

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho y Sociedad 12

Rafael Álvarez-Loscher
Tulio Alberto Álvarez
David Felipe Arellano De Figueiredo
Carlos García Soto
Jorge I. González Carvajal
Henrique Meier
Fernando Sanquírigo Pittevil
Carlos E. Weffe H.
Carlos Miguel Balladares Castillo
Fernando Vizcaya Carrillo

Noviembre

2016



Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho
y Sociedad
12

Noviembre 2016

Derecho y Sociedad

Editorial

Carlos García Soto

La insolvencia de la persona física (natural) y su impacto en la insolvencia corporativa

Rafael Álvarez-Loscher

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”: Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

Tulio Alberto Álvarez

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros: una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

David Felipe Arellano De Figueiredo

Introducción a la evolución de las garantías procesales en la historia constitucional venezolana

Carlos García Soto

Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos paradigmáticos y “nuevas” dimensiones

Jorge I. González Carvajal

Derecho y Sociedad: Las funciones del Derecho

Henrique Meier

El Principio *expressio unius est exclusio alterius* en el artículo 185 del CC y la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad

Fernando Sanquírigo Pittevil

**Esbozo histórico del presidencialismo constitucional venezolano
en el Estado Independiente y Autónomo (1811-1864)**

Carlos E. Weffe H.

**El partido Socialcristiano COPEI y la lucha por la democracia
en Venezuela. El año de 1958 como compendio
de una tradición política**

Carlos Miguel Balladares Castillo

**La pasión por argumentar (La clave de la vida democrática,
en base a una epístola moral de Séneca)**

Fernando Vizcaya Carrillo

Colaboran en este número

Rafael Álvarez-Loscher

Abogado Universidad Monteávila 2004. Diploma de Estudios Law and Economics George Mason University (EEUU) y Universidad Empresarial Siglo XXI (Argentina). Diploma de Estudios Avanzado de Doctorado por la Universidad de Navarra España 2014. Actualmente cursando el programa de doble MBA del Instituto de Empresa (España) y Brown University (EEUU). Parte de la Tesis “Acuerdos de Refinanciación y Derecho Preconcurso”, del programa de Doctorado en Derecho, Riesgo y la sociedad global de la Universidad de Navarra próxima a ser defendida. Socio de Iuriscorp Internacional, correo electrónico: alvarezloscher@gmail.com.

Tulio Alberto Álvarez

Profesor titular en pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y la Universidad Monteávila; y se desempeña como profesor en los doctorados de Historia y Derecho, además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología, Magister en Teología Fundamental, Magister en Historia y Doctor en Derecho.

David Felipe Arellano De Figueiredo

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en el año 2005. LL.M. International Trade and Business Law de la Universidad Católica Portuguesa, Lisboa, 2007. Reválida del título de abogado al de Licenciado en Derecho en Portugal, Universidad Católica Portuguesa, Lisboa, 2008. Master en Derecho Español para Juristas Extranjeros (título propio), Universidad de Salamanca, 2014.

Carlos García Soto

Abogado, magna cum laude, Universidad Monteávila (2004). Investigador Visitante, Universidad de Navarra (2009).

Investigador visitante, Universidad de Columbia, New York (2010). Diploma en Estudios Avanzados en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (2009). Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, sobresaliente cum laude por unanimidad (2014). Ha sido Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Monteávila. Es Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Profesor de Historia del Derecho, Universidad Monteávila. Director de Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Sundirector del Anuario de Derecho Público, Universidad Monteávila. Subdirector de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, REDAV.

Jorge I. González Carvajal

Universidad Católica Andrés Bello: Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, Argentina: Doctorando en Derecho y es Magíster Scientiarum en Derecho Procesal. Visiting scholar en la Università degli Studi di Padova, Italia, marzo-julio 2013. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Diplomado de Docencia en Educación Superior. Profesor a tiempo convencional en la Universidad Católica Andrés Bello, “Contratos y Garantías”, 2013-2014 y de la Universidad Monteávila, “Contratos y Garantías” y “Obligaciones”, 2015-2016.

Henrique Meier

Profesor Jubilado de la UCAB. Actualmente Director del Área de Estudios Jurídicos y Políticos del Decanato de Posgrado de la Universidad Metropolitana. Profesor de Derecho Ambiental y Marco Legal de la Administración Pública en los postgrados de Derecho Corporativo y Gerencia Pública, respectivamente. Profesor de Teoría Político-Constitucional en la Escuela de Estudios Liberales de esa misma Universidad.

Fernando Sanquírico Pittevil

Abogado de la Universidad Monteávila, Especialista en Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana, actualmente cursa estudios de Doctorado en la Universidad Católica Andrés Bello. Ganador del Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Es Profesor de Derecho Civil tanto en la Universidad Monteávila como en la Universidad Central de Venezuela. Actualmente trabaja en DLA InterJuris Abogados, S.C.

Carlos E. Weffe H.

Doctor en Derecho (Universidad Central de Venezuela, UCV). Especialista en Derecho Tributario (UCV). Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, UCAB). Profesor Agregado, Jefe de la Cátedra de «Finanzas Públicas» (Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV). Profesor de «Ilícitos Tributarios», Especialización en Derecho Tributario (Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV). Profesor de «Problemas Federales y Municipales» (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Monteávila, UMA). Director del Centro de Estudios de Derecho Financiero y Tributario (UMA). Postdoctoral research fellow (International Bureau for Fiscal Documentation, IBFD), Países Bajos. Ex profesor de pre y postgrado (UCAB, Universidad Metropolitana, Universidad Católica del Táchira, Universidad Fermín Toro, Instituto de Estudios Superiores de Administración y Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública). Ganador del Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (2011). Autor de más de 40 artículos y monografías publicadas en Venezuela y en el extranjero, en materia de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Tributario, Derecho Tributario Material, Derecho Tributario Formal y Derecho Penal Tributario. Representante principal por Venezuela al Directorio del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Vicepresidente suplente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Académico Numerario Ordinario de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal.

Carlos Miguel Balladares Castillo

Profesor de Historia de Venezuela de la Universidad Central de Venezuela, de la Universidad Monteávila y de la Universidad Católica Andrés Bello.

Fernando Vizcaya Carrillo

Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad Monteávila.

Derecho y Sociedad

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623
Web: www.uma.edu.ve

CONSEJO EDITORIAL

Carlos García Soto
Director

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Eugenio Hernández-Bretón
Decano

María Verónica Torres
Directora de la Escuela de Derecho

Yelitza Salcedo Mijares
Secretaria

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

María Bernardoni de Govea
Marcos Carrillo
Résmil Chacón
Rafael J. Chavero G.
Faustino Flamarique
Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola
Enrique Pérez Olivares (+)
Pedro A. Rengel N.
Aristides Rengel Römberg
Daniela Urosa Maggi
Vicente Villavicencio Mendoza

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY
ISSN: 1317-2778
Coordinación de Publicaciones
Comité de Comunicación Institucional
Universidad Monteávila

ÍNDICE

Editorial	19
-----------------	----

Derecho

La insolvencia de la persona física (natural) y su impacto en la insolvencia corporativa

Rafael E. Álvarez-Loscher	23
I. Planteamiento del problema.....	25
II. La Insolvencia de las personas naturales en Estados Unidos de América.....	26
III. La insolvencia personal en España.....	29

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento” : Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

Tulio Alberto Álvarez	43
I. A manera de introducción.....	45
II. El compromiso del cristiano en la adecuación de la Ley a una justicia integral	46
III. Entre dos extremos	50
IV. El caso Venezuela: la destrucción de la democracia utilizando las instituciones democráticas	55
1. Desmontaje del Estado de Derecho	56
2. La instigación al odio y la violencia como mecanismo de cohesión	59
3. Sistemática violación de los derechos fundamentales del ser humano	60
4. El saqueo de un país.....	63

5. La cultura de la muerte	64
A manera de conclusión.....	64

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros: una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

David Felipe Arellano De Figueiredo.....	67
I. Introducción.....	69
1. Importancia del tema	69
II. Marco de referencia teórico.....	71
1. La protección de la inversión extranjera en Venezuela	71
2. El Acuerdo de Protección de Inversiones Hispano-Venezolano	79
3. Problemas que afronta la inversión española en Venezuela.....	83
4. Relevancia de los convenios de doble imposición Hispano-Venezolanos.....	86
5. El régimen tributario de las entidades de tenencia de valores extranjeros	94
A. Requisitos de acceso al régimen especial para las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros.....	97
B. Aplicación de la deducción por doble imposición internacional a los dividendos y ganancias de capital obtenidos por las ETVE	102
III. Conclusiones	108
IV. Fuentes	110

Introducción a la evolución de las garantías procesales en la Historia Constitucional venezolana

Carlos García Soto	117
Introducción	119

I.	El inicio del reconocimiento de las garantías procesales: los primeros documentos constitucionales	120
1.	Declaración de los derechos del Pueblo de 1811	120
2.	Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811	121
II.	La primigenia organización del sistema de justicia	125
1.	Decreto del Jefe Supremo estableciendo Tribunales de Primera Instancia y una Alta Corte de Justicia de 6 de octubre de 1817	125
III.	La parquedad de la Constitución de 1819 y del Decreto Orgánico del Libertador de 27 de mayo de 1828, por medio del cual asume el Poder Supremo	127
1.	Constitución de 1819	127
2.	Decreto Orgánico del Libertador de 27 de mayo de 1828, por medio del cual asume el Poder Supremo	128
IV.	El Decreto de 6 de agosto de 1830, de garantía de los venezolanos para el gobierno provisorio y su influencia en el constitucionalismo posterior	129
1.	Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio	129
2.	Constitución de 1830	133
3.	Constitución de 1857	134
4.	Constitución de 1858	135
V.	El Decreto de 16 de agosto de 1863 sobre los derechos individuales y las garantías de los venezolanos y su influencia en el constitucionalismo posterior	137
1.	Decreto de 16 de agosto de 1863 sobre los derechos individuales y las garantías de los venezolanos	137
2.	Constitución de 1864	139
3.	Constituciones de 1874, 1881 y 1891	142
VI.	La ampliación del ámbito de las garantías procesales a través de la Constitución de 1893	140

1.	Constitución de 1893	140
2.	Constitución de 1901	142
VII.	El retroceso en el ámbito de las garantías procesales en la Constitución de 1904. La recuperación de garantías en la Constitución de 1909 y la evolución del constitucionalismo posterior	142
1.	Introducción	142
2.	Constitución de 1904	143
3.	Constitución de 1909	143
4.	Estatuto Constitucional Provisorio de 1914.....	144
5.	Constitución de 1914	144
6.	Constitución de 1922	144
7.	Constitución de 1925	144
8.	Constituciones de 1928, 1929 y 1931	144
9.	Constitución de 1936	144
10.	Constitución de 1945	145
11.	Decreto N° 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno sobre Garantías de 15 de marzo de 1946	145
VIII.	La convulsión política en 1946 y 1947 y las garantías procesales	145
1.	Estatuto Provisional de Garantías de 1946	145
2.	Estatuto Provisional de Garantías de 1947	147
IX.	La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1947.....	147
X.	La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1953.....	151
XI.	La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1961.....	153
XII.	La reordenación y significativa ampliación de las garantías procesales en la Constitución de 1999	157
1.	Introducción	157

2. Las necesarias garantías procesales de rango legal.....	158
3. El sistema de justicia.....	158
4. Garantías procesales referidas a la libertad personal.....	158
5. Otras garantías procesales.....	160
Conclusiones	163

Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos paradigmáticos y “nuevas” dimensiones

Jorge I. González Carvajal	167
Introducción	169
I. La buena fe en el Derecho	170
1. La buena como principio general del Derecho ¿una aporía?	171
2. Nuevos enfoques	181
3. Perspectiva crítica	185
II. Manifestaciones paradigmáticas de la buena fe, especial referencia a la buena fe en el Derecho privado	186
1. La buena fe en materia de Derechos reales o buena fe legitimante	188
2. La buena fe en el tráfico jurídico o buena fe objetiva	195
3. Nuevas dimensiones de la buena fe: Perspectiva crítica ...	203
III. Conclusiones meramente aproximativas a un método para estudiar la buena fe en el Derecho	205

Derecho y Sociedad: Las funciones del Derecho

Henrique Meier.....	207
Introducción	209
I. La regulación	214
II. El control social	219
III. La integración	221
IV. La mediación	223

1. La mediación y las “piezas del Derecho”	224
2. La función mediadora y el proceso de mediación: el juez como órgano social del proceso de mediación	229
3. La coacción o fuerza: La función policial.....	231
4. Los operadores jurídicos o abogados	233
Conclusión: los diferentes tipos de sociedades conforme al grado de presencia del Derecho como factor de regulación, control, integración y mediación social.....	235
El Principio <i>expressio unius est exclusio alterius</i> en el artículo 185 del CC y la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad	
Fernando Sanquírico Pittevil.....	239
I. Exordio	241
II. El Código Civil como norma preconstitucional	242
III. La naturaleza jurídica del matrimonio.....	244
IV. La interpretación del artículo 185 del Código Civil	246
V. Epílogo	248
Esbozo histórico del presidencialismo constitucional venezolano en el Estado Independiente y Autónomo (1811-1864)	
Carlos E. Weffe H.	249
Introducción	251
I. El Presidencialismo Venezolano en el Estado Independiente y Autónomo	259
1. El Estado Independiente (1811-1830).....	259
2. El Estado Autónomo (1830–1863).....	286
Conclusiones	304
Bibliografía.....	309

Sociedad

El partido Socialcristiano COPEI y la lucha por la democracia en Venezuela. El año de 1958 como compendio de una tradición política

Carlos Miguel Balladares Castillo	313
Introducción	315
I. El movimiento socialcristiano venezolano y los primeros pasos de la democracia	317
II. COPEI y su lucha contra dos diferentes formas de autoritarismo: el trienio adeco (1945-48) y la década militar (1948-58).....	321
III. La contribución de COPEI a la instauración y supervivencia de la Junta de Gobierno presidida por el Contralmirante Larrazábal (1957-1958).....	327
IV. La reestructuración del partido y su convención nacional	334
V. Los aportes de COPEI al pacto de Puntofijo y el Programa mínimo	336
Conclusiones	338
Fuentes	339

La pasión por argumentar (La clave de la vida Democrática, en base a una epístola moral de Séneca)

Fernando Vizcaya Carrillo	343
I. La motivación que mejora la transmisión	345
II. Las condiciones de la eficacia	348
III. La formación “remota” en el Político	353
IV. La preparación continua	355
Bibliografía	357

EDITORIAL

Este número 12 de Derecho y Sociedad tiene como objeto recoger algunos trabajos de profesores y egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila y de profesores de otras Universidades.

Los temas abarcan varios aspectos jurídicos desde una perspectiva histórica, junto con otros que tratan asuntos de mayor actualidad. Se incluyen además un trabajo sobre historia política contemporánea de Venezuela y un trabajo de Filosofía de la Educación.

Este número se edita con un retraso significativo, pero a partir de él queremos mantener una mejor periodicidad de la Revista.

Carlos García Soto
Director

Derecho

La insolvencia de la persona física (natural) y su impacto en la insolvencia corporativa

Rafael E. Álvarez-Loscher

Sumario

- I. Planteamiento del problema.
- II. La Insolvencia de las personas naturales en Estados Unidos de América.
- III. La insolvencia personal en España.

