esté identificado y nos encontremos ante el supuesto objetivo de ausencia de material de instrucción, todavía puede resultar procedente el archivo fiscal como acto conclusivo¹⁰¹, de existir la objetiva posibilidad a futuro de incorporar un nuevo dato a la investigación.

Ahora bien, para estimar la procedencia de esta causal de sobreseimiento, el fiscal del Ministerio Público deberá primero determinar si todo lo que había de ser investigado se indagó, es decir, en general, si todas las diligencias pertinentes, eficaces y posibles, fueron realizadas (*principio de investigación integral*¹⁰²), resultando que de ninguna de estas averiguaciones surgieron suficientes elementos de convicción que permitan formular una acusación con bases sólidas en contra de la persona señalada como autor o partícipe del hecho punible, todo lo cual, si coincide con la imposibilidad de incorporar a la investigación nuevos elementos que hagan viable determinar su participación cierta en el delito, conllevaría necesariamente a la aplicación de este supuesto de sobreseimiento.

Igualmente, es necesario señalar que una de las diferencias fundamentales de esta causal de sobreseimiento con el resto de las del artículo 300, es que todas las demás demandan certeza negativa en cuanto a la responsabilidad penal, mientras que ésta implica de entrada una *falta de certeza* (estado de duda) sobre la materialidad de los cargos, esto es, sobre la existencia del hecho o de la autoría o participación del imputado en él, acompañada de la no posibilidad razonable de incorporar nuevos datos a la investigación (*certeza negativa sobre la incorporación de un nuevo dato*), consecuencia de lo cual, no existen bases para solicitar fundadamente su enjuiciamiento.

5. Así lo establezca expresamente este Código (Artículo 300, numeral 5 del Código Orgánico Procesal Penal)

En este numeral el legislador realiza una remisión a supuestos de sobreseimiento contenidos en otras normas del Código Orgánico Procesal Penal, especialmente a los contemplados en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 28, referidos a las excepciones de promoción ilegal de la acción, extinción de la acción penal e indulto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 34, numeral 4, *eiusdem*.

101 Éste también tiene como presupuesto la duda: Cafferata, *La Prueba en el Proceso Penal*, cit., p. 11: “Si estuviera en *duda*, por no haber mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare (art. 309) (llamado *auto de falta de mérito*). (Los paréntesis son del texto y corresponden a la legislación comparada).

102 Rivera Morales R., *Actos de Investigación y Pruebas en el Proceso Penal*, Universidad Católica del Táchira y Librería J. Rincón G., Barquisimeto, 2008, pp. 226-227.

En efecto, es de tener en cuenta que el artículo 300 se encuentra incluido en el Libro Segundo, Título I, Capítulo IV del Código Orgánico Procesal Penal, denominado De los Actos Conclusivos, por lo que su aplicación corresponde principalmente al fiscal como director de la investigación, aunque el juez puede decretarlo de oficio al finalizar la fase intermedia (ver: artículo 303). No obstante, dicha norma no se encuentra disponible para la defensa, que debe recurrir a su equivalente del artículo 28, lo cual explica la coincidencia material de muchos de sus supuestos con los del artículo 300. Así, de estimar que el hecho imputado por el fiscal en su acusación es atípico, corresponde a la defensa la solicitud del sobreseimiento a través de la excepción contenida en el literal c, numeral 4, del artículo 28, pero no la del primer supuesto del numeral 2 del artículo 300.

II. Procedencia de diversas causales de sobreseimiento de manera simultánea

Una vez desarrolladas las distintas causales de sobreseimiento comprendidas en el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, es menester abordar el asunto de la procedencia de la solicitud de sobreseimiento por varias de dichas causales y con respecto a un mismo sujeto por los mismos hechos.

Como se verá, ello resulta contradictorio en la mayoría de las combinaciones posibles de causales, por ejemplo, casi todas las del numeral 2 con las del 3; así, no es posible establecer la extinción de la acción penal de un hecho atípico, pues, lógicamente, la extinción de la acción supone que ésta existe, y su nacimiento se encuentra condicionado por el *ius puniendi* que deriva de la comisión de un delito (hecho típicamente antijurídico y culpable) por lo que mal puede existir acción (derecho procesal de acción) en ausencia de un hecho (acción en sentido jurídico-penal) típico, antijurídico y culpable, exceptuándose únicamente los casos de acciones delictivas pero no punibles, pues en ellas ya existe un delito en su dimensión jurídica, delito cuya acción puede extinguirse. Tampoco es concebible la combinación de los numerales 3 y 4, pues la extinción de la acción implica la certeza de su nacimiento, lo que resulta incompatible con la falta de certeza sobre el hecho delictivo.

Sin embargo, no es tanto la contradicción de particulares combinaciones de supuestos, como el diseño del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que hace impropio solicitar el sobreseimiento sobre un mismo sujeto invocando diversas causales. Efectivamente, el artículo 300 establece tácitamente un orden

metódico en la aplicación de los distintos supuestos que regula¹⁰³. Así, el orden de los numerales propone sucesivamente; 1) la posibilidad fáctica de que el hecho haya ocurrido y que pueda ser atribuido al imputado, 2) la aptitud jurídica para ser considerado delictivo y punible¹⁰⁴, 3) la existencia del derecho del Estado a perseguir el hecho delictivo y punible; y, por último, 4) la existencia de bases fundadas para solicitar su enjuiciamiento¹⁰⁵. Tal enumeración no es en ningún modo casual, y se traduce en la prelación de las distintas normas según su ubicación en la estructura del artículo 300 (a modo de ordinales), por lo que el numeral que precede siempre ha de prevalecer sobre el que lo sucede¹⁰⁶. En tal sentido, si un hecho es de imposible realización, es indiferente su eventual cualidad típica, o si el ejercicio de la acción respecto de él se encuentra prescrita, y mucho más si hay fundamentos para enjuiciarlo, y del mismo modo con el resto de los numerales según su orden.

Tras el prisma de la expuesta comprensión del verdadero funcionamiento del artículo 300, apenas perfilada en este trabajo, la invocación simultánea de distintas causales de sobreseimiento en la forma aquí censurada presentaría un cuadro contrahecho de la aludida disposición, desnaturalizando su método analítico del caso.

A esta visión omnicomprendensiva del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal se opone, con no poca frecuencia, el argumento de que el artículo 302 *eiusdem* admite de forma expresa la invocación de distintas causales de sobreseimiento de manera simultánea; no obstante, y aunque ello es cierto, la manera de armonizar la norma del artículo 302 con la correcta interpretación del artículo 300, es asumiendo que aquella se contrae exclusivamente a los casos de pluralidad de imputados o de un solo imputado por diversos hechos, en los que desde luego puede proceder respecto a unos el sobreseimiento por alguna determinada causal y respecto a otros el sobreseimiento por una causal diferente, lo cual puede conllevar a la invocación de múltiples numerales.

103 Esto según la voluntad actual del Legislador, por lo que es irrelevante si tal era su *voluntad histórica*: sobre este punto es preclara la opinión de Modolell J.L. en: *Temas Penales*, 2° edición, UCAB, Caracas, 2006, p. 241.

104 Las pautas de resolución de casos aconsejan siempre la determinación del hecho precedentemente a las consideraciones jurídicas. Vrg. Sánchez, Baldó y Bidasolo, *Casos de la Jurisprudencia Penal con Comentarios Doctrinales*, 2° edición, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 37-38.

105 Con un orden similar para el análisis de las conclusiones de la fase preparatoria: Pérez Sarmiento E., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Vadell Hermanos, 2° edición, Caracas, 2000, p. 247.

106 Coincidiendo en lo esencial: *Informe Anual de Doctrina del Ministerio Público del año 2014*, oficio N° DRD-19-257-2014, del 11 de agosto de 2014, pp. 140-142.

Sin embargo, ni siquiera en los casos de pluralidad de imputados son posibles todas las combinaciones de numerales del artículo 300, ya que en algunas de ellas pueden presentarse insalvables contradicciones. Así, no podría solicitarse el sobreseimiento por extinción de la acción penal de un sujeto imputado como cómplice de un determinado delito, cuando se ha solicitado el sobreseimiento por atipicidad del sujeto imputado como autor, pues si no es típico un comportamiento determinado, tampoco es típica la contribución a la ejecución de ese comportamiento¹⁰⁷. Del mismo modo, no es posible solicitar el sobreseimiento de un coautor porque el hecho no se realizó y de otro coautor por falta de certeza, pues el primer supuesto del numeral 1 del artículo 300 consiste en una causal de carácter objetivo (si un coautor no hizo nada, lo correcto es aplicar el segundo supuesto del numeral 1). Estas hipótesis no son más que ejemplos de las posibles contradicciones entre numerales del artículo 300, aún en los casos de pluralidad de imputados, por lo que el recurso al artículo 302 debe siempre hacerse con la prudencia del caso, analizando la consistencia de las distintas causales que se pretenden invocar, consistencia que debe conservarse aunque las solicitudes de sobreseimiento a los distintos imputados se realicen por separado, ya que es un mismo hecho (esta es la voluntad legislativa detrás del artículo 76 del Código Orgánico Procesal Penal, el *principio de unidad del proceso*).

En conclusión, es incorrecto solicitar el sobreseimiento de un mismo imputado por los mismos hechos invocando distintos numerales del artículo 300, mientras que su invocación conjunta es posible ante la existencia de pluralidad de imputados y siempre que no suponga una contradicción entre las distintas causales alegadas¹⁰⁸. Por otro lado, la invocación de distintas causales de sobreseimiento en relación a un mismo sujeto pero por hechos distintos es posible en todos los casos, pues lo decisivo para el artículo 300 es el hecho objeto del proceso.

107 Sánchez, Baldó y Bidasolo, *Casos de la Jurisprudencia Penal con Comentarios Doctrinales*, cir., p. 40.

108 Acertadamente: Informe Anual de Doctrina del Ministerio Público del año 2014, oficio N° DRD-19-257-2014, del 11 de agosto de 2014, pp. 140-142.

III. Efectos del sobreseimiento

El sobreseimiento, una vez decretado, produce los siguientes efectos:

- Una vez decretado produce cosa juzgada material (según se expuso pormenorizadamente en las secciones anteriores).
- El sobreseimiento también produce efectos de carácter procesal o secundario, tales como: el cese de las medidas de coerción personal y de las medidas reales que le habían sido impuestas al imputado, así como el de toda medida de aseguramiento probatorio vigente. Ello responde a la característica de instrumentalidad de las medidas cautelares, de acuerdo con la cual, éstas no constituyen un fin en sí mismo sino que se encuentran preordenadas en función de la resolución definitiva del proceso¹⁰⁹.
- El archivo material de las actuaciones relativas a la causa en la cual se produjo el sobreseimiento, siempre y cuando éste comprenda a la totalidad de los delitos investigados y sujetos imputados.

IV. Trámite

De acuerdo a lo previsto en el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, una vez presentada la solicitud de sobreseimiento, el Juez de Control debe resolverla dentro de un lapso de cuarenta y cinco días, notificando de la resolución a las partes y a la víctima no querrellada, si la hubiere¹¹⁰.

Sin embargo, puede presentarse el supuesto en el cual el Juez de Control se encuentre en desacuerdo con la determinación adoptada por el Fiscal, en cuyo caso debe tenerse presente que como manifestación del *principio acusatorio*, el Poder Judicial no puede modificar el acto conclusivo que presente el Ministerio Público como ejercicio de la acción penal, ni adoptar uno distinto, por lo que si el órgano

109 Siguiendo en esto a Calamandrei: Tamayo J., *Medidas de Coerción Real*, Editorial Arte Profesional, Caracas, 2011, p. 33.

110 Esta es la regla general en la que el sobreseimiento se adopta como acto conclusivo de la investigación, no obstante, es posible que el sobreseimiento sea decretado en fase de juicio en aquellos casos en los que en esa etapa se produzca la extinción de la acción penal o la cosa juzgada resulte acreditada, de otro modo, lo procedente ante las demás causales en ese momento del proceso será siempre la absolución. Así lo establece el artículo 304 de la Norma Adjetiva.

jurisdiccional rechaza la solicitud de sobreseimiento, debe remitir las actuaciones al Fiscal Superior para que éste la ratifique o rectifique¹¹¹. Si la ratifica, el Juez estará obligado sin más a decretar el sobreseimiento, pudiendo a lo sumo, dejar a salvo su opinión en contrario; si rectifica la solicitud, debe ordenar a otro fiscal continuar con la investigación (ver: *infra* VIII).

V. Recursos procedentes

En lo que respecta a los recursos que pueden ejercerse contra la decisión judicial que decreta el sobreseimiento, el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal establece que proceden tanto el de apelación como el de casación^{112,113}.

El recurso de casación ofrece pocas dificultades interpretativas en virtud del tratamiento unitario que recibe por la regulación del Código Orgánico Procesal Penal (artículos 451 y siguientes). Mayores controversias plantea el procedimiento que debe seguirse para la interposición del recurso de apelación, pues la Norma Adjetiva regula dos trámites distintos para el ejercicio de este recurso ordinario, el de apelación de autos (artículos 439 y siguientes) y el de apelación de sentencias (artículos 443 y siguientes). La cuestión es relevante especialmente para determinar el lapso de apelación; y, por lo tanto, la admisibilidad del recurso, pues mientras la apelación de autos debe ejercerse dentro de un lapso de cinco días a partir de la notificación de la decisión recurrida, la de sentencias contempla para su presentación tempestiva un lapso de diez días a partir del pronunciamiento de la decisión impugnada (artículos 440 y 445 respectivamente). Ello hace imperativo

111 Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 12 de marzo de 2008, N° 141: “Por consiguiente, mal podría la Sala obligar al Fiscal a que acusara, cuando del resultado de su investigación se desprende que el hecho no se realizó, trayendo como consecuencia la solicitud de sobreseimiento de la causa...la cual de no ser acogida por el Juez de Control...enviará las actuaciones al Fiscal Superior del Ministerio Público para que mediante pronunciamiento motivado ratifique o rectifique la petición fiscal, y de ser el caso que ratifique dicho sobreseimiento, el Juez de Control lo decretará”. Criterio ratificado por la misma sala en sus decisiones 240, 02, y 128, del 16 de mayo de 2002, 17 de enero de 2003 y 8 de abril de 2003, respectivamente.

112 También la jurisprudencia unánime, por todas: Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2945 y 2957, ambas del 10 de octubre de 2005.

113 Un tratamiento aparte merece el asunto de la recurribilidad del sobreseimiento decretado luego de la ratificación por el Fiscal Superior.

dilucidar si la decisión que declara con lugar la solicitud de sobreseimiento es un auto o una sentencia¹¹⁴.

Ahora bien, el recurso de apelación, como instituto procesal, debe estar dirigido contra una *decisión judicial* que puede manifestarse en la forma de una *sentencia definitiva* o de una *sentencia interlocutoria*, también llamadas *autos*, siendo técnicamente ambas decisiones *sentencias*¹¹⁵. La diferencia entre una sentencia definitiva y una interlocutoria es su posición en el proceso y la materia sobre la cual deciden. Así, mientras las sentencias definitivas se dictan al final del juicio y ponen fin al proceso decidiendo sobre el fondo, las interlocutorias o autos se dictan en el curso del proceso y resuelven asuntos incidentales (pudiendo también ponerle fin previamente, aunque sin decidir sobre el fondo, como ocurre en el proceso civil con las cuestiones previas de carácter perentorio)¹¹⁶.

En ese orden de ideas, y como se explicó en *supra* II, el sobreseimiento es una resolución judicial que pone fin al proceso de manera *anticipada*, por lo que su naturaleza es obviamente la de un auto (en ello concuerda la jurisprudencia, incluso de la Sala de Casación Penal, que la considera una sentencia definitiva solo por analogía). De entre las sentencias interlocutorias (o autos), también pueden distinguirse aquellas denominadas *autos con fuerza de definitiva*, *autos simples* y *meros autos de sustanciación*¹¹⁷, según éstos pongan fin al proceso, no lo hagan, o sean destinados al puro impulso procesal (éstos últimos no apelables y revocables por *contrario imperio*)¹¹⁸. En ese sentido, y siempre que el sobreseimiento pone fin al proceso de manera anticipada (artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal) cabe caracterizarlo como un *auto con fuerza de definitiva*.

Esta clasificación específica de *autos con fuerza de definitiva* parece haber sido tenida en cuenta por el legislador en el Código Orgánico Procesal Penal, que en el numeral 1 del artículo 439 declaró apelables (¡como autos!) las decisiones *que pongan fin al proceso o impidan su continuación*, es decir, los *autos con fuerza de definitiva*, a los que, según se despejó en líneas anteriores, pertenece el que declara

114 Caracterizándolo como un auto, con un argumento legal (interpretación literal del artículo 306), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia del 15 de julio de 2013, N° 997. Por su parte, la Sala de Casación Penal lo entiende como una sentencia definitiva, recurriendo a un argumento analógico, y sostiene su apelación como tal en su sentencia N° 62 del 1 de marzo de 2007.

115 Bello Tabares E., *Tratado de Recursos Judiciales*, Editorial Paredes, Caracas, 2012, p. 797.

116 Preclaro: Rengel en *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II*, cit., pp. 290-291.

117 Bello Tabares, *Tratado de Recursos Judiciales*, cit., p. 797. Éste último con otra terminología.

118 *Ídem*.

el sobreseimiento. Por lo tanto, éste es apelable según la ley como un auto, dentro de los cinco días posteriores a su notificación. Cualquier analogía que pretenda sustraer al sobreseimiento del procedimiento de apelación de autos, por el solo hecho de poner fin al proceso, pretende no menos que derogar el numeral 1 del artículo 439, y como *analogía contra legem*, se encuentra vedada al intérprete¹¹⁹⁻¹²⁰.

VI. Procedimiento de ratificación o rectificación de la solicitud fiscal de sobreseimiento

En cuanto a este punto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el numeral 4 del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, rige en nuestro ordenamiento jurídico el denominado principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal; de acuerdo con el cual, corresponde exclusivamente al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado, salvo las excepciones que la ley establezca (delitos de acción privada)¹²¹.

Consecuencialmente, la acción penal puede ser ejercida por el Ministerio Público en dos sentidos; pues, si la investigación conducida causa certeza sobre la efectiva comisión de un hecho punible por un sujeto determinado, se procederá a presentar un acto conclusivo de solicitud de enjuiciamiento (acusación) – acción

119 Las sentencias que declaran con lugar las excepciones (recurribles de conformidad con el numeral 2 del artículo 439 como un auto) producen, en la mayoría de los casos, el sobreseimiento según el artículo 34, y nadie sostiene por ello que tal decisión es apelable como una sentencia definitiva.

120 Egaña, *Notas de Introducción al Derecho*, cit., p. 278: “Ante todo debemos precisar que, de conformidad con la ley y con la doctrina aplicable al llamado Derecho continental o hispanoamericano, debe recurrirse a la Analogía cuando no hubiese un caso concreto que deba ser resuelto, o lo que es lo mismo, al cual deba ser aplicada una consecuencia jurídica y *no se encuentre dentro del ordenamiento jurídico una norma precisa, clara en cuyo supuesto de hecho encaje la conducta cuestionada*”.

121 Maier Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, cit., p. 827. En el mismo sentido se pronunció la Doctrina del Ministerio Público en el Informe Anual de 2012, mediante oficio N° DCJ-8-1116-2010-055752 del 2-12-2010 en el cual se expone: “La principal atribución asignada a esta Institución de forma exclusiva -y excluyente, respecto a otros organismos- es la de ejercer la acción penal en nombre del Estado, es decir, que se delega en el Ministerio Público el ejercicio de dicha acción, cuando para intentarla o proseguirla no sea necesaria instancia de parte”. De manera similar, se ha pronunciado la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias del 15 de noviembre de 2011 N° 460 y del 19 de marzo de 2012, expediente 12-011, así como la Sala Constitucional en decisión N° 2.407, de fecha 1° de agosto 2005, bajo la ponencia del Magistrado Marco Dugarte.

penal en sentido positivo – pero si, por el contrario, de la actividad investigativa el Fiscal deduce que el hecho investigado no ha tenido lugar o que el imputado no ha tomado parte en su realización, lo conducente será la presentación de una solicitud de sobreseimiento – acción penal en sentido negativo –¹²².

En caso de que la acción ejercida por el Ministerio Público lo sea en sentido negativo (solicitud de sobreseimiento), la pretensión fiscal se encontraría sometida a un control judicial por parte del juez de control en los términos del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, que dispone lo siguiente:

“Presentada la solicitud de sobreseimiento, el Juez o Jueza la decidirá dentro de un lapso de cuarenta y cinco días. La decisión dictada por el tribunal deberá ser notificada a las partes y a la víctima aunque no se haya querrellado.

Si el Juez o Jueza no acepta la solicitud de sobreseimiento, enviará las actuaciones a el o la Fiscal del Ministerio Público para que mediante pronunciamiento motivado ratifique o rectifique la petición fiscal. Si el o la Fiscal Superior del Ministerio Público ratifica el pedido de sobreseimiento, el Juez o Jueza lo dictará pudiendo dejar a salvo su opinión en contrario. Si el o la Fiscal Superior del Ministerio Público no estuviere de acuerdo con la solicitud ordenará a otro u otra Fiscal continuar con la investigación o dictar algún acto conclusivo”.

Como puede apreciarse de la citada disposición, el Juez de Control tiene dos alternativas ante la presentación de una solicitud de sobreseimiento por parte del Ministerio Público, a saber: aceptar la solicitud de sobreseimiento o negarla. En el primero de los casos (aceptación de la solicitud), el juez procederá a decretar el sobreseimiento¹²³ notificando de esta decisión a las partes, quienes podrán apelar de la misma. En el segundo supuesto (negativa de la solicitud de sobreseimiento), el juez deberá enviar las actuaciones al Fiscal Superior competente para que éste ratifique o rectifique de manera motivada el acto conclusivo.

En este segundo supuesto, la Ley establece un control jerárquico interno a la actividad del Ministerio Público, pues es un superior jerárquico del fiscal quien revisará el acto emanado por su subalterno en orden de pronunciarse sobre su procedencia¹²⁴. Tal pronunciamiento consiste, no en un análisis detallado de

122 Informe Anual de Doctrina del Ministerio Público del año 2006, oficio N° S/N del 10 de mayo de 2006, Tomo II, pp. 30-32. De manera concordante, Binder Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 242, donde señala: “Pero puede ocurrir que el fiscal no encuentre elementos para acusar, porque se ha comprobado que la persona imputada no ha sido el autor del hecho ni ha participado en él o, con más razón, porque se ha comprobado que el hecho no existió o, si existió, no constituye delito”.

123 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de mayo de 2001, N° 786 con ponencia del Magistrado José Ocando.

124 Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, cit. p. 826.

la corrección del acto conclusivo negado por el juez, sino en la determinación de que sea dicho acto conclusivo, y no otro, el procedente para el caso concreto, y que éste sea el producto de una investigación agotada; en caso contrario, el acto conclusivo tampoco es procedente, ya por falta de investigación, presupuesto de todo acto conclusivo.

En este sentido, el Fiscal Superior solo está facultado para ratificar o rectificar la solicitud de sobreseimiento. La ratificación operará como una declaración de su aprobación de la resolución dictada por su subalterno¹²⁵, es decir, su conformidad con la solicitud de sobreseimiento presentada por el fiscal de proceso, mientras que la rectificación dejará sin efecto el acto conclusivo original y el Fiscal Superior deberá remitir las actuaciones a otro fiscal a los fines de que éste dicte un nuevo acto conclusivo o continúe con la investigación¹²⁶.

No le está dado al Fiscal Superior modificar el acto conclusivo presentado en su contenido, ni suscribir uno propio; por el contrario, su pronunciamiento se limitará a determinar si éste es o no procedente¹²⁷.

Puede ocurrir que el Fiscal Superior advierta en su análisis de la solicitud de sobreseimiento errores que no afecten la procedencia de dicho acto conclusivo (error en la causal de sobreseimiento invocada, errores en la calificación jurídica, etc.), en estos casos, tal y como se ha señalado, el Fiscal Superior no es competente para modificar el acto original, sino únicamente para ratificarlo o rectificarlo en cuanto finalización de la instrucción penal. Es por ello que, en caso de observar errores que no hagan improcedente la solicitud de sobreseimiento, el Fiscal Superior deberá ratificarla, pudiendo realizar, al motivar su ratificación, las observaciones que estime pertinentes, sin ordenar la suscripción de otra solicitud.

En ese sentido, las observaciones por parte del Fiscal Superior a la solicitud de sobreseimiento originalmente presentada por el Fiscal de la causa no pueden suponer el pronunciamiento de un nuevo acto conclusivo que reemplace al anterior, pues ello comportaría una trasgresión de las competencias que de acuerdo con la ley le están atribuidas a los Fiscales Superiores, ya que estos no son competentes

125 Informe Anual de Doctrina del Ministerio Público del año 2007, oficio N° DFGR-DGAJ-DCJ-8-1321-2007-031852 del 11 de junio de 2007, Tomo I, pp. 678-680.

126 Sobre el significado jurídico general de los términos rectificación y ratificación, ver: Caballenas Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, primera edición, Argentina, 1979, pp. 337 y 341.

127 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de mayo de 2001, N° 786 con ponencia del Magistrado José Ocando, en igual sentido la Sala de Casación Penal en sentencia No. 460 de fecha 15 de noviembre de 2011.

para la presentación de actos conclusivos¹²⁸, como sí lo son los fiscales de proceso, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Ministerio Público¹²⁹.

Esta imposibilidad de modificar la solicitud de sobreseimiento deriva, adicionalmente, de una interpretación literal del contenido del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, pues en él se establece que si el juez o jueza no acepta la solicitud de sobreseimiento, enviará las actuaciones al Fiscal Superior para que este “*ratifique o rectifique la pretensión fiscal*”, de modo que la resolución de ratificación o rectificación recae directamente sobre la *pretensión fiscal* de sobreseimiento, es decir, sobre el sobreseimiento como acto conclusivo pertinente, independientemente de los fundamentos en los que se sustente.

Así las cosas, sólo procederá la rectificación de la solicitud de sobreseimiento cuando el Fiscal Superior considere que debe comisionarse a un nuevo Fiscal para que continúe con la investigación o dicte algún otro acto conclusivo.

La continuación de la investigación será la decisión procedente en los casos en que el sumario con fundamento en el cual el fiscal solicitó el sobreseimiento haya sido insuficiente para obtener certeza sobre alguno de los supuestos consagrados en el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que ocurrirá siempre que no se haya agotado la investigación de conformidad con el *principio de investigación integral*, en cuyo caso se impondrá la práctica de las diligencias esenciales para dilucidar cuál es el acto conclusivo verdaderamente procedente. Por lo tanto, en estos casos, el acto conclusivo que en definitiva se acoja puede ser cualquiera, incluso un nuevo sobreseimiento, esta vez precedido de una investigación agotada.

Por otro lado, si la rectificación consiste en ordenar directamente al nuevo representante fiscal el pronunciamiento de algún acto conclusivo, éste no puede consistir en un segundo sobreseimiento, pues el Fiscal Superior (y probablemente el juez) ya ha declarado que tal acto es improcedente para el caso concreto, tal y como se expuso con anterioridad.

Por último, es menester hacer referencia a la sentencia de admisión del recurso de nulidad interpuesto en contra del único aparte del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, contentivo del procedimiento de ratificación y

128 Artículo 29 de la Ley Orgánica del Ministerio Público publicada en la Gaceta Oficial N° 38647 del 19 de marzo de 2007.

129 Son atribuciones y deberes de los Fiscales o las Fiscales del Ministerio Público de Proceso: (...) 15. Ejercer todos los actos conclusivos, de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal.

rectificación de la solicitud de sobreseimiento, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 12 de julio de 2017, en el expediente 17-0658, a través de la cual se acordó, como medida cautelar, la suspensión con efectos *erga omnes* de dicha disposición; y, por lo tanto, del procedimiento de ratificación o rectificación de la solicitud de sobreseimiento.

Como consecuencia de la referida resolución cautelar, en caso de que el juez de control estime que la solicitud de sobreseimiento no es procedente, la devolverá al Ministerio Público para que éste continúe con la investigación y dicte el acto conclusivo que considere ajustado a derecho, pudiendo incluso solicitar un nuevo sobreseimiento.

Al margen de los justos cuestionamientos a la competencia de la Sala Constitucional para suspender de manera cautelar y con efectos *erga omnes* la aplicación de una norma de rango legal - que en principio goza de presunción *iuris tantum* de constitucionalidad -, inventando un nuevo procedimiento judicial- que es materia de reserva legal -, es preciso poner de relieve algunos inconvenientes de orden técnico que entraña una decisión como la comentada.

En efecto, la posibilidad para el juez de control de ordenar al Ministerio Público continuar con una investigación que éste considera culminada, no solo atenta contra el propio sistema acusatorio (ya que equivale a ordenar una investigación), sino que establece un procedimiento difícilmente practicable, toda vez que la existencia de diligencias pertinentes por ejecutar en una investigación, su propia ejecución y el acto conclusivo a presentar, sonde la competencia exclusiva del Ministerio Público. En tal sentido, tal y como reconoce la propia sentencia, el Ministerio Público bien puede insistir en su solicitud de sobreseimiento (¡infinitas veces!); y, siempre que los jueces no pueden (¡todavía!) ni investigar por ellos mismos ni dictar actos conclusivos, a lo sumo ésta podrá ser devuelta una vez más a aquél, que no puede ser obligado por el juez a investigar o a presentar un acto conclusivo determinado, generando un limbo en el procedimiento, sobre todo cuando la sentencia no aclara si la investigación debe ser asignada a otro representante fiscal luego de rechazado el acto conclusivo original, que sería lo lógico.

Resumiendo en una frase célebre, *la sentencia atenta contra la autonomía del Ministerio Público*¹³⁰, que se ve invadido en las competencias que la ley le atribuye

130 Declaración de la Fiscal General de la República, Dra. Luisa Ortega Díaz, con relación a la decisión comentada. Edición digital del diario El Nacional, extraída de: www.el-nacional.com/noticias/politica/ortega-diaz-sentencia-del-tsj-atenta-contra-autonomia-del-192934, consultada el 28 de julio de 2017.

de forma exclusiva en desarrollo del sistema acusatorio, de división de poderes en el proceso penal.

En todo caso, hasta ahora se trata de una provisión cautelar, por lo que, de *lege lata*, puede contarse todavía con la vigencia del único aparte del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal.