I. Planteamiento del problema

Uno de los problemas actuales es también la insolvencia de las personas naturales o físicas. La llamada insolvencia del consumidor, hay un evidente problema y es el efecto de simbiosis que hay entre los tipos de insolvencia. Este efecto se debe a que si existe una proliferación de la insolvencia al consumo esto tendrá efectos negativos en los ingresos de las empresas y de las instituciones financieras, y viceversa, al ocurrir las crisis bancarias o financieras las personas físicas pierden dinero, ahorros, puestos de trabajo, entre otros efectos perjudiciales.

Algunos autores han sostenido que esta relación no es tal¹, que no vale nada, sin embargo, la persona física por lo general es el inversionista de una corporación, y en algunos casos la insolvencia corporativa puede arrastrar al inversionista, con lo cual a los efectos de minimizar sus pérdidas la persona física puede declarar su bancarrota o concurso².

En efecto, en caso de la insolvencia personal como trataré en este capítulo es uno de los tópicos más importantes que interesan a los organismos multilaterales como el Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional y la Unión Europea.

La cuestión de la insolvencia de la persona natural es un asunto también que debe tener también otro enfoque, uno más social; mal puede pensarse que la persona física al entrar en insolvencia debe ser liquidado, en el sentido de ser condenado a la pena de muerte o encarcelado, o de ser subastado como esclavo. Por eso la insolvencia del consumo es un tema siempre de reorganización³.

1 MECKLING, Dean: "Financial Markets, Default, and Bankruptcy: The Role of the State", *Law & Contemp. Prob.*, Autumn, 1977.

2 DREYFUSS, GREENWOOD, & FIORELLO: "The Impact of Proposed Changes in Bankruptcy Administration 38", in *Institute for The Future*, Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of The United States, 1973.

3 WHITE, Michelle J: "Economic analysis of corporate and personal bankruptcy law". Working Paper 11536 <http://www.nber.org/papers/w11536> National Bureau of Economic Research. Pág. 38.

En ese orden de ideas, a la sociedad y al Estado tampoco puede interesarle que el sujeto pierda su hogar, su seguro médico, o no tenga capacidad para la adquisición de alimentos, en fin de todos los elementos básicos para su subsistencia personal y la continuidad de su desarrollo personal e incluso de su familia, tales como el abandono de la escuela por parte de los miembros más jóvenes del grupo familiar, la pérdida de calidad en la atención o cuidados de los ancianos; incluso situaciones de éste tipo sólo perjudicarían más a la sociedad v.gr. proliferación del desempleo, pérdida de las contribuciones fiscales, aumento de personas desamparadas, aumentos de las tasas de robos, hurtos, consumo de drogas, alcoholismo y otras más peligrosas⁴. De esta manera no puede jamás verse la insolvencia personal del mismo modo que la insolvencia corporativa, esta posición ha sido analizada en profundidad por algunos académicos estadounidenses llegando a afirmar que es uno de los objetivos centrales del sistema de bancarrota, que debe tutelar el gobierno federal⁵.

Esto supone que la cuestión no es tanto “cómo se reparte la torta, sino en qué momento se come la torta”. Es decir, para que no se manifiesten estos problemas debe haber un conjunto de medidas y descargas que permiten al deudor amortizar sus deudas, pero permitiendo conservar sus activos y parte de sus ingresos futuros para no sólo su subsistencia, sino la regeneración de su capacidad de consumo y de crédito⁶.

II. La Insolvencia de las personas naturales en Estados Unidos de América

4 REA, S.A: “Arm-breaking, Consumer Credit and Personal Bankruptcy”, *Economic Inquiry*. 22:188-208. 1984. Jackson, T.H.: *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1986. HYNES, Richard M.: “Why (Consumer) Bankruptcy?”, *Alabama Law Review*, vol. 56: 1, 2004, Págs. 121-179.

5 ZYWICKI, Todd J: “The Bankruptcy clause” en Edwin Meese, *The Heritage Guide to the Constitution*. Washington, D.C.: Heritage Foundation, 2005, Págs. 112-114. ZYWICKI, Todd J.: “An Economic Analysis of the Consumer Bankruptcy Crisis”, *Northwestern University Law Review* 99, N° 4, 2005, Págs. 1463-1541. JONES, Edith H., y. ZYWICKI, Todd J.: “It’s Time for Means-Testing”, *Brigham Young University Law Review* 1999, Págs. 177-250.

6 WHITE, op. Cit. Pág. 39.

El tema –al menos en los Estados Unidos de América– es tratado desde la siguiente regulación: el Bankruptcy Code aplicaría tanto en su capítulo 7 de las liquidaciones, el capítulo 13 llamado sobre *adjustment of debts of consumers with regular income*, aunque algunos deudores solicitan la aplicación del capítulo 11, y otros el capítulo 12 sobretodo aplica para el deudor que es agricultor o granjero.

Un tema primario es que el deudor no suele solicitar su bancarrota en los Estados Unidos, primeramente porque la Federal Consumer Credit Protection Act, establece que el 75% del ingreso o 30 veces el salario mínimo semanal, lo que sea más alto está exento de aprovisionamiento. Esto supone un incentivo para el acreedor a buscar remedios de pago fuera de las cortes, pero también (dependiendo de la cuantía de las deudas) supone más aprovisionamientos para el deudor en contra partida al capítulo 13 que trataré más adelante, mientras que el capítulo 7 permitía un descargo (*dischard*) o eliminación de la deuda más favorable para el deudor⁷.

De acuerdo al capítulo 7 la mayoría de los créditos están sujetos al llamado *dischard*, o descarga, en la que podría relevarse al deudor de pagar, sin embargo, no todas las deudas son susceptibles de descarga p.ej. la obligación de manutención o alimentos para niños, el crédito estudiantil. Bajo el capítulo 7 todo lo que serían las futuras ganancias, o sueldos, y parte de su patrimonio quedaría exento de la obligación de pago a sus acreedores, pero si el 100% de su ingreso futuro queda exento de pago es lo que se conoce como el *fresh start*, o la nueva oportunidad. Bajo este capítulo el *trustee* se encarga de organizar el pago de lo que es posible, deuda de tarjetas de crédito, impuestos, entre otros. La ley está diseñada para que un individuo no pueda aplicar al capítulo 7 sino cada seis (06) años.

Por su parte el capítulo 13, el deudor mantiene su deuda pero debe plantear un cronograma de pago, es decir, la deuda es refinanciada con

7 New York City Bankruptcy Assistance Project “Respuestas más comunes sobre la quiebra”, *Legal Service New York City*, New York, 2005.

lo que supone que puede conservar sus activos; el cronograma de pago puede ir de tres (03) a cinco (05) años para el repago de la deuda. Sin embargo, el monto a pagar a los acreedores es lo que les hubiera correspondido de acuerdo al capítulo 7. Esto hace que muchos sujetos prefieran el capítulo 7, sin embargo, el Juez es el que aprueba el acuerdo de pago bajo el supuesto del capítulo 13. En la práctica los solicitantes prefieren el capítulo 7, o proponen un acuerdo muy bajo de pago de sólo el 1% de la deuda. Ahora queda el poder del Juez en guiar y aprobar el método⁸.

Sin embargo la escogencia por parte del deudor de uno u otro capítulo tienen que ver con temas de los créditos privilegiados, es decir el tipo de deuda, y cuando se han retrasado o abusado en el ejercicio del crédito, también si han solicitado la aplicación del capítulo 7 en los últimos seis (06) años.

Finalmente a partir de los 2005 hay una nueva regulación de bancarrota personal, la llamada Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act, los deudores deben tomar asesoría a través de asesores financieros antes de solicitar su reorganización, también deben de pasar una serie de pruebas para poder comprobar su solvencia moral y poder ir al capítulo 7, si el ingreso doméstico es mayor que la media en el Estado y su capacidad de pago excede \$10,000 o 25% de su deuda sin garantía deben de solicitar la reorganización a través del capítulo 13.

Estas medidas más amigables de bancarrota pueden mirarse no sólo desde el punto de vista social como indique *supra*, pero también suponen otro problema, si para el acreedor es más considerable que un porcentaje de sus clientes soliciten concursos amigables para liberarse del pago, pues para el acreedor esto comportará un riesgo en la consideración o acuerdo del crédito, v.gr. tarjetas de crédito, arrojando como consecuencia una subida en las tasas de intereses para la mitigación del riesgo, sólo la com-

8 BRAUCHER, J: "Lawyers and Consumer Bankruptcy: One Code, Many Cultures", *American Bankruptcy Law J.*, 1993, 67:501-683.: quiere decir el autor que algunos jueces obligan al deudor a ir por el capítulo 13 aunque pudieran optar por capítulo 7, lo que les fuese más beneficioso, sin embargo estiman que algo debe pagar, otros jueces son más benevolentes.

petencia abierta en un mercado como el estadounidense y el control de las tasas por parte del FED han podido minimizar este impacto.

III. La insolvencia personal en España

Ahora bien, el problema de la insolvencia no parece ser bien abordado por parte de ley concursal española, de hecho en opinión de algunos ha fracasado⁹. La debilidad de la recuperación económica es fruto de una mala solución del endeudamiento privado, que es uno de los más grandes problemas económicos que tiene España¹⁰. Hay un comportamiento que ha disparado la deuda pública alcanzando casi el 100% PIB¹¹. La utilización excesiva de los recursos sociales en planes de beneficencia, seguridad social, versus lo que podría convertirse en verdaderos incentivos para la activación de la producción o generación de empleo parece ser una de las claves. El problema político tampoco genera confianza en los inversores, por ejemplo el conflicto de separación de Cataluña, la conformación de gobierno después de las elecciones de diciembre de 2015, entre otros tantos.

Pero el problema es atender al problema del consumo y la utilización no abusiva del crédito, y la adecuada utilización de un sistema que permita a la persona física o natural un mecanismo efectivo de solución a un problema.

Como adelanté antes, la utilización de los sistemas concursales de personas físicas es o debe buscar la reorganización, mal podría tener dentro de sus objetivos un aprovisionamiento excesivo de sus bienes gene-

9 CUENA CASAS, Matilde: “Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física: La persona física insolvente, de nuevo olvidada”, *Revista CESCO de derecho de consumo*. Número 11/2014. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Págs. 168-175.

10 Del total de deuda, la de las administraciones supone el 36,4% del PIB, la de las empresas el 36% y la de las familias el 27,6%, si bien sumando empresas y familias la deuda privada sigue superando a la pública con un 64% frente a un 36%. <http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/indeco.html>

11 <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

rando un mayor problema social. Desde ésta perspectiva, el derecho concursal no ha solucionado el problema, quizá porque de la lectura de la exposición de motivos de la LC, se evidencia el objetivo del concurso para el pago de los acreedores¹², aunque se procure la conservación de la empresa, los puestos de trabajo, entre otros.

Esta dicotomía pone de manifiesto el gran problema de distribución de los recursos, y la obtención del cobro de las obligaciones civiles, es decir, no es menos cierto que un banco o empresa tenga derecho a cobrar su acreencia frente al deudor que se ha beneficiado de un crédito, que compró un automóvil, o realizó consumos con la tarjeta de crédito.

En tal sentido, una solución es la limitación del uso abusivo del crédito, ya que pretender la solución únicamente a través del régimen concursal, es o sería poco eficaz, así a España le ha sido requerido desde instancias internacionales¹³. Si el consumo privado sigue bloqueado por un endeudamiento impagable, las empresas seguirán cerrando. Así lo ha recalcado el reciente dictamen del Comité Económico y Social Europeo:

“es sumamente importante encontrar un tratamiento al sobreendeudamiento del consumidor, pues todos los actores económicos sufren las consecuencias financieras, ya que las empresas, especialmente las

12 OLIVENCIA, M: Op. Cit.

13 Vid. Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80463 Se postula entre otras medidas un régimen de segunda oportunidad para empresarios a quienes se les deberían condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en el plazo máximo de tres años. También el Informe del FMI de 20 de julio de 2014 (pág. 42) alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores (nota 10) <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014 se postula el régimen de segunda oportunidad para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores (apartado 5.1) <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf>

*pymes, se ven fragilizadas por los impagos de sus clientes, que se han convertido en insolventes*¹⁴.

Buena prueba de ello es que el número de concursos de persona física sigue siendo extraordinariamente bajo en España¹⁵, a pesar de las reformas y ello contrasta con lo que acontece en otros países. Tampoco el estímulo a la innovación y el emprendimiento a través de la Ley de Emprendedores y su internacionalización pareció tener resultados positivos.

No sólo el problema de la insolvencia personal es una cuestión social en el sentido que dejar a la gente sin recursos comporta un problema que podría generar mayores males, sino que la persona al recuperarse también continúa contribuyendo con las cargas públicas a través de sus impuestos, cuestión que desde la óptica macroeconómica podría ser más importante que el impacto microeconómico de algunos concursados sujetos a *dischard* como ocurre en Estados Unidos.

Georgakopoulos en Estados Unidos afirmó que: “en una economía capitalista queremos que los individuos se reintegren en el sistema y realicen actividad económica por cuenta propia asumiendo riesgos. Ello activa la economía y evita que el individuo se convierta en un desagüe por el que se escapan los escasos recursos sociales¹⁶”. El sistema es fruto

14 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014. <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf>

15 Según los datos correspondientes al segundo trimestre de 2014, de un total de 1870 concursos, solo 255 lo fueron de persona física (de los cuales solo 60 lo fueron de persona física que realiza actividad empresarial). Todos los demás concursos lo son de sociedades. Los datos no ha sufrido un cambio significativo tras la aprobación de las modificaciones y el porcentaje es bajo: 13% del total de concursos de persona física. Un contraste de las cifras de insolvencia personal en España y el resto de países puede comprobarse en http://www.creditreform.com/fileadmin/user_upload/Insolvencias_in_Europe_2011-12.pdf, pág. 9.

16 GEORGAKOPOULUS, Nicholas: “Bankruptcy Law for Productivity”, *Wake Forest Law Review*, N° 37, 2002, Pág. 51 y ss.

de la denominada “democratización del crédito” estimulado como motor del crecimiento económico. El fomento del consumo conlleva como consecuencia inevitable el sobreendeudamiento¹⁷, el cual requiere de un mecanismo paliativo en caso de insolvencia del particular, tendría sentido entonces como afirma Cuenca Casas¹⁸ que si se aplica el modelo de consumo anglosajón se utilicen también sus remedios, tales como el *discharge* o el *fresh start*.

También comporta un problema en la actuación u organización de los sujetos para el ejercicio de su actividad, porque cualquier emprendedor arriesga su patrimonio en el nuevo negocio, es un tema de responsabilidad patrimonial lógica ante el riesgo de un nuevo negocio, es decir, el banco a una organización nueva no le prestará dinero sino hay garantías colaterales cruzadas en la operación, se produce lo que se ha denominado “responsabilidad limitada imperfecta”, en esas empresas la separación de los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta.

El resultado es que el nivel de iniciativa empresarial en España es bajo si se compara con los países del entorno europeo¹⁹ y, tal y como se evidencia en el último Eurobarómetro de la Comisión Europea²⁰. La cita tomada de Cuenca Casas refiere a que:

17 RAMSAY, I: “Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU”, En *Consumer Bankruptcy in Europe. Different Paths for debtors and creditors*, Robert Anderson, Hans Dubois, Anne Koark, Götz Lechner, Iain Ramsay, Thomas Roethe and Hans-W. Micklitz (Ed.) 2011, p. 5 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18255/2011_09.pdf?sequence=1

18 CUENA CASAS: op. Cit.

19 En España los datos sobre el TEA (Total Entrepreneurial Activity), que es el porcentaje de personas de la población de 18 a 64 años de un país que se encuentra bien montando una empresa o dirigiendo una que no lleve más de 42 meses de actividad, son reveladores y han experimentado una disminución del 2% en los dos últimos años. Cfr. *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM 2012) para una comparativa con el resto de países de nuestro entorno. <http://www.gemconsortium.org/> (Consultado el 21 de octubre de 2013) Citado por CUENA CASAS.

20 Flash Eurobarometer N° 354, Entrepreneurship in the EU and beyond, Agosto 2012, http://ec.europa.eu/publi_c_opinion/flash/fl_354_en.pdf

“según este documento, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles son sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 50%, el riesgo de insolvencia. Esta ratio es la más alta de los países encuestados, lo que pone de relieve que en España tiene mucho peso en contra de la decisión de emprender la ausencia de una segunda oportunidad para el deudor insolvente y la falta de mecanismos de protección de la vivienda habitual”.

Ante el problema sólo parecen existir figuras al margen para el emprendedor, y no precisamente las más ajustadas a derecho, pero que sin duda no generan incentivo efectivo a la actividad empresarial, que si se sumamos al riesgo que comporta la falta de confianza en el mercado, se evidencia una grave discapacidad de resolver la crisis en España.

Es decir la ausencia de normas similares a las del derecho anglosajón, o lo que es lo mismo, lo que significaría condenar al deudor a la exclusión social tras la liquidación de su patrimonio cuando se declara insolvente desincentiva la toma de riesgos, el consumo y la inversión. Ello tiene además un impacto negativo en el desempleo, que actualmente alcanza en España tasas “asombrosas” que ralentizan el crecimiento económico²¹.

También Cuenca Casas sostiene que el fresh start debería aplicarse a la persona física que realice actividad comerciales o no²². La severidad del principio de responsabilidad patrimonial universal se produce sólo

21 Destaca el Banco Mundial en su “Informe sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, ADCo no 31, p. 223, que a menudo es muy difícil trazar una distinción significativa entre los deudores que son “consumidores puros” y los deudores que son empresarios o “no empresarios”. La transformación del mercado laboral durante las últimas décadas ha convertido a muchos proveedores de servicios de baja calificación, que eran trabajadores, en “proveedores de servicios autónomos”.

22 CUENCA CASAS, M: “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start”, ADCo no 31, 2014.

respecto de las personas físicas²³ y es preciso recuperar al sujeto como consumidor potencial evitando su exclusión social, lo cual tiene impacto en el gasto público y mediatamente en la insolvencia empresarial que requiere de consumo activo (efecto simbiótico de la insolvencia corporativa).

De hecho, la caída del consumo privado es una de las causas del cierre empresarial. Pero hay una delgada línea también que arrastra ese efecto simbiótico que comenté supra, la interrelación entre la insolvencia del consumo y la corporativa. Sin embargo en mi opinión convertir el derecho concursal en un sistema netamente de descargo y eliminación de deudas es muy peligroso, mal puede convertirse un deudor en un perdonado cada vez que abusa del crédito, quizá hacia allá se ha orientado la reforma en los Estados Unidos, pero también la insolvencia corporativa debe suponer el repago de las deudas, caso contrario es la evidente muerte del derecho concursal.

Esto porque no habría incentivos para los procedimientos comunes y universales, a la reorganización del activo empresarial sino a un evidente sistema de liquidación de activos en el cual el que se pretenda cobrar ex ante a cualquier concurso, la carrera por el cobro de las deudas, y comportaría más riesgo financiero lo que se traduce en altos intereses y la minimización del consumo y desarrollo.

Otro efecto colateral sumamente relevante de la regulación adecuada de la insolvencia de la persona física es que estimula la concesión responsable de crédito²⁴. La instauración de la exoneración del pasivo pendiente tiene pues un efecto colateral en la prevención del sobreendeu-

23 DE LA CUESTA RUTE, J.M: “Persona física y consumidor”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS, M. y COLINO MENDIAVILLA, J.L., Cizur Menor, 2009, p. 115.

24 El Consejo Económico y Social español en un Informe publicado en 1999 ya abogaba por crear en España una regulación para solventar el sobreendeudamiento de los consumidores similar al francés. Ver: SOTILLO MARTÍ, Antonio: “Segunda oportunidad y derecho concursal”, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, España, 2013.

damiento privado. Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe citado, al señalar que: “los acreedores que saben que sus deudores tiene acceso a una “salida de emergencia” tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito”²⁵.

A pesar de que la liberación del pasivo pendiente constituye una medida presente en la mayoría de los países de la UE35 y de larga tradición en Estados Unidos; en España sigue habiendo extraordinarias reticencias y su implantación tras la aprobación de la ley concursal²⁶ es extraordinariamente limitada por temor a sus efectos reflejos²⁷ y, parti-

25 Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, ADCo no 31, Pág. 240.

26 ROJO, A: “Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, dirigido por Tomillo Urbina, J. y coordinado por Álvarez Rubio, Cizur Menor, 2008, Pág. 254.

27 Francia, Estados Unidos, Alemania, Suecia, Portugal, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria, Finlandia. Un estudio comparativo a nivel europeo, cfr. PROYECTO DEL “PROCEDIMIENTO BEST” SOBRE REESTRUCTURACIÓN, QUIEBRA Y NUEVO COMIENZO. INFORME FINAL DEL GRUPO DE EXPERTOS. Dirección General de Empresa. Comisión Europea. 2003.http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf . En este proyecto se realizan recomendaciones a los Estados miembros y entre ellas destaca: “La rápida liberación de responsabilidad por deudas pendientes es decisiva para promover los nuevos comienzos y la actividad empresarial. Dado que, hasta cierto punto, implica un tratamiento de gracia, tal exoneración debe estar sujeta a ciertas condiciones (por ejemplo, el consentimiento de los acreedores; el pago de la parte de las deudas, cuando sea posible; el examen de la conducta del deudor o la cooperación con el administrador judicial y la plena información sobre los activos y el pasivo). Ciertas deudas podrían quedar excluidas (aquéllas que la legislación nacional establezca)”. Se trata de una medida reclamada por la UE. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” DOCE 2008/C 44/19: “La diversidad de los sistemas establecidos en cada uno de los países que los han desarrollado, no sólo en Europa sino también en el resto del mundo, combinada con su ausencia en otros países, favorece una situación de desigualdad de oportunidades que genera injusticia social, por un lado, y que distorsiona y obstruye la plena realización del mercado interior, por otro. Eso justifica una intervención proporcional de la Unión Europea, cuyo fundamento jurídico indispensable puede encontrarse en el derecho primario.

cularmente, porque puede dificultar el acceso al crédito y su encarecimiento.

A criterio de CUENA CASAS²⁸, tal riesgo es evitable si también se introducen cambios las políticas crediticias que valoren la solvencia no sólo con base en la entidad del patrimonio del deudor, sino también su comportamiento crediticio, de manera que pueda ajustarse el coste a la prima de riesgo de cada deudor de forma parecida a como sucede en el ámbito del seguro. No es razonable que el buen pagador soporte las causas del mal pagador. Si el acreedor irresponsable no padece ninguna consecuencia por su actuación negligente a la hora de valorar la solvencia del deudor, se generan situaciones de riesgo moral, lo que parece estar ocurriendo con los temas de los créditos con garantía.

Por otro lado, la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de dos mil catorce (2014) sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial²⁹, desde su primer considerando pone de manifiesto, que su objetivo es “ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión”.

El objetivo de la Recomendación es estimular a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, incluyendo mecanismos para la condonación de deudas.

28 CUENA CASAS, M: “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”. *Revista científica El Notario del siglo XXI* http://www.elnotario.es/images/pdf/PRESTAMO_RESPONSABLE.pdf y también “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albertosa, L. Thomson Aranzadi, España.

29 DOUE L74/1965, de 14 de marzo de dos mil catorce (2014).

La Recomendación en el apartado IV, numerales 30 al 33, trata de una segunda oportunidad para los empresarios insolventes, que en contraposición a lo que establece la LC, que no establece plazos para la exoneración, la Recomendación, a fin de darles a los empresarios una auténtico *fresh start* y limitar los efectos negativos de la insolvencia, comienza por manifestar que a los empresarios honrados se les deberían condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en un plazo máximo de tres años. Plazo éste, que según la Recomendación, se habrá de computar, bien desde la fecha en que previa petición el órgano judicial decidió iniciar el procedimiento de insolvencia, siempre que concluya este procedimiento con la liquidación de los activos del deudor; bien desde la fecha en que se inició un plan o convenio de reembolso.

Adicionalmente establece que tal condonación de deudas debería, realizarse, en principio, sin necesidad de volver a recurrir a un órgano jurisdiccional, lo que en mi opinión tiene mucho sentido. Sin embargo, parece que estos plazos distan muchos de los plazos procesales en España, cuyo promedio suele ser mayor al año. Pero, merece ser destacado que tratándose de empresarios honrados –expresión indeterminada– que según la doctrina debería incluir no sólo a quienes cuyo concurso no haya sido calificado de culpable ni haya sido condenado por determinados delitos, sino además que tal situación se deba a un infortunio o circunstancias extraordinarias³⁰, la remisión debe ser total.

Sin embargo, la Recomendación reconoce que no siempre la condonación total de deudas tras un breve plazo será conveniente. Por ello, considera que los Estados miembros deberían tener la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más exigentes que resulten necesarias para:

30 Vid. PULGAR EZQUERRA, J: “Ley de emprendedores...” cit., pág. 7; CUENA CASAS, M: “Ley de Emprendedores...”, cit., págs. 147 y ss., quien considera en este aspecto nuestra regulación como “un coladero”, también: ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: “Exoneración de deudas y fresh start: Ley Concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de dos mil catorce”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* número 22, 2015. Págs. 393-405.

- i) disuadir a los empresarios que han actuado de forma deshonesto o de mala fe, tanto antes como después de la iniciación del procedimiento de insolvencia;
- ii) disuadir a los empresarios que no se adhieran a un plan de reembolso o a cualquier otra obligación jurídica prevista para garantizar los intereses de los acreedores; o
- iii) garantizar los medios de subsistencia del empresario y su familia al permitirle conservar determinados activos.

Ahora bien algunos sostienen con cierto grado de razón que el ordenamiento jurídico español está meridianamente alineado con la Recomendación³¹. Quizá el aspecto más difícil podría estar en la calificación del concurso del empresario como fortuito y la ausencia de sanción penal por determinados delitos, únicas exigencias contempladas en la LC, pueden considerarse suficientes para entender que se cumple con disuadir al “*empresario que ha actuado de forma deshonesto o de mala fe*” y, por tanto, se cubre el parámetro de honradez que exige la Recomendación para ser merecedor de la exoneración de deudas.

Ahora bien, recientemente las nuevas modificaciones de la Ley Concursal han traído cierto grado de evolución en las reformas, y en su implementación es el caso del Real Decreto-ley 1/2015, del 27 de febrero, permitiendo que deudores de buena fe queden exonerados de las deudas pendientes tras el oportuno expediente concursal. El acceso del deudor a este beneficio, que sólo se producirá ante la concurrencia de unos requisitos establecidos en la Ley³², permitirá la exoneración por vía legal de las deudas pendientes.

31 ESTUPIÑÁN CÁCERES, R: Op. Cit.

32 1º) *Que el concurso no haya sido declarado culpable. Pero incluso en ese supuesto, aunque haya sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º LC cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso, el juez podrá conceder el beneficio y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor.*

2º) *Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.*

No obstante, dicha exoneración no se hace depender en ningún caso, como cabría haber esperado, del comportamiento del acreedor en el momento del nacimiento del derecho de crédito, es decir de un comportamiento adecuado en la concesión del crédito³³.

Se ha introducido así pues en la Ley Concursal (art. 178 bis) el llamado beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho (o mecanismo de segunda oportunidad) cuya aplicación conlleva la quita de determinado volumen de pasivo no satisfecho. Ahora bien, los acreedores privilegiados, y cuando la deuda esté garantizada con garantía real, no se verán afectados por la quita, puesto que se exige con carácter general haber satisfecho la totalidad de los créditos concursales privilegiados, salvo en la modalidad contemplada en el apartado quinto del art. 178 bis LC donde el beneficio de exoneración se extenderá a la parte que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía y ello con total inde-

3º) *Que el deudor haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa (como son los salarios, las costas y gastos judiciales de la solicitud y declaración del concurso, las costas y gastos judiciales por la asistencia y representación del deudor, los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, de cumplimiento de obligaciones pendientes, etc.) y los créditos concursales privilegiados (entre los que se encuentran los hipotecarios).*

4º) *Que en el caso de no haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, haya satisfecho al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.*

5º) *Que alternativamente a este anterior requisito, acepte someterse a un plan de pagos, que cumpla las obligaciones de colaboración e información del artículo 42 LC, que no haya obtenido este beneficio de exoneración en los últimos 10 años, que no haya rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad dentro de los 4 años anteriores a la declaración de concurso, o que en la solicitud de exoneración, acepte de forma expresa, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de 5 años, teniendo acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, quienes realicen una oferta de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones.*

- 33 MELERO BOSCH, Lourdes: Concesión irresponsable del crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* número 24, 2015. Págs. 333-345. DE LA PEÑA, L., y LÓPEZ FRÍAS, J: “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, RDBB núm. 130-2013, p. 64.

pendencia del comportamiento de tales acreedores en el momento de la concesión del crédito.

En la jurisprudencia aparece el caso del auto nº138/15, y el 139/2015, de 15 de abril de 2015, dictados por el Juzgado mercantil número 10 de Barcelona, suponen la primera aplicación práctica por los Juzgados mercantiles del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de la segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social Real Decreto-ley 1/2015, que entró en vigor el 1 de marzo de 2015. El auto concede a los concursados, un matrimonio de jubilados, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tras el pago de más de 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, al amparo de una previsión que ya fue introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Además de forma novedosa, les permite seguir disfrutando de la vivienda, al hallarse al corriente de pago el contrato de préstamo hipotecario, puede leerse que:

“nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar de “sobreendeudamiento pasivo”, en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por contingencias inesperadas e imprevisibles, habiendo actuado siempre con buena fe, por lo que el ordenamiento jurídico no puede penalizar a los que han solicitado su amparo a través, en este caso, del mecanismo del concurso de acreedores”³⁴.

También, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, a 1 de octubre de 2015, estima que el artículo 178.bis establece los criterios para poder acordar la exoneración provisional del pasivo insatisfecho, en los siguientes términos, cumpliéndose cada uno de los mismos y exponiéndolo de la siguiente manera:

34 SÁNCHEZ JORDÁN, M. E: “El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado; en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda”, pp. 87 y ss. *Civitas* 2016.