LA INMUNIDAD DE LOS ALTOS OFICIALES DE ESTADO Y LA COMISIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES ESTABLECIDOS EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Thairi Moya Sánchez¹

RESUMEN:

El concepto de 'inmunidad' se coloca bajo observación cuando se establece que altos funcionarios del Estado se encuentran involucrados en la comisión de crímenes internacionales. Recientemente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a través del artículo 27, instituye que la inmunidad no será un obstáculo para que este Tribunal pueda entrar en funciones y realice una investigación. En este artículo, se analizará la evolución de la prerrogativa de la inmunidad y los retos que presenta a la justicia internacional.

PALABRAS CLAVES:

inmunidad, superiores, responsabilidad, crímenes internacionales, jefes de estado.

ABSTRACT:

The concept of 'immunity' is placed under observation when it is established that high officials of the State are involved in the commission of international crimes. Recently, the Statute of the International Criminal Court, article 27, establishes that immunity will not be an obstacle for the Tribunal to take up its functions and conducting an investigation. In this article, we will analyze the evolution of the prerogative of immunity and the challenges it presents to international justice.

KEYWORDS:

immunity, superiors, responsibility, international crimes, heads of state.

1 Profesora de la Escuela de Derecho- UCAB. Doctorado UCV. Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Nottingham, Inglaterra. Especialista en Derecho y Política Internacional UCV. Abogado UCV. Diploma en Derechos Humanos por el Instituto Internacional de Derechos Humanos, René Cassin, Estrasburgo-Francia.

I. La evolución del concepto de inmunidad

1. Introducción

El régimen de protección de los altos funcionarios se encuentra establecido en la mayoría de las Constituciones modernas para evitar así que los ataques deliberados hacia estos funcionarios afecten la gobernabilidad y seguridad del Estado. No obstante, históricamente se ha demostrado que los jefes de Estado y los de Gobierno han sido los principales responsables de las peores masacres cometidas en contra de la humanidad. Por lo cual, hasta una época reciente, la protección de los funcionarios era una regla de respeto absoluto y totalmente clásica del Derecho Internacional Público, esto en concordancia con el principio de igualdad de todos los Estados y el respeto a la investidura de estos funcionarios, dejando así de lado eventuales juicios políticos en fueros internacionales o de manera deliberada en el fuero nacional. A la par de esta figura tenemos que muchos de estos representantes gozan del poder de mando, llevándonos consecuentemente a la figura de las órdenes de los superiores, la cual ha tenido un trato diferente en el Derecho. Esta figura ha evolucionado desde los Juicios de Núremberg en donde se desarrolló jurisprudencialmente que el mero alegato del cumplimiento de dichas órdenes (en muchos casos dadas por los más altos funcionarios) no es un eximente de la responsabilidad penal individual. En este sentido, ambas instituciones se han ido modificando, tomando grados de proximidad tanto en su contenido como en sus limitaciones. Por estas razones, en la actualidad no es posible indicar que el cargo de los altos funcionarios puede ser oponible como un eximente procesal de responsabilidad ante un Tribunal que trate de juzgar la comisión de crímenes internacionales, más aún si consideramos que finalmente con la evolución de estos conceptos se protegen derechos establecidos considerados como normas de *ius cogens*².

Por esta razón, se busca *develar* uno de los principales obstáculos para lograr el enjuiciamiento de los máximos criminales, tanto en el ámbito nacional como internacional. Tal eventual obstáculo es la protección otorgada a través de la “inmunidad” por el cargo que se ejerce o la protección dada a través de los procedimientos especiales de los que gozan las personas que ostentan altos cargos. Es oportuno destacar que el concepto *inmunidad* ha evolucionado lentamente en el campo del derecho internacional penal. No obstante, en la actualidad, se entiende que la inmunidad no será un obstáculo para que una persona sea juzgada ante la

2 Herencia Carrasco, Salvador Martín, *La Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas, ISBN: 9972-637-88-3, Perú, 2005, pp. 46-48.

Corte Penal Internacional (CPI), toda vez que esta Corte es un mecanismo que permite el enjuiciamiento de los principales responsables de la comisión de crímenes internacionales, amparada además en el artículo 27 de su Estatuto. La CPI no reconoce la inmunidad como un factor para excluir la responsabilidad o prevenir el desarrollo de un juicio. Normalmente, las personas que cometen crímenes internacionales se esconden detrás de sus aparentes prerrogativas de inmunidad para ejecutar los delitos establecidos en el Estatuto de la Corte. No obstante, para llevar a cabo el procedimiento de juicio iniciado por la CPI es necesario que los Estados parte del Estatuto colaboren con la aprehensión de la persona que pueda gozar de inmunidad y, a nivel nacional, que le sean retiradas las inmunidades a aquellos que gozan de tales cargos, todo ello como consecuencia de lo establecido en el artículo 27 del Estatuto de Roma:

“1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las ***inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona***, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

En este artículo, profundizaremos y analizaremos la figura de la inmunidad y los procedimientos especiales, así como sus implicaciones en el Derecho local y en el internacional. Como bien se sabe, bajo el Derecho Internacional, los oficiales de los Estados poseen inmunidad en jurisdicciones extranjeras, teniendo así dos categorías de inmunidades, a saber la inmunidad *ratione materiae*, también conocida como inmunidad funcional, y la inmunidad *ratione personae*.

A continuación, nos permitiremos estudiar los antecedentes de esta figura y a discutir la pertinencia de estas figuras bajo las nuevas obligaciones que surgen en el Derecho Internacional.

1. Inmunidad de Jurisdicción del Estado

Antes de comenzar la discusión pertinente a la inmunidad de los funcionarios, se considera importante iniciar la discusión relativa a la jurisdicción del Estado.

La jurisdicción del Estado se conoce como el poder que tiene un Estado -bajo el Derecho Internacional- para gobernar a su población y propiedades de acuerdo al derecho local. El concepto abarca tanto el poder de hacer Leyes y normas (jurisdicción prescriptiva) y el poder de ejecutarlas (jurisdicción ejecutiva), la cual incluye tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial. Hay que destacar

que la jurisdicción podría ser concurrente con la jurisdicción proveniente de otros países o bien podría ser exclusiva, siendo esta civil o criminal. En este sentido, se indica que las normas de jurisdicción identifican tanto a las personas como a las propiedades que se encuentren dentro del rango de aplicación de Ley del Estado y de sus procedimientos para ejecutar la norma³.

Por su parte, en cuanto a la jurisdicción del Estado –interna- en materia penal, se pueden encontrar cinco principios generales que rigen la materia, a saber: 1) el principio de la territorialidad, el cual consiste en la delimitación de la jurisdicción con base al sitio donde el crimen fue cometido; 2) el principio de nacionalidad, la jurisdicción se concreta mediante la determinación de la nacionalidad del perpetrador del crimen; 3) el principio de protección, pues la jurisdicción es establecida por la existencia del daño a un interés nacional; 4) el principio de universalidad, el cual se configura por el interés en la custodia sobre el perpetrador del crimen, y 5) el principio de la personalidad pasiva, el cual se define mediante la nacionalidad de la víctima. En este sentido, de todos estos principios, se ha señalado que el primero de ellos es considerado de vital importancia. El segundo es universalmente aceptado, aunque pueden existir diferencias en cuanto a su aplicación en los derechos locales. El tercero es aplicado por muchos Estados. El cuarto es ampliamente aceptado como una competencia auxiliar. El quinto ha sido afirmado por un número considerable de Estados, es considerado auxiliar en su naturaleza y en gran medida no es esencial por algún Estado si el resultado final es alcanzado a través de otro de los principios⁴.

A nivel internacional, en esta materia, se tiene como especial antecedente, al *Borrador de 'Tratado sobre Jurisdicción del Estado respecto a Crímenes'*, del año 1935, mejor conocido como *Harvard Research*. Aunque lo contenido en su normativa no es obligatorio para los Estados –como un Tratado y tampoco ha sido considerado como una ‘práctica estatal’- el mismo sugiere un carácter de *lege ferenda* siendo apreciado como especial debido a que fue realizado con el previo estudio de diferentes prácticas en materia penal provenientes de varios Estados. En este documento se recogen los primeros cuatro principios, siendo el último excluido de su texto.

3 Harris, DJ, *Cases and Materials on International Law*, Thomson-Sweet & Maxwell, Londres, 2004, p. 265.

4 Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, cit., p. 266.

2. Generalidades de la inmunidad en el Derecho Internacional

Ahora bien, en el Derecho Internacional también se ha garantizado que en el marco de las relaciones internacionales, el Estado goce de inmunidad de jurisdicción. En este sentido, se debate sobre el tiempo oportuno en el que un Estado puede ser juzgado en la jurisdicción de otro Estado.

Después del año 1324, el concepto de soberanía se convirtió en un principio relevante cuando comenzaron a emerger los Estados autónomos seculares, debido a que para esa fecha imperaba el criterio de que la Ley divina era la máxima guía, siendo el rey la máxima expresión de esa voluntad, esto para sustentar que los gobiernos de la época operaran con cierta legitimidad. La figura del absolutismo del rey se aceptó hasta el año 1576, fecha en la que apareció y comenzó a usarse la palabra ‘soberanía’. A los efectos, para esa fecha se indicaba que la mayor prueba de soberanía radicaba en el poder absoluto del rey para aprobar Leyes aplicables a los súbditos, sin que mediara el previo consentimiento de los mismos⁵.

Del mismo modo, en aras de garantizar el respeto, se fijó la inmunidad de los reyes en la máxima latina *par in parem non habet imperium*, lo que se traduce como “entre iguales no se puede ejercer la autoridad sobre el otro”. El concepto de la inmunidad entre pares fue ganando más adeptos hasta llegar a la figura de la soberanía de los Estados. Por tanto, se puede considerar que la inmunidad de los Estados tiene su enlace histórico con la inmunidad de sus representantes. No obstante, en los desarrollos posteriores se estableció que el Estado era una entidad merecedora de inmunidad por sí misma. Por lo que ahora el concepto aceptado como inmunidad soberana generalmente se conoce como *inmunidad del Estado*⁶.

Como otro antecedente se tiene que los Estados comenzaron a participar en actividades de intercambio comercial (actos *de iure gestionis*), así como a ejercer las funciones públicas inherentes a su actividad (actos *iure imperii*). En este sentido, muchos Estados han optado por la doctrina de la inmunidad restrictiva, mediante la cual el Estado goza de la inmunidad de jurisdicción por los actos celebrados en el marco del *iure imperii*. Se ha indicado que el aumento de partidarios a esta doctrina se destaca en la práctica de muchas cortes nacionales, lo cual fue apreciado en un estudio llevado a cabo en las jurisdicciones de los países occidentales⁷.

5 Simbeye, Yitiha, *Immunity and International Criminal Law*, Ashgate, Inglaterra, 2004, p.93.

6 Idem.

7 Comisión de Derecho Internacional (CDI). 4° Reporte sobre la Jurisdicción y Propiedad de los Estados, año 1982. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/guide/4_1.shtml [Consulta: 24.6.2016].

La mencionada teoría no era nueva para los desarrollos académicos realizados durante el siglo XX. El progreso de dicha teoría fue reflejado claramente en el año 1878, en el caso de *Rau van den Abeele et cie vr. Duruty*, en el que una corte belga negó la inmunidad del Estado de Perú en un caso contractual realizado con una parte privada. Igualmente, en el año 1903, la Corte de Casación de Bélgica en el caso *S.S. des Chemins de Fer Liégeois-Luxembourgeois vr. L'Etat Néelandaís* estimó que cuando un Estado adquiere o posee bienes y realiza negociaciones a través de contratos o actividades de comercio, actúa como un individuo privado y no goza de inmunidad para acudir a las cortes. Por lo tanto, en tales circunstancias, se podía realizar demandas en las cortes de Bélgica toda vez que no se encontraría la limitante de la inmunidad soberana aplicada a las negociaciones realizadas por los Estados; esto era consecuencia de que dichos actos serían vistos desde la perspectiva del Derecho Privado. No obstante, durante el siglo XX, el concepto restrictivo de inmunidad tomó mayor fuerza, pues se usó con énfasis en Europa Occidental durante el desarrollo de casos civiles, situación diferente a lo que ocurría en Reino Unido durante la ejecución de los juicios civiles⁸. Por su parte, en el año 1950, la Corte Suprema de Austria estudió con cuidado la práctica realizada por los Estados, en la materia relativa a inmunidad de los Estados. Así, en el caso de *Dralle vr. República de Checoslovaquia*, la Corte concluyó que la teoría absoluta de la inmunidad había perdido fuerza debido a los intercambios comerciales, por lo cual, una inmunidad absoluta no podía seguir siendo una regla de Derecho Internacional. Posteriormente, en el año 1976, en los Estados Unidos, se decidió otorgar inmunidad a los Estados en materia de los actos realizados que fuesen públicos y promulgó una legislación titulada *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* para regular esta posición. Ulteriormente, en el año 1977, Reino Unido utilizó una posición restrictiva mediante la aprobación por parte del Parlamento de la normativa denominada *UK State Immunity Act (SIA)*.⁹ De esta forma, la Cámara de los Lores, la Corte más alta en el Reino Unido, aprobó entonces el uso de la doctrina estricta en el año 1981. No obstante, la normativa promulgada por Reino Unido excluyó a los Estados de los procedimientos criminales.

Posteriormente, diversos países procedieron a realzar la diferencia entre los actos públicos y privados efectuados por los Estados; en particular, delimitaron la denominación de dichos actos en el mundo del comercio. Por su parte, en el Derecho Comunitario Europeo, bajo la Convención Europea de la Inmunidad

8 Idem.

9 UK Government, *The UK State Immunity Act 1978*. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33/pdfs/ukpga_19780033_en.pdf

de los Estados del año 1972, la inmunidad de los Estados se restringe en los casos civiles. En el año 1991, la Comisión de Derecho Internacional elaboró un borrador de artículos relativos a la inmunidad de los Estados y de su propiedad, se adoptó luego de años de grandes debates en el año 2001.

No obstante, los países provenientes del bloque soviético y de los Estados en vía de desarrollo, así como China e India, no se acogieron a dicha doctrina sino que más bien siguieron la ‘doctrina absoluta de inmunidad del Estado’, la cual establece que la inmunidad de jurisdicción aplica tanto para actos de *iure gestionis* como a los actos *iure imperii*.

Sin embargo, ambos tipos de doctrinas arrojaron una serie de problemas, a saber, en el caso de la doctrina de inmunidad restrictiva, el problema central gira en torno a determinar cuáles actos pueden ser clasificados como *iure gestionis* o *iure imperii*; mientras que ambas teorías contienen problemas en decidir: 1) ¿Cuál de las entidades de gobierno -que podrían aclamar que actúan para un Estado- pueden ser consideradas como inmunes? y 2) ¿Cuando un Estado puede ser demandado indirectamente?¹⁰

A. La Inmunidad de jurisdicción del Estado en materia penal y civil

En el ámbito de la jurisdicción del Estado, en ‘materia penal’, se tienen los juicios penales los cuales denotan de por sí una relación vertical entre la parte que ejerce su jurisdicción sobre un acto criminal cometido y la parte sujeta a ese control o proceso penal. Tal como es sabido, la finalidad de un proceso penal es ejercer la jurisdicción para determinar a un culpable e imponer una penalidad, por lo que de primera mano se puede decir que la inmunidad penal del Estado es absoluta puesto que no existiría nadie sobre este para determinar e imponer tales sanciones. Por tanto, la aplicación de una medida de un Estado sobre otro Estado por la comisión de actos criminales podría ser considerada como un acto hostil y de superioridad; por ello no existe una normativa que permita la remoción de la inmunidad del Estado por asuntos penales. Cualquier acción llevada en contra de un Estado por otro Estado iría en contra del principio *par in parem non habet imperium*.

En cuanto a la ‘jurisdicción civil’, la inmunidad del Estado era necesaria por la creciente competencia entre los Estados, todo esto como consecuencia del ejercicio de sus poderes y capacidades soberanas. No obstante, ello evidenció la

¹⁰ Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, cit., p. 306-307.

inconveniencia de que un Estado ejerciera su jurisdicción sobre los actos de otro Estado llevados a cabo en el ejercicio de su soberanía. En sus orígenes, durante los siglos XVIII y XIX, los Estados trataban de mantenerse alejados de los actos de negocios con particulares, así que los límites entre los actos realizados por el Estado y por los ciudadanos privados estaban delimitados. No obstante, los Estados, poco a poco, comenzaron a involucrarse en actos de comercio que fueron desembocando en una conexión muy cercana entre los negocios de los particulares y de los Estados. Por esta razón, los Estados comenzaron a desarrollar formas de asegurar que las agencias gubernamentales de comercio y los ciudadanos estuvieran en un mismo terreno. Al respecto, se fue imponiendo una doctrina restrictiva de la inmunidad de jurisdicción, de acuerdo con la cual, en el contexto civil, había que determinar quiénes realizaban los actos y si los mismos tenían un carácter público (*jure imperii*) o privado (*jure gestionis*). Cada uno de los actos tenían consecuencias; *inter alia*, los actos de *Jure imperii* gozaban de inmunidad, mientras que aquellos denominados como *jure gestionis* no gozaban de la misma¹¹.

En este sentido, el primer antecedente en la materia fue el caso de *The Schooner Exchange v McFaddon and others*, el cual fue llevado a cabo en los Estados Unidos. En este caso se decidió que la única excepción permitida a la inmunidad que goza un Estado, para ser llevado a otra jurisdicción, es que ese mismo Estado haya consentido en dicha acción. El caso *Schooner Exchange* podría haber expresado la inmunidad de jurisdicción absoluta de un Estado, dentro de su territorio, siendo la naturaleza de este tipo de inmunidad establecida en la práctica de los Estados¹².

A la par, durante el siglo XIX, a pesar del surgimiento del concepto de inmunidad del Estado, no se dejó de lado el concepto de inmunidad personal como una extensión de la primera; por lo tanto, se indicaba igualmente que el representante del Estado tenía total inmunidad tanto en el fuero civil como en el penal.

Como consecuencia de la inmunidad del Estado devienen la inmunidad de los ‘jefes de Estado’ y la ‘inmunidad diplomática’. A continuación, pasaremos a ver cada una de ellas.

11 Herencia Carrasco, Salvador Martín, *La Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina*, cit. p. 97.

12 Ver los casos de *Parlement Belge* (1880), *Porto Alexandre* (1920), *Cristina* (1938), estos casos demuestran la práctica temprana de la doctrina de la inmunidad absoluta del Estado y su posterior evolución a la doctrina de la inmunidad restrictiva de los Estados.

A. La inmunidad del jefe de Estado, Jefe de Gobierno

Este tipo de inmunidad aplica como una excepción a la adjudicación o aplicación directa de la jurisdicción de un Estado, por que no implica una ausencia de responsabilidad legal sino una ausencia de jurisdicción, esto es debido a que el ejercicio de la jurisdicción de un Estado sobre otro sería el ejercicio de su poder y violaría el principio de *par in parem non habet imperium*, ello como una natural consecuencia de la inmunidad otorgada a los Estados. La inmunidad no pertenece a los individuos, sino que esta es extendida a los jefes de Estado porque son los representantes ‘por excelencia del Estado’; por tanto, la inmunidad de ese jefe de Estado sólo puede ser renunciada por su propio Estado. Se tiene así que el absolutismo tradicional de la soberanía de la persona encuentra su par en la representación de la inmunidad del jefe de Estado¹³.

En relación a la inmunidad del jefe de Estado, se han discutido dos teorías, a saber: 1) La teoría de la inmunidad absoluta del jefe de Estado y 2) la teoría de la inmunidad restrictiva.

a. Teoría de la inmunidad absoluta del jefe de Estado

De acuerdo a esta, el jefe de Estado goza de una inmunidad absoluta y es el resultado de la práctica de la costumbre internacional, la cual ha establecido que los jefes de Estado son inmunes, inclusive por los actos privados llevados a cabo por ellos. Un ejemplo de esta teoría son los casos de *Tachiona v Mugabe*, en los cuales varias víctimas alegaron actos de tortura, así como otros actos de terror cometidos por el presidente Robert Mugabe. La corte desechó la acción y alegó la inmunidad de Mugabe, la cual se extendía inclusive a sus actos privados. De acuerdo a esta teoría, incluso en el marco de crímenes internacionales, los jefes de Estado son absolutamente inmunes ante las cortes de otros Estados. Otro ejemplo es el caso de *Gaddafi*, quién fuese juzgado en ausencia por la Corte Especial de París. No obstante, posteriormente, la Corte de Casación de esa ciudad, alegó la supremacía de la costumbre internacional para revocar la decisión anterior. Otro antecedente, se pueden encontrar en la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la cual también sostuvo la inmunidad absoluta en el caso de los representantes del Estado en el caso *Djibouti v Francia*.¹⁴

13 Se pueden encontrar diferentes casos a nivel jurisprudencial, por ejemplo, De Haber v Queen of Portugal, King of Hanover v Duke of Brunswick *Chung Chi Cheung v The King, ExKing Farouk of Egypt v Christian Dior, S.A.R.L, Lafontant v Aristide, Estate of Domingo v Republic of Phillipines, Tachiona v Mugabe.*

14 Ndiadiwaka, Udoka, *Head of State Immunity in International Law*, Trabajo de Tesis Doctoral. London School of Economics, Londres, 2011, p, 44.

Se ha indicado que en el marco de esta teoría, encontramos la inmunidad *ratione personae*, la cual asegura la absoluta inviolabilidad del Jefe de Estado. Esa inmunidad se extiende a los crímenes cometidos mientras están en funciones e incluso antes de asumir el poder. Cabe destacar que este tipo de inviolabilidad deviene del Derecho diplomático aplicado a los Jefes de Estados, con lo cual esta inmunidad está unida al funcionario en virtud de las funciones emprendidas. La naturaleza de este tipo de inmunidad es procedimental porque garantiza la total inviolabilidad del funcionario a través de la excepción de jurisdicción del Estado. Este tipo de inmunidad ha sido extendida a los Ministros de Exteriores, Defensa e Interiores.

La inmunidad *ratione personae* podría ser dividida en dos partes, la primera para asegurar la inviolabilidad del Jefe de Estado y de altos funcionarios como el Ministro de Relaciones Exteriores, cuando estos se encuentran en el extranjero indistintamente del motivo de su visita y la segunda, menos exhaustiva para funcionarios de Estado de rango menor que deban llevar a cabo relaciones internacionales o que se encuentren en el extranjero para promover las relaciones internacionales. La inmunidad en razón de la persona es absoluta durante el ejercicio de sus funciones por lo que un Estado no puede tener jurisdicción sobre uno de estos representantes, la situación cambia en relación a los tribunales internacionales¹⁵.

b. Teoría restrictiva de la inmunidad del Jefe de Estado

De acuerdo a otros, el Derecho Internacional distingue la inmunidad dependiendo de si el funcionario está o no está en funciones. La inmunidad de los antiguos Jefes de Estado sólo se extiende a los actos oficiales celebrados o actos desarrollados en virtud de su capacidad soberana, los cuales son atribuidos al Estado. Por lo tanto, los líderes son vulnerables a ser procesados por casos de responsabilidad, esto es debido a que a pesar de todos los privilegios obtenidos, incluso después de cumplidas sus funciones, ellos vuelven a ser ciudadanos privados por lo que no habría razón para no llevar a cabo un juicio en contra de ellos.

En el contexto de esta teoría se hace mayor énfasis en la *inmunidad ratione materiae*, de acuerdo con la cual, la inmunidad de los exjefes de Estado está restringida únicamente a los actos llevados a cabo en ejercicio de sus funciones. La inmunidad funcional o *ratione materiae* es de naturaleza substantiva, debido a que la misma no va unida a la persona sino a los actos realizados, por lo que

15 Ndiawaka, Udoka, *Head of State Immunity in International Law*, cit., p 45.

no concluye cuando el funcionario cesa en sus funciones. Se ha indicado que en cuanto a su aplicación a los sujetos, la misma es más extensiva que la inmunidad *ratione personae* debido a que abarca un período más largo de tiempo y es aplicada a una categoría más amplia de funcionarios¹⁶.

c. La inmunidad de los diplomáticos

Por otra parte, aunque no forma parte de nuestro tema de investigación a profundidad, se tiene la ‘inmunidad de los diplomáticos’, la cual también es una extensión de la inmunidad de los Estados en virtud de que son aquellos quienes representan y ejercen funciones encomendadas de manera extraterritorial. Los principios que rigen la inmunidad diplomática se encuentran entre las normas más antiguas del Derecho Internacional y normativas nacionales. En el marco del Derecho Internacional, la máxima norma puede ser encontrada en la *Convención de Viena de 1916 sobre Relaciones Diplomáticas*¹⁷.

De acuerdo con el autor Denza, la inmunidad de los diplomáticos fue establecida a finales del siglo XVI como una norma de Derecho Consuetudinario Internacional¹⁸. Se indicó que la norma más antigua sobre esta materia data del año 1651 y estaba contemplada en la legislación de Holanda, donde se acordó que era un delito ofender, dañar o injuriar:

“Por palabra, actos o maneras, a los embajadores, residentes, agentes, u otros ministros de los reyes, príncipes, repúblicas u otros teniendo la cualidad de ministro público; o hacerles actos de injuria o insulto directamente o indirectamente; en cualquier forma o manera, en sus propias personas, en sus caballeros, sus sirvientes domésticos, en sus casas, en sus coches, etc., bajo pena de ser penado corporalmente como violador de las leyes de las naciones y perturbador de la paz pública”.

Se tiene así que la *Convención sobre Misiones Especiales de la ONU* de 1980 establecía en su artículo 31 (1), la inmunidad absoluta de los jefes de Estado y de sus embajadores.¹⁹ No obstante, se indicaba ya para esa fecha que a pesar de que

16 Ndidiawaka, Udoka, *Head of State Immunity in International Law*, cit., p. 52.

17 Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, pp. 387-389.

18 Denza, E. *Diplomatic Law. A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 229.

19 Convención sobre Misiones Especiales de la ONU, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de diciembre de 1969 junto a un Protocolo Facultativo sobre la solución obligatoria de controversias y una resolución relativa a los litigios en materia civil. La Convención entró en vigor el 21 de junio de 1985. Al redactarse este documento (abril de 2012), tenía 38 Estados partes. “Artículo 31.1 Los

la misma regía para las jurisdicciones locales, la inmunidad se debía calificar en relación con los crímenes de guerra²⁰.

En la actualidad es la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* la que establece en su artículo 29 la inmunidad de los agentes diplomáticos, en los siguientes términos:

“La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”.

Igualmente, de acuerdo con la *Convención*, la misma protege a los diplomáticos o representantes de los Estados de las acciones penales que se pudiesen ejercer contra ellos. Del estudio de esta norma y de la tradición consuetudinaria del Derecho Internacional, se puede determinar que para los Presidentes o diplomáticos hay dos tipos de inmunidades: *ratione personae* y *ratione materiae*²¹. La inmunidad *ratione personae* se refiere al individuo y la *ratione materiae* a los actos que este realiza en función del cargo. La inmunidad *ratione personae* también se entiende como inmunidades personales debido a que las mismas van unidas a quien las posee (la misma también es extendida a los jefes de Estado, jefes de misiones, etc.) para facilitar el desarrollo de sus funciones dentro del territorio de otro Estado (*ne impediatur legatio*). Este tipo de inmunidad abarca todos los actos desarrollados por el representante del Estado, sean ejecutados o no antes o durante la asunción de sus funciones oficiales dentro o fuera del territorio extranjero al que fue asignado. Por su parte, la inmunidad *ratione materiae*, también conocida como *inmunidad funcional*, abarca todas las actividades llevadas a cabo también por los jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministros de Relaciones Exteriores y Diplomáticos, en el ejercicio de sus funciones, sin importar si las mismas han sido desechadas. Además, este tipo de inmunidad es oponible a todo Estado extranjero y tiene un efecto *erga omnes* porque se entiende que dichas acciones no se realizaron en el ámbito privado de la persona sino que se ejercieron en nombre del Estado y son atribuibles al Estado por lo que no se puede tener como culpable al individuo de ello²². Al respecto, en el caso de Pinochet, Lord Millet realizó la

representantes del Estado que envían funcionarios en la misión especial y los miembros del personal diplomático de esta gozarán de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor”.

20 Watts, Arthur, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, Recueil des Cours, n° 247, La Haya-Holanda. 1994, p 9-1306.

21 Simbeye, Yitiha, Simbeye, Yitiha, *Immunity and International Criminal Law*, cit., p. 109.

22 Gaeta, Paola, “Official Capacity and Immunities” en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volumen 1, Oxford, 2002, pp. 975-976.

distinción entre la inmunidad individual como *ratione personae* y la inmunidad de Estado para la jurisdicción civil *ratione materiae*.

De acuerdo con el autor Barker parte del análisis, desarrollado durante el caso de Pinochet, retrata un malentendido fundamental en la distinción entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*. Barker sostiene, correctamente, que la inmunidad *ratione materiae* de un diplomático o jefe de Estado es en realidad la inmunidad del Estado y que el Estado no puede poseer inmunidad *ratione personae*. Igualmente, ha recalcado que la inmunidad *ratione materiae* es relativa a los actos de los Estados, por lo que, la conducta que es atribuible directamente a las acciones del Estado es considerado un acto de Estado²³.

A. Sobre la distinción entre la inmunidad funcional y la inmunidad personal

El reconocido profesor Antonio Cassese indica que la división entre los diferentes tipos de inmunidad es importante a los efectos del Derecho Penal Internacional toda vez que la distinción inmunidad funcional (*ratione materiae* u orgánica) e inmunidad personal (*ratione personae*) yace en el Derecho Internacional. A su vez señala que siempre se debería distinguir entre estas inmunidades, en especial por las excepciones en el Derecho Local²⁴. La primera de ellas se otorga en el entendido de que los Estados deben respetar la organización interna de los otros Estados, y por lo tanto, no se puede interferir en la estructura que establece dicho Estado para su representación. La segunda categoría establece que cualquier tipo de acto realizado por el jefe de Estado o Gobierno, diplomáticos o altos representantes, debe ser inmune de procedimientos civiles o penales en las jurisdicciones de otros países.