“En el supuesto de autos el deudor ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos. No consta que el deudor haya sido condenado por ninguno de los delitos que conforme a la LC determinaría el rechazo de la exoneración. El administrador concursal ha informado de que no hay elementos de juicio que permitan calificar el concurso como culpable ni ninguna otra responsabilidad concursal. No consta que el deudor haya quebrantado el deber de colaboración ni en la fase extrajudicial ni en la judicial. No hay pendientes créditos contra la masa, tampoco se han reconocido créditos concursales que deban ser calificados como privilegiados. No hay oposición de ninguno de los acreedores a reconocer al deudor el beneficio de exoneración con carácter provisional”.

Por todo ello, entiende el juzgado que “se cumplen todos los requisitos formales y materiales para proceder a la exoneración provisional del pasivo concursal insatisfecho conforme al artículo 178 bis párrafo 5”, y así por tanto concluye el juzgado, que “deberán exonerarse provisionalmente: Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”.

En mi opinión, constituye un verdadero avance la introducción de instituciones como el *dischard* o el *fresh start*, sin embargo, el comportamiento del acreedor también debe ser tenido en cuenta como elemento para determinar qué deudas pueden quedar exoneradas³⁵, configurando un efectivo derecho de dificultades económicas, si no existe tal prevención se verán los tribunales abarrotados de solicitudes concursales y por ende manifestada la ineficiencia del sistema.

35 ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo”, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html>, apunta como posible sanción contractual privar al banco del derecho al vencimiento anticipado del crédito por impago de alguna de las cuotas lo que, en la práctica significaría que no podría reclamar el pago de intereses moratorios ni legales.

La configuración legal del llamado préstamo responsable sólo podría entonces ser eficaz como prevención al sobreendeudamiento y, en fin, como mecanismo preventivo de la insolvencia, que en palabras de MELERO:

“si se articulan consecuencias contractuales ante la inobservancia del comportamiento debido en torno, fundamentalmente, a la evaluación de la solvencia del prestatario. Las consecuencias sancionadoras impuestas desde la normativa de supervisión y ordenación bancaria no son eficaces desde este punto de vista puesto que, imponiéndose sólo en los casos más graves y reiterados de incumplimiento, no cumplen una finalidad disuasoria y no contribuyen tampoco al objetivo de otorgar una segunda oportunidad real al consumidor³⁶”.

36 MELERO BOSCH: op. Cit. ARRANZ PUMAR, G: “La problemática del préstamo hipotecario responsable en la Unión Europea”, en Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos (2010), Ramiro Martínez-Pardo del Valle y Francisco Javier Zapata Cirugeda (coord.), Fundación de Estudios Financieros, 2011, p. 223. GALLEGO SÁNCHEZ, E: “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Lorenzo Prats Albentosa y Matilde Cuena Casas (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 208. CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, “Fresh Start” y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=387#sdfootnote1sym.

**“No he venido a abolir
la Ley, sino a darle
cumplimiento”¹:
Una visión sobre el aporte
del cristianismo
al humanismo universal
de Justicia integral**

Tulio Alberto Álvarez

*Quando el gobierno viola los derechos del pueblo,
la insurrección es el más sagrado de los derechos
y el más indispensable de los deberes.*

Lafayette

Sumario

- I. A manera de introducción.
- II. El compromiso del cristiano en la adecuación de la Ley a una justicia integral.
- III. Entre dos extremos.
- IV. El caso Venezuela: la destrucción de la democracia utilizando las instituciones democráticas. 1. *Desmontaje del Estado de Derecho*. 2. *La instigación al odio y la violencia como mecanismo*

1 Mt 5, 17: “No penséis que he venido a abolir la Ley y los Profetas. No he venido a abolir, sino a dar cumplimiento”.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

de cohesión. 3. Sistemática violación de los derechos fundamentales del ser humano. 4. El saqueo de un país. 5. La cultura de la muerte.

V. A manera de conclusión.

I. A manera de introducción

En las últimas tres décadas, la clase introductoria de mi curso de derecho constitucional, dedicada a la juventud ilusionada que comienza sus estudios de derecho, la he dirigido a resaltar la connotación del conocimiento teológico en la formación del pensamiento político que canalizó el proceso de institucionalización del poder. En estos años, he insistido sobre la forma en que el mensaje liberador de Cristo, con la novedad de la primacía de la dignidad del ser humano y la opción preferencial por los marginados, se convirtió en el presupuesto de un estatuto superior que pretende proteger a la humanidad de las perversiones autoritarias y totalitarias.

Puedo afirmar que en mis estudios de teología he descubierto un tesoro invaluable. Se trata de un método que permite relacionar la revelación cristiana con las situaciones históricas que han afrontado mujeres y hombres, signadas por la voluntad de transformación social y política. Esto me permite concluir que existe una interacción entre la reflexión humana sobre la Palabra de Dios y el contexto social de cada momento histórico.

He detectado la coincidencia de esos “*lugares teológicos*”, en los cuales los teólogos se han aplicado para extraer la argumentación en la defensa de las doctrinas relevantes del quehacer intelectual, con la fuente argumentativa utilizada en los contextos fundacionales del pensamiento constitucional. Al mismo tiempo, en lo que se refiere a la legislación de los diversos Estados, la luz de la revelación y el mensaje cristiano, en sí mismos, constituyen un patrón que permite validar ese orden temporal como signo de Justicia; o, al contrario, los católicos podemos identificar claramente la iniquidad de los tiranos, la misma que encuentra reflejo perfecto en las reglas aberrantes que pretenden imponer a la sociedad.

Pero lo más sublime del aporte cristiano, en lo que a los procesos de transformación normativa se refiere, se puede concretar en la definición del código de reconocimiento de humanidad que son las bienaventuranzas, desconocido hasta el momento de la revelación definitiva. Sobre la

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

base de un prototipo de mujer y hombre, de una identidad muy propia del cristiano, se tejió un manto de fraternidad que derivó; primero, en la atenuación de las formas de servidumbre; y luego, en el reconocimiento de los derechos inalienables, originarios y previos a la existencia del Estado mismo.

De manera que la estructura de esta conferencia estará ordenada en función de una primera reflexión sobre la relación entre religión, poder y derecho; luego, el esfuerzo de realizar una secuencia histórica del aporte cristiano en la evolución de los sistemas jurídicos; y, finalmente, traeré el caso de mi país (Venezuela) como modelo de la desfiguración de la ley, instrumentalizándola cual látigo lacerante que solo sirve para sostener un régimen de desigualdad en el que se practica sistemáticamente la violación de derechos humanos.

II. El compromiso del cristiano en la adecuación de la Ley a una justicia integral

La religión no puede considerarse separada del derecho, especie de compartimientos estancos; al contrario, sea por la inspiración que anima a expandir ese fuego de Justicia² o por la defensa de principios universales que se anidan en la ley natural como patrón último de validación del derecho, nuestra fe es el sustrato de las normas; y estas, a ella deben estar atadas.

Pero no confundamos esta profunda interacción con lo que ha sido una constante en la historia de la humanidad. Me refiero a la utilización de las creencias religiosas para solidificar el dominio temporal sobre mujeres y hombres. Esa tendencia que puede trágicamente ser calificada de común y ordinaria se constituye en un elemento perverso en todas las religiones. También adquiere un perfil especial en la historia de la Iglesia Católica.

2 “He venido a arrojar un fuego sobre la tierra y ¡cuánto desearía que ya estuviera encendido”, *Lc* 12, 49.

Se trata de la selectiva utilización de la sagrada escritura para subvertir lo que debía ser un principio indiscutible, la subordinación de las estructuras y las autoridades a un régimen de preponderancia de los derechos fundamentales del ser humano, transfigurándola en doctrina en que se impone la concepción del Estado como instrumento de dominación. El mejor ejemplo ha sido la interpretación acomodada del mandato contenido en *Rom 13, 1-7*³.

El dar a cada uno lo que corresponde no es mandato de hacer unilateral, sin ninguna retribución. El planteamiento paulino claramente subordina la prestación de reconocimiento, respeto y honor a una conducta del gobernante que la merezca. Estoy convencido que tal mensaje responde a una coyuntura histórica que motivó a San Pablo a insistir en un comportamiento que reflejara un acatamiento de la autoridad, en la medida que dicha autoridad proviniera de Dios. El Imperio Romano podía aplastar temprana e inmisericordemente a los que comenzaban a identificarse como cristianos; y así trató de hacerlo. Pero lo relevante en la Carta a los Romanos y en todo el Evangelio es la imposibilidad de que un gobernante que sea instrumento de Dios pueda ejecutar un mandato signado por la opresión y la imposición de la cultura de la muerte.

De lo que se infiere que el tirano contraviene el mandato divino, se aparta del orden de Dios y, en consecuencia, la situación de opresión derivará en un problema de discernimiento del cristiano. Y si partimos

3 *Rom 13*: “¹ Todos deben someterse a las autoridades constituidas, porque no hay autoridad que no provenga de Dios y las que existen han sido establecidas por él. ² En consecuencia, el que resiste a la autoridad se opone al orden establecido por Dios, atrayendo sobre sí la condenación. ³ Los que hacen el bien no tienen nada que temer de los gobernantes, pero sí los que obran mal. Si no quieres sentir temor de la autoridad, obra bien y recibirás su elogio. ⁴ Porque la autoridad es un instrumento de Dios para tu bien. Pero teme si haces el mal, porque ella no ejerce en vano su poder, sino que está al servicio de Dios para hacer justicia y castigar al que obra mal. ⁵ Por eso es necesario someterse a la autoridad, no sólo por temor al castigo sino por deber de conciencia. ⁶ Y por eso también, ustedes deben pagar los impuestos: los gobernantes, en efecto, son funcionarios al servicio de Dios encargados de cumplir este oficio. ⁷ Den a cada uno lo que le corresponde: al que se debe impuesto, impuesto; al que se debe contribución, contribución; al que se debe respeto, respeto; y honor, a quien le es debido”.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

de una visión de conciencia como instancia del ser humano en la valoración de sus actuaciones, necesariamente se debe afirmar la posibilidad de rechazar la ley injusta, el orden jurídico opresivo y la autoridad que por el simple hecho de apartarse del bien común pierde toda legitimidad. Tal actitud se corresponde con una cierta identidad en la manifestación de lo humano, una constante espiritual en la mujer y el hombre; y la referencia obligatoria estará en el establecimiento de unos valores éticos que determinan nuestro actuar.

Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, el bien moral se corresponde con un anhelo del ser humano que espontáneamente se dirige a una realización plena definida por una aptitud natural para conocer lo bueno. Las obligaciones que surgen en aras de ese fin no son impuestas exteriormente sino por una orientación de la razón práctica que indica al sujeto moral el tipo de acción, conforme al dinamismo fundamental y necesario de su ser, para obtener la felicidad⁴.

Entre los dinamismos naturales que obran en la persona humana destaca la inclinación a conocer la verdad sobre Dios. La conciencia está marcada por los valores éticos y, en un número sustancial de seres humanos, es la creencia en su Dios la fuente fundamental de esos valores; los mismos que son producto de una coincidencia universal que consolida un código de lo humano según un llamado interior⁵.

4 Cfr. Tulio Álvarez, “La Ley Natural como patrón del orden justo”. Publicado en el Volumen N° 16, N° 3 del año 2009 de “FRONESIS”: *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando de la Universidad del Zulia*, aceptado por el Comité de Arbitraje el 16 de julio de 2009.

5 Es por ello que, partiendo de la realidad como fundamento de la ética: “Si deseo saber cómo tengo que comportarme en el matrimonio, la familia, la profesión, el Estado, la técnica, el arte, la ciencia, etc., primero tengo que saber lo que esos campos de la vida significan para la persona humana y sus relaciones sociales, qué leyes prevalecen en ellos, qué valores de sentido representan, qué posibilidades históricas se les abren y qué fronteras se les ponen. Sólo entonces podré ver claro cómo he de comportarme respecto de los mismos, para que realicen de forma óptima su sentido y su función a favor de la existencia humana. El verdadero ser de la realidad, la verdad íntima de las cosas, se convierte en la medida y norma de obrar”. Heinrich Fries, *Teología Fundamental*, pp. 231-254.

La conciencia de todo católico, más en estos tiempos de preponderancia cultural del materialismo y la globalización comunicacional de los antivalores, implica un saber acerca del ser en el que se deben afirmar sin incoherencias los valores morales y rechazar sin tapujo la indignidad y manipulación; tal como lo traduce Santo Tomás al definir el precepto sobre el que se fundan todos los otros de la ley natural: “*Haz el bien y evita el mal*”, enraizado en todas las culturas. Las acciones humanas, en tanto iluminadas por la razón, están dirigidas a un fin que necesariamente será o parecerá bueno. Si no estuviera direccionado racionalmente, no nos dirigiríamos a él; así como no se justificaría la otra función que implica una conciencia que reclama y condena, en el supuesto de acciones inadecuadas⁶.

Esto implica un ejercicio individual pero que no se puede llevar al extremo de “privatizar” la experiencia ética, tal como lo advierte Bastianel, guiados por la tentación de separar lo ético de la esfera de lo social. Entre otras razones, porque si la esfera de la moralidad es definida en términos de mi íntima relación con mi conciencia, sin interferencia de

6 Lo que lleva a advertir a Fries que “la conciencia abraza así todas las dimensiones del hombre: conocer y saber, querer y desear, alegría y dolor. En realidad es un con-saber, una con-scientia. Lo cual significa que el saber que se manifiesta en la conciencia no puede prescindir del sujeto y éste no puede distanciarse y “salirse” de la misma. La conciencia está referida a una unidad viva: al yo del hombre como persona. El “consaber” de la conciencia incluye la autoconciencia de responsabilidad. Y ese “consaber” que se da en la conciencia abarca todavía más: a otro que actúa como “consabedor”, como testigo, acusador y juez en medio del proceso consciente”. Ídem. En el mismo sentido, al margen de las múltiples dimensiones, aparece un carácter dialéctico: “La conciencia la experimento, por una parte, como idéntica a mí mismo. Nada me es más propio, nada es tan yo mismo, como mi conciencia. No puedo desembarazarme de la conciencia, porque en último término el responsable soy yo y ningún otro por mí. En las exigencias de la conciencia respondo yo siempre por mí. Hasta tal punto me identifico con mi conciencia que es más correcto decir “yo soy mi conciencia” que decir “yo tengo conciencia”. Por otra parte, vivo las exigencias de mi conciencia con tanta intensidad como si fuera alguien distinto, cual si fuera la representación del “no yo”, de alguien diferente que está en mí. Experimento la instancia responsable como al emisario de otro poder y de otra realidad, de un poder que se encuentra fuera del ámbito de mi yo. Y tengo que unirme a él, porque está en lo cierto. Aun oponiéndome a él –y precisamente entonces– le doy la razón en la medida en que me siento culpable”.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

los otros, estaría asumiendo la figura de una consciencia moral radicalmente marcada por el desinterés por los demás. Esta perspectiva de una propia moral girando sobre sí misma es el camino directo a la inmoralidad, en la medida en que se contradice sustancialmente el objetivo específico de la vida moral; esto es, darse uno mismo a los otros como un acto de libertad y responsabilidad⁷.

El proceso de creación de la ley y el funcionamiento de un orden jurídico presuponen una toma de consciencia pero también un pensar en lo colectivo, en el bien común y en la sociedad como uno de los bienes superiores que manifiestan la humanidad de la convivencia de los pueblos. Además, la conciencia tiene una connotación que rebasa la realidad humana porque me impone un sentido de trascendencia que me inclina a la realización de actos y al desarrollo de una forma de vida adecuada a mis creencias. Por eso un católico no puede ser cualquier legislador, permeable a la aprobación de normas que atenten contra la vida y la libertad. Acomodarse a circunstancias por un mero interés político reflejará un comportamiento incompatible con un código de conducta que, en forma sobrenatural, nosotros mismos nos hemos impuesto.

El político, el legislador y, en general, todo católico en función pública, tarde o temprano tendrá que afrontar el reto de la elección entre el seguimiento a Cristo como revelación definitiva o la adoración de los ídolos de este mundo representados en lo material, en la marginación de mis hermanos y en el pecado social que imponen los señores de la injusticia. Y no es tarea fácil soportar la presión de los sectores que se asumen como enemigos de la Iglesia.

III. Entre dos extremos

En los albores del constitucionalismo, uno de los principales retos que confrontó el movimiento libertario fue la manipulación de la fe en la lucha por el poder. Esta práctica que se extiende a lo largo de la historia, ha colocado a muchos creyentes en contrasentido de las libertades

7 Cfr. Bastianel, Sergio, *Morality in Social Life*, p. 32.

y en obstáculo a los procesos de transformación. Se trata de lo que yo denomino como una *“teología de la sumisión”* que identificó las reglas de sucesión política con el mandato apostólico; lo que equivalía, en cierto tiempo, a santificar el autoritarismo implícito en el absolutismo y legitimar la usurpación de la voluntad decisora del cuerpo social.

Aquí encontramos el otro extremo que debe enfrentar la consciencia católica y que tiene una precisa manifestación en la represión intelectual que se manifestó en contra del incipiente movimiento independentista de la América Hispana en el siglo XIX. Se produce un daño profundo cuando se identifica a la religión con esa perversión, tal como ocurrió en una Revolución Francesa profundamente anticlerical; y, esa visión interesada, coloca a la fe como enemiga de la libertad sin reparar que el derecho natural y el mensaje cristiano fueron el sustrato de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, además del discurso de libertad, igualdad y fraternidad que tanto separaron los jacobinos de su propia praxis.

Hoy en día, está vigente el *“derecho-deber que tienen los ciudadanos católicos, como todos los demás, de buscar sinceramente la verdad y promover y defender, con medios lícitos, las verdades morales sobre la vida social...”*⁸. Lo que implica que una

*“conciencia cristiana bien formada no permite a nadie favorecer con el propio voto la realización de un programa político o la aprobación de una ley particular que contengan propuestas alternativas o contrarias a los contenidos fundamentales de la fe y la moral ya que las verdades de la fe constituyen una unidad inseparable, no es lógico el aislamiento de uno solo de sus contenidos en detrimento de la totalidad de la doctrina católica”*⁹.

8 Nota doctrinal sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y la conducta de los católicos en la vida política 4, *Congregación para la Doctrina de la Fe*, Vaticano, 2002.

9 Ídem.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:
Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

Flaco favor le hace un católico a su propia fe cuando utiliza la religión como una especie de somnífero que adormezca a los pueblos y los someta a un destino de servidumbre o cuando promueve una ideología totalitaria, de esas que siempre vienen disfrazadas. Justificación de la tiranía, una práctica común que encontró en la “*teología de la sumisión*” una veta considerable a pesar de las lecciones de la historia. Se trata de una oferta absolutamente engañosa si se toma en consideración que la esencia del mensaje cristiano es su carácter liberador. Nuestra admirada Polonia es uno de los mejores ejemplos de la vocación contraria: La fórmula perfecta en que un pueblo puede conjugar fe, testimonio y liberación.

Aunque el Evangelio permite un cierto grado de aceptación y reconocimiento de la autoridad terrena, no se produjo una valoración sinálgmática por parte del Imperio (cabe aquí afirmar que el comentario vale ante cualquier Imperio terreno); lo que derivó en los distintos testimonios de mártires y confesores de la fe. Y las obras de los primeros apologistas y la patrística de los tres primeros siglos son referentes en cuanto a ese compromiso de consciencia. Se manifestó una tensión en la necesaria relación del cristiano con la sociedad y el Estado que, en diversos momentos, degeneró en persecución contra el creyente, una violencia que marcó el nacimiento de la *Ekklesia*. En tiempos más cercanos, ya asegurado cierto *modus vivendi* con el Estado, aparecerá un acoso más trágico y sanguinario; el que desencadenaran unos cristianos contra otros guiados por sus reyes.

La institucionalización de la Iglesia involucró un proceso formativo de un cierto orden jurídico eclesial que convertido en un estatuto personal del cristiano se extiende a todos los pueblos. En la Baja Edad Media, una de las grandes corrientes de influencia fue el derecho canónico consolidado por una aplicación constante que se manifestó en la enseñanza universitaria del derecho romano y por la configuración de nuevas costumbres. Ya he tenido la oportunidad de comentarlo, los instrumentos jurídicos posteriores no rompen con el pasado; antes bien, son producto de la síntesis de las grandes corrientes de la historia del derecho

de Europa Occidental durante veinte siglos¹⁰. Y todas esas corrientes se fundan en el derecho romano ya que, hasta finales del siglo XVIII, conjuntamente con el derecho canónico, era el único “derecho letrado”.

La influencia del derecho canónico sobre el derecho laico de Europa occidental es considerable en virtud del universalismo cristiano de la Edad Media y por la atribución de los tribunales eclesiásticos de la competencia exclusiva en numerosos dominios en el área del derecho privado, tales como el matrimonio. En consecuencia, el impacto de su aplicación, combinado con la insurgencia de la Escuela del Derecho Natural, se constituye en fundamento esencial del movimiento constitucional que encuentra elementos de singular importancia para sustentar el principio de la soberanía nacional y la afirmación de las libertades públicas en las declaraciones dirigidas a reconocer y a garantizar los derechos subjetivos de los ciudadanos¹¹.

El constitucionalismo no se limita a una nueva visión de la organización del Estado sino que es un movimiento que reconoce la vigencia de unos derechos inherentes a la persona humana y, aunque pueda constituir una novedad para ese momento histórico, ya la religión, y aquí concretamente me refiero al cristianismo originario, aun sin textos políticos que reconocieran expresamente el estatuto dogmático de derechos, se había convertido en un límite al ejercicio del poder, más o menos efectivo de acuerdo a las convicciones morales de los gobernantes. Fue así que la religión, al margen de los fundamentalismos y los errores inherentes a su condición de sistema de creencias de los hombres, se constituyó en el origen y causa de un estatuto limitativo del ejercicio del poder temporal¹².

10 Cfr. Tulio Álvarez, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, p.p. 132 y ss.

11 En Inglaterra: *Bill of Rights* de 1689; en los Estados Unidos, los *Bill of Rights* en ciertas constituciones de Estados, como el caso de Virginia (1776), y las primeras enmiendas de la Constitución federal (1791); en Francia, la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789, retomada en numerosas constituciones.

12 Álvarez, *Ibidem*, pp. 144 y 145. El contenido religioso del debate y la relevancia de la diferenciación de los dominios, encuentran su raíz mucho antes del Siglo XVIII, en el momento mismo de la fundación del pensamiento político moderno.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

El desarrollo histórico del derecho muestra una aproximación progresiva del mismo al ideal de Justicia, una realización gradual que deriva especulativamente de la razón pura. Se puede afirmar la tendencia a que el hecho histórico y lo ideal se encuentren; y no debemos extrañarnos, porque el espíritu humano que produce el derecho histórico es el mismo que lo piensa y lo contempla en sí mismo, *sub specie aeterni*. Sintetizando, la filosofía del derecho funge de intermediaria entre la historia y la meditación del ideal, asegurando así el progreso del derecho¹³.

De esta situación deriva su función práctica ya que se enseña y prepara el reconocimiento positivo del ideal jurídico; por ello, las obras de los teólogos y filósofos se vinculan a todos los grandes progresos políticos. Por solo citar algunos ejemplos, la revolución inglesa de 1688 que estableció algunos de los principios más importantes de derecho público, la revolución americana (1774-1776) y la revolución francesa de 1789 fueron precedidas y acompañadas de escritos teológico-filosófico-jurídicos.

De manera que el estudio de la teología y de la filosofía no es un ejercicio estéril y arbitrario para el jurista; al contrario, responde a las exigencias naturales y constantes del espíritu humano, a uno de sus fines intrínsecos. Los ensayos más lejanos en el tiempo fueron tentativas de investigación deontológica con la mirada dirigida al problema de la justicia como fundamento intrínseco y racional del derecho. A fines del siglo XIX y en la alborada del siglo XX, coincidente con el fenómeno modernista, una fuerte reacción se produce contra el derecho natural y,

El autor inglés Quentin Skinner, profesor de la Universidad de Cambridge, ha realizado un aporte fundamental para la comprensión de los fenómenos de poder, al sustituir el convencional resumen de teorías y doctrinas políticas con una metodología que implica el estudio de las dos líneas que hicieron surgir la modernidad como una reflexión política distinta a la medieval. Por un lado, el Renacimiento, desde el siglo XII hasta su esplendor en los siglos XIV y XV, en el cual predominan los clásicos griegos y romanos; por el otro, la Reforma, más concentrada en el siglo XVI, inspirada en el estudio de la Biblia. Para el desarrollo de los fundamentos del Constitucionalismo es fundamental la obra magistral de Quentin Skinner, *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Sao Paulo: Editora Schwarcz, 1996; y puede verificarse en ella el desarrollo de este punto.

13 Cfr. Georges del Vecchio, *Leçons de Philosophie du Droit*, pp. 5 y ss.

en general, contra las tendencias especulativas o metafísicas del pensamiento. Se consideraba que la filosofía del derecho debía estudiar, no el ideal abstracto, sino solamente el real concreto, el hecho histórico y positivo del derecho.

Este cambio de tendencia estaba en parte justificado, porque los viejos autores de *ius naturale* afrontaban una grave laguna, olvidando el estudio del quehacer histórico y abusando de la metafísica sin esfuerzo de discernimiento y fuera de propósito. Un cambio coincidente con la insurgencia de la dogmática social en el terreno político. El siglo XX fue un periodo de conflictos, enfrentamiento ideológico, revoluciones y contrarrevoluciones; al final, en la mayoría de los casos, se logró la integración a través de procesos constitucionales. Venezuela fue un modelo en este sentido y América Latina, tan católica como se ha podido, pareciera encaminarse a una consolidación del ideal democrático, tan preconizado por los teólogos, filósofos y juristas, a pesar del materialismo que conspira contra el espíritu humano.

IV. El caso Venezuela: la destrucción de la democracia utilizando las instituciones democráticas

Así como los detentadores del poder en Venezuela utilizan la expresión “*Socialismo del Siglo XXI*” para disfrazar un régimen con pretensiones comunistas, signado por la manipulación del derecho y la justicia, bajo el cual se ha ejecutado el proceso de destrucción nacional; yo utilizo la denominación “*Autoritarismo del Siglo XXI*” en la denuncia del mismo.

Si algo tenemos claros los constitucionalistas latinoamericanos es que no basta la enunciación de los principios para que estos se hagan efectivos. Para determinar el verdadero régimen político de un Estado se hace preciso constatar el funcionamiento del mismo y la aplicación práctica de los principios invocados en la Constitución; sólo así, puede concluirse que existe un Estado de Derecho Constitucional y Democrático.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

Una simple revisión de las Constituciones, en un ejercicio de derecho comparado, nos llevaría a pensar que la democracia es el régimen imperante en el constitucionalismo moderno. ¿Habrá algún texto fundamental cuyos autores se atrevan a confesar su tendencia autoritaria o totalitaria? Al verificar la aplicación de los mecanismos democráticos es que nos percatamos del verdadero grado libertario de un pueblo.

Lo que quiero destacar aquí es que de la misma forma que Polonia es un modelo de liberación bajo perspectiva católica, en las últimas tres décadas del siglo pasado, mi país se ha convertido en paradigma latinoamericano, novedoso por demás, exquisita lección de cómo la democracia puede ser destruida valiéndose de su debilidad intrínseca y utilizando los mismos mecanismos sobre los cuales se sustenta. La democracia implica valores sobre los cuales se ejecuta la práctica y, en Venezuela, la praxis gubernamental los contradice. Enumeré aquí solo algunos de los elementos de la barbarie del *Neo-Comunismo* puesta en escena:

1. *Desmontaje del Estado de Derecho*

El contar con una mayoría coyuntural, ¿permite y justifica cualquier actuación del gobernante? ¿El problema de la legitimidad de la Ley se limita a un cálculo matemático de cuantos votos tengo en la Asamblea Nacional de Venezuela o en el Parlamento de Polonia?¹⁴ El Estado de Derecho es un concepto asociado a la idea de Justicia material y al pensamiento democrático. Esta premisa es clave para entender el proceso político venezolano ya que la transgresión manipuladora de los principios constitucionales en mi país me lleva a rechazar la vigencia efectiva de un Estado Constitucional de Derecho.

14 Un ejemplo, sin querer llegar a extremos, las acciones ejecutadas en la Alemania Nazi fueron dictadas en un marco de legalidad que llevó a Carl Schmitt a hablar del Estado de Derecho Nacional-Socialista. En pocas palabras, las leyes de Núremberg fueron precisamente leyes, revestidas de la validez que solo puede dar el aparato estatal; pero carentes de legitimidad, ética y Justicia. Entonces si resulta útil considerar la profunda relación entre moral y derecho.

La anomalía primaria aparece en el novedoso mecanismo de utilizar a las instituciones constitucionales para destruir a la Democracia. Todo comenzó con la desfiguración de la Asamblea Constituyente de 1999. El punto clave de ese proceso fue definirla como un poder originario ilimitado que dictó su propio estatuto organizativo subordinando a todos los poderes públicos del Estado y prefigurando la intervención de los mismos.

Bajo esta premisa, el Constituyente de 1999 dictó el Decreto de Reorganización del Poder Judicial de fecha 18 de agosto de ese año y creó la Comisión de Emergencia Judicial, sin haber aprobado aun la Constitución que el pueblo le había encargado. La extinta Corte Suprema de Justicia, en lugar de cumplir su cometido definiendo la usurpación que se estaba ejecutando, convalidó el acto dictando un acuerdo aprobado por ocho votos contra siete en el que ofrecía su apoyo a un acto que, tal como lo afirmó su Presidenta Cecilia Sosa Gómez, al momento de presentar su inmediata renuncia, la estaba “*auto-disolviendo*”.

Liberada de controles, la Asamblea Constituyente de 1999 prosiguió su operación de desmontaje y dictó, el 25 de agosto siguiente, el Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo con el que eliminó al Congreso de la República. Inmediatamente, el 8 de septiembre, la Comisión de Emergencia del Poder Judicial comenzó el proceso de destitución sin fórmula de juicio de la totalidad de los jueces de la República, sustituyéndolos con jueces sin estabilidad bajo la figura de la provisionalidad.