Asimismo, recalca que esta distinción se realiza en la literatura legal internacional y está basada en la práctica consuetudinaria de los Estados²⁵. La distinción es relevante para la primera clase de inmunidad (*ratione materiae*-funcional) porque: 1) es relativa al Derecho sustantivo y a su vez es una defensa sustantiva; 2) abarca a los oficiales *de jure* o *de facto* que sean agentes del Estado; 3) no cesa al final de la función, y 4) es una norma *erga omnes* que se puede invocar hacia cualquier otro Estado. En contraste, el segundo tipo de inmunidad (*ratione personae*)

23 Barker, *Immunity Ratione Personae and Jus Cogens Norms- Approach with Caution*, Conference Paper ILA (British Branch), Spring Conference, Abril 2002, p 4.

24 Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 265.

25 Ibidem, p 266.

es aquella que se basa en la costumbre internacional y en un grupo de Tratados que conceden inmunidades personales (*personal immunities* o *ratione personae*) a ciertas personas por las funciones que desempeñan²⁶. Entre sus características se puede encontrar que es: 1) relativa al derecho procesal que mantiene a los oficiales de Estado inmunes a la jurisdicción civil y penal; 2) abarca los actos oficiales y privados llevados a cabo por el representante mientras esté en el cargo, así como los actos privados y oficiales desarrollados antes de tomar posesión del cargo (en otras palabras, asegura una total inviolabilidad); 3) está consagrada a proteger ciertas categorías de representantes de Estado, Gobierno, ministros de exteriores, etc., y 4) finaliza luego de culminadas las funciones oficiales del agente de Estado, podría no ser *erga omnes*²⁷.

La distinción entre los tipos de inmunidad nos permite indicar que ambas coexisten pero que de una u otra forma chocan entre ellas, siempre y cuando el oficial de Estado, quien podría invocar la inmunidad diplomática, esté en funciones. No obstante, mientras el funcionario está dejando sus funciones oficiales siempre mantendrá su inmunidad personal.

Por otra parte, el autor Dinstein discute que ambas inmunidades *ratione materiae* y *personae* son excepciones de los procesos locales aplicables a los diplomáticos o representantes de los Estados. La inmunidad *ratione personae* previene que las autoridades o poder judicial local apliquen leyes locales (criminales o civiles) a los individuos protegidos internacionalmente. La inmunidad *ratione materiae* previene que las autoridades locales adjudiquen casos basados en la no justiciabilidad de casos sensitivos internacionalmente. Asimismo, con la inmunidad *ratione materiae*, los particulares no necesitan aparecer en las cortes²⁸.

La inmunidad *ratione personae* abarca todo lo relativo a la persona mientras ejerza el cargo; por lo tanto, no se realiza una distinción entre lo que el funcionario hace como parte de sus actividades oficiales y lo que hace en su esfera privada. Del mismo modo, se ha discutido en qué escenarios se debe reconocer tal inmunidad, esto en el supuesto de que han existido cambios ilegítimos de gobierno, toda vez

26 Estupinñan Silva, Rosmerlin, "Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, México D.F., pp. 133-173.

27 En el caso de agentes diplomáticos esto es solo aplicable con relación a los actos desarrollados entre el envío y recibimiento del estado receptor así como el tercer estado por donde transite para llegar a su destino final, lo que en definitiva se conoce como *jus transitus innoxii*

28 Dinstein, Y., *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, en *International & Comparative Law Quarterly* N° 76, 1966, p. 81.

que el jefe de Estado, como representante de la nación o jefe de Gobierno, está sujeto a la doctrina del reconocimiento como instrumentos del gobierno²⁹.

La distinción es importante toda vez que en el caso *Eichmann*, en el Estado de Israel, el acusado elevó a la discusión que los actos cometidos durante la II Guerra Mundial eran ‘actos del Estado’. Por lo tanto, la Corte usó una terminología, que podría ser malentendida, y en esencia tomó el correcto acercamiento indicando que los agentes de Estado, actuando en su capacidad como oficiales, no podían ser inmunes de responsabilidades penales si ellos cometían crímenes internacionales (párrafos 309-12)³⁰.

Algunos podrían indicar que la normativa sólo aplica a militares pero igualmente sería una limitante sostener dicha afirmación. Por esta razón, es notable que la Corte Suprema de Israel, en el caso *Eichmann* (y más recientemente las Salas del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia), asumiera la posición de que la investidura de la persona no sería un eximente de responsabilidad. Al respecto, dicho basamento tiene sus raíces en el artículo 7 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, que establecía:

“La posición oficial de los acusados, ya sea como Jefes de Estado o funcionarios de dependencias gubernamentales, no será considerada como eximente de responsabilidad o atenuante de la pena”

Del mismo modo, el artículo 7 de la Carta del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TIPY) refleja similar normativa, siendo esto “el reflejo de una norma de derecho consuetudinario internacional”. Tal afirmación ha sido mantenida por el TPIY en los casos de *Karadzic* y otros (parágrafo 24); *Furundzija* (parágrafo 140) y *Slobodan Milosevic* (decisión preliminar).

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión relativa a *Las Reservas a la Convención del Genocidio*,³¹ sostuvo que “*los principios subrayados en la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin que medie una obligación convencional*”. Entre estos principios se puede incluir el establecido en el Artículo IV de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el cual especifica:

29 Idem.

30 District Court of Jerusalem. Attorney General v. Adolf Eichmann, Caso n° 40/61. 11 de diciembre de 1961. Israel. Disponible en: http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf [Consulta: 30.6.2015].

31 Corte Internacional de Justicia (CIJ). *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*. Opinión Consultiva, La Haya, 1951. Se puede revisar además el caso *Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro*. Caso 91, 26 de febrero de 2007.

“Artículo IV.

Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”

En el caso del general Noriega de Panamá,³² -quien anuló las elecciones celebradas en el año 1989 y tomó el control del país como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, logrando ser el mandatario *de facto* de Panamá-, el gobierno de los Estados Unidos se rehusó aceptar el nuevo gobierno panameño y al supuesto nuevo representante, reconociendo a Guillermo Endara³³ como el legítimo ganador de las elecciones en Panamá y como su antecesor al presidente Eric Delvalle³⁴. La negativa de los Estados Unidos al reconocimiento de Noriega como Presidente de Panamá trajo como consecuencia desconocerle su supuesta inmunidad *ratione personae* en las cortes locales de los Estados Unidos. Noriega fue arrestado bajo el cargo de tráfico de drogas, las cuales tenían como destino final territorio estadounidense. Luego de la invasión de Estados Unidos, Noriega fue transferido forzosamente a dicho país para ser juzgado. La Corte de Distrito de los Estados Unidos indicó en el caso *U.S. vs. Noriega* que:

“(..) para hacer valer el estado de inmunidad, un funcionario de gobierno debe ser reconocido primero como un Jefe de Estado. Noriega nunca ha sido reconocido como Presidente de Panamá, ni siquiera bajo la Constitución de Panamá o por los Estados Unidos (...)”³⁵

De acuerdo con este criterio, el gobierno de los Estados Unidos nunca reconoció a Noriega como presidente porque no gozaba legítimamente de esa condición, como sí reconoció a Delvalle.

Si bien es cierto que para otorgar la inmunidad el jefe de Estado o representante debe estar en funciones y gozar del reconocimiento internacional de su investidura, también es cierto que en el año 1980, la Corte Internacional de

32 The United States of America V Manuel Antonio Noriega. Sentencia United States District Judge. Caso n° 88-70-CR. 1990. parágrafos n° 1373 – 1374. Disponible en: <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-noriega-case-study.html>

33 Guillermo Endara fue reconocido como ganador por observadores internacionales liderados por el ex presidente Jimmy Carter and y un grupo de observadores enviados por el ex presidente George H.W. Bush. Ver: Chicago Tribune, Rowley Storer. “Fraud Charges Mar Big Panama Vote”, Artículo de fecha 08 de mayo de 1989, Disponible en: http://articles.chicagotribune.com/1989-05-08/news/8904100898_1_guillermo-endara-opposition-candidate-carlos-duque

34 Eric Arturo Delvalle asumió la presidencia desde el 28 de septiembre de 1985 al sustituir al presidente Nicolás Ardito Barletta hasta el 26 de febrero de 1988 al ser destituido.

35 *The United States of America V Manuel Antonio Noriega*, parágrafo n° 1519.

Justicia sostuvo en el caso *Estados Unidos vs. Irán*,³⁶ que la inviolabilidad de los funcionarios del Estado debe ser respetada incluso durante los conflictos armados o en el caso de la ruptura de relaciones diplomáticas. Asimismo, reconoció que un diplomático capturado en el acto de cometer un asalto u otro delito puede ser brevemente detenido por la policía del Estado receptor con el fin de prevenir la comisión de un delito. No obstante, la comunidad internacional ha dejado claro que la detención de un diplomático por un largo tiempo es una violación directa del derecho internacional.

Así, la Corte Internacional de Justicia sentenció a Irán porque permitió la prisión de diplomáticos norteamericanos por parte de estudiantes militantes en el año 1980. De igual forma, la Corte interpretó que la inacción del gobierno iraní fue una clara violación del artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Por lo tanto, la inmunidad tiene que ser absoluta inclusive durante tiempos de conmoción.

En el supuesto de los jefes de Estado que han dejado sus cargos, Lord Bingham llegó a indicar, en la Corte de División, con relación al caso Pinochet que:

“un ex jefe de Estado tiene claramente el derecho de inmunidad en relación a los actos delictivos cometidos en el curso del ejercicio de funciones públicas. Por consiguiente, uno no puede sostener que cualquier desviación de la práctica democrática es buena fuera de los límites de la inmunidad. Si el antiguo soberano es inmune al proceso con respecto a algunos delitos, ¿dónde uno puede dibujar la línea?”³⁷

Se ha sugerido que la línea se puede dibujar con relación a los crímenes internacionales, haciendo diferencia entre las palabras Estado y Jefe de Estado. Por lo cual, entonces, es posible decir que los crímenes internacionales no pueden ser atribuidos a los Estados porque el individuo es el que puede ser imputado. Hay que recordar que durante los juicios de Núremberg y en el caso Eichmann se negó totalmente la idea de que los crímenes internacionales pueden ser cometidos por un Estado.

Por su parte, el Juez Vadermeersch, en el caso de Pinochet (Bélgica), sostuvo que la inmunidad de un jefe de Estado parecía no aplicar a los crímenes contra la humanidad; sin embargo, no aclaró a cuál inmunidad hacía referencia. Lord Browne-Wilkinson, en el caso de Pinochet, se preguntó: ¿cómo puede un acto

36 Corte Internacional de Justicia, caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos v Irán). 24 de mayo de 1980.

37 Simbeye, Yitih, *Immunity and International Criminal Law*, cit., p. 127.

oficial servir a los fines del derecho internacional para hacer algo que al mismo tiempo el derecho internacional tipifica y criminaliza.³⁸

La Corte Suprema francesa sostuvo en el caso de Gadafi, en el año 2001, que el Jefe de Estado libio era inmune judicialmente para acudir a una Corte de carácter local por la imputación de cargos que incluían asesinato y destrucción de una aeronave; aunque la Corte sí indicó que la comisión de estos delitos constituirían crímenes internacionales. Igualmente, la Corte tácitamente reconoció que existen ciertos tipos de crímenes en los cuales un jefe de Estado en funciones no gozaría de inmunidad, asumiendo a su vez que el crimen de terrorismo es uno de aquellos por los que se puede excluir la inmunidad a un jefe que se encuentre en funciones.³⁹

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia sostuvo, en el caso *República Democrática del Congo vs. Bélgica*,⁴⁰ comúnmente conocido como *Caso Yerodia*, en el año 2002, que un ministro extranjero era inmune de arresto mientras estuviera en funciones. Bélgica había emitido una orden de arresto en contra el ministro de Relaciones Exteriores del Congo por la supuesta comisión de serias violaciones al Derecho Humanitario Internacional. La Corte indicó que Bélgica falló en respetar la inmunidad del funcionario en cuanto a hacerlo asistir a una Corte Penal de Bélgica y la inviolabilidad del cargo que ostentaba. Por lo tanto, la inmunidad *ratione personae* que goza un ministro de Relaciones Exteriores en suelo extranjero no se puede dejar de lado para que una Corte local lo pueda juzgar e imputarle así la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Del mismo modo, la Corte examinó la Carta de Núremberg y los Estatutos de los Tribunales Penales para la exYugoslavia y Ruanda y no encontró establecidos en los mismos que una Corte local pudiera enjuiciar a un representante de un Estado foráneo, siendo todo esto una consecuencia de la práctica reiterada de los Estados a través de la ‘costumbre internacional’.

Asimismo, indicó que el estatus temporal de la inmunidad personal no implicaba *per se* la inmunidad con relación a serios crímenes, toda vez que, primero, la persona podía ser juzgada en su propio país; segundo, si el país le retiraba la inmunidad; tercero, los mismos podrían ser enjuiciados por la comisión de

38 Simbeye, Yitih, *Immunity and International Criminal Law*, cit., p. 128.

39 Zappala, “Do Heads of States in Office Enjoy Immunity from the Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, en *European Journal of International Law* N° 12, 2001, p. 595.

40 Corte Internacional de Justicia, *República Democrática del Congo v Bélgica*, (Orden de Arresto), 11 de abril de 2000.

crímenes realizados desde la esfera privada, una vez que los mismos terminarían sus funciones; cuarto, los mismos podían ser enjuiciados en Cortes Penales Internacionales siempre que las mismas tuvieran jurisdicción. No obstante, en opinión del autor Cryer, el mismo fallo contiene elementos cuestionables, pues refleja un balance entre los valores legítimos internacionales; entre ellos: a) la extensión de la inmunidad personal a un número indeterminado de ministros y b) la omisión de que el principio de inmunidad funcional no excluye a los crímenes atroces⁴¹.

Sin embargo, un año antes a dicha sentencia el Reino Unido se había dictado la *Ley de la Corte Penal Internacional*, la cual permite la captura y entrega a la CPI de personas que sean nacionales de los Estados partes de la Corte, así estas gozan de inmunidad, lo cual favorece el trabajo de la Corte Penal. No obstante, si la Corte Internacional previno que Bélgica implementara la orden de captura ¿cómo esta sentencia podría haber afectado al Reino Unido en el ejercicio de su Ley en suelo nacional? Podría concluirse *a priori* que la llamada jurisdicción universal de persecución de crímenes internacionales tendría serias barreras para desarrollarse, entre ellas la citada inmunidad de la que gozarían los representantes del Estado.

Por otro lado, la Comisión de Derecho Internacional ha tenido una opinión diferente, al indicar de forma contundente que: “*the absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence*”. Dicha argumentación ha tomado fuerza considerando que: “*it would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility*”⁴².

Parece que los tribunales penales internacionales aún están agobiados por las doctrinas de la soberanía e inmunidades, puesto que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso del croata Blaškić, sostuvo que no tenía el poder para ordenar una *subpena* contra un oficial del Estado porque estos eran inmunes a jurisdicciones extranjeras con relación a los actos oficiales que realizan. Para llegar a esta decisión, la Sala se basó, entre otras cosas, en el supuesto de que los Estados tienen el derecho de reclamar a los gobiernos extranjeros la inmunidad

41 Cryer, Robert, *et al*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 435-437.

42 Gaeta, Paola, “Official Capacity and Immunities”, *cit.*, p 985.

para sus funcionarios, lo que debe tenerse en cuenta y ser respetado tanto por las organizaciones internacionales como por los tribunales internacionales⁴³.

La Sala de Apelación prestó especial atención al hecho de que los Estados, en lugar de individuos, han sido los objetivos principales cuando las organizaciones internacionales y los tribunales han hecho recomendaciones, promulgando decisiones, órdenes judiciales o solicitudes. Igualmente, la Sala de Apelación estimó que cuando el Fiscal solicitó la asistencia de un funcionario del Estado en particular, dicho funcionario no estaba obligado internacionalmente a proporcionar asistencia, mientras que el Estado sí poseía la obligación de hacerlo⁴⁴.

No obstante, este punto de vista es contrario al espíritu del Derecho Internacional penal toda vez que los tribunales *ad hoc* fueron establecidos para juzgar a los particulares responsables de cometer los crímenes especificados en sus respectivos estatutos y más aún, recientemente, la CPI.

1. La inmunidad y las jurisdicciones nacionales

Los oficiales de Estado, además de contar con las inmunidades en el Derecho Internacional, también gozan de inmunidades en sus jurisdicciones locales otorgadas por las Leyes internas del Estado; entre estos se tiene a los jefes de Estado y de Gobierno, miembros del Gabinete y parlamentarios. En estos casos hablaríamos de inmunidad *ratione materiae*, relacionada con la actividad realizada en el ejercicio de sus funciones, la cual continúa inclusive cuando se renuncia al cargo. Se ha indicado que las inmunidades nacionales no tienen mayor importancia en el fuero internacional puesto que están regidas por el Derecho Interno;⁴⁵ no obstante, dicha afirmación puede presentar matices que se verán a continuación. Igualmente, se puede encontrar la inmunidad *ratione personae*, que hace al titular exento de las cortes de las jurisdicciones nacionales mientras posea su posición oficial.

En este sentido, es oportuno indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha marcado un camino a seguir en la región, puesto que ha manifestado que “ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables

43 TPIY, Prosecutor V Tihomir Blaškić, caso nº IT-95-14-T, Apelación, julio 2004. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/040730_Blaki_summary_en.pdf

44 Simbeye, Yitiha, *Immunity and International Criminal Law*, cit., cit., p 90.

45 Estupinñan Silva, Rosmerlin, “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”, cit., p 157.

de violaciones de derechos humanos. Un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes⁴⁶. Otro de los antecedentes en esta materia se pueden encontrar en el documento ‘Promoción y protección de los Derechos Humanos, impunidad’ emanado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, donde se indicó que “la inmunidad oficial *ratione materiae* no puede abarcar conductas condenadas como delitos graves por el derecho internacional”.⁴⁷

En tal sentido, el artículo 27 del Estatuto de Roma maneja todos estos tipos de inmunidades. Así, el numeral (1) indica que la jerarquía de los oficiales no será razón para no establecer la responsabilidad penal y estos no se pueden considerar *per se* como un grupo al que se le pueda mitigar su responsabilidad, al indicar que “será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”. El mencionado numeral se refiere a la inmunidad *ratione materiae* sin importar si la misma es en el marco nacional o internacional.

Finalmente, el numeral (2) se relaciona con la inmunidad *ratione personae*, la cual indica que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleven el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. Se ha señalado que este tipo de inmunidad protege a los funcionarios de ser acusados incluso de crímenes internacionales en jurisdicciones extranjeras⁴⁸. Por otra parte, cabe destacar que dicha norma debe ser leída junto con el artículo 98 (1) del Estatuto. Dicho esto, discutiremos con mayor cuidado estas figuras.

46 Corte I.D.H, *Caso Almonacid Arellano y otros*, sentencia 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154, párrafo 166.

47 ONU. Promoción y protección de los Derechos Humanos, impunidad’ (Informe de Diane Orentlicher) n° E/CN.4/2005/102. Comisión de Derechos Humanos. 2005. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>

48 Dapo, Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, e n *American Journal of International Law*, n° 11, año 2004, pp. 407-409.

II. El concepto de inmunidad y su establecimiento en el estatuto de Roma

1. La inmunidad y la Corte Penal Internacional

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido el único Tratado Internacional que ha establecido claramente la exclusión de la inmunidad como una excepción a un posible juicio, proclamando la responsabilidad sin límite por motivo del cargo oficial que pudiese ocupar el eventual criminal y deja sin efecto las inmunidades o inviolabilidades que se pudiesen alegar, tanto en el derecho nacional como en el internacional⁴⁹. Así, el artículo 27 establece:

“1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una *persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá* per se motivo para reducir la pena.

2. *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*” (destacado nuestro).

El artículo es lo bastante claro puesto que indica visiblemente que ninguna de estas excepciones pueden ser invocadas ni a nivel nacional ni internacional, por lo que no son oponibles a la Corte. Se ha señalado que el artículo tiene dos percepciones: una de ellas, sustantiva ya que impide la valoración del cargo oficial como eximente o atenuante de la responsabilidad penal (condiciones de punibilidad) y una segunda, de carácter procesal, debido a que indica que no se podrán invocar normas y procedimientos especiales, en concordancia con el Derecho nacional e internacional, para que la Corte pueda pronunciarse en el caso. Por tanto, dicho artículo, de primera mano, crea una serie de problemas, a saber, problemas de compatibilidad con normas de rango constitucional que reconocen dichas prerrogativas a determinadas personas⁵⁰. De esta forma, se debe valorar el alcance de conceptos tales como irresponsabilidad, inviolabilidad, inmunidad, requisitos para juzgar determinados delitos. De acuerdo con Arzola, existe un primer grupo en el que se tendrían las prerrogativas o privilegios de carácter formal establecidos en las Constituciones para determinadas personas. Se ha indicado en tal sentido

49 Andrés Domínguez, Ana Cristina, *Derecho Penal Internacional*, Tirant Monografías, Valencia, 2006, p. 142.

50 Arzola, Alejandro, *Derecho Supranacional Humanitario y Penal: La Nueva Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)*, Ed. Alejandro Arzola, Caracas, 2002, p. 350.

que tal aforismo solo indica una atribución de la potestad jurisdiccional respecto de dichas personas, pero no constituyen en sí mismos un impedimento absoluto para juzgarlos. Otro caso a ser discutido, dentro de esta esfera, es el del segundo grupo, los parlamentarios, quienes gozan de inmunidades, pero al permitir el levantamiento de las mismas, en opinión de Arzola, no cabría un mayor conflicto con el Estatuto de Roma⁵¹.

De acuerdo con el autor Schabas, el artículo 27 ha sido objeto de confusiones al momento de su interpretación, a pesar de que el mismo, bajo sus dos párrafos, está diseñado para distintas situaciones. Se tiene así que el párrafo 1 tiene como su fuente la *Carta de Núremberg*, la *Convención de Genocidio* y los *Estatutos de los tribunales ad hoc*, así mismo este párrafo niega el uso de la ‘capacidad oficial’ como una defensa.

El párrafo segundo está relacionado con una eventual renuncia de un Estado parte al Estatuto de Roma, en cuanto a la inmunidad de sus propios jefes de Estado a quienes ellos mismos están obligados en virtud del derecho consuetudinario del derecho internacional. A diferencia del primer párrafo, no existen antecedentes en los instrumentos internacionales pertinentes a la materia que indiquen la existencia previa de un artículo similar a este párrafo⁵².

Como antecedente del artículo 27 se puede citar el borrador de *Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional*, que no tenía en su normativa ninguna provisión parecida a la del *Estatuto de Roma*, aunque desde 1954 los borradores del *Código de Crímenes en contra la Paz y la Seguridad de los Seres Humanos* contenían una normativa que negaba el uso del argumento de la ‘capacidad’ como defensa. De hecho, el primer borrador preparado por el Comisionado Doudou Thiam, tenía un párrafo que trataba específicamente el tema de las quejas ante la Corte e indicaba: “*It shall be immaterial whether the person against whom a complaint is directed acted as a private individual or in an official capacity*”.

Lo que posteriormente se denominó *irrelevancia de la posición oficial* surgió de los comités *ad hoc* realizados para discutir los principios generales del derecho penal.

51 Arzola, Alejandro, *Derecho Supranacional Humanitario y Penal: La Nueva Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)*, cit., p 352.

52 Schabas, William, *The International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 446.

2. La capacidad oficial como defensa (art. 27.1)

La defensa de la capacidad oficial encuentra su justificación en la idea de que los crímenes son cometidos por los Estados y no por individuos específicos, quienes pueden actuar como simple facilitadores de las políticas del gobierno central en vez de ser tenidos como criminales. El primer antecedente de este artículo 27 lo encontramos en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, artículo 7, el cual establecía:

“The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment”.

Esta norma fue analizada en el juicio final del Tribunal, en los siguientes términos:

“It was submitted that international law is concerned with the action of sovereign States, and provides no punishment for individuals, and further, that where the act in question is an act of state, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the State. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected....Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced....The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these facts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings...On the other hand the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the States in authorizing action moves outside its competence under international law”.⁵³

Posteriormente, en el año 1948, en la Convención de Genocidio, el artículo 4 estableció una norma similar a la usada en los Principios de Núremberg y, finalmente, los estatutos de los tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda establecieron en sus artículos 7 (2) y 6 (2), respectivamente, lo mismo.

53 ONU, *Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis* (Acuerdo de Londres) 8 de agosto de 1945, N° 82 U.N.T.S 279, anexo, art. 7. 1951, Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>

Por otra parte, de acuerdo con el autor Schabas, pareciese que parte del primer párrafo del artículo 27 recuerda al artículo 14 del Protocolo de Derechos Civiles y Políticos, al establecer que el Estatuto es “*aplicable por igual a todos sin distinción*”. Aunado a ello, el párrafo niega la excepción de ‘capacidad oficial’ a jefes de Estado o gobierno, miembros del gobierno o del parlamento, representantes electos y oficiales de gobierno. Igualmente, considera que la lista detallada nos puede llevar a un debate en cuanto a las excepciones y categorías excluidas, pero en realidad la misma no es significativa puesto que el artículo prohíbe tal alegato a quienquiera que la invoque. El principio aplica a todos los oficiales incluyendo a los superiores *de facto*. Por lo tanto, debido a los orígenes de la norma *in comento*, la misma no se puede considerar como una defensa incluida en el artículo 31 del Estatuto, por lo que el artículo 27 no define *per se* una defensa sino que más bien la excluye. Bajo este contexto, la norma se ha definido como ‘inmunidad’, aunque en este caso se refiere a la inmunidad otorgada bajo el Derecho Nacional en vez de la inmunidad que existe en el derecho internacional establecida en el artículo 27 (2).

La última sección del artículo 27 (1) maneja la hipótesis de que la capacidad oficial sea utilizada como un factor mitigante en la determinación de la pena: “*en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena*”, siendo lo mismo consistente con lo expresado y establecido en el artículo 6 de la Carta del Tribunal de Tokio⁵⁴. En el caso de los tribunales *ad hoc*, específicamente en el de Ruanda, el cargo oficial del acusado fue un factor agravante en el caso de Kambanda.⁵⁵ En práctica, la ‘capacidad del superior’ suele ser un agravante y no un factor mitigante.

3. Inmunidad de los jefes de Estado, artículo 27(2)

El segundo párrafo existe en virtud del Derecho consuetudinario internacional, el cual protege a los jefes de Estado y se extiende a otros oficiales de alta jerarquía como por ejemplo ministros de Relaciones Exteriores. Una de las afirmaciones más contundentes, en materia de inmunidad, se encuentra establecida en una sentencia del año 2002 de la Corte Internacional de Justicia. En ese caso, se discutió si el artículo 27 (2) -así como los artículos relacionados de los tribunales *ad hoc*- apoyaba la existencia de una norma en el Derecho consuetudinario

54 Base General del Comandante Superior de las Fuerzas Aliadas, *Chapter of the International Military Tribunal for the Far East*, 19 de enero de 1946, enmienda del 26 de abril de 1946. Disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0020.pdf>

55 TPIR. *Prosecutor v Jean Kambanda*, caso N° ICTR-97-23-S, Veredicto y sentencia, 4 de septiembre de 1998, párrafo 44.

aplicable ante las cortes nacionales, pero al final la Corte desechó la sugerencia. En la misma sentencia, la Corte confirmó que tanto el anterior como el actual jefe de Estado podrían estar sujetos a “*ciertas cortes penales internacionales, donde ellas tienen jurisdicción*”, dando como ejemplos de tales cortes a la CPI y a los TPIY y TPIR⁵⁶.

No obstante, se ha indicado que el lenguaje utilizado por la CIJ es muy amplio y que por sus asociaciones del régimen legal bajo el Estatuto de Roma y los tribunales *ad hoc* aplican las mismas normas, pero los estatutos de estos no tienen una norma parecida al párrafo segundo, en tanto que en estos Tribunales no hay inmunidad para los jefes de Estado. Esto se debe al origen de la creación de dichos Tribunales, ya que la inmunidad soberana aplica a las relaciones entre Estados y no es relevante cuando las naciones unidas crean un tribunal internacional. Por su parte, la Corte Especial para Sierra Leona ha generado más confusión en cuanto a este tema, puesto que la Sala de Apelación respondió, a la inmunidad alegada por Charles Taylor, que no existía una norma perentoria contraria al artículo 6 (2) del Estatuto de esa Corte⁵⁷. No obstante, se ha señalado que el artículo 6 (2) va dirigido a la ‘capacidad oficial’ y no a la inmunidad específicamente, lo que Taylor solicitó.

Lo que sí no deja margen para dudas es la contundencia del artículo 27, el cual desecha totalmente cualquier alegato de ‘inmunidad’ a cualquier funcionario de los Estados parte. No obstante, el problema surge cuando se desea aplicar esta normativa en relación con los jefes representantes de Estados no parte del Estatuto. La dificultad se debe a la inmunidad que gozan estos representantes en virtud del Derecho Internacional, la cual en principio no se vería afectada por los principios que pueden estar establecidos en las legislaciones nacionales como consecuencia de la ratificación del Estatuto de Roma. En efecto, cuando un Estado ratifica este Tratado Internacional renuncia al derecho a la inmunidad de sus funcionarios o representantes; por lógica los Estados entregan algo de su soberanía al hacerse parte del Estatuto pero no pueden limitar la de un tercer Estado que no ha renunciado a tal inmunidad. Por esta razón, el artículo 27 (2) no se puede aplicar a jefes de Estados que no son parte del Estatuto, quienes retienen su inmunidad bajo el Derecho Internacional. Además, no afecta a aquellos que se benefician de la inmunidad como resultado de la Carta de las Naciones Unidas, que por jerarquía es superior al Estatuto de Roma.

56 CIJ, Orden de Captura. *República Democrática del Congo v Bélgica*. 11 de abril de 2000. Párrafo 58.

57 ONU, *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, Consejo de Seguridad, Res n° 1315, 14 de agosto de 2002. Disponible en: https://www.issafrica.org/anicj/uploads/SCSL_Statute.pdf

Esta visión es el resultado de las negociaciones del acuerdo de relaciones entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, lo que quedó plasmado en el artículo 19⁵⁸. No obstante, esto puede cambiar si el Consejo de Seguridad remite el caso a la CPI en uso del artículo 13 del Estatuto. El artículo tiene sus bases en el Capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.