Fue así que se inició una razzia que produjo el derrumbe de todos los poderes públicos, en forma previa a la aprobación de la Constitución en el referendo previsto en las bases de convocatoria. En el mismo año, se consolidó la ejecución del proyecto absolutista con el acto de la Asamblea Nacional Constituyente del 23 de diciembre mediante el cual fueron nombrados el Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Defensora del Pueblo, Directivos del Consejo Nacional Electoral, violentando el procedimiento de selección y designación que la nueva Constitución

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

acababa de consagrar. La culminación de la estrategia envolvente se produjo el 30 de enero de 2000 al aprobar un Estatuto Electoral lesivo a la representación proporcional, excluyendo el pluralismo y protección de minorías como parámetro y valor básico de cualquier democracia¹⁵.

Lo que quiero destacar en este punto es que después de redactada la que fuera calificada por sus autores como la “*mejor Constitución del mundo*”, la Asamblea Nacional inició una monumental obra de creación normativa que brilló y lo sigue haciendo por su abierto contraste y violación del mismo Texto Fundamental que le dio vida. Aunque también debo reconocer que eso solo lo hace en los periodos en los que no ha delegado plenamente sus atribuciones al Ejecutivo, al cual se encuentra sometida bajo tutelaje permanente, mediante Leyes Habilitantes para que el Presidente de la República dicte estatutos y leyes a conveniencia¹⁶.

15 La manipulación institucional sintomática incluye la permanente modificación de las reglas del juego parlamentario. En fecha 2 de enero de 2003 se publicó en la Gaceta Oficial la Reforma Parcial del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, aprobado en la Sesión Extraordinaria de 19 de diciembre precedente, con el objeto de permitir la incorporación irregular de suplentes para los fines de formación del quórum, en defecto de diputados principales cuya separación no había sido autorizada por la mayoría calificada del parlamento. La reforma estuvo dirigida también a permitir que la mayoría simple de los diputados pudiera revocar por “*errores materiales o de forma no esenciales*” los actos de la Asamblea y que, de acuerdo a las inveteradas normas que regulaban el funcionamiento del parlamento, solo podían quedar sin efecto mediante el voto de la mayoría calificada de los miembros de la Asamblea. Se lesionó así el principio democrático de pluralismo político y representación de las minorías. Posteriormente, se han dado seis (6) nuevas modificaciones del reglamento con objetivos similares. Una de las más relevantes, en virtud del mecanismo utilizado, fue la aprobada en una sesión efectuada el 6 de junio de 2003, con la única presencia de los diputados del oficialismo, en la vía pública y ante la amenaza de grupos armados y agavi-llados, conocida como la sesión de El Calvario, en la que se reformó nuevamente el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional para acelerar la aprobación de distintos proyectos de leyes gubernamentales orientados a limitar la libertad de expresión, controlar el máximo tribunal de la República y “criminalizar” la disidencia política.

16 Por ejemplo, en el momento que redacto esta conferencia, el señor Nicolás Maduro, usurpador de turno que dirige a mi país, solicito una ley habilitante para combatir la corrupción que carcome a su régimen. Y como se requiere una mayoría calificada, ha hecho oferta pública entre los diputados opositores para comprar su voto favorable. Así se combate la corrupción en Venezuela, negociando consciencias.

2. *La instigación al odio y la violencia como mecanismo de cohesión*

Siguiendo la mejor tradición de los regímenes totalitarios, una vez que la “Revolución Bolivariana” se sintió consolidada por la toma de los poderes públicos manifestó su verdadera naturaleza. Hugo Chávez Frías, militar que dirigió los dos golpes de Estado de 1992 y fue el líder político del proceso político que vengo describiendo, hasta su muerte en este mismo año 2013, dejó de guardar las apariencias discursivas y comenzó un proceso sistemático de instigación al odio y a la violencia que produjo la inmediata división de los venezolanos. El 10 de diciembre de 2001, desde la Plaza Caracas, convocó abiertamente a la discriminación por motivos raciales, advirtiendo que sus seguidores eran indios y negros. Esta situación empeora si se toma en consideración que en su arenga advirtió que *“las armas de la República eran las armas del pueblo”*.

Ya había comenzado la constitución de sus Círculos Bolivarianos, concebidos como grupos paramilitares o brigadas violentas organizados desde el poder contra quienes manifestaban su oposición al régimen. Superada una primera fase organizativa, esos “Círculos” fueron paulatinamente sustituidos por otros grupos anárquicos, “colectivos”, “milicias” y demás cuerpos armados, generalmente vinculados a la delincuencia común pero que cumplen un rol político singular: El sabotaje a las manifestaciones, marchas y actos de la sociedad democrática; en los ataques y agresiones contra periodistas y medios de comunicación social; y en la toma o secuestro de espacios públicos de significación cultural o histórica de distintas ciudades del país. En la famosa protesta cívica del 11 de abril quedó evidenciada la “eficiencia” de esos cuerpos paramilitares¹⁷.

17 La organización de este tipo de bandas, brigadas, paramilitares o cuerpos de choque al servicio de un partido político o de un gobierno no es, desgraciadamente, un fenómeno novedoso. La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la imputabilidad al Estado (que para estos efectos está encarnado en el régimen político que encabeza Chávez Frías), de los actos de estos grupos vandálicos que actúan por cuenta del gobierno, con su estímulo, su financiamiento, su protección, su complicidad o para su provecho. Por ejemplo, en el caso Manfredo Velásquez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que Honduras era responsable por su desaparición forzada. A conclusiones semejantes llegó la Corte, al declarar la responsabi-

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

No existe espacio suficiente para describir la forma permanente en que la sociedad o grupos seleccionados especialmente, como ha sido el caso de los trabajadores petroleros y los empleados públicos, son expuestos a presiones y amenazas¹⁸. Aquí se incluye el inexplicable antisemitismo o la prédica que fomenta el odio racial entre negros y blancos, fenómenos que solo ahora conocen los venezolanos.

3. *Sistemática violación de los derechos fundamentales del ser humano*

El Régimen es tremendamente transgresor de los derechos más elementales de los venezolanos, tal como fue certificado por la Comisión

alidad de Guatemala en el caso Blake, al comprobar que el señor Nicholas Blake, ciudadano norteamericano, quien habría sido secuestrado y asesinado en Guatemala por agentes del Estado guatemalteco, “ miembros del Ejército y de las patrullas civiles; que los patrulleros civiles actuaron en coordinación directa con el personal militar y que había una dependencia institucional y participación directa de los agentes del Estado, tanto en la ejecución inicial del crimen como en las acciones para ocultar la desaparición forzada y favorecer una situación de impunidad ”. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999), al investigar varios homicidios atribuidos a grupos paramilitares que operan en ese país, concluyó: “...En la medida en que miembros de estos grupos actúen como agentes estatales o asuman esta condición, o en la medida en que sus actividades ilícitas sean toleradas, perdonadas o aceptadas por el Estado, sus acciones pueden ser atribuibles al Estado colombiano y pueden comprometer la responsabilidad estatal frente a la comunidad internacional por violaciones a la Convención Americana y otros instrumentos de derechos humanos aplicables”. La jurisprudencia internacional se ha pronunciado, en el mismo sentido, en el caso de la toma de rehenes en las instalaciones diplomáticas y consulares de los Estados Unidos en Teherán. Sometido el caso a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, ésta concluyó que, si bien los estudiantes fundamentalistas islámicos que habían ocupado la Embajada y el Consulado de los Estados Unidos no eran funcionarios formales de la República Islámica de Irán, ésta era responsable por las violaciones al Derecho Internacional perpetradas con dichas acciones, puesto que los mencionados estudiantes eran seguidores de la Revolución Islámica encabezada por el Ayatollah Khomeini.

- 18 El Régimen ha utilizado a cuerpos paramilitares y a miembros de la fuerza armada en función represiva. Un ejemplo dramático de esta situación se dio el 25 de septiembre de 2003 cuando la Guardia Nacional utilizó la oscuridad de la noche para ejecutar ataques contra la población civil y, específicamente, contra los trabajadores petroleros, incluyendo ancianos, mujeres y niños, residentes en el Campo

Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 2006¹⁹. Para reflejar la magnitud de mi afirmación, basta indicar que Venezuela denunció la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El Régimen opresivo que hoy destruye a Venezuela ya había anunciado, desde el 8 de octubre de 2003, su voluntad de desconocer las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. En ese tiempo, Chávez Frías prefiguró el desacato de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destinadas a proteger al canal de televisión Globovisión, en el escenario de la Cumbre sobre la Pobreza, la Equidad y la Inclusión Social en América Latina y en presencia del Secretario General de la OEA, César Gaviria. Esta conducta se repitió, en mayo de 2007, ante el cierre de RCTV, principal canal de televisión del país.

Un tema prioritario para los regímenes de esta naturaleza es silenciar al pueblo mediante la eliminación de los medios de comunicación. Fue por esto que, en junio de 2000, la Asamblea Nacional aprobó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y habilitó al Ejecutivo para dictar normas sobre el contenido de las informaciones de radio y televisión. Por supuesto, la consecuencia de esta potestad ha sido promover la autocensura y ordenar, a aquellos que sobrepasen el filtro, la suspensión o cese *“cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación”*.

Como de costumbre, el Poder Judicial tenía que participar como ariete necesario contra las libertades públicas. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia restringió los derechos a la libertad de expresión y a la información consagrados en los artículos 57 y 58 de la Constitución Federal²⁰. La misma Sala validó las leyes de desacato y el

Los Semerucos con el pretexto del desalojo forzoso de sus viviendas. La misma situación se produjo con las familias de los trabajadores en el Campo Petrolero de Anaco (Edo. Anzoátegui) y de Punta de Mata (Edo. Monagas).

19 Dicho informe se hizo público el 3 de marzo de 2007.

20 Sentencia N° 1013 del 12 de junio de 2001, con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

castigo con penas privativas de la libertad a quienes critiquen a funcionarios públicos²¹. Por si fuera poco se reafirma la censura previa de la información. Este conferencista da fe de la aplicación de estas normas por cuanto fui condenado a tres años de presidio por la “*comisión del delito político de opinión*”; y, previamente, me fue dictada una prohibición de salida del país que perduró cinco años, al día siguiente de mi regreso de la ciudad de Bogotá (Colombia) después de dar una conferencia, similar a esta, en la Universidad Sergio Arboleda. La ejecución de la sentencia condenatoria fue suspendida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando todavía el régimen simulaba sus pretensiones y reconocía tal instancia.

Pero las maniobras no se restringen al ámbito normativo e institucional. Quizás uno de los hechos más graves dentro del esquema autoritario desarrollado por el régimen ha sido la agresión física contra los medios y periodistas. Destacan por su ferocidad los acontecimientos del 9 y 10 de diciembre de 2002 y la participación de los llamados Círculos Bolivarianos, instigados por el Ministro del Interior y de Justicia para la fecha, en el asalto de los medios de radio y televisión privados en el país. La arremetida se complementó, pocos días después, con la presentación el 23 de enero de 2003 ante la Asamblea Nacional del proyecto de Ley sobre Responsabilidad Social de Radio y Televisión (Ley de Contenidos) por iniciativa del Ejecutivo.

Las agresiones no solo están dirigidas a restringir el derecho de información y la libertad de expresión. La Sala Constitucional aprobó las sentencias mediante las cuales se limita la actuación de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's)²². Adicionalmente, el Régimen dictó ocho decretos creando zonas de seguridad militar que excluye, en un amplísimo territorio de la capital, el ejercicio de los derechos de reu-

21 Sentencia 1.942 del 16 de julio de 2003, con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera.

22 Sentencias Nos 656 y 1395, dictadas el 30 de junio y 21 de noviembre de 2000, con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera.

nión y de manifestación, además de limitar los derechos de propiedad privada y libre tránsito²³.

En Venezuela, es un procedimiento común que desde el Canal del Estado (Venezolana de Televisión), dependiente del Poder Ejecutivo, se hagan programas y transmisiones en las que se denigra la dignidad de las personas y se hacen públicas conversaciones telefónicas, reales o no, para violentar el derecho al honor, reputación y privacidad de los ciudadanos. A tal punto llega el control totalitario de la vida privada de las personas que, el 6 de diciembre de 2002, la Superintendencia de Bancos ordenó a las instituciones del sector financiero, sin existir autorización judicial para ello, el envío a la Dirección de Inteligencia de la DISIP (suerte de policía política del régimen) de la información sobre cuentas y movimientos bancarios realizados por ciudadanos que no comulgan con la ideología que se pretende imponer.

Son tan variados y extensos los casos de permanente violación de derechos humanos que basta una estadía corta en Venezuela para percatarse de la magnitud de la persecución ideológica y política. El cierre de RCTV, la agresión contra la autonomía universitaria, la ideologización de la educación y la apropiación de los modos de producción para destruir la iniciativa privada, son algunos de los ejemplos más dramáticos. Pero repito, el principal y más reciente indicador es que el retiro de Venezuela del sistema interamericano de derechos humanos se hizo efectivo desde el día de 10 septiembre de 2013.

4. *El saqueo de un país*

El verdadero trasfondo del proceso de destrucción de mi país por un régimen tan cercano a sus socios políticos y comerciales (Cuba, Bielorrusia, Corea del Norte, entre otros) ha sido la entrega de la soberanía nacional. La celebración de contratos de interés nacional con Cuba

23 Altos funcionarios como el Vicepresidente (*El Universal*, 3-6-03) y la Procuradora General de la República (*El Universal*, 2-6-03) ya habían anunciado las regulaciones para impedir el ejercicio del derecho de manifestación pública “en zonas polémicas”.

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

y las empresas transnacionales, en materia petrolera; el despilfarro del patrimonio nacional mediante la ejecución de un descontrolado proceso de “donaciones” y proyectos que solo son subsidios a los gobiernos extranjeros que sirven como aliados y cumplen similares ejecutorias; la corrupción generalizada que ha llevado al país a un momento de déficit económico en el lapso histórico de mayor bonanza gracias a los altos precios del petróleo; son solo indicios de que, detrás de una presunta ideología que pretende reivindicar al comunismo, el objetivo real es controlar los recursos de Venezuela. Han hipotecado el futuro de los venezolanos y el daño en sí mismo es irreparable.

5. *La cultura de la muerte*

En mi país la vida, cada día, vale menos. La instigación al odio y la política de armar a sectores de la población ha dado sus frutos. Con una población cercana a los 30 millones de habitantes, en Venezuela mueren por hechos de violencia unas 20.000 personas por año. De esta cifra, cerca de 1.000 personas al año mueren en las cárceles. Y eso es con base a las cifras oficiales del mismo régimen. Esto es el reflejo de una guerra social, instigada más no declarada.

A manera de conclusión

El católico tiene el deber de enfrentar toda injusticia observando los signos de los tiempos. De ahí que aparezca en el Concilio Vaticano II el deber del pueblo cristiano de

“escuchar atentamente, comprender e interpretar con ayuda del Espíritu Santo los diversos lenguajes de nuestro tiempo y saber juzgarlos a la luz de la palabra de Dios, para que la verdad revelada pueda ser entendida cada vez con mayor profundidad, mejor comprendida y presentada de forma más adecuada” (GS 44).