Por esta razón, el autor Schabas⁵⁹ ha criticado la sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares I, en el caso de *Bashir*, ya que indicó que el acusado, como jefe de Estado de un Estado no parte del Estatuto “no tenía efecto en la jurisdicción de la corte sobre el presente caso”. De acuerdo con la Sala, se llegó a esta conclusión con base a cuatro consideraciones: 1) la referencia al preámbulo de las metas esenciales del estatuto (“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”); 2) el desglosamiento de los párrafos del artículo 27; 3) la referencia al artículo 21 del Estatuto y la observación de Derecho de que al menos que exista una laguna en el Estatuto, la Corte no aplicará otra fuente siendo que, de acuerdo con Schabas, el mensaje central es si el Derecho Internacional Público otorga inmunidad a los jefes de Estado y esta no está formalmente reconocida en el artículo 27, la misma no podría ser invocada ante la Corte; 4) al ser este un caso referido por el Consejo de Seguridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 (b) del Estatuto “*acceptó que la investigación de esta situación, también como cualquier acusación que pudiese surgir, se llevará a cabo de acuerdo con el marco del Estatuto, así como los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Evidencia como un todo*”⁶⁰.

Algunos, han indicado que la actuación del Consejo de Seguridad es simplemente un mecanismo permitido por el Estatuto para que la Corte pueda conocer del caso, más dicho referimiento no se puede tener para obligar a un Estado no parte a actuar como si fuese parte de este tratado internacional.⁶¹

58 CPI- ONU. *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*. Artículo 19: “*If the Court seeks to exercise its jurisdiction over a person who is alleged to be criminally responsible for a crime within the jurisdiction of the Court and if, in the circumstances, such person enjoys, according to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations and the relevant rules of international law, any privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of his or her work for the United Nations, the United Nations undertakes to cooperate fully with the Court and to take all necessary measures to allow the Court to exercise its jurisdiction, in particular by waiving any such privileges and immunities*”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/916FC6A2-7846-4177-A5EA-5AA9B6D1E96C/0/ICCASP3Res1_English.pdf

59 Schabas, William, *The International Criminal Court*, cit., p. 446.

60 CPI, *Bashir Case (ICC-02/05-01/09)*, Decision on the Prosecutions’ Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, párrafo 45.

61 Gaeta, Paola, “Does Presidente Al Bashir enjoy immunity from arrest?”, en *Journal of International Criminal Justice*, n° 7, 2009, pp. 324.

Sin embargo, es importante destacar que en el caso de Namibia⁶², la Corte Internacional de Justicia señaló que las resoluciones del Consejo de Seguridad aplican directamente la Carta de las Naciones Unidas en virtud del artículo 103, el cual establece que: “*en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta*”.

Por esta razón, ante una resolución del Consejo de Seguridad, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta, que remita un caso a la Corte Penal Internacional para juzgar, además, a determinadas personas, debe prevalecer esta resolución ante cualquier acuerdo previamente consensuado entre las partes. Desde nuestro punto de vista, surgen tres hipótesis de estos hechos:

1) En caso de que sea el Consejo de Seguridad quien remita el caso a la CPI y solicite juzgar a presuntos victimarios, deberá prevalecer esta Resolución sobre cualquier otro uso o Tratado Internacional en virtud del artículo 103 de la Carta de la ONU, es decir, el mismo deberá ser aplicado inclusive sobre aquellos Estados que no formen parte de la CPI.

2) En el supuesto de que el caso sea remitido por un Estado parte al Fiscal de la CPI, las inmunidades del representante deberán ser levantadas en cumplimiento del artículo 27 del Estatuto de Roma.

3) Cuando el país del presunto victimario no sea un Estado parte del Estatuto de Roma y a pesar de ello ostente en su cabeza una orden de detención y el caso este siendo procesado directamente por remisión de un Estado o porque el Fiscal de la CPI ha sido quien ha iniciado el proceso, se deberá esperar a que ese Estado no parte levante la inmunidad para que el representante requerido pueda ser detenido. Este procedimiento toma más fuerza puesto que a nivel internacional no existe un criterio uniforme en relación con estos casos. Así, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU afirmó que los distintos argumentos tanto en *pro* como en *contra* relacionados con el levantamiento de la inmunidad de los oficiales para juzgar hechos criminales, en el supuesto de la jurisdicción universal, han resultado no ser realmente convincentes⁶³.

62 CIJ. Consecuencias legales para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África del Sudoeste) pese a la Resolución 276(1970) del Consejo de Seguridad. Opinión Consultiva. 21 de junio de 1971. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=296&code=nam&p1=3&p2=4&case=53&k=a7&p3=5>

63 ONU, Roman Anatolevich Kolodkin, Relator Especial, *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, International Law Commission, Sesión 65º, Ginebra, 3 de mayo al 4 junio del 2010 y 5 Julio al 6 agosto de 2010, Asamblea General. Res n.º. A/CN.4/631, p. 56.

Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia ha estudiado el aspecto de las inmunidades de una u otra forma en diferentes situaciones, por ejemplo se tienen los casos: en cuanto a las cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (*Bélgica vs. Senegal*) y el asunto con respecto a las inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Alemania vs. Italia*). El caso relativo a ciertas actuaciones penales en Francia (*República del Congo vs. Francia*) ha tocado el tema de las inmunidades de los altos representantes del Estado ante las jurisdicciones criminales. En diversas jurisdicciones nacionales estos temas han sido abordados desde diversas perspectivas⁶⁴. En este sentido, se ha descrito que desde el año 1990 hasta el 2008, se trató de juzgar un total de 67 jefes de Estado y Gobierno en varias jurisdicciones, aproximadamente 65 de estos casos se llevaron en las jurisdicciones nacionales. Alrededor de 10 de estos 65 casos, se relacionaron con la acción penal ejercida en contra de jefes de Estado o Gobierno en Estados extranjeros. Estos últimos casos, en particular, tuvieron lugar en España, relacionados con el juzgamiento del jefe de Estado o Gobierno de Argentina, un caso registrado tanto en Italia como Alemania, un caso de Chile en España, un caso de Chad en Senegal, un caso en Bélgica y uno de Surinam en los Países Bajos. No obstante, esta lista no es tan exhaustiva puesto que se pueden agregar otros casos en que se han presentado acusaciones en España y en Argentina de líderes chinos⁶⁵.

Es importante destacar que de acuerdo con este documento realizado por la Comisión de Derecho Internacional, las intenciones de juzgar a oficiales o empleados de rango medio así como exjefes de Estado o Gobierno han resultado en fracaso. Se podría presumir hipotéticamente que una de las razones es la falta de pruebas que puedan darle base a estos juicios, ya que aún en muchos de estos sistemas no se ha adoptado una cadena de mandos que permitan llegar hasta las altas esferas del poder. Aunque estos resultados son una realidad, todavía se insiste en juzgar a ex-oficiales de alto rango. Cabe destacar que en los casos en que se ha prosperado ha sido porque en los países de origen se ha retirado la inmunidad del funcionario. No obstante, la Comisión elaboró una serie de conclusiones en este tema que por el momento no resultan satisfactorias cuando se quiere juzgar a los altos funcionarios en ejercicio del Estatuto de Roma en jurisdicciones extranjeras.⁶⁶

64 ONU, Asamblea General. A/CN.4/631, 10 de junio de 2010, p. 5.

65 ONU, Asamblea General. A/CN.4/631, p 7.

66 En este sentido se recomienda observar las conclusiones del informe A/CN.4/631, contenidas en la página 58, entre las cuales se destacan: no existen excepciones a la regla general de la inmunidad, los oficiales de estados gozan de la inmunidad *ratione materiae* en las jurisdicciones extranjeras, no existen elementos de peso para realizar una distinción entre la atribución de la conducta por cuestiones de responsabilidad y por otra parte la inmunidad, clasificación de las conductas oficiales debido a que no depende de los motivos de la persona o en la sustancia de la conducta, entre otras.

Del mismo modo, se establece en el artículo 98:

“Artículo 98

Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual ***el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.***

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega” (destacado nuestro).

Se ha indicado que una de las formas de interpretar la mención a ‘tercer estado’ es entender que el mismo se refiere a un Estado no parte del Estatuto y la mención a ‘Estado o la inmunidad diplomática’ se debe entender en el sentido de las inmunidades personales, o *ratione personae*, correspondiente a aquellos que son oficiales de alta jerarquía. Si la mención a ‘tercer Estado’ de hecho se refiere a un Estado no parte del Estatuto, la única circunstancia en la que prácticamente se aplicaría el artículo 98 (1) sería cuando el Consejo de Seguridad refiera una situación dada en un Estado que no sea parte de la CPI en virtud del artículo 13 (b), confiriendo así la jurisdicción de la CPI sobre los nacionales de ese país, por lo que se daría automáticamente la situación e implícitamente la eliminación de las inmunidades personales de los altos funcionarios del gobierno de acuerdo con el artículo 27.

Por otra parte, el autor Simbeye considera que puede ser admisible un caso en contra de un funcionario del Estado ante la CPI, una vez que la inmunidad *ratione materiae* del individuo sea considerada inaplicable por delitos internacionales. Por lo tanto, la protección a sus actos cesaría y esta inmunidad no se aplicaría. En esta etapa, el artículo 27 parece funcional, situación que no prohibiría que la persona pueda estar bajo el control de la CPI. Sin embargo, como jefe de Estado o de Gobierno, diplomático o acreditados, la inmunidad *ratione personae* se mantendrá en funcionamiento dentro de la jurisdicción interna de los Estados⁶⁷.

67 Simbeye, Yitha, *Immunity and International Criminal Law*, cit., p. 108.

El artículo 27 y el 98 deben ser leídos en conjunto para comprender el régimen de las inmunidades en el Estatuto de Roma. A primera vista, pareciera que existe una contradicción, con una norma que niega la inmunidad y otra que sí la permite. No obstante, la norma aplica en diferentes niveles. El artículo 98 (1) maneja como situación específica cuando a un Estado parte (u otro estado cooperador) se le solicita entregar una persona pero esa persona está protegida por las inmunidades otorgadas por un tercer estado. En tal posición, el Estado solicitado estaría ubicado en una situación de conflicto de obligaciones, por ejemplo, incumplir con una obligación impuesta por el Estatuto de Roma o incumplir el deber de respetar la inmunidad de un estado no parte del Estatuto de Roma⁶⁸. Igualmente, se ha indicado que el artículo está relacionado con la inmunidad de un tercer Estado, entendiéndose que el mismo puede ser distinto al Estado requerido o un Estado no parte; por lo cual, si existe una inmunidad de acuerdo con el Derecho Internacional, la Corte debe obtener la colaboración de ese Estado para obtener la renuncia a esa inmunidad.⁶⁹

Por lo tanto, la relación entre el artículo 27 y el artículo 98 (1) crea un régimen en el que los Estados parte acuerdan renunciar a todo tipo de inmunidad ante las solicitudes de la CPI, en relación con sus propios nacionales, representantes u oficiales, mientras todavía respetan la inmunidad de los Estados que no han aceptado la jurisdicción de la Corte, debiéndose recordar la excepción *ut supra* comentada de los casos referidos por el Consejo de Seguridad. Vale la pena recordar que la inmunidad relevante sólo sería la inmunidad personal toda vez que la inmunidad funcional no protege los actos realizados durante la comisión de crímenes internacionales. Del mismo modo, se puede dejar claro que en cuanto a dicha norma, no aplica cuando un Estado parte debe de entregar a sus nacionales puesto que se dejó establecido que la función del mismo artículo aplica únicamente a un tercer estado no parte del Estatuto.

Si la solicitud de entrega está en la cabeza de alguien que goza de inmunidad otorgada por otro Estado, generalmente se acepta que no sería necesario que el Estado solicitante obtenga una renuncia por parte del otro Estado parte. No obstante, se puede indicar que existen diferentes formas de interpretar la mencionada norma. Algunos, han interpretado la frase *tercer estado* como un Estado no parte. Otros han interpretado la normativa indicando que los Estados parte ya han renunciado a la inmunidad para acudir a la CPI toda vez que han ratificado

68 Cryer, Robert, *et al*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, cit., p 440.

69 Arzola, Alejandro, *Derecho Supranacional Humanitario y Penal: La Nueva Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)*, cit., p 350.

los artículos 27 y 88 del Estatuto por lo que no hay obligaciones bajo el derecho internacional que no permitan la entrega de las personas solicitadas⁷⁰.

Con relación a las solicitudes que involucren a un oficial que goza de inmunidad por parte de un Estado no parte, el artículo 98 (1) solicita que se respete cualquier inmunidad que pueda existir bajo el Derecho Internacional, lo cual no quiere decir que una solicitud de entrega no tenga éxito. Primero, la realización de un procedimiento sería posible si el “Estado no parte” le niega la inmunidad a la persona. Segundo, incluso los “Estados no parte” perderán su inmunidad si es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando bajo el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el que decide que la inmunidad no será una barrera para el enjuiciamiento. Tercero, una vez que el oficial no esté en labores que permitan el goce de la inmunidad personal, él o ella tendrán solo la inmunidad funcional, por lo que será posible enjuiciarlos por crímenes internacionales⁷¹.

Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido, en el caso de *Yerodia* (Orden de arresto), que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares son instructivos para conocer la inmunidad funcional bajo el derecho consuetudinario internacional. La Corte indica que estas Convenciones no contienen ningún artículo que “... *specifically defining the immunities enjoyed by Ministers for Foreign Affairs,*” presidentes u otros oficiales superiores, es decir, inmunidades personales. Se tiene así que la Corte Internacional de Justicia distingue entre estas dos convenciones, las ‘inmunidades diplomáticas’ o las garantías de inmunidad funcional de las inmunidades de los jefes de Estado. Además, la opinión disidente del juez Van den Wyngaert resaltó las diferencias entre los individuos que tienen un estatus diplomático, o los diplomáticos, de los ministros y jefes de Estado.

Los diplomáticos son enviados a otros Estados (Estado receptor) para permitir el establecimiento de relaciones con ese país, además el Estado receptor tiene el poder de aceptar y declarar a ese diplomático como persona *non grata*. De ello se desprende que la importancia de la inmunidad funcional para los diplomáticos es permitir que estos lleven a cabo sus funciones sin temor de ser perseguidos. Tal situación es diferente para los jefes de Estado y ministros toda vez que el Estado receptor no tiene control en su nombramiento. Además, el Jefe de Estado y los ministros no desarrollan sus funciones principales en el Estado que los recibe, caso que efectivamente ocurre con los embajadores. Finalmente, la Corte Internacional

70 Cryer, Robert, *et al*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, cit., p. 440.

71 *Idem*, p 441.

de Justicia, en el caso de *Mutual Assistance*, hizo una clara distinción entre la inmunidad del Estado, la inmunidad diplomática y otras inmunidades personales, estas últimas se refieren a la *ratione personae* dada únicamente a los más altos oficiales de gobierno. Por lo tanto, se indica que la frase ‘inmunidad diplomática’ expresada en el artículo 98 (1) se refiere a las inmunidades de función y no a las inmunidades personales.

La Comisión de Derecho Internacional ha distinguido, claramente, en su proyecto de artículos sobre las inmunidades y el trabajo diplomático, la inmunidad diplomática o funcional de las inmunidades de los jefes de estados o inmunidades personales. Además, se puede encontrar la posición de Tladi, quien ha discutido que la inmunidad del Estado establecida en el artículo 98.1 no incluye la inmunidad personal de los jefes de Estado. Se tiene así que bajo el proyecto N.º II de la Comisión de Derecho Internacional, la inmunidad de los Estados se refiere al derecho que poseen los Estados y sus propiedades de estar libres bajo cualquier amenaza del ejercicio de jurisdicción de cortes pertenecientes a otros países. De esta forma, el proyecto del artículo II establece claramente que no se aplica la inmunidad funcional o personal en estos casos. Así, no hay bases que permitan discutir si la inmunidad del Estado incluye las inmunidades personales de los jefes de Estado en ejercicio.⁷²

Asimismo, el caso Tladi ha indicado que el artículo 98 (1) se refiere ampliamente a la inmunidad diplomática funcional y a la inmunidad del Estado y que no se refiere a las inmunidades personales, teniendo para ello la visión de que la norma no puede ser interpretada más allá de su alcance. Además, señala que al hacer uso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se debe considerar que el Tratado se debe interpretar de buena fe y de acuerdo con el significado ordinario que se le han dado a los términos del mismo.⁷³

Igualmente, hay que destacar que los Estatutos del TPIY y TPIR establecen, respectivamente, en sus artículos 7 (2) y artículo 6 (2):

“(...) la posición oficial de un acusado, ya sea como jefe de Estado o de Gobierno o como funcionario del gobierno responsable, no lo eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena (...)”

Las normas excluyen la posibilidad de invocar la inmunidad personal como una base legal para evitar la apertura de un procedimiento o ser juzgado.

72 ONU, *Comisión de Derecho Internacional Borrador sobre la inmunidad de jurisdicción y propiedades de los Estados 1991*, artículo 3.

73 Dire, Tladi, “The ICC Decisions on Chad and Malawi on Cooperation, Immunities, and Article 98”, en *International Criminal Justice. N° 11*, 2013, pp. 199-209.

No obstante, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido el único que ha establecido claramente que se excluye totalmente el derecho a invocar o confiar en la inmunidad personal.

Por otra parte, el profesor Cassese señala que en relación con la pregunta de si la Corte Penal Internacional está autorizada para juzgar a un nacional de un Estado parte que haya cometido crímenes internacionales y que este disfrute de inmunidad, el supuesto debe ser visto desde la perspectiva del Derecho Internacional y local⁷⁴.

El Derecho Consuetudinario Internacional no pareciese contener una norma que imponga la necesidad de que un Estado tenga que ignorar la legislación nacional en materia de inmunidades. No obstante, los Tratados podrían imponer la obligación de condenar a los autores de crímenes internacionales; si ese es el caso, cualquier legislación nacional, que consagre la inmunidad, estaría en conflicto con las obligaciones contraídas.

Las leyes nacionales podrían contener normas que otorguen inmunidad e impidan el juzgamiento de cualquier tipo de crimen, incluyendo crímenes internacionales; por lo cual, dependerá mucho, particularmente, de cada sistema nacional. Sin embargo, luego de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, los Estados partes no podrán implementar cualquier normativa nacional que permita las inmunidades. La implementación nacional del Estatuto de Roma requiere que los Estados cambien su normativa (incluso sus normas constitucionales, si las hay) en materia de inmunidades, removiendo las mismas cuando se presuma la comisión de crímenes internacionales que sean competencia de la Corte⁷⁵.

Muchas autoridades reconocen que la inmunidad funcional no protege la conducta que involucra la comisión de serios crímenes internacionales. La inmunidad personal se ha aceptado con más restricciones, no se admiten excepciones basadas en la comisión de crímenes internacionales. No obstante, los Estados han cedido en la remoción de la inmunidad de manera que estos puedan acudir a la CPI o remuevan dicha inmunidad por la obligación que derive de una decisión emitida por el Consejo de Seguridad con base en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Otra alternativa es que la inmunidad personal nunca se podría oponer a una Corte Internacional, por lo que seguirían desarrollándose otras vías para limitar la inmunidad; entre ellas, aumentar la ratificación del Estatuto, más acciones por

74 Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, cit., p. 273.

75 *Ibidem*, p 274.

parte del Consejo de Seguridad y más acciones a nivel internacional mediante la declaración *persona non grata* de las personas que cometan crímenes internacionales, buscando la renuncia de la inmunidad o la presión de enjuiciamientos locales. El Derecho Internacional se podría desarrollar o definir para que la inmunidad personal sea claramente limitada a visitas oficiales y que esta beneficie a un reducido grupo de ministros y oficiales. No obstante, llegará el día cuando los países comenzarán a reducir la inmunidad, inclusive en jurisdicciones nacionales. Después de todo, como se reflejó en el caso Yerodia, las Leyes reflejan un balance de los diferentes intereses de la comunidad, por ello están en una constante evolución, con una tendencia perceptible a la limitación de la inmunidad y el fortalecimiento de la rendición de cuentas⁷⁶.

Ahora bien, se ha indicado que es necesario un análisis en cuanto al alcance de la potestad soberana de los Estados en el uso de sus jurisdicciones nacionales porque si la CPI llegase a solicitar la detención y entrega de un alto funcionario, mientras sigue en funciones, es altamente improbable que se materialice debido a la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales no atiendan y aprueben el pedido. De esto se vislumbra que la persecución de crímenes internacionales sólo sería posible cuando dichas personalidades dejasen sus cargos oficiales. La situación tendría una tonalidad totalmente distinta si se descubriese que un agente en funciones ha participado en crímenes internacionales. Por esta razón, se ha indicado que es necesario adecuar las disposiciones nacionales para establecer límites definidos, independientemente del grado de investidura; se desprende del artículo 27 que el mismo garantiza de una forma el “principio de igualdad ante la ley”, en el cual no se aceptan ningún tipo de excepción⁷⁷. Se destaca, además, la necesidad de que las disposiciones internas aclaren que el cargo no se considerará como limitante para ejercer la jurisdicción ordinaria, agregándose a los efectos un inciso adicional al articulado de “*que el fuero especial no es oponible frente a la comisión de crímenes internacionales de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. En el caso que existan indicios graves sobre la participación en estas conductas, este podrá ser procesado aun durante el ejercicio de sus funciones*”⁷⁸.

Asimismo, se ha indicado que el artículo 27 tiene especial importancia porque establece un principio que podría hacer que las legislaciones nacionales se vean en la necesidad de modificar su régimen de inmunidades para permitir que:

76 Cryer, Robert, *et al*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, cit., p. 444.

77 Herencia Carrasco, Salvador Martín, *La Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina*, cit., p 49.

78 *Ibidem*, p 51.

a) las cortes nacionales puedan ejercer jurisdicción sobre esos funcionarios; b) las autoridades nacionales ejecuten las órdenes de captura y entrega de sospechosos a la CPI, de lo cual resulta que la necesidad de cambiar la legislación interna subyace en dos importantes hechos, a saber: i) el principio de complementariedad y ii) las obligaciones especificadas en el artículo 88 del Estatuto. En líneas generales, el papel complementario de la CPI radica en el hecho de inducir a los Estados a armonizar su legislación penal nacional, armonización que debe seguir como mínimo la definición de los crímenes internacionales y abarcar los principios generales del Derecho Penal Internacional. La importancia de la armonización descansa sobre el hecho de que el Estatuto reconoce la prioridad que deben tener las cortes nacionales cuando se van a juzgar los crímenes, por ejemplo bajo el artículo 5. Sin embargo, descansa en el principio de que la CPI está obligada a sustituir las cortes nacionales cuando un Estado es incapaz o está reacio a ejercer la jurisdicción penal. En este sentido, si la legislación penal del Estado está en desacuerdo con las disposiciones del Estatuto, en la definición de los crímenes y de los elementos generales del Derecho Penal Internacional, haría posible que la Corte diera un paso al frente al observar que el Estado es incapaz de desarrollar genuinamente procesos a nivel nacional y entrar en funciones⁷⁹.

Además, se debe observar minuciosamente el artículo 88 ya que el mismo tiene una naturaleza crucial al prevenir que la Corte no sea capaz de ejercer su jurisdicción, una vez que se ha materializado por parte del Estado la negatoria o incapacidad de ejercerla, puesto que no tendría sentido mantener el argumento de que la Corte puede ejercer su jurisdicción para juzgar a ciertas personas si la entrega del acusado a la Corte se encuentra bloqueada por la necesidad de un Estado de cumplir con su normativa nacional, tal vez constitucional, relacionada con las inmunidades, razón por la que el artículo 88 impone sobre los Estados partes la obligación de asegurar que sus legislaciones nacionales estén completamente coordinadas para mantener la cooperación con la Corte. Por lo tanto, la existencia de Leyes nacionales que confieren inmunidad (de ser arrestados y de atender la jurisdicción penal) constituye un obstáculo de palabras mayores a la Corte. En este sentido, tal tipo de disposiciones deben quedar inoperantes para poder cumplir con cualquier situación planteada con la Corte. Finalmente, la no armonización de la normativa interna con el Estatuto creará un conflicto con el artículo 88⁸⁰.

79 Gaeta, Paola, "Official Capacity and Immunities", cit. pp. 997-998.

80 Gaeta, Paola, "Official Capacity and Immunities", cit., p. 999.

En este aspecto, es oportuno destacar que una de las principales obligaciones de los Estados es garantizar ante la CPI que las inmunidades serán removidas de los eventuales culpables de crímenes internacionales. A los efectos, tal como se ha ido desarrollando, ciertos funcionarios gozan de prerrogativas especiales, entre ellas, no pueden ser sometidos a la jurisdicción penal sin la previa aprobación del Congreso o de otra instancia, la normativa pertinente se puede encontrar prevista en la Constitución o en leyes. En este sentido, la Comisión Andina de Juristas ha sido contundente al indicar que cuando tales inmunidades están establecidas en una ley, la misma simplemente se puede modificar vía reforma legislativa. Ahora bien, cuando las mismas se encuentran en la Constitución, el asunto toma matices más oscuros puesto que para modificar dicha base legal es necesario un procedimiento más rígido⁸¹. Cabe acotar que la mayoría de los países de la región andina poseen limitaciones de esta naturaleza en sus constituciones⁸².

La Comisión Andina de Juristas, igualmente, ha recomendado que para evitar posibles contradicciones con los textos constitucionales se deben establecer dos vías para subsanar cualquier problema: a) una reforma constitucional o b) establecer vía jurisprudencia dicha modificación. La reforma constitucional permitiría resolver de forma directa el eventual problema entre el Estatuto y el texto constitucional, se recomienda inclusive dicha reforma a todos los países de la región ya que los textos son totalmente cerrados para levantar la inmunidad de los funcionarios del Estado. En cuanto al establecimiento de esta modificación vía jurisprudencia, la Comisión ha indicado que esta permitiría una interpretación de las normas constitucionales al considerar los fines y objetivos de las indicaciones dadas por la Ley, limitando de esta forma el alcance de la inmunidad. Finalmente, la Comisión indica que al no optar por ninguna de estas dos vías se limitaría la *“aplicación de las medidas requeridas para la investigación de un crimen de su competencia, en concreto la detención o entrega, lo que impediría cumplir a cabalidad con sus funciones y atribuciones”*⁸³.

Al respecto, países como Portugal y Luxemburgo realizaron enmiendas constitucionales para hacer viable la implementación del Estatuto, en cuanto al tema de la inmunidad⁸⁴.

81 Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los Países Andinos*, ISBN: 9972-637-40-9, Perú, 2001, p 128.

82 En relación a este tema se pueden ver las Constituciones de: Bolivia (artículo 52), Chile (artículo 58), Colombia (artículo 199) Ecuador (artículo 137), Perú (artículo 93), Venezuela (artículo 200).

83 *Ibidem*, p 131-132.

84 Camargo, Pedro Pablo, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Leyer Editorial, Bogota-Colombia, 2004,

Finalmente, podemos concluir que la figura de la inmunidad ha ido evolucionando en el campo del Derecho Internacional, desde un concepto amplio a un concepto restrictivo, todo esto como resultado de la lucha contra la impunidad impulsada desde distintos sectores de la sociedad a nivel internacional, toda vez que en la mayoría de los casos la comisión de los crímenes internacionales han sido planificados y ordenados por superiores gubernamentales que han gozado de esta 'protección'. Hoy en día los países que sean parte del Estatuto de Roma no pueden alegar la existencia de la inmunidad para no entregar o enjuiciar a los máximos criminales. De esta forma, se anhela que la comunidad internacional logre alcanzar una mayor homogeneidad en la materialización de este deseo: juzgar a los máximos responsables de la comisión de crímenes internacionales sin que pueda existir ningún tipo de limitantes.

TEXTO DE LA LECCIÓN INAUGURAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DEL AÑO ACADÉMICO 2016-2017

JESÚS MARÍA CASAL

Control judicial de la constitucionalidad vs. Bloqueo político-judicial del parlamento

Es un inmenso honor poder pronunciar la lección inaugural de la Facultad de Derecho de nuestra Alma Mater, correspondiente al año académico 2016-2017. Agradezco al Decano de la Facultad, el Profesor Salvador Yanuzzi, la invitación que me formuló para tomar la palabra en este recinto del saber y de la inspiración universitaria, en relación con un tema que conjuga el pasado y el futuro en un presente cargado de incertidumbre y desesperanza, y tal vez de oportunidades.

Con esta conferencia, titulada “Control judicial de la constitucionalidad Vs. Bloqueo político-judicial del Parlamento”, se quiere subrayar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde enero de 2016, no ha ejercido un control judicial de constitucionalidad sobre la Asamblea Nacional, como era su deber y hubiera sido en abstracto deseable, sino ha cumplido funciones de bloqueo político del Parlamento, que ahora desembocan en la pretensión de suprimirlo y acaso sustituirlo como expresión orgánica de una de las ramas del Poder Público.

Cabe sostener que no podía esperarse de la Sala Constitucional una actuación diferente, pues la que ha mantenido estos meses es cónsona con su papel de instrumento de dominación político-ideológica y con su subordinación al Poder Ejecutivo Nacional. La Sala que antes convalidaba sin reparos los actos de la

Asamblea Nacional o del Presidente de la República ha pasado, desde enero de 2016, sin cambiar su naturaleza de órgano político, a bloquear sistemáticamente las acciones del Parlamento, utilizando como fachada pretendidamente legitimadora la idea del control jurídico.

No quiero sin embargo hablar en este momento de la conducta anterior de la Sala Constitucional, que he analizado en algunos trabajos, sino de la gravedad de las infracciones a la Constitución que ha cometido este año, para luego concluir con reflexiones sobre el futuro de la institucionalidad en Venezuela.

No resulta posible enunciar en corto tiempo las violaciones a la Constitución que se han perpetrado en las sucesivas sentencias de la Sala Constitucional que han menoscabado la autonomía y atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional. De manera resumida basta con decir que en la actualidad el Parlamento venezolano, a causa de tales sentencias, no puede ejercer efectivamente sus facultades de control y de legislación.

No puede controlar de manera efectiva al Gobierno y la Administración Pública Nacional, como prescribe la Constitución en su artículo 187, numeral 3, y es propio de toda Democracia, porque la Sala Constitucional, en sentencia dictada el 1 de marzo de 2016 (Sentencia N° 09/2016), redujo al mínimo la significación y operatividad de las interpelaciones o requerimientos de comparecencia de funcionarios ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, y dejó sin efecto el régimen sancionatorio previsto en la Ley en caso de inobservancia de las citaciones correspondientes, emanadas del Parlamento, lo cual en la práctica se ha traducido, con la aquiescencia del Presidente de la República, en el absoluto desconocimiento de las solicitudes de comparecencia o de información que la Asamblea Nacional ha dirigido a Ministros u otros funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional. Conviene poner de relieve que en virtud de esa decisión, la Fuerza Armada Nacional fue excluida del ámbito de estos poderes de control e investigación de la Asamblea Nacional, lo cual ha sido invocado incluso por oficiales que desempeñan funciones civiles en la Administración Pública.