Esta obligación y mandato obliga a una reflexión vinculante sobre el hombre en la historia y la sociedad; al tiempo que coloca en su justa dimensión al contexto sociopolítico.

Otro aspecto de especial relevancia, en el campo de la legislación y el derecho constitucional, deriva de la necesidad de encontrar un criterio de validación del orden jurídico positivo; lo que se revela en la forma como el pensamiento cristiano ha impuesto la existencia unos valores éticos fundamentales que inducen al sujeto a un ejercicio de conciencia que define su comportamiento y que deriva de la misma naturaleza de las cosas. El derecho natural como reglas que ordenan la vida moral y la vida en sociedad, en un desarrollo que ha llevado siglos de reflexión en el seno de la Iglesia, se ha constituido en el sustento ideológico de la dogmática de derechos humanos. Y el Estado moderno tiene ese calificativo por privilegiar la dignidad de la persona humana ante cualquier organización o autoridad. Lo que en el mundo occidental explica el surgimiento de la idea democrática vinculada a valores éticos que no dependen de la fluctuación inherente a una mayoría coyuntural que produzca cualquier orden normativo.

He tratado de fijar algunas coordenadas que permitan diferenciar el papel que debe jugar el católico como legislador, político y ciudadano. En este contexto, la doctrina social de la Iglesia es la brújula necesaria, ya que es el

“resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial. Su objetivo principal es interpretar esas realidades, examinando su conformidad o diferencia con lo que el Evangelio enseña acerca del hombre y su vocación terrena y, a la vez, trascendente, para orientar en consecuencia la conducta cristiana” (SRS 41).

Es por esto que me he permitido trasladar la reflexión general sobre el tema a la aplicación de un caso concreto, bochornoso para mí.

La crisis de legitimación no ha dejado de ser la causa de la crisis del sistema político venezolano. La desviación de las fuentes morales, la carencia de racionalidad de los actores políticos y la desvinculación absoluta del sentir nacional con sus representantes aparentes debilitan al

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimiento”:

Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal de Justicia integral

Estado como institución y lo llevan a su desintegración. La **“Restauración Democrática”** es una reserva de Justicia que implica que la Constitución no se legitima a través de una presunta y acomodaticia **“legalidad revolucionaria”**. No es por el simple hecho de considerar a la ley constitucional como producto de la voluntad de un **“legislador o juez constituyente”**, flexible interprete que adapta sus normas de acuerdo a las necesidades del gobernante, en que esta se encuentra justificada ante la Sociedad.

La validez de una Constitución, la vigencia de un sistema efectivamente democrático, presupone su conformidad necesaria y sustancial con los intereses, aspiraciones y valores de una sociedad en un determinado momento histórico²⁴. La ilegitimidad del Régimen imperante en Venezuela, producto de su desconocimiento de los valores democráticos, es un peso que se ha hecho insoportable desde el 15 de agosto de 2004, fecha en que se concretó el gran fraude electoral en el proceso de revocatoria del mandato de Hugo Chávez Frías. La usurpación que se ha ejecutado colocando a Nicolás Maduro en la Presidencia de la República, utilizando el control sobre todas las instituciones del Estado y el recurrente fraude electoral, es el culmen de un proceso de control total sobre las instituciones sociales.

El mayor obstáculo de la **“Restauración Democrática”** será levantar el sesgo de odio creado artificialmente por la instigación de un líder carismático, enfermo ejecutor de un modelo agotado. He tratado de describir aquí el esquema y los mecanismos utilizados por esa nueva forma de practicar la Dictadura sobre un pueblo. Es una Dictadura diferente, propia del Siglo XXI. La que proclama al socialismo y a la muerte como su bandera. A ella solo podemos oponer un canto de libertad y vida. **“Bienaventurados los que tienen hambre y sed de la justicia, porque ellos serán saciados”** Mateo 5,6.

24 Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 111.

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros: una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana ¹

David Felipe Arellano De Figueiredo

Sumario

- I. Introducción. 1. *Importancia del tema.*
- II. Marco de referencia teórico. 1. *La protección de la inversión extranjera en Venezuela.* 2. *El Acuerdo de Protección de Inversiones Hispano-Venezolano.* 3. *Problemas que afronta la inversión española en Venezuela.* 4. *Relevancia de los convenios de doble imposición Hispano-Venezolanos.* 5. *El régimen tributario de las entidades de tenencia de valores extranjeros.* A. *Requisitos de acceso al régimen especial para las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros.* B. *Aplicación de la deducción por doble imposición internacional a los dividendos y ganancias de capital obtenidos por las ETVE.*

1 Adaptación del Trabajo Final del Máster en Derecho Español para Juristas Extranjeros de la Universidad de Salamanca, tutelado por la Dra. María Silvia Velarde Aramayo, Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario, Junio de 2015.

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

- III. Conclusiones.
- IV. Fuentes.

I. Introducción

1. *Importancia del tema*

En Venezuela, actualmente existen condiciones muy adversas a la inversión privada, razón por la cual muchas empresas venezolanas buscan mercados más atractivos que les permitan disfrutar de mejores condiciones jurídicas y económicas. Así, de un tiempo para acá, grandes empresas venezolanas han deslocalizado sus actividades o se han trasladado a otros países, como Colombia o Panamá, con los que existe cercanía cultural y que constituyen un entorno muy atractivo para la inversión extranjera².

Por otro lado, España se encuentra saliendo de una profunda crisis económica, y constituye un lugar muy interesante para aquellas empresas venezolanas que busquen hacer negocios dentro de la Unión Europea; es un país con el que existen lazos culturales muy importantes (entre otros, un mismo idioma), un clima jurídico estable y se encuentra dentro del bloque de países que constituyen el mayor mercado del mundo³. El interés por Europa de los inversionistas venezolanos también se refleja en el incremento de sus vínculos comerciales con otros países como por ejemplo Portugal, hacia donde se ha dirigido un flujo importante de inversión fundamentalmente en el sector bancario, tecnológico (J.P. Couto), y de la construcción (Teixeira Duarte S.A.).

En concreto, en relación a España el volumen de inversión directa español en Venezuela en 2012 ha sido de 22 M€⁴ desglosados sectorialmente de la siguiente manera: 8,6 M€ en la extracción de crudo y gas natural, 8.3 M€ en la fabricación de productos de caucho y plásticos,

2 Vid. <http://venesuramerica.blogspot.com/2013/12/economia-venezuela-2013-y-proyecciones.html> (última entrada 10 de julio de 2014).

3 Vid. FOLSOM, R.H., GORDON, M.W., SPANOGLE, J.A., FITZGERALD, P. and VAN ALSTINE, M.P., *International Business Transactions, A Problem-Oriented Coursebook*, West Academic Publishing (American casebook series), 11th edition, 2011.

4 Vid. <http://www.oficinascomerciales.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4710040> (último acceso en fecha 2 de marzo de 2014).

4 M€ en seguros y reaseguros, y 1,2 M€ en labores de consultoría. En cuanto a los datos de la inversión venezolana en España, la inversión bruta fue de 22 M€ desglosados de la siguiente manera: 5,9 M€ en el sector de la construcción, 5 M€ en actividades inmobiliarias, 3,4 M€ en servicios financieros, 3,2 M€ en servicios accesorios a los financieros, 2,9 M€ en fabricación de productos metálicos, y 1,7 M€ en otros sectores⁵.

Como se puede observar, los datos económicos sobre inversión pasiva (portfolio investment) no son significativos, quizás por el temor o el desconocimiento de la regulación jurídica tributaria de otros países. Por ello, consideramos que el régimen tributario previsto en España para las entidades de tenencia de valores extranjeros es un mecanismo muy interesante, y así por ejemplo, se podrían efectuar inversiones de tipo circular en ambos países (inversor venezolano que invierte en una entidad española, que a su vez invierte en Venezuela) para acceder a los mecanismos internacionales de protección de inversiones, y en su caso, obtener indemnizaciones o compensaciones ante cualquier tipo de arbitrariedad del Gobierno venezolano. Otra opción consistiría en crear entidades holding en España y a través de las mismas invertir en otros países de Europa o de América Latina.

En suma, esta modalidad de inversión tendría consecuencias tributarias en ambos países. En el caso de España, afectaría fundamentalmente el impuesto sobre la renta de no residentes, que grava los rendimientos obtenidos por las personas físicas y jurídicas que no residen en España, y si se opta por operar mediante filiales, incidiría sobre el impuesto a las sociedades que es, precisamente, el que establece el régimen que nos ocupa. En cuanto a Venezuela, las consecuencias tributarias se producirían en relación al impuesto sobre la renta (que grava a las personas físicas y jurídicas). Por otra parte, no hay que olvidar que las consecuencias tributarias ya señaladas podrían modificarse en caso de que el inversionista venezolano invoque la aplicación del Convenio de doble imposición internacional hispano-venezolano de 8 de abril de 2003 (BOE de 15 de junio de 2004) que afecta a los cuatro tributos antes mencionados y/o

5 Ídem *supra*.

en caso de apelar al Convenio hispano-venezolano para evitar la doble imposición internacional en relación con el ejercicio de la navegación marítima y aérea, firmado en Caracas el 6 de marzo de 1986 y publicado en el BOE de 1 de febrero de 1989.

II. Marco de referencia teórico

1. *La protección de la inversión extranjera en Venezuela*

Además de lo previsto en la Constitución Venezolana⁶, existe una normativa específica aplicable a la inversión extranjera, contenida fundamentalmente en el novísimo Decreto Número 1.438, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria n° 6.152 de 18 de noviembre de 2014, que en realidad circuló el 28 de noviembre de 2014, en adelante LIE, el cual derogó las siguientes disposiciones:

- 1° El Decreto n° 2.095 del 13 de febrero de 1992, que aprueba el Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros, en adelante el RCE;
- 2° El Decreto Ley n° 356 de 3 de octubre de 1999, de Promoción y Protección de Inversiones, en adelante el DLPI;

6 Vid. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en adelante CRBV. Artículo 115: “*Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*”.

CRBV. Artículo 116: “*No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes*”.

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

3º El Decreto nº 1.867 de 11 de julio de 2002, que aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.

Por otro lado, se mantienen vigentes:

1º La Providencia nº 045 de 22 de enero de 2003, que establece los requisitos y el trámite para la administración de las divisas⁷ destinadas al pago de la deuda externa del sector privado y sus sucesivas enmiendas;

2º La Providencia nº 058 de 3 de septiembre de 2004, que establece los requisitos y trámite para la administración de divisas destinadas al pago del financiamiento externo del sector privado para el desarrollo nacional;

3º La Providencia nº 056 de 23 de agosto de 2004, que establece el régimen para la administración de divisas correspondientes a las inversiones internacionales, a los pagos transfronterizos de cánones (*royalties*) por el uso y explotación de patentes, marcas, licencias y franquicias, y a los contratos de importación de tecnología y asistencia técnica (*know how*); y,

4º La Providencia administrativa nº 1 de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras de 12 de septiembre de 2013, mediante la cual se exime a los usuarios de la presentación ante esta Superintendencia de todos aquellos contratos no sujetos a registro.

También inciden en esta materia otras Leyes sectoriales que incorporan disposiciones específicas en relación a la inversión extranjera, entre ellas: la Ley del Banco Central de Venezuela, cuya última reforma

7 En Venezuela desde el año 2003 existe un riguroso control cambiario que ha restringido la libre convertibilidad de la moneda. Dicho control cambiario ha variado mucho a lo largo de estos 11 años, pasando de ser un sistema donde era relativamente sencillo obtener divisas, a ser uno donde la demanda de divisas supera con creces la oferta, lo que ha provocado una importante carestía de productos en el mercado nacional, y, junto con un gasto público descontrolado, ha

fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria número 6.155, de fecha 19 de noviembre de 2014; el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, publicado en Gaceta Oficial número 5.394 Extraordinario de fecha 25 de octubre de 1999; la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, Publicada en Gaceta Oficial N° 36.793, de fecha 23 de septiembre de 1999; la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, publicada en Gaceta Oficial número 1.769 extraordinario, de fecha 29 de agosto de 1975; y la Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, cuya última modificación fue publicada en Gaceta Oficial número 39.493, de fecha 23 de agosto de 2010.

Hay igualmente que tener en cuenta que Venezuela es parte del Acuerdo de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)⁸, y que ha suscrito un Acuerdo sobre incentivos para las inversiones entre Venezuela y Estados Unidos (*Overseas Privatized Investment Corporation-OPIC*), en fecha 22 de junio de 1990, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 34.511 de fecha 17 de julio de 1990, con el objeto de intensificar las oportunidades para la inversión privada en Venezuela.

La LIE establece un trato igualitario entre la inversión extranjera y la inversión nacional así como un sistema de calificación de las inversiones en función del país del que proceden los fondos. Por otro lado, y constituyendo una notable diferencia en relación a la normativa en materia de inversiones extranjera que derogó, es el establecimiento de diversos controles administrativos a los fines de que el Estado pueda reconocer a la inversión extranjera, que incluye acreditar que la inversión cumpla

tenido como consecuencia una importantísima devaluación del signo monetario venezolano, provocando una de las mayores tasas de inflación del mundo, que se estima superará los 3 dígitos al finalizar el año 2015.

8 Vid. http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

condiciones mínimas de monto⁹, duración¹⁰ y propósito¹¹. También establece un sistema regulado de transferencia de hasta el 80% de las

9 LIE Art. 23: “*Constitución de la Inversión: El valor constitutivo de la inversión extranjera, deberá estar representado en activos que se encuentren en el país compuestos por equipos, insumos u otros bienes o activos tangibles requeridos para el inicio de operaciones productivas en al menos setenta y cinco por ciento (75%) del monto total de la inversión*”.

LIE Art. 24: “*Monto mínimo de inversión extranjera: A los fines de obtener el registro de una inversión extranjera, los aportes deberán estar constituidos a la tasa de cambio oficial vigente, por un monto mínimo de un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD 1.000.000,00) o su equivalente en divisa...*”

10 LIE Art. 29: “*Permanencia del capital de la inversión: La inversión extranjera deberá permanecer en el territorio de la República por un lapso mínimo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que haya sido otorgado el Registro. Cumplido este período, los inversionistas podrán, previo pago de los tributos y otros pasivos a los que haya lugar, realizar remesas al extranjero por concepto del capital originalmente invertido, registrado y actualizado*”.