Más recientemente el Presidente de la República, mediante la renovación de un estado de excepción que ya se ha prolongado por más de ocho meses y excede con creces, desde el punto de vista temporal y sustantivo, lo permitido por la Constitución, se ha facultado a sí mismo para suspender los votos de censura que de acuerdo con la Constitución la Asamblea Nacional puede emitir contra Ministros o el Vicepresidente Ejecutivo, en el marco de su competencia de control político sobre el Gobierno, y que acarrearán la remoción inmediata del funcionario cuando se alcanza la mayoría calificada constitucionalmente establecida en el ar-

título 246. Un decreto anterior le llevó a ignorar el voto de censura formulado por la Asamblea Nacional contra el Ministro del Poder Popular para la Alimentación, pese a que dicho voto obtuvo la mayoría necesaria para la automática remoción del Ministro, a quien la Cámara consideró responsable político de la situación de desabastecimiento que sufre el país en el rubro de los alimentos.

Se ha suspendido también la facultad de aprobación de la Asamblea Nacional en materia de contratos de interés público, competencia indelegable de este órgano parlamentario, y el Presidente de la República se ha arrogado por decreto la facultad de “aprobar” tales contratos, que el mismo Poder Ejecutivo Nacional o los órganos que de él dependen suscriban. Igualmente, el estado de excepción ha permitido ilegítimamente al Poder Ejecutivo Nacional efectuar gastos no previstos en la Ley de Presupuesto sancionada por la Asamblea Nacional en el período anterior, sin contar con la autorización del Parlamento, como ordena la Constitución en su artículo 187, numeral 7. Lo más grave es que en el último decreto de estado de excepción el Presidente de la República se faculta a sí mismo para dictar regulaciones presupuestarias para el año 2017, desconociendo así una atribución histórica de los parlamentos en las democracias, que la Constitución claramente reserva a la Asamblea Nacional en su artículo 187, numeral 6, y en su artículo 313. Todo esto ha ocurrido merced a sentencias de la Sala Constitucional que han suprimido interpretativamente el control de la Asamblea Nacional sobre los decretos de estado de excepción y que han confirmado la vigencia y validez de los decretos o prórrogas correspondientes, pese a la desaprobación del Parlamento.

En el ámbito de la legislación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contrariando su jurisprudencia previa y la praxis institucional democrática venezolana, mutiló el alcance de la iniciativa legislativa que puede originarse en el Parlamento y ha censurado permanentemente por razones políticas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, en acción acordada con el Presidente de la República, quien en lugar de promulgarlas las envía a la Sala Constitucional, para que esta, con criterios de la misma naturaleza, impida su entrada en vigor. La estocada decisiva contra la autonomía parlamentaria en el campo legislativo se produjo en virtud de un nuevo criterio jurisprudencial, conforme al cual la Asamblea Nacional no puede sancionar leyes de manera independiente, a partir de sus propias apreciaciones técnicas, en consulta con todos los órganos del Poder Público y con la sociedad, pero con autonomía en la adopción de la decisión final, como dispone la Constitución, sino que las leyes tienen que ser “concertadas” con el Poder Ejecutivo Nacional, en todo lo que concierne a su contenido siempre que este tenga implicaciones económico-financieras, y con el Poder Popular. En la sentencia

respectiva nuevamente es invocado el estado de excepción como pretexto para este inadmisibles cercenamiento de la división de los poderes (Sentencia N° 269/2016).

A lo anterior se suma una sentencia de la Sala Constitucional que cierra el compás del cerco ejecutivo-judicial contra la Asamblea Nacional, la decisión N° 808/2016. Se trata del pronunciamiento según el cual son nulos todos los actos que emanen de la Asamblea Nacional mientras se mantengan incorporados los Diputados del Estado Amazonas y de la Región Sur Indígena, que debieron solicitar su reingreso a la Asamblea Nacional ante la seria demora de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en resolver la oposición que interpusieron contra la medida cautelar acordada por dicha Sala que pretendió suspender la proclamación de estos Diputados. Esta insólita medida cautelar dejó a los electores del Estado Amazonas y de la Región Sur Indígena sin representación parlamentaria por más de seis meses, vulnerando sus derechos de participación política, tal como lo advirtió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en comunicado del 29 de julio de 2016. La necesidad de mantener a estos electores con representación parlamentaria mientras se ventila el proceso judicial relativo a la impugnación de los resultados electorales correspondientes, y la irracionalidad y violación al debido proceso en que incurrió la Sala Electoral al desoír tardíamente esa oposición y al considerar como no presentada la de la Asamblea Nacional, llevó a tales Diputados a solicitar su reincorporación y a asumir su representación parlamentaria. Estas sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Electoral se han dictado, por lo demás, mientras la Asamblea Nacional se encuentra en estado de indefensión jurídica, por determinación de estas mismas Salas, ya que no se reconoce la facultad del Presidente de la Asamblea Nacional, que ha sido ejercida pacíficamente desde la instalación de la Asamblea Nacional en el año 2000, según lo dispuesto en el Reglamento Interior y de Debates, de actuar en juicio en representación de este órgano legislativo y de otorgar poderes judiciales a esos efectos, sin depender de la autorización de la Procuraduría General de la República.

Es cínico afirmar que la Asamblea Nacional se ha autodisuelto al incurrir en desacato a sentencias de la Sala Constitucional. En primer término, la Asamblea Nacional no puede cumplir aquellas sentencias que supongan negarse a sí misma o vulnerar su estatus y competencias constitucionales. Es decir, la Asamblea Nacional no puede someterse a decisiones que impliquen su disolución como órgano constitucional autónomo con funciones efectivas de representación, control y legislación. No puede consentir su transformación en un órgano distinto al previsto en la Constitución, sujeto en su actuación al beneplácito o a los filtros del Poder Ejecutivo o de las instancias supuestamente sociales que este controla. Tampoco

puede dar ejecución a sentencias que vulneren flagrantemente derechos humanos, pues estaría contrariando el artículo 25 de la Constitución.

En segundo término, la causa de los problemas que suscita el abuso de poder no reside en el órgano que se resiste ante la arbitrariedad sino en la arbitrariedad misma, a veces revestida de pronunciamiento tribunalicio. En tal sentido es inaceptable que la disputa sobre los resultados electorales en el Estado Amazonas, aun si se considera admisible la medida cautelar de suspensión otorgada, conduzca a la absoluta negación de la existencia de la Asamblea Nacional, cuando lo que está en discusión son tres escaños parlamentarios y, en todo caso, las decisiones para las que la concurrencia de estos votos fuere necesaria. En tercer lugar, no puede haber desacato cuando no ha habido posibilidad de defensa.

La reciente sentencia dictada el 11 de octubre (N° 814/2016) refuerza este cerco y abre una nueva etapa de la agresión al Parlamento. En esta decisión la Sala Constitucional faculta al Presidente de la República para dictar, mediante Decreto Ley, el Presupuesto Nacional del año 2017. Además, se autoriza a sí misma para ejercer el control sobre el presupuesto adoptado por el Presidente. En tal sentido, dispone que dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia el Presidente debe presentar ante la Sala Constitucional el Decreto Ley correspondiente. Se establece, adicionalmente, que “aún cuando la Asamblea Nacional regresare al cauce constitucional” se mantendrá el presupuesto adoptado por el Presidente de la República, durante todo el 2017, sin que la AN pueda introducir modificaciones. La propia Sala asume la tarea de control durante la ejecución del presupuesto. Por tanto, en esta nueva fase de socavamiento de la institucionalidad democrática la Asamblea Nacional es reemplazada por la Sala Constitucional, y el procedimiento parlamentario, por otros que la misma Sala determina, lo cual es francamente antidemocrático, pues el Parlamento es insustituible como instancia representativa y plural, legitimada directamente por el voto popular para tomar las decisiones fundamentales para la comunidad, mediante una deliberación política pública.

En definitiva, la Sala Constitucional se ha empeñado en liquidar a la Asamblea Nacional en lo que concierne a la eficacia jurídica de sus actos y a la posibilidad de ejercer sus atribuciones constitucionales, y en buena medida lo ha logrado.

Pero no es solo esto lo que ha sucedido.

La propia Sala Constitucional, al actuar como lo ha hecho, ha dejado de ser un cuerpo judicial y se ha erigido abiertamente en un órgano partidista de tutelaje autoritario sobre el proceso político, dispuesto a cercenar espacios y derechos democráticos, cada vez que sea necesario para mantener la situación de poder

imperante. La apariencia que podía a ojos de algunos conservar de ser un órgano judicial, se ha disipado del todo. Especialmente porque con sus decisiones y forma de proceder ha quebrantado las máximas fundamentales del trabajo judicial en un Estado de Derecho y una Democracia verdaderos. Principios sagrados como el derecho a ser oído han sido completamente ignorados en los pronunciamientos dictados y en los procedimientos sumarios que se aplican. Además, la mesura y proporcionalidad que debe distinguir la actividad judicial han sido sustituidas por la respuesta desmedida y soberbia de quien pretende imponer la obediencia a sus propias decisiones a costa de la razón y del respeto a la dignidad. El principio democrático también ha sido absolutamente desconocido, pues las sentencias de la Sala Constitucional no han dejado un camino para una reacción del órgano parlamentario que permita corregir alguna inconstitucionalidad detectada, sin impedir que las corrientes democráticas manifestadas en procesos electorales hagan valer sus aspiraciones y reclamos.

Recuérdese que la función judicial es de aquellas que se soportan no solo o no tanto en la posibilidad de la coacción sino también o sobre todo en la autoridad de quienes la ostentan. Cuando esta desaparece o no existe, los tribunales pierden una cualidad indispensable para que sus miembros sean tratados como jueces.

Por otro lado, el relato histórico sobre la victoria de la oposición en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015 y la correlativa reacción desde el poder gubernamental ya está escrito. La Asamblea Nacional, sin renunciar al mandato de cambio político que recibió, dio gestos concretos y palpables de explorar espacios de coexistencia con la mayoría gobernante o los órganos que están a su servicio, frente a la postura calculada y consistente de esos órganos de negar las consecuencias institucionales de los resultados electorales de aquella fecha. Está escrito también que la Sala Constitucional rompió con la Constitución e incluso con su jurisprudencia anterior para bloquear el funcionamiento del Parlamento.

Esto evidentemente tiene implicaciones internacionales que la Asamblea Nacional ha sabido plantear: ante el Secretario General de la OEA; la Comisión IDH; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Interparlamentaria, entre otros organismos.

Pero la historia sobre estos meses angustiosos no acaba allí. Forma parte de ella que el CNE, abandonando sus funciones constitucionales, ha actuado no para facilitar sino para impedir la activación del referendo revocatorio, pese a que este mecanismo es expresión del derecho de participación política y del principio constitucional fundamental que determina el carácter revocable de los mandatos

populares. El CNE invocó en su momento una exclusividad en la iniciativa legislativa sobre los referendos, con base en los recientes criterios de la Sala Constitucional, para conservar el monopolio normativo y discrecionalidad en la materia e impedir el desarrollo legislativo de la respectiva regulación constitucional, por el único órgano facultado para hacerlo, la Asamblea Nacional. Lo que esté a punto de decidir el Tribunal Supremo de Justicia sobre este referendo confirmará en todo caso este aserto.

Lo que pase de ahora en adelante dependerá mucho de nosotros mismos. La Asamblea Nacional está seriamente afectada por las sentencias de la Sala Constitucional, pero conserva todavía una enorme potencialidad política y democrática. Para aprovecharla se requiere de una respuesta enérgica y concertada de las organizaciones y sectores sociales y políticos que, desde su autonomía e identidad, no renuncian a vivir en Democracia, no se resignan al exilio exterior o interior ante el avance autoritario. No puede haber Democracia sin Parlamento y la defensa de la Asamblea Nacional es hoy una lucha por la Democracia y por el respeto a la voluntad popular expresada en elecciones.

No despreciemos la fortaleza del estandarte de la legitimidad democrática, representada en la Asamblea Nacional, como tampoco el empuje de los factores sociales y políticos que apuestan al futuro, frente a un presente y un pasado que la mayoría quiere superar. El modelo ideológicamente cerrado y autoritario se agotó y presencia gélido aunque no inerte su ocaso, y los combates que hoy libramos contribuyen a que florezca, más temprano que tarde, un nuevo esquema democrático.

La actual generación de estudiantes tiene entre sus manos un desafío colosal y al mismo tiempo inspirador: el de evitar que se cierre la senda electoralmente abierta para producir un cambio pacífico en el país, que nos permita vivir con las garantías democráticas esenciales, entre las cuales destaca el pluralismo que asegure a todas las orientaciones políticas, empezando por las que hoy son usadas para dismantelar la Democracia, un lugar en el espacio público democrático. Y luego, el de construir con ilusión las instituciones que merecemos, después de haber transitado el desierto de la persecución política e ideológica o la represión selectiva; la imposición de un pensamiento único o el sectarismo; el personalismo político o la partidocracia; la autocracia o el autoritarismo, y tantos otros males de nuestra evolución política. Los Profesores y autoridades de la Universidad debemos trabajar junto a ellos para el logro de esos propósitos.

No es momento para la desesperanza ni el decaimiento sino para la acción urgente y decidida. Tampoco para la desesperación, sino para la firmeza de las

LECCIÓN INAUGURAL

convicciones, la elevación espiritual y la serenidad de quien sabe que la Historia y el futuro están de su lado.

Jesús M Casal
13 de octubre de 2016

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

José Ignacio Hernández G.¹

Director de la Revista de la Facultad de Derecho

I

El año académico 2016-2017 comenzó con cambios en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, por la designación del profesor Salvador Yannuzzi como Decano (e) de la Facultad, en sustitución del profesor Miguel Mónaco. De tal manera, la composición del Consejo de la Facultad, para ese año, fue la siguiente:

INTEGRANTES DEL CONSEJO DE FACULTAD DE DERECHO	
2016 - 2017	
NOMBRE	CARGO
Salvador Yannuzzi	Presidente
Milena Liani	Secretaria
Eligio Rodriguez	UCAB-Guayana

¹ Mi agradecimiento a la profesora Milena Liani, Directora de la Escuela de Derecho (Caracas) de la Facultad de Derecho, por la ayuda en la elaboración de esta crónica.

Ninoska Rodríguez Laverde	Dirección de Postgrado
Janesky Lehmann	Dirección Centro de Clínica Jurídica
Ligia Bolívar	Dirección Centro de Derechos Humanos
Benigno Alarcón	Dirección Centro de Estudios Políticos
Miguel Mónaco	Dirección Instituto de Investigaciones Jurídicas
César Carballo	Representantes de los Profesores
Pedro Planchart	
Guillermo Gorrin	
Daniela Urosa	Suplente de los profesores.
Marcos Carrillo	Representantes del Rector
José I. Hernández G	
Anna Maria Guarío	Suplente del Rector
Andrés Carrasquero	Representante de los Egresados
Franco Puppío	Suplente de los Egresados
Ana Valladares P.	Representante de los Estudiantes
Harold Miñarro	

II

Dentro de las actividades académicas desplegadas por el Consejo de la Facultad en este año destacan las siguientes:

1. En cuanto a jubilaciones, el Consejo de la Facultad aprobó la jubilación de los profesores Hermes Harting, Ramón Escovar León y Luis Fernando Ramírez. Por su parte, en este período el Consejo conoció del ascenso del profesor César Carballo Mena al escalafón de Asociado.

2. Durante el año académico fallecieron diversos profesores de la Facultad, que recibieron un merecido homenaje por parte del Consejo. Es el caso de los profesores Pedro Pablo Aguilar Rodríguez, Juan Nepomuceno Garrido, Gonzalo Parra-Aranguren, José Rafael Hernández, Adán Febres-Cordero, Kurt Nagel y Emilio Pittier Sucre.

Especial mención debe efectuarse al trágico fallecimiento de Jorge Félix Borrero Labrador, en mayo de 2017. Jorge Borrero fue un destacado miembro del

personal administrativo de nuestra Facultad, resaltándose por su buen humor y espíritu de servicio. El Consejo le rindió un merecido homenaje.

4.- El Consejo de la Facultad honró a distinguidos académicos que formaron parte de su cuerpo académico. De esa manera, el Consejo acordó nombrar los diferentes salones de la Escuela de Derecho en honor a la labor realizada por destacados profesores de la Facultad de Derecho. En virtud de ello, se acordó colocar una placa en honor al reverendo padre Fernando Pérez Llantada en la sala de profesores; una placa en honor al profesor Alfredo Morles en la sala de reuniones; y una placa en honor al profesor Román Duque Corredor en la sala de juicios.

Asimismo, a iniciativa del Consejo de la Facultad, el Consejo Universitario acordó otorgar el Doctorado *honoris causa* al profesor Alfredo Morles Hernández, quien fuera Decano de esta Facultad y destacado profesor y autor, muy en especial, en el área del Derecho Mercantil.

3. Otra parte importante de la actividad académica del Consejo estuvo relacionada con la aprobación de nuevas normativas de la Facultad. Destaca, así, la aprobación, en junio de 2016, de la *nueva taxonomía de Derecho*, esto es, la modificación del Plan de Estudios de la carrera de Derecho en la modalidad semestral y la actualización de la malla curricular, sobre la base nueva clasificación (taxonomía) de las asignaturas universitarias en: teóricas, operativas, instrumentales y prácticas, así como sus sub-clasificaciones.

Asimismo, se aprobó la reforma del *Reglamento de Seminarios de la Facultad de Derecho*, así como la reforma del *Programa de Estudios Avanzados en Gobernabilidad y Gerencia Política*.

Otro cambio importante fue la aprobación, en junio de 2016, del *Reglamento de Evaluaciones de Facultad de Derecho. Estudios Semestrales conforme a la nueva taxonomía*. Así, el Consejo aprobó la propuesta de reforma del Reglamento de Evaluaciones conforme a la nueva taxonomía.

Es igualmente importante destacar el avance del proceso de modificación de los cursos de especialización y postgrado de la Facultad de Derecho, de acuerdo con la iniciativa liderizada por la profesora Ninoska Rodríguez.

4. Durante el año académico 2016-2017 los estudiantes de nuestra Facultad lograron importantes logros en competencias académicas internacionales, que fueron objeto de reconocimiento por parte del Consejo. Así, se otorgó reconocimiento a los participantes de la competencia Eduardo Jiménez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (estudiantes Gabriel Ortiz, Roxanne Cabrera, Mario D'Andrea

y Harold Miñarro, y el entrenador Railen Hernández), quienes obtuvieron el título de *mejor memorial* de las presuntas víctimas en la citada competencia.

Asimismo, se acordó homenajear a la delegación de HNMUN-UCAB que participó en la 63ª edición del Modelo de Naciones Unidas de la Universidad de Harvard (HNMUN). Esta delegación tuvo una muy destacada participación, pues mereció los reconocimientos a la Mejor Delegación Internacional y Mejor Delegación del Modelo de Naciones Unidas de la Universidad de Harvard; además de ser premiados en catorce de los dieciséis comités en los que participaron.

5. Dentro de los foros y jornadas promovidos en este año, podemos destacar la *lección Inaugural* a cargo del profesor Jesús María Casal, llevada a cabo en octubre de 2016 y que se publica en esta Revista. Asimismo, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad, dirigido por el profesor Miguel Mónaco realizó una video conferencia sobre los acuerdos de paz en Colombia, en el que participó la profesora Juanita Goebertus, de la Universidad de Los Andes.

En diciembre de 2016 el Centro de Derechos Humanos, patrocinado por la Embajada del Reino Unido e Irlanda del Norte, realizó un evento sobre *El Origen y Evolución del Sistema Universal de Derechos Humanos*. En ese mismo mes se efectuó un foro sobre *Justicia Transicional con Garantía de Paz en Proceso de Cambio Político*, organizado por Asociación Civil Paz Activa, y en el que participaron como ponentes profesores de nuestra Facultad, así como el foro *Derechos Humanos y Democracia en Latinoamérica*, organizado por el Centro de Derechos Humanos.

En enero de 2017 se realizaron las *IV Jornadas de Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos*, así como la *Jornada de Actualización de Derecho de Seguros*. En ese mes tuvo lugar la charla *Una Mirada al Sistema Constitucional Británico*, con el apoyo de la Embajada Británica.

En marzo de 2017 se realizó la Asamblea de nuestra Facultad, en la cual se debatieron temas académicos de interés, pero en especial, las implicaciones jurídicas, políticas y sociales del acontecer venezolano. A partir de ese mes la Facultad, junto a otras instituciones de la Universidad, participó activamente en actividades académicas orientadas a exponer las reiteradas violaciones a la Constitución y a los derechos humanos en Venezuela, especialmente, luego de la convocatoria –y elección– de la ilegítima asamblea nacional constituyente.

De igual manera, en junio de 2017 se realizaron las *Jornadas José Araujo Juárez de Derecho Administrativo*, organizadas en el marco de la Especialización de Derecho Administrativo.

III

En cuanto a las estadísticas, para el período académico 2016-2017 podemos resumir los siguientes datos de interés:

1. El cuerpo de profesores de la Facultad estuvo integrado por 203 profesores en la Escuela de Caracas y 48 en la Escuela de Guayana, tanto en estudios de pre-grado como en estudios de post-gradados.

2. En este período se culminaron estudios un total de 154 estudiantes en la Escuela de Caracas y 56 en la Escuela de Guayana, cuyos integrantes se acompañan como anexo de la presente crónica.

III

El período académico 2015-2016 coincidió con una de las etapas más delicadas de la crisis venezolana, especialmente, desde la perspectiva del Estado de Derecho. Así, a inicios de ese período el Consejo Nacional Electoral decidió suspender ilegítimamente el referendo revocatorio presidencial, mientras que el final de tal período coincidió con la fraudulenta elección de la ilegítima asamblea nacional constituyente. Entre esos dos eventos, se desató una feroz represión en contra de las manifestaciones pacíficas desarrolladas en Venezuela, con un lamentable saldo de heridos, fallecidos y detenidos. El abuso de poder registrado en esta etapa afectó de manera especial a la autonomía universitaria y la vida académica del país, como lo evidenció la violación de la autonomía de la Universidad Católica Andrés Bello en su sede Guayana, hecho que fue objeto de un contundente comunicado de rechazado por parte del Consejo.

El Consejo de la Facultad, mediante comunicados, se pronunció sobre los eventos más importantes relacionados con esa crisis, reiterando la sistemática violación del Estado de Derecho y de los derechos humanos. Podemos destacar los siguientes comunicados:

ACTA N° 822 del 12/9/2016
COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA DICTADA EN FECHA 2 DE SEPTIEMBRE DE 2016 POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LA NULIDAD DE TODOS LOS ACTOS EMANADOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL
COMUNICADO SOBRE LA DETENCIÓN DEL ABOGADO YON GOICOECHEA
ACTA N° 823 del 26/9/2016
COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA DICTADA EN FECHA 2 DE SEPTIEMBRE DE 2016 POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LA NULIDAD DE TODOS LOS ACTOS EMANADOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL.
ACTA N° 825 del 24/10/2017
COMUNICADO ACERCA DE LA SENTENCIA N.º 814 DEL 11 DE OCTUBRE DE 2016 DICTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
COMUNICADO ACERCA DE LA SENTENCIA N.º 147 DEL 17 DE OCTUBRE DE 2016 DICTADA POR LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA DICTADA EN FECHA 2 DE SEPTIEMBRE DE 2016 POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LA NULIDAD DE TODOS LOS ACTOS EMANADOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL.
ACTA N° 827 del 21/11/2016
COMUNICADO SOBRE LAS SENTENCIAS NROS. 938/2016, 939/2016 y 948/2016 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
ACTA N° 830 del 30/01/2017
COMUNICADO DE RECHAZO AL ROBO OCURRIDO EN EL PALACIO DE LAS ACADEMIAS
ACTA N° 831 del 13/02/2017
COMUNICADO ACERCA DE LA SENTENCIA N.º 7 DEL 26 DE ENERO DE 2017, DICTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
ACTA N° 833 del 06/03/2017
COMUNICADO SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y DE CÁTEDRA, Y LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL PROFESOR JUBILADO SANTIAGO GUEVARA GARCÍA.

ACTA N° 834 del 20/03/2017
COMUNICADO SOBRE LA CREACIÓN DE LA FUNDACIÓN DEL ESTADO MISION JUSTICIA SOCIALISTA, CREADA MEDIANTE DECRETO NÚMERO 2.718 (G.O N.° 41.090, DE FECHA 7 DE FEBRERO DE 2017) - Diferido-
ACTA N° 835 del 31/03/2017 EXTRAORDINARIO
COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA N.° 155, DE FECHA 28 DE MARZO DE 2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA N.° 156, DE FECHA 29 DE MARZO DE 2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
ACTA N° 837 del 02/05/2017
COMUNICADO SOBRE EL RECHAZO AL EJERCICIO ABUSIVO Y DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA EN LAS MANIFESTACIONES PACÍFICAS REALIZADAS EN LAS ÚLTIMAS SEMANAS
COMUNICADO SOBRE EL RECHAZO A LA DECISIÓN DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE DENUNCIAR LA CARTA DE LA OEA
COMUNICADO SOBRE LA CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE
ACTA N° 839 del 30/05/2017
COMUNICADO SOBRE LA VIOLACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA DE LA SEDE DE UCAB-GUAYANA POR PARTE DE EFECTIVOS DE LA GUARDIA NACIONAL BOLIVARIANA DEL 16 DE MAYO DE 2017, Y LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL PROFESOR MARCOS VALVERDE Y DEL ESTUDIANTE NELSON NAVAS.
COMUNICADO SOBRE LAS SENTENCIAS NROS. 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371 Y 372 DEL 24 DE MAYO, Y SENTENCIA N.° 373 DE 25 DE MAYO, TOTA DE 2017, POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, MEDIANTE LAS CUALES SE ADMITIERON LAS DEMANDAS DE INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS INTERPUESTAS EN CONTRA DE LOS ALCALDES DE LOS MUNICIPIOS BARUTA, CARRIZAL, LOS SALIAS, EL HATILLO, CHACAO (TODOS DEL ESTADO MIRANDA), ALBERTO ADRIANI, LIBERTADOR, CAMPO ELÍAS (DEL ESTADO MÉRIDA) Y SUCRE (ESTADO MIRANDA).
COMUNICADO SOBRE EL DECRETO N° 2.878 PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 41.156 DE FECHA 23 DE MAYO DE 2017, EL GOBIERNO NACIONAL DICTÓ LAS <i>“BASES COMICIALES PARA LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.</i>

COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA N° 355/2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL, POR LA CUAL CONCLUYÓ QUE EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA JUSTIFICA ELIMINAR EL DERECHO AL SUFRAGIO PARA LA ELECCIÓN DE CARGOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR.
ACTA N° 840 del 01/06/2017 EXTRAORDINARIA
COMUNICADO SOBRE SENTENCIA N.° 378 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO JUSTICIA
ACTA N° 842 del 13/06/2017
COMUNICADO EN RECHAZO A LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL NÚMERO 441 DEL 7 DE JUNIO de 2017 y RATIFICACIÓN DEL RECHAZO A LA SENTENCIA NÚMERO 378 de 2 DE MAYO DE 2017.
ACTA N° 845 del 25/07/2017
COMUNICADO EN RECHAZO A LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL PROFESOR ÁNGEL ZERPA APONTE

Debido a su interés académico, en esta Revista se incluyen los textos completos de diversos comunicados que resumen la opinión jurídica del Consejo de la Facultad. Así, se incluyen los comunicados acerca *de la sentencia N.° 147 del 17 de octubre de 2016 dictada por la sala electoral del tribunal supremo de justicia; sobre la sentencia dictada en fecha 2 de septiembre de 2016 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la nulidad de todos los actos emanados de la asamblea nacional; sobre la autonomía universitaria y de cátedra, y la detención arbitraria del profesor jubilado Santiago Guevara García; sobre las sentencia N.° 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; sobre el rechazo al ejercicio abusivo y desproporcionado de la fuerza en las manifestaciones pacíficas realizadas en las últimas semanas; sobre la convocatoria a una asamblea nacional constituyente; sobre la violación de la autonomía universitaria de la sede de Ucab-Guayana por parte de efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana del 16 de mayo de 2017, y sobre la detención arbitraria del profesor Marcos Valverde y del estudiante Nelson Navas, y el rechazo a la detención arbitraria del profesor Ángel Zerpa Aponte.*

ANEXO
Listado de graduandos del curso 2016-2017
Escuela de Caracas

Nro	Apellidos, Nombres
1	Acosta Bolivar, Rosana Katerine
2	Acosta Rivas, Valentina María
3	Aguirre Quintero, Angélica Lourdes
4	Albornoz Caraballo, Luisana Del Valle
5	Alfonzo León, Inés Lizkeith
6	Amundaraín Rodríguez, María Isabel
7	Aneas González, Isabela
8	Angulo Rujano, Loumar Veronica
9	Aponte Ortiz, Roberto
10	Aray Diaz, Madelein
11	Arocha Canelón, María Fernanda
12	Basalo Paris, Mariana
13	Bedoya Martínez, Omar Adrián
14	Beens Sánchez, Ana Gabriela
15	Bou Panza, Elizabeth Daniela
16	Boutros Khouri, Jhon Elias
17	Camizán, Danila María
18	Cañizares Cañizales, Barbara Carolina
19	Carrasco Ortega, Dayahana América
20	Cazzadore Garcia, Elizabeth
21	Ceballos Bello, Oscar Rafael
22	Centeno Garcia , Joselyn Carolina
23	Cerboni Barreto, Santiago
24	Colmenares Guarema, Jesus Mikjail
25	Colmenarez Rodríguez, Andrea Pierina
26	Contreras Cantillo, Johanna Angélica
27	Contreras, Génesis Maglery
28	Cordova Marquez, Yelioscaris

29	Cova Pinto, Luis Miguel
30	Cuberos Duque, Ulises Jesus
31	D' Andrea Cañas, Mario Jose
32	Da Gama Da Silva, Nancy
33	De Abreu Sá, Katherine Aymmé
34	Díaz Díaz, Jorge Alejandro
35	Dib Aranda, Dana Yulissa
36	Escalona Serrano, Elvira Helena
37	Esis Parra, Gustavo Antonio
38	Farese Angiuli, Isabella
39	Faroh Chavez, Jorge Andrés
40	Fernandes Elorza, Arantza
41	Fernández Almarza, Franklin Enrique
42	Finlay Damiani, Stephanie Gisselle
43	Fiol Nouveau, Jean-luc
44	Garbán Hernández, Andrés Alejandro
45	García Benarroch, Raquel Alejandra
46	García Quintana, Enmilu Karina
47	García Rivas, José Alejandro
48	Garnica Bonalde, Julia Domiailyn Tibisay
49	Goicoechea Muñoz, Ana Karina
50	Gomes León, María Betania
51	Gómez Salazar, Marco Antonio
52	Gómez Sosa, Nohely De Los Angeles
53	Goncalves Vieira, Jaqueline
54	González Betancourt, Marielys Del Carmen
55	Gonzalez Ramirez, Enrique J
56	Guerra Azuaje, Argenis Andrés
57	Gullo Porco, Valeria
58	Guzman Moros, Victoria Eugenia
59	Hernández Guatache, Railen Alejandro
60	Hernández Linares, Génesis Alexandra

61	Hernández Oliveros, Levis Thomas
62	Hernández Quintero, Rabsaris Asquenis
63	Hernández Sotillo, Joskarlys Grizel
64	Hernández Torres, Daniel Alejandro
65	Iermieri Araujo, Valentina
66	Infante Materano, Rubi Doraimis
67	Kabalan Boutros, José Antonio
68	Lara Blanco, Javier Armando
69	Larrazábal León, Luis Antonio
70	Lauriola González, Paola
71	León Rodríguez, Luis Arturo
72	Liendo Briceño, Alberto José
73	López Bellorín, Luis César
74	López Blanco, Irina Alexandra
75	López Delgado, Luis Enrique
76	López Meza, Luis José
77	Manrresa Vazquez, Claudia Karina
78	Martí Granadillo, Carlos Eduardo
79	Martínez Adrian, Luisa Amelia
80	Martínez Morón, Emily Oneida
81	Martínez Seguí, Mariana
82	Mata Frontado, Genesis Rubeli
83	Medina Medina, Jorge Luis
84	Medina Nieto, Yessika Andreina
85	Michelena Semidey, José De Los Santos
86	Mok Wu, Vicente Wei Ning
87	Molina Rojas, Kimberlyn Geraldine
88	Moreno Bolívar, Deinelly Carolina
89	Moros Aboud, Andrea Carolina
90	Muci Richa, Jose Antonio
91	Natera Moreno, Jose Angel
92	Niño Bernal, Dayana Carolina

93	Núñez González, Miguel Enrique
94	Núñez Jesús, Andrea Bret
95	Ortega Mejia, Naibe Andreina
96	Palencia Prato, Viviana Alejandra
97	Palomo Fleming, Alba Gabriela
98	Parasole Peraza, Yesenia Asuncion
99	Pascas Mendoza, Roberto Israel
100	Patiño Hernández, Oscar Ernesto
101	Peña, Carolina Edith
102	Pérez Peñuela, Andreína
103	Pérez Ramírez, John Alexander
104	Pérez Verde, Mairim Del Carmen
105	Pérez-segnini Borjas, Pedro Pablo
106	Primera Veracierta, Belismar Yuskency
107	Quevedo Patiño, Nastia Beatriz
108	Quintero Castro, Daniela Alejandra
109	Quintero Mejicano, Yerliana Marilin
110	Ramírez Mendoza, Esthefany Katherine
111	Ramos Marcano, Johalis Yenireth
112	Rangel Arvelo, Sasha Karelia
113	Rengifo Gonzalez, Marianne
114	Requena Figueira, Raul Alejandro
115	Reyes Aparicio, Yarid Ernys
116	Reyes Olivo, Andrea Alejandra
117	Rodrigues Figueira, Viviana Alejandra
118	Rodríguez Guadarrama, Marialaura
119	Rodríguez Mejias, Noelia Jose
120	Rodríguez Montero, María De Los Angeles
121	Rodríguez Vallenilla, José Francisco
122	Romantini León, Adriana Meiley
123	Romero Carrillo, Marco Vinicio
124	Romero Valerio, Karla Del Valle

125	Roncayolo Brillembourg, Luis Antonio
126	Rondón Olivares, Kemberly Sofia
127	Roo Turmero, Alyolis Del Valle
128	Rosario Cadevilla, Samuel Jose
129	Salegui D Leon, Maria Graciela
130	Santiago Rios, Mariela Coromoto
131	Saritama Atopo, Gerson Humberto
132	Savani Van Woerkom, Stefano Daniel
133	Scolaro Pereira, Mariana Karina
134	Serrano Rosas, Jeadiser Jesús
135	Sierra Rivas, Miguel Alejandro
136	Sierra Vanegas, Génesis Desiree
137	Socorro Márquez, Diana Carolina
138	Sorondo Climastone, David José
139	Sotillo Santaniello, Carlos Vicente
140	Suárez Pérez, Alice Judith
141	Terán Medina, Gustavo Adolfo
142	Toledo Pérez, Karen Alejandra
143	Vallenilla Gutiérrez, Estefany Carolina
144	Vargas Chávez, Daniela Alejandra
145	Vargas Palencia, Carlos Eduardo
146	Varvaro Castro, Andrea Stefanía
147	Velásquez Toro, Daijar Andrea
148	Villegas De Camargo, Marco Aurelio
149	Vogeler Machado, Ernesto Eugenio
150	Wallis Hernández, Fabiana Isabel
151	Wulff Bracht, Andreina Patricia
152	Yanez Guerra, Yugeilys Del Carmen
153	Zapata Soto, Maria Alejandra
154	Zerpa Salazar, Vilma De Jesús

Escuela de Guayana

Nro	Apellidos, Nombres
1	Adrián Bardaro, Adrianny Fabiola
2	Angeli Valdez, Mariangi Carolina
3	Astudillo Pedriquez, Valentina Del Valle
4	Baron Garcia, Gabriela Alejandra
5	Bennassar Dasilva, Kenia Darley Adelaide
6	Benzaly Mata, Mariana Del Valle
7	Bermudez López, María Angelica
8	Blanco, José Miguel
9	Brito Brito, Otilia Desiree
10	Carrillo Villalbas, Glendys Romina
11	Castillo Salazar, David Abraham
12	Cordero Garcia, Andrea Fabiana
13	Cordero, Jonathan Esequiel
14	Cordova Rojas, Fabiola Anais
15	De Leon Thaireaux, Carla Cristina
16	Díaz Hadjar, Omar Andrés
17	Díaz Salazar, Dines Alejandra
18	Figueira Mollegas, Francisco Javier
19	Gutiérrez García, María Fernanda
20	Gutierrez Nadales, Robnny José
21	Guzman Urrea, Maria Laura
22	Hernández López, Isaac Edmundo
23	Hernández Rodríguez, Iviana
24	Kabeche Zambrano, Juan Carlos
25	Lyon Bonucci, Bettina Andrea
26	Macías Ydrogo, Robert Francisco
27	Maestre Salazar, Mariana Alejandra
28	Manzano Martínez, Moysés José

29	Marquez Garcia, Gefry Jose
30	Moncada Ramos, Estefania
31	Monsalve Flores, Ramón Antonio Jr
32	Morales Fernández, Daniela Victoria
33	Morales Ramírez, Anthony Camilo
34	Morillo Rea, María Isabel
35	Núñez Naveda, Gianmarco Jesús
36	Ortegado Rodríguez, Andreína del Valle
37	Ortiz García, Adriana Celeste
38	Rebón León, Sthefany Ines
39	Rengel Puga, Maria Alejandra
40	Rivas Farfan, Angelis Susana
41	Rivero Díaz, Omar Andrés
42	Rivero Machado, Estephany Milagros
43	Rodríguez Linares, Orlando Rafael
44	Rodríguez Mata, Wylmer Dayan
45	Rodríguez Ruiz, Oswaldo José
46	Rosales Silva, Luis Alejandro
47	Ruiz Díaz, Vanessa Carolina
48	Sánchez García, María Fernanda
49	Silva Rodríguez, Daymar Aminta
50	Solis Rubio, Andrea Carolina
51	Torrealba Prato, Pedro Francisco
52	Urdaneta Niño, Skharla Dayyana
53	Vallejo Betancourt, Marialaura
54	Villahermosa Martínez, Liliangels Orianni
55	Yegres Rodríguez, Sara Alejandrina
56	Zamora Arias, Lizmarvis Del Valle

COMUNICADO ACERCA DE LA SENTENCIA N.º 147 DEL 17 DE OCTUBRE DE 2016 DICTADA POR LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho
Consejo de la Facultad
A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

El deber que corresponde a las universidades en la orientación de la vida del país mediante su contribución en el esclarecimiento de los problemas nacionales, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Universidades, y artículo 6, ordinal 2º, del Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello.

Considerando

Que el 17 de octubre de 2016, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia profirió la sentencia n.º 147/2016, mediante la cual determinó que la convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República. La falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nugatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial.

Considerando

Que en el aludido fallo, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia limita el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, al interpretar que el circuito electoral para ejercer el derecho al revocatorio del Presidente de la Re-

pública está constituido por las circunscripciones políticas tomadas aisladamente, y no todo el Territorio Nacional.

Resuelve

Primero: Rechazar rotundamente la sentencia n.º 147/2016 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, pues la misma viola abiertamente la Constitución de la República, en virtud de que para la elección del Presidente de la República se computan los votos emitidos en todo el Territorio Nacional, independientemente de la circunscripción política, lo que constituye una grave violación para el ejercicio de los derechos constitucionales, atinentes a la institucionalidad democrática.

Segundo: Reafirmar el respeto más absoluto a los derechos ciudadanos garantizados por la Constitución de la República, los que deben ejercerse sin trabas ni condicionamientos que no estén establecidos en las leyes.

Aprobado en Caracas, a los veinticuatro (24) días del mes de octubre de dos mil dieciséis (2016), en la sesión n.º 825 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA DICTADA EN FECHA 2 DE SEPTIEMBRE DE 2016 POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LA NULIDAD DE TODOS LOS ACTOS EMANADOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL.

El Consejo conoció la propuesta del comunicado sobre la sentencia dictada en fecha 2 de septiembre de 2016 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Visto y analizada la propuesta, este Cuerpo aprobó el siguiente comunicado el cual quedó redactado en los términos que de seguida se señalan:

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

El deber que corresponde a las universidades en la orientación de la vida del país mediante su contribución en el esclarecimiento de los problemas nacionales, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Universidades, y artículo 6, ordinal 2°, del Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello.

Considerando

Que el 2 de septiembre de 2016, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia n.º 808/2016, en la cual falló sobre la solicitud de control previo de la constitucionalidad que ejerció el Presidente de la República contra la Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro.

Considerando

Que el 21 de septiembre de 2016, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia n.º 818/2016, en la cual declaró la constitucionalidad del Decreto n.º 2.452, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional.

Considerando

Que la Sala Constitucional, en dichas sentencias, dictaminó que la Asamblea Nacional descató los fallos de la Sala Electoral en relación con la suspensión y consecuente orden de desincorporación -por medida de amparo cautelar- de los diputados en representación del estado Amazonas y, en virtud de ello, declaró “la nulidad por inconstitucionalidad de todas las actuaciones de la Asamblea Nacional mientras persista tal situación de antijuridicidad”.

Resuelve

Primero: Afirmar, contrario al criterio de la Sala Constitucional, que los actos de la Asamblea Nacional -al margen de la validez o invalidez de la incorporación de los diputados democráticamente elegidos por los ciudadanos del estado Amazonas- son plenamente válidos, siempre que se cumplan los extremos del procedimiento para la formación de las leyes y demás actos del Poder Legislativo, establecidos en la Constitución y el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. Asimismo, una interpretación ponderada y razonable de la Constitución exige que la nulidad de las Leyes y demás decisiones de la Asamblea, por vicios del procedimiento en su formación, no puede derivarse de hipotéticas irregularidades en la cualidad de un número ínfimo de miembros del Parlamento. Es también un principio fundamental de la teoría general de los actos jurídicos que la pretendida ilegitimidad de una minoría no determinante en la formación de la voluntad de un cuerpo colegiado no compromete la integridad de las decisiones de este.

Segundo: Rechazar rotundamente las sentencias n.º 808/2016 y 810/2016 de la Sala Constitucional, pues esas sentencias violan, hasta el grado de hacer nugatorio, el principio de la representación popular, como piedra angular del sistema democrático de gobierno, todo lo cual supone una grave amenaza para la vigencia del Estado de Derecho y la institucionalidad democrática.

Tercero: Reafirmar el más absoluto rechazo a la conducta reiterada y sistemática de bloqueo de la labor institucional de la Asamblea Nacional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en tanto esa Sala se ha excedido en el ejercicio de sus funciones, al punto de pretender desconocer a la Asamblea Nacional, único órgano de representación nacional.

Cuarto: Rechazar, de igual modo, el inexcusable retardo judicial por parte de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en el trámite de la causa en contra de los diputados del estado Amazonas, el cual ha derivado en una lesión grave a los derechos de participación de todos los habitantes de Amazonas y, especialmente, a los derechos de nuestros pueblos indígenas.

COMUNICADO SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y DE CÁTEDRA, Y LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL PROFESOR JUBILADO SANTIAGO GUEVARA GARCÍA.

El Consejo conoció la propuesta de comunicado presentado por la Directora de Postgrado de Derecho, **profesora Ninoska Rodríguez** y la **profesora Daniela Urosa**, sobre la autonomía universitaria y de cátedra, y la arbitraria detención del profesor jubilado Santiago Guevara García. Visto y analizado el proyecto de comunicado, este Cuerpo aprobó el mismo el cual quedó redactado en los siguientes términos:

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

El deber que corresponde a las Universidades en la orientación de la vida del país mediante nuestra contribución en el esclarecimiento de los problemas nacionales, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Universidades, y artículo 6, ordinal 2°, del Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello,

Considerando

Lo que representa para el Estado de Derecho el derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 49 constitucional conforme al cual *el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad, toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley,*

Considerando

Lo que representa para el Estado Derecho la salvaguarda de los derechos y principios fundamentales previstos en la Constitución, dentro de los cuales se consagra el principio establecido en el artículo 109 constitucional, conforme el cual *el Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite*

a los profesores, estudiantes, egresados de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Siendo su más genuina expresión la autonomía pedagógica, la cual se ha definido como aquella autonomía a través de la cual a la Universidad junto con sus profesores les corresponde decidir qué se ha de enseñar o investigar, cuánto hay que enseñar o investigar, cómo hay que enseñar o investigar, con quién o con quiénes hay que enseñar o investigar, autonomía que es, en definitiva, garantía del derecho a la educación. En consecuencia, cualquier actuación por parte de los órganos de seguridad del Estado que menoscabe el ejercicio de esa autonomía universitaria implica además una lesión al derecho a la educación,

Considerando

Lo que representa para el Estado de Derecho el deber de los cuerpos de seguridad del Estado de respetar la dignidad y los derechos humanos de todas las personas, conforme lo establecido en el artículo 55 constitucional. Quedándole expresamente atribuido el deber de observar el derecho que *toda persona tiene a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas,*

Considerando

Lo que representa para el Estado de Derecho el respeto del derecho fundamental de toda persona a su integridad física, psíquica y moral, previsto en el artículo 46, constitucional, y conforme el cual todo funcionario público que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley,

Considerando

Lo que representa para el Estado de Derecho el respeto del derecho fundamental a la libertad personal, previsto en el artículo 44 constitucional, y en consecuencia la obligación de que esa libertad solo puede ser privada por orden judicial salvo casos de flagrancia, la obligación de la autoridad competente de llevar un registro público de toda detención realizada, así como del derecho de toda persona de comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, y éstos, a su vez, de ser informados del lugar donde se encuentra la persona dete-

nida, ser notificados inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o con el auxilio de especialistas,

Acuerda

Primero: Rechazar cualquier acto arbitrario de órganos del Estado que desconozca el derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 49 constitucional, que impida el derecho a ser juzgado por el juez natural y sin el cumplimiento de las garantías y formalidades de manera expresa establecidas en el referido artículo constitucional.

Segundo: Exigirle a los cuerpos de seguridad del Estado, el deber de respetar la dignidad y los derechos humanos de todas las personas, establecido en el artículo 55 constitucional, conforme al cual es deber de los órganos de seguridad garantizar la protección de los ciudadanos ante situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física y sus propiedades, el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Por otra parte, dicho artículo expresa, en su último párrafo, que los cuerpos de seguridad deben respetar la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. Por lo que la función de seguridad debe estar dada por la garantía de la libertad y de la paz social, en lugar de la amenaza a los derechos de la persona y su dignidad.

Tercero: Ratificar que, en el mismo orden de importancia a lo anterior, se exige a quienes cumplen funciones públicas como titulares de los órganos y entes del Estado, el respeto y reconocimiento a la autonomía universitaria, así como el efectivo alcance de la misma mediante el respeto a cada uno de sus miembros al ejercer en la Cátedra la libertad de pensamiento, la cual exige la posibilidad de expresarla, comunicarla y enseñarla.

Cuarto: Exigirle a la Defensoría del Pueblo y a la Fiscalía General de la República, su actuación autónoma e independiente, y en consecuencia acorde a los fines establecidos en la Constitución, de manera de actuar eficazmente en el restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales vulnerados mediante la detención arbitraria del profesor jubilado de la Universidad de Carabobo, **Santiago Guevara García**. Actuación que exigimos conforme el mandato constitucional que les ha sido atribuido en los artículos 280; 281, numeral 1; y, 285, numeral 1, respectivamente.

Quinto: rechazar cualquier decisión o actuación de los cuerpos de seguridad del Estado y órganos del Sistema de Administración ante detenciones o privaciones de libertad, sin observar derecho a la dignidad de la persona y debido proceso.

COMUNICADO

Aprobado en Caracas, a los seis (6) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017), en la sesión n.º 833 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA N.º 155, DE FECHA 28 DE MARZO DE 2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

Que el 28 de marzo de 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia n° 155, en la cual se admitió y declaró con lugar -sin abrir contradictorio ni permitir el derecho a la defensa de las partes involucradas- la demanda de nulidad que por razones de inconstitucionalidad intentó el Diputado Héctor Rodríguez Castro contra el acto parlamentario aprobado por la Asamblea Nacional en fecha 21 de marzo de 2017, que contiene el “Acuerdo sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela”.

Considerando

Que la sentencia declaró la nulidad absoluta del referido acto parlamentario con fundamento en la condición de “*permanente desacato*” en el que, a su decir, se encuentra la Asamblea Nacional, en virtud del supuesto incumplimiento de ese órgano legislativo a las sentencias de la Sala Electoral y de esa Sala Constitucional, que en el año 2016 ordenaron la desincorporación de los Diputados a la Asamblea Nacional electos por el Estado Amazonas.

Considerando

Que la sentencia también basó la nulidad del acto parlamentario impugnado en una declaratoria de “*traición a la patria*” por parte de la Asamblea Nacional para lo cual señaló que “*existe una conducta que desconoce gravemente los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, como son la paz, la independencia, la soberanía y la integridad territorial, los cuales constituyen actos de ‘Traición a la Patria’*”, y que por ende esa Sala debe “*ordenar se tomen medidas de alcance normativo erga omnes, a fin de propender a la estabilidad de la institucionalidad republicana*”.

Considerando

Que la sentencia ordenó, además, iniciar de oficio un “*proceso de control innominado de la constitucionalidad*”, para lo cual expresó que “... *que luego de dictado el acto declarado nulo en esta sentencia, han venido ocurriendo otras acciones e, incluso, omisiones, que también pudieran atentar de forma especialmente grave...*” contra la Constitución y “*la estabilidad de la República, de la Región y de la más elemental noción de justicia universal*”. No obstante, no se especifican cuáles son los referidos actos o acciones objeto del proceso de nulidad iniciado de oficio por la Sala Constitucional.

Considerando

Que a pesar de tratarse de una sentencia con carácter de definitiva, pues resuelve el fondo del asunto *in limine litis*, se dictaron medidas cautelares del siguiente tenor: (i) se ordena al Presidente de la República “*proceda a ejercer las medidas internacionales que estime pertinentes y necesarias para salvaguardar el orden constitucional... (...) tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción...*” y revise excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva penal y militar allí señalada; (ii) se ordena al Presidente de la República “*evalúe el comportamiento de las organizaciones internacionales a las cuales pertenece la República, que pudieran estar desplegando actuaciones similares a las que ha venido ejerciendo el actual Secretario Ejecutivo de la Organización de Estados Americanos (OEA)...*”.

Considerando

Que la sentencia declaró en relación con la inmunidad parlamentaria, que ésta “*sólo ampara, conforme a lo previsto en el artículo 200 del Texto Fundamental, los actos desplegados por los diputados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (lo que no resulta compatible con la situación actual de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional) y, por ende, en ningún caso, frente a ilícitos constitucionales y penales (flagrantes)*”.

Considerando

Que en ejercicio de las potestades que le corresponden a las Universidades en la orientación del país respecto a los problemas nacionales mediante su contribución doctrinaria, así como inspirar la enseñanza en un espíritu definido de democracia, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Universidades, y artículo 6, ordinales 2° y 4° del Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello, y ante la gravedad que implica dicha decisión para el orden constitucional, los

valores democráticos y el respeto a los canales institucionales, conforme a los cuales deben resolverse los asuntos de interés nacional;

Resuelve

Primero: Ratificar el expreso rechazo que este órgano universitario ha manifestado en anteriores comunicados en relación a la postura asumida de forma reiterada por la Sala Constitucional, en el sentido de que todos los actos y actuaciones de la Asamblea Nacional, incluyendo la elección de su actual Junta Directiva efectuada el 5 de enero de 2017 y cualquier acto futuro son nulos de nulidad absoluta, en virtud de un supuesto “permanente desacato” de ese órgano legislativo a las sentencias de la Sala Electoral y de esa Sala Constitucional, que en el año 2016 ordenaron la desincorporación de los Diputados a la Asamblea Nacional electos por el Estado Amazonas. Debe insistirse que aun en el supuesto de que existiese tal desacato judicial, la consecuencia procesal del mismo no podría nunca ser la nulidad absoluta de todos los actos y actuaciones, presentes o futuros, del Poder Legislativo Nacional, sino (a lo sumo) la nulidad del voto de aquellos parlamentarios supuestamente “mal incorporados” a la Asamblea o bien la imposición de multas coercitivas hasta tanto ese órgano del Poder Público cumpla la sentencia, tal como dispone el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Segundo: Ratificar el rechazo de las graves consecuencias de esa declaratoria de desacato, como lo es la nulidad de todos los actos que dicte la Asamblea Nacional, en este caso concreto, el acto parlamentario sin forma de Ley que contiene el *“Acuerdo sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela”* aprobado por la Asamblea Nacional en fecha 21 de marzo de 2017.

Tercero: Rechazar que esa decisión de nulidad absoluta se fundamente, además, en una declaratoria de “traición a la patria” con base en expresiones de índole política absolutamente ajenas al control jurídico al que debe atenerse la Sala Constitucional en tanto órgano de la jurisdicción constitucional. En otros términos, el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del Poder Público de rango legal, como es el que se impugnó en este caso, solo procede por razones de índole jurídica, cuando el acto en cuestión colide con una norma constitucional, no así por razones políticas ni de mérito, las cuales no puede ni debe considerar el juez constitucional. No hay, en consecuencia, motivación jurídica alguna en la declaratoria de “traición a la patria” que sustenta la sentencia n° 155/2017.

Cuarto: Rechazar el abuso de las potestades jurisdiccionales de la Sala Constitucional, la cual inicia de oficio un “control innominado de constitucionalidad” respecto de actos que no identifica con certeza, señalando únicamente que se trata de “*otras acciones*” que “*han venido ocurriendo (...) e, incluso, omisiones, que también pudieran atentar de forma especialmente grave contra el sistema de valores, principios y normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y, en fin, contra la estabilidad de la República, de la Región y de la más elemental noción de justicia universal*”. El carácter innominado puede profesarse respecto de pretensiones y medidas procesales no tipificadas previamente en la Ley, pero no puede ser excusa para dar inicio a juicios de nulidad de actos no identificados expresamente, lo que se traduce en una clara violación al derecho a la defensa y al debido proceso, pues se desconoce quiénes son los sujetos demandados, quiénes los terceros interesados, cuáles las actuaciones eventualmente anuladas y por ende cuál es el objeto del litigio.

Quinto: Rechazar las medidas cautelares acordadas en la sentencia n° 155/2017 porque violan la esencia procesal de toda medida cautelar, que no es más que un proveimiento preventivo dictado en el curso de un juicio a fin de evitar daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva. En este caso concreto, siendo que la sentencia que se dicta tiene carácter de definitiva porque resuelve el fondo del asunto, mal cabe dictar medidas cautelares que evidentemente tendrán carácter intemporal, irreversible y no provisional, como corresponde a estas decisiones preventivas.

Sexto: Rechazar tales medidas cautelares además por razones de fondo, en tanto implican órdenes al Poder Ejecutivo sobre la función de dirección de las relaciones internacionales, de exclusivo ejercicio por parte de ese Poder (artículo 236, numeral 4 de la Constitución); implican también la adopción de las medidas generales de índole económica, militar, penal, administrativa, política, jurídica y social “*que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción*” sin basamento constitucional para ello y, especialmente, en tanto implican el otorgamiento al Ejecutivo de funciones legislativas exclusivas del Poder Legislativo, incluidas materias de la estricta reserva legal formal, como lo es la materia penal. Ello se traduce en una abierta usurpación de la función legislativa que es exclusiva de la Asamblea Nacional, por ende en una violación del Estado de Derecho y de dos de sus pilares fundamentales, como lo son el principio de separación de poderes y el principio de legalidad. Ni aun siquiera en casos de estado de excepción podría el Presidente de la República ejercer esa facultad legislativa, pues como dispone el artículo 339 de la Constitución de 1999, en el estado de excepción no se inte-

rumpe el funcionamiento normal de los órganos del Poder Público, incluyendo la función legislativa.

Séptimo: Rechazar la declaratoria de la sentencia en relación con la inmunidad parlamentaria, pues resulta contraria al artículo 200 de la Constitución, en virtud del cual los Diputados gozan de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y precisamente en ejercicio de tales funciones fue que se aprobó el acto parlamentario sin forma de ley que se anula en la sentencia n° 155/2017.

Octavo: Ratificar que la Sala Constitucional desconoce el principio de supremacía constitucional del cual es responsable en su condición de órgano titular del ejercicio del control jurídico del Poder, al negarle y vetarle con evidente arbitrariedad, a la Asamblea Nacional su condición de órgano constitucional y en consecuencia la titularidad de la función legislativa y del control político parlamentario.

Noveno: Reiterar que exigimos a los demás órganos del Poder Público reconocer y respetar en sus decisiones el principio de supremacía constitucional (artículo 7, constitucional), principio de separación de poderes (artículo 136, constitucional), y debido proceso (artículo 49, constitucional), postulados inescindibles del Estado de Derecho y a los cuales debe estar sometido su ejercicio, determine o fundamente sus decisiones como es el caso de la citada sentencia número 155 del 28 de marzo de 2017.

Aprobado en Caracas, a los treinta y un días (31) del mes de marzo dos mil diecisiete (2017), en la sesión n.º 835 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

COMUNICADO SOBRE LA SENTENCIA N.º 156, DE FECHA 29 DE MARZO DE 2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

Que el 29 de marzo de 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia n° 156, en la cual se admitió y decidió en cuanto al fondo el recurso de interpretación planteado el día 28 del mismo mes y año, por la Corporación Venezolana de Petróleo (CVP) sobre el contenido y alcance de los artículos 187, numeral 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Considerando

Que la sentencia ratificó su criterio en relación a la condición de “*permanente desacato*” en el que, a su decir, se encuentra la Asamblea Nacional en virtud del supuesto incumplimiento de ese órgano legislativo a las sentencias de la Sala Electoral y de esa Sala Constitucional, que en el año 2016 ordenaron la desincorporación de los Diputados a la Asamblea Nacional electos por el Estado Amazonas.

Considerando

Que la sentencia declaró, como consecuencia de la ratificación del “*desacato judicial*”, que el Poder Legislativo Nacional se encuentra en situación de “*omisión inconstitucional parlamentaria*” y por ende dispuso que mientras esa situación persista “...*esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho*”. En consecuencia, asume la Sala Constitucional el ejercicio de las competencias parlamentarias hasta tanto finalice la “*situación de desacato*” y “*omisión inconstitucional parlamentaria*”.

Considerando

Que la sentencia también declaró que *“Sobre la base de la omisión inconstitucional declarada, esta Sala Constitucional resuelve que no existe impedimento alguno para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas en el espíritu que establece el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, deberá informar a esta Sala de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. Cualquier modificación posterior de las condiciones deberá ser informada a esta Sala, previo informe favorable del Ministerio de Energía y Petróleo”* y que en consecuencia la Asamblea Nacional *“no podrá modificar las condiciones propuestas ni pretender el establecimiento de otras condiciones”*.

Considerando

Que la sentencia declaró finalmente que ante la *“omisión inconstitucional parlamentaria”* y *“...sobre la base del estado de excepción, el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación, en correspondencia con la jurisprudencia de este Máximo Tribunal...”*, es decir, atribuye al Presidente de la República el ejercicio de la función legislativa, ratificando en tal sentido la sentencia n° 155 de 28 de marzo de 2017.

Considerando

Que en ejercicio de las potestades que le corresponden a las Universidades en la orientación del país respecto a los problemas nacionales mediante su contribución doctrinaria, así como inspirar la enseñanza en un espíritu definido de democracia, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Universidades, y artículo 6, ordinales 2° y 4° del Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello, y ante la gravedad que implica dicha decisión para el orden constitucional, los valores democráticos y el respeto a los canales institucionales, conforme a los cuales deben resolverse los asuntos de interés nacional;

Resuelve

Primero: Ratificar el expreso rechazo que este órgano universitario ha manifestado en anteriores comunicados en relación a la postura asumida de forma reiterada por la Sala Constitucional, en el sentido de que todos los actos y actuaciones de la Asamblea Nacional, incluyendo la elección de su actual Junta Directiva efectuada el 5 de enero de 2017 y cualquier acto futuro son nulos de nulidad absoluta, en virtud de un supuesto *“permanente desacato”* de ese órgano legislativo a las sentencias de la Sala Electoral y de esa Sala Constitucional, que en el año 2016 ordenaron la desincorporación de los Diputados a la Asamblea Nacional electos

por el Estado Amazonas. Debe insistirse que aun en el supuesto de que existiese tal desacato judicial, la consecuencia procesal del mismo no podría nunca ser la nulidad absoluta de todos los actos y actuaciones, presentes o futuros, del Poder Legislativo Nacional, sino (a lo sumo) la nulidad del voto de aquellos parlamentarios supuestamente “mal incorporados” a la Asamblea o bien la imposición de multas coercitivas hasta tanto ese órgano del Poder Público cumpla la sentencia, tal como dispone el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Segundo: Ratificar el rechazo de las graves consecuencias de esa declaratoria de desacato, que se traducen en la total inhabilitación del Poder Legislativo Nacional, especialmente del ejercicio de las funciones de control político cuyo ejercicio se le sustrae irriamente a la Asamblea Nacional mediante esta sentencia, en abierta violación al principio de separación de poderes y a la soberanía popular que mediante el sufragio eligió a ese órgano parlamentario nacional, lo que implica en definitiva una grave alteración a los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Tercero: Denunciar que la sentencia n° 156/2017 de la Sala Constitucional constituye una grave alteración del sistema democrático venezolano, que irrespeta la soberanía popular y usurpa funciones que imprescriptible e indelegablemente son potestad de la Asamblea Nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución venezolana.

Cuarto: Rechazar absolutamente, por la grave violación que también implica al principio constitucional de separación de poderes, que la Sala Constitucional, en tanto órgano judicial que es, asuma “*directamente o por el órgano que ella disponga*” el ejercicio de las competencias parlamentarias hasta tanto cese la situación de “desacato”. Lejos de garantizar el Estado de Derecho, tal decisión constituye una clara usurpación de funciones, una abierta violación al principio de separación de poderes y el desconocimiento del principio de legalidad, conforme al cual los órganos del Poder Público solo podrán ejercer las competencias que le estén expresamente atribuidas por la Constitución o las leyes. El único órgano del Poder Público Nacional que de acuerdo con la Constitución venezolana puede ejercer la función legislativa y la función de control político parlamentario respecto del resto de los órganos del Poder Público, es la Asamblea Nacional y las excepciones a esa exclusividad serán únicamente las que de modo expreso disponga el Texto Constitucional.

Quinto: Rechazar, con fundamento en las mismas razones jurídicas que se exponen en el numeral anterior, que la sentencia atribuya al Presidente de la República, sobre la base de una inconstitucional remisión al estado de excepción declarada

en reciente sentencia n° 155 de 28 de marzo de 2017, la atribución de “*modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación*”. Ello implica, de nuevo, una abierta usurpación de la función legislativa, exclusiva de la Asamblea Nacional, a favor del Poder Ejecutivo, violatoria por ende del Estado de Derecho y de dos de sus pilares fundamentales, como lo son el principio de separación de poderes y el principio de legalidad. Ni aun siquiera en casos de estado de excepción podría el presidente de la República ejercer esa facultad legislativa, pues como dispone el artículo 339 de la Constitución de 1999, en el estado de excepción no se interrumpe el funcionamiento normal de los órganos del Poder Público, incluyendo la función legislativa.

Sexto: Denunciar las graves implicaciones que sobre el patrimonio público pudiesen eventualmente producirse ante la ausencia del debido control político de la Asamblea Nacional respecto de la constitución de empresas mixtas por parte del Ejecutivo Nacional, control legislativo que resulta imperativo conforme al Texto Fundamental y la Ley Orgánica de Hidrocarburos, sin que sea posible su sustitución por sentencias ni acto alguno del Poder Judicial.

Séptimo: Advertir que la usurpación de funciones constituye un vicio de inconstitucionalidad que conlleva a la nulidad de los actos ejercidos por la autoridad usurpada, de acuerdo al artículo 138 constitucional y constituye, además, un hecho punible tipificado en la legislación penal venezolana.

Octavo: Ratificar que la Sala Constitucional desconoce el principio de supremacía constitucional del cual es responsable en su condición de órgano titular del ejercicio del control jurídico del Poder, al negarle y vetarle con evidente arbitrariedad, a la Asamblea Nacional su condición de órgano constitucional y en consecuencia la titularidad del control político respecto del órgano Ejecutivo Nacional, sea ante el ejercicio de la función administrativa o de gobierno conforme lo dispuesto en el artículo 236 constitucional. Control político del Poder que está llamado a ejercer la Asamblea Nacional en razón de su naturaleza y vocación como órgano parlamentario, la forma de elección de sus integrantes y los mecanismos para la toma de sus decisiones, estos últimos manifestación y expresión del principio democrático y pluralismo político.

Noveno: Reiterar que exigimos el restablecimiento inmediato del Estado democrático de derecho, el respeto al principio de supremacía constitucional (artículo 7, constitucional), al principio de separación de poderes (artículo 136, constitucional), y al debido proceso (artículo 49, constitucional), postulados constitucionales inescindibles y a los cuales debe estar sometido el ejercicio de la jurisdicción

COMUNICADO

constitucional y sus decisiones, como es el caso de la citada sentencia número 156 del 29 de marzo de 2017.

COMUNICADO SOBRE EL RECHAZO AL EJERCICIO ABUSIVO Y DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA EN LAS MANIFESTACIONES PACÍFICAS REALIZADAS EN LAS ÚLTIMAS SEMANAS

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

Que en las últimas semanas se han convocado y realizado diversas manifestaciones ciudadanas en protesta a la ruptura del orden constitucional en Venezuela, consolidada en las sentencias N° 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia;

Considerando

Que el derecho a la manifestación pacífica es un derecho humano inherente a la democracia, reconocido entre otros en los artículos 20 y 21 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también reconocido en el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;

Considerando

Que de conformidad con los estándares internacionales y constitucionales, queda prohibido el uso de armas de fuego, sustancias tóxicas y en general, el uso desproporcionado de la fuerza pública en manifestaciones pacíficas;

Considerando

Que de manera especial, los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990), resumen los lineamientos que deben regir la actuación de funcionarios en el marco de manifestaciones, estableciendo que solo podrá acudir a medios de fuerza cuando sea estrictamente necesario, y siempre en proporción a la gravedad de la situación;

Considerando

Que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de distintas Resoluciones, ha subrayado la importancia de garantizar el ejercicio del derecho a manifestar, destacando “*la necesidad de abordar la gestión de las concentraciones, como las manifestaciones pacíficas, a fin de contribuir a su pacífica celebración, prevenir muertes o lesiones entre los manifestantes, los transeúntes, los responsables de supervisar las manifestaciones y los funcionarios de las fuerzas del orden, y evitar cualquier tipo de violación o abuso de los derechos humanos*” (Resolución N° 22/10 de 9 de abril de 2013);

Considerando

Que las *Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones* (Gaceta Oficial N° 40.589 de 27 de enero de 2015), a pesar de contener algunas regulaciones violatorias a derechos humanos, reconoce el principio del “*uso progresivo y diferenciado de la fuerza*” (artículo 5);

Considerando

Que el artículo 15 de las citadas *Normas*, establece que únicamente en caso de alteraciones al orden público, la Fuerza Armada Nacional podrá intervenir, en primer lugar, para negociar con los manifestantes a fin de atender las perturbaciones; y en segundo lugar, solo si tales métodos de solución de conflictos generan resultado, podrán acudir al “*uso progresivo y diferenciado de la fuerza*”;

Considerando

Que entre otros estándares, el citado artículo 15 dispone que el uso de la fuerza no podrá emplearse “*contra las personas que se retiran o caen mientras corren*”; que el uso de agentes químicos solo podrá emplearse en “*forma estrictamente localizada, a fin de evitar su difusión y extensión, en inmediaciones o cercanía de edificaciones que congreguen personas con mayor riesgo de sufrir sus consecuencias*”; no “*arrojarán o devolverán objetos contundentes lanzados previamente por quienes actúan en forma violenta en las reuniones públicas o manifestaciones*” y “*descenderán en la escala de uso progresivo y diferenciado de la fuerza, a medida que desciende la resistencia*”;

Considerando

Que los estándares mencionados aplican incluso en manifestaciones no pacíficas o ilegales, pues aun en estas situaciones los funcionarios están obligados a respetar los derechos humanos a la vida y a la integridad personal;

Considerando

Que en las manifestaciones pacíficas desarrolladas en las últimas semanas, como ha sido ampliamente recogido en medios de comunicación, efectivos de la Fuerza Armada Nacional y la Policía Nacional Bolivariana han violado los estándares internacionales y nacionales que rigen el uso de la fuerza en manifestaciones, hechos cuya amplia difusión los convierten en “hechos comunicacionales”, con pleno valor probatorio;

Considerando

Que en esas manifestaciones el uso de la fuerza ha sido desproporcionada, especialmente, por el uso injustificado y abusivo de bombas lacrimógenas, empleadas para dispersar y perseguir a los manifestaciones, y no como medidas extremas para contener, en la estricta medida necesaria, alteraciones al orden público; siendo especialmente condenable la activación de esas bombas mediante escopetas directamente contra el cuerpo de los manifestaciones, en clara violación a los derechos humanos a la vida y a la integridad personal;

Considerando

Que el resultado del ejercicio abusivo y desproporcionado de la fuerza ha sido innumerables manifestantes heridos, e incluso, lamentables muertes de manifestantes, consecuencia del impacto de bombas lacrimógenas y otros objetos;

Considerando

Que el ejercicio abusivo y desproporcionado de la fuerza como herramienta para reprimir manifestaciones, ha pretendido ser avalado por el Gobierno a través del llamado “Plan Zamora”, cuya desactivación ha sido solicitada por setenta y un (71) Organizaciones No Gubernamentales, en comunicado suscrito, entre otros, por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello;

Considerando

Que el ejercicio abusivo y desproporcionado de la fuerza como herramienta para reprimir manifestaciones, al constituir un hecho comunicacional, exige la inmediata intervención de los órganos del Poder Público llamados a intervenir en defensa de los derechos humanos e iniciar las investigaciones correspondientes, de manera especial, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, de acuerdo con los artículos 19, 22, 51, 68, 280, 281, 284 y 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;

Resuelve

Primero: Condenar el ejercicio abusivo y desproporcionado de la fuerza en las manifestaciones pacíficas realizadas en las últimas semanas, como actuaciones violatorias del derecho a la vida, a la integridad personal y a la manifestación, componente esencial de la democracia constitucional.

Segundo: Condenar la intención de Gobierno de justificar la represión de manifestaciones a través de planes de seguridad nacional, como el llamado “Plan Zamora”.

Tercero: Exigir a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público que, basados en los elementos probatorios existentes, incluyendo numerosos hechos comunicacionales, inicien las investigaciones llamadas a determinar la responsabilidad personal de los funcionarios que han participado en el diseño, supervisión y ejecución de los planes de seguridad violatorios de los derechos humanos.

Cuarto: Exigir a la Fuerza Armada Nacional, a la Policía Nacional Bolivariana y a los demás órganos de seguridad y defensa del Estado, el inmediato cumplimiento de los estándares internacionales y nacionales que garantizan, protegen y promueven el derecho a la manifestación, y que en correspondencia con ello, inicien las investigaciones disciplinarias para determinar la responsabilidad de los funcionarios que han participado en el diseño, supervisión y ejecución de los planes de seguridad violatorios de los derechos humanos.

Quinto: Mantener el estricto seguimiento de los casos de violación de derechos humanos en el marco de manifestaciones pacíficas, a fin de efectuar las recomendaciones y denuncias correspondientes.

Aprobado en Caracas, a los dos (2) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017), en la sesión n.º 837 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

COMUNICADO SOBRE LA CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

Que el 1 de mayo de 2017, el Presidente de la República anunció su intención de convocar a una “asamblea nacional constituyente”, la cual estaría supuestamente integrada por representantes de diversos grupos obreros, comunas, campesinos, líderes comunitarios y miembros de la “unión cívico-militar”, según lo declarado por el Presidente de la República y de acuerdo a las bases que el Gobierno aprobará para su remisión al Consejo Nacional Electoral.

Considerando

Que de acuerdo al artículo 347 de la Constitución, es el pueblo de Venezuela, en su condición de depositario del poder constituyente originario, el único que puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente, con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

Considerando

Que el Presidente de la República, de acuerdo al artículo 348 de la Constitución, sólo tiene iniciativa para proponer la convocatoria a un proceso constituyente, más no la convocatoria en sí misma, pues esta última sólo debe realizarse mediante un referéndum en el cual la mayoría de los electores decida si quieren o no ir a dicho proceso y bajo qué bases, incluido el modo de elección de sus miembros, pues de ser afirmativa la voluntad de convocarla, ello implicaría que la Constitución vigente deberá ser sustituida por una nueva, más allá que el proyecto de esta última deba ser también sometido a referéndum.

Considerando

Que según el referido anuncio del Presidente de la República del 1° de mayo de 2017, dicha “constituyente” tendría aproximadamente quinientos miembros, la mitad de los cuales serían electos por aquellos grupos creados por el Ejecutivo Nacional bajo la denominación de “Poder Comunal”, los cuales no se corresponden con lo establecido en la Constitución.

Considerando

Que las instancias y consejos del poder popular o comunal no son sujetos titulares de derechos civiles y políticos, las cuales son controladas por el Poder Ejecutivo, que es el único que tiene la potestad de decidir sobre su existencia y funcionamiento.

Considerando

Que esa “asamblea nacional constituyente”, cuya mayoría de miembros dependería directamente del Poder Ejecutivo Nacional, pretende ser una asamblea originaria, por lo que tiene por finalidad dictar una nueva Constitución y asumir el ejercicio de todas las funciones de los poderes del Estado, incluyendo la función legislativa y la reorganización de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, lo cual implica la reunión de todos los poderes públicos en un órgano directamente dependiente de un poder constituido como lo es el Poder Ejecutivo Nacional, en franca violación del Estado de Derecho y del principio de separación de poderes.

Considerando

Que tal “proceso constituyente” resultaría un fraude a la Constitución de 1999 en franca violación a los artículos 347 y siguientes del propio Texto Fundamental que regulan restrictivamente y con rigidez constitucional los supuestos y el procedimiento a seguir para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Considerando

Que tal “asamblea constituyente” también es un fraude a la Constitución, pues no cumple ni puede asimilarse a los parámetros de un proceso constituyente, en los términos establecidos en los artículos 347, 348 y 349 del Texto Constitucional, por cuanto se trataría de una asamblea nacional constituyente que viola el derecho fundamental a optar a cargos de elección popular, recogido en los artículos 64 y 65 de la Constitución, pues el común de los ciudadanos no podrá libremente optar al ejercicio del cargo de constituyente, dado que la selección se realizará de manera cerrada dentro de los grupos escogidos por el Gobierno.

Considerando

Que tal “proceso constituyente” violaría, además, las bases del Estado democrático, tanto de la democracia participativa como la democracia representativa, cuya base fundamental es el ejercicio del poder fundamentado en la elección de los gobernantes, elecciones que deben necesariamente ser libres, universales, directas y secretas, en condiciones de igualdad y competitividad electoral, tal como lo establecen la Constitución Venezolana (artículos 63, 64, 65 y 293), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos (artículo 25), en la medida en que buena parte de los miembros constituyentes serán designados por los consejos comunales y asambleas del llamado Poder Popular que determine y controle el Poder Ejecutivo Nacional.

Resuelve

Primero: Denunciar que la propuesta presentada por el Presidente de la República no se corresponde con la Asamblea Nacional Constituyente establecida y regulada por la Constitución, y que implica un fraude a la misma destinada a centralizar, bajo el control del Poder Ejecutivo, todas las funciones de los poderes del Estado, incluyendo la función legislativa y conculcar el derecho al sufragio universal, directo y secreto.

Segundo: Rechazar cualquier convocatoria a una asamblea nacional constituyente que realice directamente el Presidente de la República, o cualquier otro de los órganos del poder público establecidos en el artículo 348 de la Constitución, en abierta violación a esa norma constitucional y a la contenida en el artículo 347 *eiusdem*, pues la única convocatoria posible debe provenir del pueblo de Venezuela, quien mediante referéndum y por el voto de la mayoría de los electores así lo decida, aprobando también, en dado caso, las bases constituyentes de tal eventual proceso.

Tercero: Expresar el rechazo de las graves consecuencias que tendría la instalación de esa “asamblea nacional constituyente ciudadana” o comunal que carece absolutamente de soporte constitucional, y que implicaría una grave violación a nuestro sistema democrático, al derecho fundamental al sufragio, al derecho fundamental a ser electo para el ejercicio de cargos públicos, al derecho fundamental a la participación ciudadana en los asuntos públicos y al principio de separación de poderes y el desconocimiento del principio de legalidad, conforme al cual los órganos del Poder Público solo podrán ejercer las competencias que le estén expresamente atribuidas por la Constitución o las leyes.

Cuarto: Exigir el restablecimiento inmediato del Estado Democrático de Derecho, el respeto al principio de supremacía constitucional (artículo 7, constitucional), al principio de separación de poderes (artículo 136, constitucional), a las normas constitucionales que regulan los supuestos, límites y procedimiento a seguir para la convocatoria a una asamblea nacional constituyente, y a los derechos fundamentales a la participación ciudadana, al sufragio y a ser electo para el ejercicio de cargos públicos (artículos 62, 63, 64 y 65, constitucionales) postulados constitucionales inescindibles y a los cuales deben someterse todos los órganos del poder público y los ciudadanos.

COMUNICADO

Aprobado en Caracas, a los dos (2) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017), en la sesión n.º 837 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

COMUNICADO SOBRE LA VIOLACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA DE LA SEDE DE UCAB-GUAYANA POR PARTE DE EFECTIVOS DE LA GUARDIA NACIONAL BOLIVARIANA DEL 16 DE MAYO DE 2017, Y LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL PROFESOR MARCOS VALVERDE Y DEL ESTUDIANTE NELSON NAVAS.

El Consejo conoció la propuesta del comunicado el cual quedó aprobado en los términos que seguidamente se señalan:

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

Que en la mañana del martes 16 de mayo de 2017, efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana, a bordo de ocho motocicletas, traspasaron ilegalmente el portón principal de la sede de la UCAB en Ciudad Guayana, y una vez dentro del *campus* detuvieron arbitrariamente al estudiante de la Escuela de Comunicación Social, Nelson Nava; así como al periodista y profesor de la misma Escuela, Marcos Valverde, quien fue apresado fuera del recinto cuando trató de mediar con los funcionarios;

Considerando

Que la medida cautelar sustitutiva de presentación de fiadores dictada al estudiante Nelson Navas, el jueves 18 de mayo, constituye otra actuación inconstitucional e ilegal, puesto que la misma no fue solicitada por la Fiscalía –como corresponde por la titularidad de la acción penal en manos del Ministerio Público– sino que fue acordada por el Tribunal de Control por su propia iniciativa, en contravención de las normas previstas en la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal;

Considerando

Que la detención, por nueve horas, del profesor Marcos Valverde es una demostración del uso de detenciones arbitrarias como método de represión y criminalización de la protesta por parte de los cuerpos de seguridad del Estado;

Considerando

Que estos lamentables hechos constituyen la primera transgresión contra la autonomía universitaria de nuestra casa de estudios, en sus 63 años de historia, y que, del mismo modo, lesionan los derechos y garantías de Nelson Nava y Marcos Valverde, contemplados en la Constitución y las leyes, así como los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos;

Considerando

Que la Constitución consagra el principio de la autonomía universitaria en su artículo 109, el cual establece la inviolabilidad del recinto universitario, componente esencial de dicho principio, así como garantía del desenvolvimiento libre e independiente de la comunidad universitaria;

Considerando

Que la Ley de Universidades reitera la inviolabilidad del recinto universitario en su artículo 7, por lo cual este no puede ser allanado sino para impedir la consumación de un delito inminente o en cumplimiento de una orden judicial, siendo estos los dos únicos supuestos admisibles para la entrada de fuerzas de seguridad del Estado;

Considerando

Que el Reglamento Parcial de la Ley de Universidades de 1976 prevé la aplicación de las normas relativas a las visitas domiciliarias en el anterior Código de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 7, hoy trasladables a las normas concernientes al allanamiento del domicilio del Código Orgánico Procesal Penal en sus artículos 196 y siguientes;

Considerando

Que tanto la *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI* y el *Marco de Acción Prioritaria para el Cambio y Desarrollo de la Educación Superior*, aprobados por la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior de la UNESCO en 1998, como el documento propuesto por la Asociación Internacional de Universidades ante dicho organismo internacional – titulado “*Declaración sobre libertad académica, autonomía universitaria y responsabilidad social*” – y la *Declaración de Sinaia* de 1992, destacan la importancia del principio de la autonomía universitaria como garantía frente a la interferencia externa dirigida contra la independencia y gobierno interno de la universidad;

Considerando

Que la Constitución consagra, en su artículo 25, la responsabilidad penal, civil y administrativa de aquellos funcionarios que ordenen o ejecuten actos que violen

o menoscaben los derechos garantizados en ella y en las leyes, tales como los perpetrados contra nuestra casa de estudio y los dos miembros de su comunidad aquí descritos;

Resuelve

Primero: Condenar la violación de la autonomía universitaria de la sede de UCAB-Guayana por parte de efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana del 16 de mayo de 2017, como ejercicio abusivo y desproporcionado de la fuerza pública contra la inviolabilidad del recinto universitario, sin que existiese orden judicial ni la inminencia de la consumación de un delito para proceder a un allanamiento, de acuerdo a las normas señaladas tanto en la Constitución como las leyes de la República.

Segundo: Condenar la detención arbitraria del profesor Marcos Valverde y del estudiante Nelson Navas, quienes vieron limitada su libertad sin justificación alguna y vulnerados sus derechos y garantías constitucionales, por parte de los cuerpos de seguridad del Estado.

Tercero: Condenar la medida cautelar restrictiva de la libertad de presentación de fiadores, acordada por el Tribunal de Control para la liberación del estudiante Nelson Navas, medida que no fue solicitada por la Fiscalía y que, por tanto, no podía ser aplicada las normas previstas en la Constitución Nacional y las leyes relativas al proceso penal.

Cuarto: Exigir a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público que, basados en los elementos probatorios existentes, incluyendo numerosos hechos públicos comunicacionales, inicien las investigaciones tendentes a determinar la responsabilidad personal de los funcionarios que han participado en estos hechos violatorios de la autonomía universitaria y los derechos y garantías de los miembros de la comunidad universitaria detenidos en dicha circunstancia.

Quinto: Exigir a la Fuerza Armada Nacional, a la Policía Nacional Bolivariana y a los demás órganos de seguridad y defensa del Estado – siendo de directa y especial mención la Guardia Nacional Bolivariana–, el inmediato cumplimiento de los estándares internacionales y nacionales que garantizan, protegen y promueven el principio de la autonomía universitaria, la inviolabilidad del recinto universitario y los derechos y garantías de las personas detenidas durante manifestación o con motivo de estas; y que, en correspondencia con ello, inicien las investigaciones disciplinarias para determinar la responsabilidad de los funcionarios que han participado en el en los hechos violatorios de esta norma constitucional y los derechos humanos de los miembros de nuestra comunidad.

COMUNICADO

Sexto: Exhortar a los miembros de la comunidad universitaria venezolana y a la ciudadanía en general, a mantenerse alerta ante estos atropellos contra la autonomía universitaria y los derechos de los participantes en manifestaciones pacíficas.

Séptimo: Reiterar el firme compromiso de esta Facultad de defender la democracia venezolana, la libertad y los derechos humanos.

Aprobado en Caracas, a los treinta (30) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017), en la sesión N.º 839 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

COMUNICADO EN RECHAZO A LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL PROFESOR ÁNGEL ZERPA APONTE

Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho

Consejo de la Facultad

A LA OPINIÓN PÚBLICA

Considerando

El deber que corresponde a las universidades en la orientación de la vida del país mediante su contribución en el esclarecimiento de los problemas nacionales, conforme con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Universidades, y artículo 6, ordinal 2°, del Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello.

Considerando

Que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través del fallo n.º 545 de fecha 20 de julio de 2017, en franca violación del debido proceso al decidir sin haber tramitado el proceso judicial correspondiente, declaró nulo el procedimiento de designación de 33 magistrados principales y suplentes emprendido por la Asamblea Nacional y, además, anticipadamente y al margen sus competencias constitucionales y legales, calificó el juramento de los nuevos magistrados como constitutivo de los delitos de usurpación de funciones y traición a la patria; señalando, a consecuencia de ello, que: *“corresponde a las autoridades competentes, civiles y militares, ejecutar las acciones de coerción pertinentes a fin de mantener la paz y seguridad nacional.”*

Considerando

Que el sábado 22 de julio de 2017, el profesor Ángel Zerpa Aponte, quien es docente de esta Facultad, fue aprehendido arbitrariamente y sin orden judicial por efectivos del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN) y, posteriormente, el 25 de julio de 2017, también fueron arbitrariamente detenidos los ciudadanos Zuleima González y Jesús Rojas, por la supuesta comisión del delito de traición a la patria, sobre la base de lo señalado en la precitada decisión n.º 545 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Considerando

Que el mencionado cuerpo de seguridad mantiene al profesor Ángel Zerpa Aponte totalmente incomunicado de sus familiares y abogados; en condiciones de reclusión contrarias, no solo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico venezolano, sino también a los estándares internacionalmente aceptados para la preservación de la dignidad humana en condiciones de privación de libertad; lo cual constituye una grave violación a sus derechos a la integridad personal, al debido proceso e, incluso, a la salud y la vida.

Considerando

Que en fecha 24 de julio de 2017, en flagrante violación de su derecho a ser juzgado por el juez natural, el profesor Ángel Zerpa Aponte fue presentado ante tribunales militares para la realización de la Audiencia de Presentación, en la cual le fue negado su derecho a contar con la asistencia jurídica de un defensor privado de su confianza, al mantenerlo incomunicado y no permitírsele elegir y designar al abogado de su preferencia, debiendo asumir su propia defensa técnica, ante el intento ilegítimo (y por él rechazado) de designación de oficio de un defensor público de carácter militar.

Considerando

Que el Tribunal Primero de Control del Circuito Judicial Penal Militar ordenó la privación de libertad del profesor Ángel Zerpa Aponte, imputándole el delito de traición a la patria tipificado en el artículo 464 del Código Orgánico de Justicia Militar.

Considerando

Que, de conformidad con el artículo 261 de nuestra Carta Magna, la competencia de los tribunales militares debe circunscribirse al juzgamiento de los delitos de naturaleza militar, entendidos como aquellos que impliquen el incumplimiento de los deberes militares, que sean cometidos por efectivos militares en servicio activo.

Resuelve

Primero: Rechazar la detención arbitraria y la violación de los derechos a la libertad personal, el debido proceso, defensa y juez natural, de las que son víctimas el profesor Ángel Zerpa Aponte y los ciudadanos Zuleima González y Jesús Rojas y, en consecuencia, exigir su plena e inmediata libertad.

Segundo: Condenar el uso de la justicia militar para el juzgamiento de civiles, jurisdicción que ha sido empleada como herramienta para la persecución política

por parte de las dictaduras que se instauraron en el pasado en este continente. Por ello, es pertinente resaltar que en un Estado Democrático de Derecho, la intervención de la jurisdicción militar ha de considerarse de forma restrictiva y excepcional, de manera que sea aplicada únicamente en la protección de bienes jurídicos de naturaleza castrense que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas armadas en el ejercicio de sus funciones.

Tercero: Exhortar a los órganos del Sistema de Justicia a actuar con la más absoluta imparcialidad y dentro del más estricto marco de sus competencias constitucionales y legales, y con absoluto respeto a los derechos y principios consagrados en nuestra Constitución.

Cuarto: Exigir al Vicepresidente de la República, ciudadano Tareck El Aissami, de quien depende el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN), la inmediata liberación del magistrado y profesor Ángel Zerpa Aponte, y garantizar se tomen todas las medidas de tutela relativas a su integridad personal.

Quinto: Advertir que el profesor Ángel Zerpa Aponte no ha incurrido en el delito de traición a la patria, ya que éste sólo puede cometerse en el marco de un conflicto armado internacional, cuando se pretende cambiar la forma republicana de gobierno por medios violentos o poner en peligro la independencia o integridad territorial de la República.

Sexto: Exhortar a los órganos de los Poderes Públicos que procuren encausar, por medio de la concertación, las diferencias que han dado lugar a la profunda crisis que vive la Nación, actuando en estricto apego a la Constitución y, en aras de garantizar la paz y los derechos de todos los venezolanos.

Aprobado en Caracas, a los veinticinco (25) días del mes de julio de dos mil diecisiete (2017), en la sesión n.º 845 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

DISCURSO DE ACEPTACIÓN DEL DOCTORADO HONORIS CAUSA EN DERECHO OTORGADO POR LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO AL PROFESOR EMÉRITO ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ EN CARACAS EL DÍA 25 DE ABRIL DE 2017

Señoras y señores:

Hay honores académicos tan resaltantes que por su propia naturaleza resultan desproporcionados y no pueden, por tanto, ser suficientemente agradecidos. La cortesía me obliga en primer lugar a dar las gracias a la Universidad Católica Andrés Bello por el inmenso honor que me discierne con la entrega del doctorado honoris causa en Derecho, que acepto con gran humildad. Este agradecimiento genérico debe ser, además, individualizado, para que se acerque a una justa y mínima proporción, lo cual me lleva a hacer mención del Rector, el P. Francisco José Virtuoso S. J., autor de la iniciativa, respaldado por el Consejo Universitario; y del Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Salvador Yannuzzi, mi antiguo discípulo, secundado por el Consejo de la Facultad. He sabido que entre los miembros del Consejo de Facultad, el Profesor César Carballo Mena tomó especial interés en promover la decisión y me distingue siendo el orador de orden en este acto. A todos ellos, muchas gracias.

He estado vinculado a la Universidad Católica Andrés Bello en los últimos 45 años, especialmente a través de su Facultad de Derecho. Junto con sus profesores e investigadores reinicié en 1972 las tareas docentes y de investigación que había comenzado en la Universidad Central de Venezuela en 1952 colaborando en la cátedra de Derecho Procesal Civil de César Naranjo Ostty, alumno de Eduardo Couture en Montevideo y divulgador, como éste, del nuevo pensamiento pro-

cesal italiano del Código de Procedimiento Civil de 1942; tareas de docencia e investigación que había continuado en los cursos de postgrado de la Universidad Central de Venezuela dirigidos con acierto e inteligencia por José Muci-Abraham. También había cumplido ocasionalmente tareas de docencia e investigación en el exterior, en la Universidad de Miami entre 1970 y 1972. Asumí entonces la cátedra de Derecho Mercantil en la Universidad Católica Andrés Bello, además de involucrarme en la reforma de los estudios de la carrera, en la creación del Centro -hoy Instituto- de Investigaciones Jurídicas -una petición formal del grupo estudiantil dirigido entonces por Andrés Caldera Pietri, por Julio Rodríguez Berrizbeitia, por Luis Alberto Machado Sanz y por otros líderes estudiantiles-, en la celebración de jornadas nacionales e internacionales de gran repercusión que dejaron libros notables por su calidad y por el renombre de los autores y en la publicación del primer libro homenaje a uno de sus profesores fundadores, el Dr. Rafael Caldera, quien pertenecía a la generación de los llamados sociólogos *institucionalizadores*, identificados por los propios expertos en Sociología como aquellos que llevaron la sociología, ” hasta entonces un producto académicamente exótico, a la Universidad, para hacer de ella una disciplina legitimada y aceptada”. Inolvidables amigos y cultos colegas, como los jesuitas Luis María Olaso y Fernando Pérez-Llantada, estuvieron en el equipo que diseñó el nuevo plan de estudios de derecho y les dio un renovado impulso a los estudios jurídicos. Colaboradores inmediatos, como la Profesora María Helena Fernández Velosa, cumplieron una labor admirable. Prudentes consejeros como El P. Gustavo Sucre S.J. dieron útil y generosa contribución. Destacadas personalidades como Tatiana de Maekelt, Cecilia Sosa Gómez, Raúl Arrieta, Josefina Calcaño de Temeltas, Armida Quintana Matos, Luis Beltrán Guerra, Eduardo Fernández, Asdrúbal Aguiar y Juan Carlos Puig, ex Canciller de la República Argentina que ofreció generosa contribución al país y dejó densas reflexiones desde el Instituto de Altos Estudios para América Latina de la Universidad Simón Bolívar y desde la Revista Mundo Nuevo, dirigieron programas específicos con gran solvencia y éxito. Brillantes juristas como Hugo Mármol Marqués dejaron huella que no se ha borrado. Todo esto ocurrió bajo la ilustre y afortunada rectoría del Ingeniero Guido Arnal Arroyo, gran timonel que supo en su momento interpretar el pensamiento de la Compañía de Jesús, corregir el rumbo y marcar la dirección que el barco que era la Universidad Católica Andrés Bello tomó en 1972. En el Consejo Universitario estaban entonces educadores e historiadores eruditos como el P. José Del Rey Fajardo S.J., economistas críticos como Chi Yi-Chen y reflexivos sociólogos, historiadores y teólogos como Luis Ugalde, quien luego como Rector Magnífico elevaría el prestigio de la Universidad

Católica Andrés Bello a los reconocidos niveles que hoy ostenta, creando para su sucesor, el P. Francisco José Virtuoso S.J., el reto de mantenerlos y superarlos.

La Universidad Católica Andrés Bello ha sido la editora, casi sin excepción, de todos mis libros, producto de una tarea de investigación fundamentalmente provocada por la experiencia docente y por las necesidades pedagógicas de la institución a la cual he estado vinculado. En esa actividad he tenido la fortuna de encontrar a un hombre inteligente y culto, a un funcionario ejemplar que sirve y ama a la Universidad Católica Andrés Bello para la cual trabaja, a una persona con quien da gusto tratar, a un gran señor y amigo, el Prof. Emilio Píriz Pérez, quien maneja los problemas de la difusión de la cultura y el complejo negocio editorial con gran solvencia.

Mi generación es la generación del siglo XX, un siglo de enormes cataclismos en que llegó a nuestros oídos un día de los años 40, cuando estábamos en el bachillerato con los salesianos en Valera, en el Colegio Santo Tomás de Aquino dirigido por los salesianos alemanes Weidemann y Burk, que durante la Segunda Guerra Mundial los alemanes eran especialmente crueles con los pueblos ocupados (nos enteraríamos después, al concluir la guerra, que practicaban el genocidio gaseando a los judíos en hornos crematorios, después de mantenerlos en campos de concentración padeciendo grandes sufrimientos: lo que se llamó el holocausto). Entonces admirábamos a los alemanes por su excelsa cultura (el pensamiento filosófico, científico y jurídico ha alcanzado altas cumbres en Alemania) y por su sensibilidad (el cultivo de la música, el gusto por la poesía y la afición a las artes son proverbiales en Alemania). Descubrir de pronto lo que son capaces de hacer los miembros de una sociedad culta y sensible fue para nosotros un motivo de gran aflicción y de profunda decepción.

El siglo XX ha sido caracterizado como el período más creativo y destructivo de la historia humana, el más utópico e incierto, un siglo que “no puede concebirse disociado de la guerra, siempre presente aun en los momentos en los que no se escuchaba el sonido de las armas y las explosiones de las bombas”, el siglo de la Primera Guerra Mundial con la horrenda guerra de trincheras que en la batalla de Verdún de febrero a julio de 1916 enfrentó a dos millones de soldados, batalla de Verdún en la que hubo un millón de bajas, guerra que segó la vida de un millón ochocientos mil alemanes, un millón seiscientos mil franceses y ochocientos mil británicos, incluyendo una cuarta parte de los alumnos de las universidades de Oxford y Cambridge menores de 25 años que sirvieron en el ejército británico, guerra que había llevado a los estudiantes de Francia y Alemania al frente, increíblemente entusiasmados porque iban a matarse entre sí, alegres y confiados,

cantando y con flores en la punta del fusil, para que los sobrevivientes regresaran mutilados, traumatizados o muertos en vida.

El siglo XX es también el siglo de la Segunda Guerra Mundial, una continuación de la primera. La primera guerra mundial había dejado tras de sí un recuerdo tan dantesco y una repugnancia tan grande hacia la lucha armada que cuando Alemania invade a Francia y la ocupa en pocas semanas en 1940, ocupa un país todavía horrorizado por el recuerdo de las trincheras, un país que no deseaba la guerra; y enfrenta a otro país, la Gran Bretaña, con similares remembranzas y dudoso ante lo que había que hacer (el primer ministro británico Chamberlain llegó a ser el modelo de la ambigüedad y de la duda). La Segunda Guerra Mundial es el producto de la agresión nazi, según el consenso de los historiadores, precedida de algunos episodios, como el de la intervención alemana e italiana en la guerra civil española de 1936-1939, con la simpatía de Churchill hacia Franco. Los agresores nazis, sin embargo, como informan los historiadores, confrontaron una situación que no estaba en sus planes y que era la pesadilla que atormentaba a los generales y diplomáticos alemanes: pelear contra la URSS y los Estados Unidos al mismo tiempo, causa de su derrota. Las pérdidas de vidas humanas en la Segunda Guerra Mundial fueron tan gigantescas que algunos historiadores niegan la utilidad de una precisión matemática y se preguntan: ¿importa, acaso, que el número de judíos exterminados haya sido de cuatro en lugar de seis millones? ¿qué importancia tiene que en el asedio a que sometieron los alemanes a Leningrado durante 900 días hayan perecido quinientas mil o setecientas mil personas, en lugar de un millón? ¿qué significado tiene que de los 5.7 millones de prisioneros rusos en Alemania hayan muerto 3.5 millones? En todo caso, se habla de una cifra que oscila entre 55 y 70 millones de muertos.

El siglo XX es el siglo de la revolución mundial, el siglo de la Revolución rusa y sus repercusiones. El siglo que permite la consolidación de un régimen totalitario a lo interno de la URSS, con matanzas, desplazamientos forzados de millones de seres humanos, torturas y gulags bajo Stalin; el siglo de la guerra fría en que se estuvo a punto de que la humanidad desapareciera por la catástrofe nuclear; el siglo de la revolución cultural que acentuó el individualismo, popularizó la filosofía existencialista, el pelo largo, la música estruendosa y el consumo de drogas, modificó radicalmente la estructura familiar y exaltó la juventud; revolución cultural que a veces expresaba la insatisfacción en los grafitis que decían “prohibido prohibir” de los jóvenes franceses o en las pintas que decían “tuto e subito” -todo y ya- de los jóvenes de Italia; el siglo de la revolución social que significó el éxodo de la población rural hacia los centros urbanos, con la consecuente drástica disminución del campesinado, el reconocimiento del papel de la mujer en la sociedad, del alerta

sobre el grave problema del clima, del explosivo crecimiento de la matrícula universitaria; el siglo en que la revolución rusa produce un efecto externo paradójico: salva al capitalismo liberal, permitiéndole derrotar a la Alemania de Hitler y le da la oportunidad para el abandono de la ortodoxia del libre mercado.

En efecto, algunos historiadores marxistas, entre ellos el británico Eric Hobsbawm¹, fallecido el año 2012, han señalado que el siglo XX (un siglo corto que según ellos comienza con la Revolución de Octubre en la Rusia zarista en 1917 y concluye con el colapso de la Unión Soviética en 1992 o un poco antes, en 1989, con la caída del Muro de Berlín)) transcurre dentro de una gran paradoja: todo ese siglo permaneció bajo el pronóstico de la propaganda socialista soviética, pronóstico según el cual el capitalismo desaparecería impulsado por su propia incapacidad para sobrevivir como sistema viable de vida social. Las contradicciones que se generaban en su seno terminarían por agotarlo, se decía. Sin embargo, contra todo pronóstico, el sistema que colapsó fue el sistema socialista, sin que nadie disparara un tiro contra él. El sistema capitalista no solo sobrevivió, sino que mostró una vitalidad impresionante sin parangón en la historia. Ello dio lugar a la elaboración de una multitud de ensayos, como el famoso “Fin de la historia” del norteamericano de origen japonés Francis Fukuyama, frecuentemente mal interpretado, quien afirmó que había terminado la contraposición histórica entre el sistema totalitario socialista con economía planificada y el sistema democrático capitalista con economía de mercado, con el triunfo de este último.

Pero el siglo XX fue también un siglo de profunda meditación en el seno de la Iglesia Católica con el Concilio Vaticano II, de una amplísima dimensión y de enorme significado. Tal como lo han reseñado historiadores del pensamiento:

“...el Concilio fue el centro en que se encontraron aquellas corrientes de pensamiento teológico que, en las décadas anteriores, habían escrutado con detenimiento los “signos de los tiempos”, tratando de interpretar a la luz de la revelación las “nuevas realidades terrenas” que surgían en el mundo contemporáneo, y que mientras tanto habían preparado los instrumentos interpretativos de la revelación que permitían avanzar junto con el pensamiento filosófico más moderno y más vivo de nuestros días.... Esos teólogos, por un lado, ofrecían una elaborada perspectiva teológica sobre el mundo del trabajo, el progreso y la justicia social, análisis y valoraciones críticas de las modernas formas de opresión ejercida sobre los pueblos, ideas sobre la cooperación internacional, la familia, la educación, la sexualidad, etc.. Por otro lado, habían replanteado de manera radical... los fundamentos de la teología; las relaciones entre fe y filosofía, fe y ciencia, fe y política; y asimismo,

1 Hobsbawm, Eric, *Historia del Siglo XX (1914-1991)*, sexta edición; Crítica, Barcelona 2010. El libro de Hobsbawm es ampliamente utilizado en este discurso.

las relaciones entre los católicos y las demás confesiones cristianas, y entre los católicos y los ateos..."²

También fue el siglo XX un siglo de gran progreso científico-tecnológico -que incluyó las tecnologías de la comunicación y de la información- y de reflexión intensa en todas las ciencias sociales. En la sociología, por ejemplo, la tensión entre el marxismo y el anti-marxismo, dio lugar a esta observación:

"la tensión constitutiva de la sociología del siglo xx entre el marxismo y el anti-marxismo traspasa por completo toda la producción sociológica, que se ajusta a la pauta del enfrentamiento entre quienes analizan el presente desde categorías marxistas o desde marcos (neo) positivistas, entre funcionalistas y marxistas, teóricos del consenso o teóricos del conflicto, contraposición que alcanza incluso al mismo nivel epistemológico como enfrentamiento entre un modo de argumentar dialéctico-crítico, de cuño hegeliano, y otro neopositivista-fisicalista, de cuño kantiano.

*La contraposición es de tal calibre que no estamos ante dos modos de hacer sociología, sino propiamente ante dos sociologías e incluso dos ciencias diversas y en conflicto. Y así, de una parte, el marxismo se transforma en otra sociología alternativa a la burguesa, con la que no tendría nada que ver, como podemos observar, por ejemplo, en el exitoso texto de Zeitlin *Ideology and the Development of Sociological Theory* (1968). Y, de otra, el funcionalismo pretende ser nada menos que el lenguaje de la ciencia social (la expresión es de Parsons), equivalente, pues, a la matemática como lenguaje de la física y la ciencia natural. Así, el funcionalismo no era una teoría social, sino el lenguaje mismo de toda teoría social, como dirá K. Davis."*³

En el ámbito del derecho, por su parte, se asiste en el siglo XX a una de las etapas de revisión del pensamiento jurídico de mayor alcance en toda la historia. Su dimensión es distinta, pero es en cierto modo comparable a las tareas llevadas a cabo por los compiladores de Justiniano para ordenar y sistematizar el derecho de Roma, obra a la cual se llamó la razón puesta por escrito (la *ratio scripta*); comparable a los trabajos seculares de los glosadores y posglosadores dirigidos a escudriñar el pensamiento de los juristas romanos; y comparable a los esfuerzos de los codificadores del siglo XIX para construir conjuntos normativos orgánicos (códigos) partiendo de los principios racionales de la Ilustración. Es un esfuerzo -común al derecho continental europeo y al *common law* y con grandes aportes de

2 Reale, Giovanni y Antiseri, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico*. III. *Del romanticismo hasta hoy*, Herder, Barcelona 1988, p. 660.

3 Lamo de Espinoza, Emilio: "La sociología del siglo XX", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 96, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2001, pp. 33-34.

éste- que se realiza desde la filosofía y desde cada una de las ramas que integran el derecho como un todo orgánico: es un replanteamiento de los fines del derecho, de la justificación del derecho, de su esencia como sistema de principios y reglas de conducta para permitir la vida en una sociedad regida por valores democráticos enunciados constitucionalmente y en una economía de mercado con límites éticos. En efecto, en la segunda guerra mundial fue derrotado el sistema totalitario nazi que propugnaba la organización de la sociedad partiendo de estos presupuestos: la división amigo-enemigo; la superación del estado liberal plural por un estado homogéneo; la presencia de un dictador para interpretar la misión sublime de la comunidad; la liberación del dictador de las ataduras del ordenamiento jurídico; la separación entre el derecho y las formas de realización del derecho; la solución de las contradicciones entre el derecho natural y el derecho positivo producto del choque entre derecho constitucional y realidad política apelando a la dictadura: la dictadura es una institución constitucional de la República, escribía Schmitt, quien agregaba: la dictadura es siempre un órgano del estado republicano, ciertamente extraordinario, pero no obstante constitucional. Ese sistema de estado total fue propuesto por el nazi Carl Schmitt desde el derecho y auspiciado por Heidegger desde la filosofía. Paralelamente, para la ideología marxista la infraestructura o base material de la sociedad determina la superestructura (uno de cuyos componentes es el derecho), es decir, las fuerzas productivas y las relaciones de producción dan origen al derecho. Como el derecho pertenece a la categoría de la superestructura, su construcción y desarrollo dependen de las condiciones económicas en las que vive la sociedad.

A partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial en 1945 se configura el perfil y se ajusta el cuadro actual de coexistencia de las distintas disciplinas jurídicas, en correspondencia con la organización de los estados como democracias constitucionales que incorporan los derechos humanos como parte esencial de su contenido y con economía de mercado con bases morales. La democracia constitucional con economía de mercado sustenta el desarrollo de los principios universales del pensamiento jurídico total, tanto del derecho público como del derecho privado. En los países que se organizan conforme a la ideología marxista, estados totalitarios con economía colectiva (la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas –URSS- y los países del Este de Europa, “democracias populares” extinguidas) el derecho privado desaparece y todo el derecho es derecho público sin sistema de derechos humanos.

En el mundo actual, globalizado, se asiste a un proceso de modificación de los estados, los cuales están perdiendo su relieve como sujetos productores de normas. Este fenómeno ha sido descrito así por Luigi Ferrajoli:

*Hecha excepción de unas pocas potencias, el Estado nacional está perdiendo su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en el económico. La crisis está determinada por la revolución en curso en las comunicaciones, la economía, la política y el derecho, un fenómeno que ha derribado las viejas fronteras estatales en todas estas dimensiones de la vida social, generando problemas dramáticos, ahora ya de forma irreversible supraestatales.*⁴

Hay todo un conjunto de normas de derecho privado de tinte internacional diverso en origen, *soft law* y *lex mercatoria*.

En este contexto universal se desenvuelve la Universidad Católica Andrés Bello y la acción de sus docentes e investigadores desde 1953: el universo intelectual se ve desde un balcón llamado Venezuela; desde ese lugar se mira el panorama mundial; a través del mismo penetran los aires que traen las novedades y desde ese sitio se desciende a la tierra para participar en el acontecer común y en la construcción de una reflexión y de un pensamiento propio.

Las Universidades católicas son regidas por la Constitución Apostólica *Ex corde Ecclesiae* (nacida del corazón de la Iglesia) del 15 agosto de 1990. «El objetivo de una Universidad Católica – explica *Ex corde Ecclesiae* (§13) – es el de garantizar de forma institucional una presencia cristiana en el mundo universitario frente a los grandes problemas de la sociedad y de la cultura”. Estos enunciados no son incompatibles con el rigor científico ni con la libertad de pensamiento, al contrario, los complementan y refuerzan. La razón y la fe tienen sus campos propios. Por ello, la Universidad Católica Andrés Bello proclama con toda claridad en su Estatuto Orgánico, que una de sus funciones es la de “promover el diálogo de las Ciencias entre sí y de éstas con la Filosofía y la Teología, a fin de lograr un saber superior, universal y comprensivo, que llene de sentido el quehacer universitario”.

Refiriéndose específicamente a la Universidad Católica Andrés Bello, el Rector Virtuoso ha dicho que ésta, “siguiendo la tradición de Ignacio de Loyola y los jesuitas”, va “en busca de lo mejor para entregarlo con generosidad y entusiasmo”; y que “los grandes valores que le han servido de guía y norte para su actuación” son la excelencia, el respeto mutuo, el compromiso, la responsabilidad, el servicio al otro y en todo amar y servir. “Esos valores son el alma de la Universidad”, afirma

4 Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid 2011, p. 471.

Virtuoso⁵. La Universidad Católica Andrés Bello es una universidad digna que puede ser ubicada al lado de “las universidades autónomas cercadas de hoy día, pero de pensamiento y voluntad libre”, que Luis Ugalde opone a la universidad servil⁶.

El diálogo propuesto en el Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello, la fidelidad a los valores mencionados por Virtuoso y el pensamiento y la voluntad libre de que habla Ugalde han tenido como consecuencia que la Universidad Católica Andrés Bello se haya involucrado profunda y conscientemente en los problemas sociales, económicos y políticos de Venezuela, sobre los cuales ha opinado, discutido, aconsejado y ejercido liderazgo. Autoridades, trabajadores, docentes, investigadores y estudiantes se han hecho presentes, como comunidad prominente de la sociedad, para defender la democracia y el estado de derecho, en peligro desde 1999. Los rectores Ugalde y Virtuoso han estado al frente, con valentía, sin ambigüedades, ofreciendo reflexiones, indicando caminos y contando con la resuelta solidaridad del episcopado, que incluye a nuestros dignos cardenales Urosa y Porras, genuinos representantes de las enseñanzas del Concilio Vaticano II.

Los integrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, cuyos profesores ejercen la abogacía en condiciones cada vez más precarias y hostiles, obligados como están a sostener los valores morales como escudo legitimador de las normas jurídicas, obligados como están a denunciar la violación sistemática de los valores superiores del ordenamiento jurídico, obligados como están a proclamar el desacato de las prescripciones de la vida cristiana en sociedad, han cumplido su deber.

Una muestra de esa presencia activa y racional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello se encuentra en las publicaciones de varios profesores, entre ellos mi discípulo Julio Rodríguez Berrizbeitia, quien en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales⁷ denuncia el intento de conversión de la ideología en derecho, sin proceso de consulta con todos los integrantes de la sociedad, siguiendo técnicas aparentemente legales,

5 Virtuoso S.J., Francisco José, “La Ucab y el país”, en *Historia que compromete. UCAB 60 años al servicio de Venezuela*. Publicaciones UCAB, Caracas, 2014.

6 Ugalde, S.J., Luis, “ULA- Universidad y Sociedad (29-III-17). Universidad hoy para el triunfo de la libertad sobre el despotismo”, *Discurso en el Aula Magna de la ULA*, Mérida, 29 de marzo de 2017.

7 Rodríguez Berrizbeitia, Julio, “Fundamentación moral del Derecho”, *Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas 22 de octubre de 2013.

al menos en su forma; advierte que un orden jurídico solo puede ser legítimo si no contradice principios morales; distingue bien entre legalidad y legitimidad; recuerda que los juristas han estimado que ciertos regímenes, como el nazi, el fascista y el comunista, son esencialmente ilegítimos (*in toto*), por inmorales; y recordando precedentes clásicos del derecho canónico, afirma que a la larga, la falta de legitimación moral justifica la rebelión. En sentido similar, otro profesor de la Facultad de Derecho, mi discípulo Carlos Ayala Corao, ha desempeñado un papel de primer orden en la redacción de pronunciamientos sobre la defensa de los derechos humanos desde la misma Academia de Ciencias Políticas y Sociales y como magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambos, Rodríguez Berrizbeitia y Ayala Corao, han secundado la brillante labor de otro profesor de la Facultad, mi discípulo Eugenio Hernández-Bretón, al frente de la presidencia de la mencionada Academia, quien ha elaborado documentos en los cuales se declara que en Venezuela no existe estado de derecho y que se ha roto el orden constitucional. Estos no son los únicos profesores que han elaborado estudios y defendido principios. Hay muchos otros, como el Profesor Jesús María Casal, discípulo de Olaso. El Padre Olaso, a su paso por la Escuela de Derecho de la UCAB, nos dejó a todos el ejemplo de su entusiasmo por la vida, la alegría y la esperanza y a Jesús María Casal le transmitió su fidelidad a la defensa de los derechos humanos. El Profesor Jesús María Casal es actualmente Consultor Jurídico de la Asamblea Nacional, con una amplia obra publicada en defensa del derecho constitucional de los derechos humanos, del sistema democrático, de la economía de mercado y del estado de derecho. Presento mis disculpas a los autores a quienes no menciono por las limitaciones de tiempo propias de este acto solemne.

A lo largo de los últimos años, nuestros obispos se han esforzado por hacer llegar a los creyentes y a la ciudadanía en general mensajes muy claros para que actúen con discernimiento. Han advertido a los abanderados de las utopías que los proyectos sociales globales no pueden construirse sin crear consensos, respetar a los otros, tener la paciencia de no imponer sino convencer y buscar lo mejor para todos, sin exclusión ni forma alguna de marginamiento. Han recordado que el país de hoy no se construye con las armas, sino con los valores de la paz, la libertad, la convivencia social, el trabajo digno, la justicia y la equidad. Responsablemente han dicho: “Esto sólo lo podemos lograr en una democracia real auténticamente participativa, con división y autonomía de poderes, con instituciones eficientes y con una sociedad civil que venza las calamidades de la división, la intolerancia y el

odio”⁸. Con toda franqueza han condenado por inconstitucional al socialismo del siglo XXI, así: “En lenguaje político concreto”...la palabra socialismo...“designa ...un sistema socio político y económico de gobierno, estatista, totalitario, radical y excluyente, de corte marxista-comunista, que descarta cualquier otra alternativa sociopolítica e ideológica, e impone un pensamiento y un partido únicos. Este sistema ha fracasado en todos los países donde se ha aplicado. Si esta es la concepción que el gobierno nacional tiene de socialismo, advertimos con profunda preocupación que este ... objetivo está al margen de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual establece en su artículo 2 “el estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores...la vida, la libertad, la justicia, la igualdad,la ética y el pluralismo político”⁹.

Venezuela ha dejado de ser una república democrática, Venezuela ha entrado en una era de despotismo, situación facilitada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con decisiones calificadas como moralmente inadmisibles por nuestra máxima jerarquía eclesiástica¹⁰, poniéndose en peligro el compromiso que tiene la UCAB con el país “en la búsqueda de alternativas para construir una sociedad más justa y democrática”, tal como muy bien lo ha planteado el Rector Virtuoso¹¹. La Universidad Católica Andrés Bello está perfectamente consciente que tiene, junto con las universidades autónomas del país, un papel clave que jugar para lograr el triunfo de la libertad sobre el despotismo; y sabe, además, que ese enfrentamiento debe ser conducido con inteligencia y ética, tal como ha recomendado el ex Rector Ugalde a asambleas de universitarios, recordando a Juan Germán Roscio¹². Es una enorme responsabilidad que la Universidad Católica Andrés Bello no va a eludir, como no lo hizo en 1958. Es una enorme responsabilidad que la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, a la cual me enorgullezco de pertenecer, no va a esquivar. Esa responsabilidad se inscribe en la responsabilidad que nos corresponde como católicos, bajo la dirección de nuestro digno episcopado.

8 Conferencia Episcopal Venezolana. Documentos, *El bicentenario del terremoto del 26 de marzo de 1812*.

9 Conferencia Episcopal Venezolana. Documentos, *Diálogo y pluralismo político*. 10 de enero de 2014.

10 Comunicado de la Presidencia de la Conferencia Episcopal de Venezuela ante las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. 31 de marzo de 2017.

11 Virtuoso S.J., Francisco José, “UCAB: una historia que compromete”, en *Historia que compromete*, cit.

12 UGALDE, S.J., Luis, “ULA- Universidad y Sociedad (29-III-17).Universidad hoy para el triunfo de la libertad sobre el despotismo”, cit.

Señoras y señores:

Antes de concluir, quiero hacer notar la presencia afectuosa en este acto de mi familia, de mis amigos y de mucha gente cuyos nombres me veo obligado a mencionar porque a pesar de su incapacidad física o de su condición médica, están aquí. Presento disculpas por la omisión de los nombres de todos los que deberían ser mencionados y no lo serán. Inevitablemente voy a incurrir en faltas.

Aquí están mi esposa Astrid y sus hijos Carlos y Astrid. Astrid hija vino desde Barcelona, la de Cataluña, para estar hoy aquí. Del mismo lugar ha venido especialmente para este acto mi amigo y antiguo alumno en esta casa de estudios, Pedro Rendón Oropeza. Destaco la presencia de mi hijo mayor Alfredo y de mi hija María Teresa, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y con postgrado en la católica Georgetown University de Washington D.C., quien desde hace varios años vive en los Estados Unidos y ejerce su profesión de “abogado de la católica” en ese país, en la Unión Europea y en varios países ibero americanos. No están presentes físicamente, pero lo están espiritualmente, mis hijos María Alicia y Gustavo, porque residen en Florida y los venezolanos residentes en Florida, en su predominante mayoría una vigorosa colonia de emigrados honestos y trabajadores, además de haber sido privados arbitrariamente del derecho del cual siempre disfrutaron de tener un consulado, suelen tener ciertos problemas de pasaportes. Están igualmente presentes mi nieto Eduardo Zúñiga Morles, su esposa Jessica y mi bisnieto Marcelo. Están mis hermanos Lilian, Leonardo, Gerardo y Mauricio; y mis sobrinas Lilian y Belencita. Lilian está con sus hijos Peter, Nicolás y Marta. Están también presentes una multitud de primos muy queridos que toda la vida han estado pendientes de mí, como antes lo estuvieron nuestros ancestros y lazos comunes: los Hernández, los Méndez, los Carrasquero, los Araujo, los Monagas, los Castillo, los Isea, además de familiares tan queridos como los Miralles, los Miliani, los Bozo, los Quintero, los Zúñiga y los Morles. Está aquí mi fiel asistente Luis Marquina con su apreciada familia.

Están aquí la Dra. Clara Inés Valecillos y su hijo José Manuel, viuda e hijo, respectivamente, de mi entrañable amigo, el médico José de la Cruz Valecillos, de Escuque.

Me hacen el honor de estar presentes muchas personas que han ocupado lugar destacado en mi vida, como Elia Parra Bunimov de Pérez-Luna, hija de Don Marcos Bunimovitch y de María Para Sanojo, hermana de mi inolvidable amigo Boris Bunimov Parra y madre de Manuel Pérez-Luna Bunimovitch, profesor de esta universidad.

Aquí están presentes también respetados e ilustres colegas de academias, facultades de ciencias jurídicas, colegios de abogados y escritorios jurídicos. Entre este grupo de destacados juristas está la Doctora Clarisa Sanoja de Ochoa, honesta ex presidenta del Consejo de la Judicatura. Asisten algunos miembros de la promoción de abogados Alfredo Morles Hernández de la UCAB de 1976 y, sobre todo, profesores y estudiantes de esta casa de estudios, que están escribiendo páginas de honor ciudadano en estos difíciles tiempos. Están mis queridos vecinos y mis amigos.

Agradezco profundamente la presencia de todos y cada uno de los asistentes y presento mis disculpas por las inevitables omisiones en que haya podido incurrir.

Señoras y señores:

Se ha afirmado con razón que una vez que entramos en el mundo para nuestra estadía temporaria en él, no hay otra alternativa más que intentar decidir en qué creer y cómo vivir, y la única manera de hacerlo es intentando decidir qué es cierto y qué es correcto. Para mí, como católico, lo cierto es la existencia de Dios (y en él creo); y para mí, como jurista, lo correcto es lo que ya enseñaban desde la antigüedad romana sus jurisconsultos, antes del cristianismo: vivir honestamente, no dañar a otros y reconocer a cada quien lo suyo (*honeste vivere, altere non ledere, suum quique tribuere*). Así he intentado vivir y por ello este doctorado honoris causa en Derecho de mi alma mater católica está más allá de lo que podía esperar de ella.

Señoras y señores.