11 LIE Art. 31. “*Condiciones generales a la inversión extranjera: Toda inversión extranjera deberá cumplir con las siguientes condiciones:*

1. *Contribuir a la producción de bienes y servicios nacionales a los fines de cubrir la demanda interna, así como el incremento de las exportaciones no tradicionales.*
2. *Contribuir con el desarrollo económico nacional y las capacidades de investigación e innovación del país, además de promover la incorporación de bienes y servicios de origen nacional, a tales efectos, tomará en cuenta los plazos estimados en los planes nacionales relativos a la cadena de producción, distribución y comercialización de productos para el consumo nacional.*
3. *Participar en las políticas dictadas por el Ejecutivo Nacional destinadas al desarrollo de proveedores locales que garanticen los encadenamientos necesarios, con el fin de que las empresas nacionales incorporen las tecnologías, conocimientos, talento humano y capacidades de innovación, adecuados para proveer la calidad y demás especificaciones requeridas para la Empresa Receptora de la Inversión Extranjera.*
4. *Establecer relaciones bajo la tutela del organismo rector, con las universidades, institutos de investigación y demás entes con capacidades de investigación, desarrollo e innovación del país.*
5. *Implementar programas de responsabilidad social acordes con los estándares internacionales típicos de la rama de actividad económica de la Empresa Receptora de la Inversión Extranjera, en los que se desarrolle alguno o algunas de las potencialidades económicas existentes en la comunidad o entidad federal donde ésta se encuentre localizada.*
6. *Contar con el aval del ministerio del poder popular con competencia en materia de pueblos indígenas, a efectos de autorizar la inversión extranjera, cuando se prevé su establecimiento en territorios de pobladores originarios.*
7. *Canalizar los recursos monetarios provenientes de la inversión extranjera que se realice en el territorio venezolano, a través del sistema financiero nacional.*

rentas al extranjero, con la finalidad de que el inversionista extranjero pueda repatriar la mayor parte de sus beneficios, pudiendo el Ejecutivo Nacional adoptar medidas especiales en la materia¹².

8. *Garantizar el cumplimiento de los contratos de crédito externo o interno suscritos con personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, venezolanas o extranjeras. Solo se autorizará la capitalización de acreencias como inversión extranjera, cuando el inversionista puede comprobar que los recursos financieros tomados en préstamo fueron destinados al aumento real del capital fijo o activos tangibles de la Empresa Receptora de la Inversión Extranjera.*
9. *Notificar ante el Centro Nacional de Comercio Exterior la realización de cualquier tipo de inversión en empresas nacionales o extranjeras, que se encuentren en el territorio nacional, que se realice con posterioridad al registro de la inversión extranjera inicial, a través de la compra o cesión de acciones u otros títulos de propiedad, acreencias, fusiones, adquisiciones en cualquier otra vía que no implique una inversión real de capital, sino meramente financiera. Cualquier operación de esta naturaleza que se materialice sin la notificación aquí establecida, se considerará nula.*
10. *Estar sujetos a la legislación nacional vigente en materia mercantil, laboral, tributaria, aduanera, ambiental y todos aquellos ámbitos que surjan con ocasión de la inversión extranjera.*
11. *Responder a los objetivos de la política económica nacional.*
12. *Suministrar cualquier información requerida por el Centro Nacional de Comercio Exterior en el ejercicio de sus funciones.*
13. *Cumplir con el resto de los deberes consagrados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su Reglamento y otras normas contenidas en el ordenamiento jurídico nacional.”*

LIE Art. 39: *“Registro de la Inversión Extranjera: El Registro de la Inversión Extranjera es el instrumento mediante el cual se acredita a una persona jurídica, la condición de inversionista extranjero. Dicho instrumento, garantiza los beneficio de ley que correspondan y sus funciones serán desarrolladas en el reglamento que se dictará con ocasión del desarrollo de las normativas en materia de inversión, procedimientos de registro y condiciones de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.”*

- 12 LIE Art. 32. *“Distribución de actividades netas en moneda de curso legal: Salvo lo dispuesto en los tratados legítimamente suscritos y ratificados por la República, las empresas receptoras de inversión extranjera podrán distribuir y pagar a sus inversionistas extranjeros, en el territorio de la República y en moneda de curso legal, la totalidad o parte de las utilidades netas distribuidas al cierre de cada ejercicio económico, de conformidad con las acciones o cuotas de participación que el o las inversionistas posean. En caso que dichas utilidades netas no sean pagadas, podrán ser direccionadas a una cuenta afectada a reinversión, únicamente en la misma empresa que las haya generado”.*

LIE Art. 33. *“Remisión de utilidades o dividendos: Los inversionistas extranjeros tendrán derecho a remitir al exterior anualmente y a partir del cierre del primer ejercicio económico, hasta el ochenta por ciento (80%) de las utilidades o dividendos comprobados*

Es importante aclarar, que con la derogación expresa hecha por la LIE del RCE, han quedado definitivamente derogadas las Decisiones nº 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de fecha 28 de junio de 1991, que regulaba materias tales como: el tratamiento del capital extranjero, la importación de tecnología y el uso y explotación de marcas y patentes en el ámbito subregional. Aspectos todos muy importantes pues Venezuela, al no formar ya parte del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones nº 291 y 292 de la Comisión seguían vigentes únicamente en virtud a su expresa inclusión en el antes mencionado RCE, dejando su derogación un importante vacío legal en la materia.

Por otro lado, la ley establece **Sectores reservados a la inversión nacional**, esto es que el Ejecutivo Nacional podrá reservar “sectores estratégicos”, lo que puede implicar limitaciones para la entrada y permanencia de inversionistas extranjeros¹³.

La LIE establece un trato equitativo al dado al inversionista extranjero, que al igual que el venezolano, deberá someterse a las Leyes y Tri-

que provengan de su inversión extranjera, registrada y actualizada en divisas libremente convertibles, previo cumplimiento del objeto de la inversión; En caso de remisión parcial, la diferencia podrá ser acumulada con las utilidades obtengan, únicamente en el siguiente ejercicio anual a los fines de su remisión al extranjero; de acuerdo a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento”. LIE Art. 38. “Circunstancias económicas extraordinarias: El Ejecutivo Nacional podrá aplicar medidas especiales en relación a la inversión y/o transferencia tecnológica, así como también limitar las remesas al extranjero por concepto de capital invertido y dividendos generados producto de la inversión extranjera, cuando se susciten circunstancias extraordinarias de carácter económico y financiero que afecten gravemente la balanza de pagos o las reservas internacionales del país, o que en definitiva, se vea afectada la seguridad económica de la Nación, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes aplicables”.

- 13 LIE Art. 21. “*Sectores reservados: El Estado se reserva el desarrollo de sectores estratégicos conforme al interés nacional, lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional. El Ejecutivo Nacional, por razones de seguridad y defensa de la Nación, podrá establecer regímenes de inversión con participación de capital extranjero con porcentajes distintos a los previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*”

bunales venezolanos¹⁴,¹⁵, y se condicionan las Inversiones Extranjeras al Plan de la Patria (artículo 1)¹⁶. Ello se traduce en un conjunto de obligaciones que debe cumplir la inversión, como realizar aportes de responsabilidad social y “*contribuir con la producción de bienes y servicios nacionales a los fines de cubrir la demanda interna*”¹⁷.

La LIE establece además: 1ª La definición de lo que debe entenderse como inversión, inversión nacional, inversión extranjera, reinversión, inversionista nacional, inversionista extranjero, empresa nacional y empresa extranjera¹⁸; 2º Elimina una serie de garantías existente en el

14 LIE Art. 1. “*Objeto. El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, tiene por objeto establecer los principios, políticas y procedimientos que regulan al inversionista y las inversiones extranjeras productivas de bienes y servicios en cualquiera de sus categorías, a los fines de alcanzar el desarrollo armónico y sustentable de la Nación, promoviendo un aporte productivo y diverso de origen extranjero que contribuya a desarrollar las potencialidades productivas existentes en el país, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y el Plan de la Patria, a los fines de consolidar un marco que promueva, favorezca y otorgue previsible a la inversión*”.

15 LIE Art. 5: “*Jurisdicción: Las inversiones extranjeras quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. La República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y el Caribe*”.

16 Ídem 18.

17 LIE Art. 31.

18 El artículo 6 de la LIE incluye las siguientes definiciones:

1. *Inversión: Todos aquellos recursos obtenidos lícitamente y destinados por un inversionista nacional o extranjero a la producción de bienes y servicios que incorporen materias primas o productos intermedios con énfasis en aquellos de origen o fabricación nacional, en las proporciones y condiciones establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que contribuyan a la creación de empleos, promoción de pequeña y mediana industria, encadenamientos productivos endógenos, así como al desarrollo de innovación productiva.*
2. *Inversión Nacional: La inversión realizada por el Estado venezolano, las personas naturales o jurídicas nacionales y las realizadas por los ciudadanos extranjeros que obtengan la Credencial de Inversionista nacional.*
3. *Inversión Extranjera: Es la inversión productiva efectuada a través de los aportes realizados por los inversionistas extranjeros conformados por recursos tangibles e intangibles, destinados a formar parte del patrimonio de los sujetos receptores de Inversión Extranjera en el territorio nacional. Estos aportes pueden ser:*

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

DLPI y su Reglamento, contra cualquier restricción al derecho de propiedad (confiscaciones y expropiaciones), que estipulaba un mecanismo de indemnización justa que preveía un procedimiento específico con la finalidad de asegurar que no existirán apropiaciones arbitrarias por parte

-
- a) *Inversión financiera en divisas y/o cualquier otro medio de cambio o compensación instituida en el marco de la integración latinoamericana y caribeña.*
 - b) *Bienes de capital físicos o tangibles como plantas industriales, maquinarias nuevas o reacondicionadas, equipos industriales nuevos o reacondicionados, materias primas y productos intermedios que formen parte del proceso productivo del sujeto receptor de la inversión. Cuando se trate de bienes reacondicionados deberá mantenerse la misma relación entre el valor de la inversión y la vida útil que aplicaría al caso de bienes nuevos; dicha relación será establecida por peritos que al efecto designará el Centro Nacional de Comercio Exterior.*
 - c) *Bienes inmateriales o intangibles constituidos por marcas comerciales, marcas de producto, patentes de invención, modelos de utilidad, diseños o dibujos industriales y derechos de autor, así como todos los derechos de propiedad industrial e intelectual consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes que regulan esta materia. Incluido también la asistencia técnica y conocimientos técnicos que se refieran a procesos, procedimientos o métodos de fabricación de productos, debidamente soportados mediante el suministro físico de documentos técnicos, manuales e instrucciones. Los aportes intangibles mencionados, serán considerados como inversión extranjera cuando la cesión se realice entre empresas que no se encuentren directa o indirectamente vinculadas entre sí, previo registro del contrato de cesión ante el órgano nacional competente en materia de propiedad intelectual, siempre que la cesión de derechos involucre la transferencia efectiva al sujeto receptor de la inversión de la propiedad de los bienes inmateriales o intangibles cedidos.*
 - d) *Las reinversiones de acuerdo con lo estipulado en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*
4. *Reinversión: Se considera reinversión a los aportes provenientes de la totalidad o parte de las utilidades o dividendos no distribuidos que se originen con motivo de una inversión extranjera, registrada ante el Centro nacional de Comercio Exterior y destinados al capital social o patrimonio del sujeto receptor de la inversión en el cual se haya generado dichos aportes.*
 5. *Inversionista Extranjero: La persona natural o jurídica extranjera que realice una inversión registrada ante el Centro Nacional de Comercio Exterior. No califica como tal aquella persona natural o jurídica venezolana que directa o por interpuestas personas figure como accionista de empresas extranjeras.*
 6. *Inversionista Nacional: Se considera inversionista nacional al Estado, a las personas naturales o jurídicas nacionales y al titular de la Credencia de Inversionista Nacional otorgada por el Centro Nacional de Comercio Exterior.*

del Estado; 3º Elimina la posibilidad de celebrar “contratos de estabilidad jurídica” entre la República Venezolana e inversionistas extranjeros a los que se les garantiza un tratamiento tributario preferente –previa opinión favorable de la Administración Tributaria y autorización de la Asamblea Nacional– con la finalidad de atraer inversión extranjera en determinados sectores; y, 4º Elimina la posibilidad de resolver cualquier controversia mediante arbitraje internacional, cuestión de especial relevancia en un país en el que los Tribunales no se consideran imparciales y se encuentran demasiado politizados.

2. *El Acuerdo de Protección de Inversiones Hispano-Venezolano*

Los Acuerdos de protección de inversiones (en adelante APRI) son Convenios internacionales que por lo general establecen condiciones

-
7. *Empresa Nacional de Inversión Extranjera: Las sociedades mercantiles, cooperativas, empresas de propiedad social y otras formas de organización económica productiva definidas por la legislación nacional, cuyo capital social pertenezca mayoritariamente a inversionistas nacionales, en cincuenta y uno por ciento (51%) o más, y sea calificada como tal por el Centro Nacional de Comercio Exterior.*
 8. *Empresa Extranjera: Las sociedades mercantiles, así como otras formas de organización extranjeras con fines económicos y productivos, cuyo capital social pertenezca en cincuenta y uno por ciento (51%) o más a inversionistas extranjeros, y sea calificada como tal por el Centro Nacional de Comercio Exterior.*
 9. *Empresas Filial, Subsidiaria o Vinculada: Las empresas que por cualquier causa sean controladas en su capital o en su gestión por otra que se denomina casa matriz, y la que de manera directa o indirecta sea controlada separadamente, en su capital o en su gestión, por otra que a estos efectos es la casa matriz, aunque entre sí no tengan ninguna vinculación aparente, considerándose que existe tal relación de subsidiaridad entre dos empresas, cuando la casa matriz posea más del cincuenta por ciento (50%) del total del capital social de la empresa filial. El Centro Nacional de Comercio Exterior, como órgano nacional competente en materia de inversiones, será la instancia que decidirá mediante acto motivado, si existe o no vinculación o relación entre dos o más entidades y si de ésta se deriva el control sobre su capital y/o gestión.*
 10. *Empresas Gran Nacionales: Las sociedades mercantiles cuyos objetivos y funcionamiento están sujetos a un plan estratégico de dos o más Estados, que garantizan el protagonismo del poder popular ejecutando inversiones de interés mutuo a través de empresas públicas, mixtas, formas cooperativas y proyectos de administración conjunta, fortaleciendo la solidaridad entre los pueblos y potenciando su desarrollo productivo...*

más beneficiosas para las partes contratantes¹⁹, y que sobre todo regulan cinco cuestiones fundamentales: 1º Admisión y promoción por cada uno de los Estados parte (el llamado “Estado huésped”) de las inversiones procedentes del otro Estado; 2º Tratamiento y protección por el “Estado huésped” de las inversiones procedentes del otro Estado (donde suelen preverse estándares de tratamiento de tipo absoluto y relativo); 3º Prohibición de toda medida de expropiación por parte el “Estado huésped” de las inversiones procedentes del otro Estado, excepto cuando medie justa compensación; 4º Libre transferencia de las rentas obtenidas en el “Estado huésped” y libre repatriación de dichas inversiones; y 5º Establecimiento de los mecanismos para la resolución de controversias²⁰ entre el “Estado huésped” y los inversores del otro país²¹.

En este contexto, en líneas generales, el APRI suscrito entre la República de Venezuela y el Reino de España, vigente en Venezuela desde su publicación en la Gaceta Oficial N° 36.281 de 1 de septiembre de 1997, tiene las siguientes características:

- 1º El compromiso de cada Estado parte, a promover y a admitir en su territorio las inversiones de los nacionales del otro Estado;
- 2º El estándar de tratamiento absoluto, esto es, la obligación del “Estado huésped” de otorgar a la inversión procedente del otro Estado contratante, un trato justo y equitativo, de otorgar plena protección y seguridad a las inversiones de nacionales del otro Estado, así como la prohibición de obstaculizar su funcionamiento mediante medidas arbitrarias o discriminatorias;

19 Vid. <http://www.conapri.org/ArticleDetailIV.asp?articleid=308724&CategoryId=14537c> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

20 Vid. VELARDE ARAMAYO, M. S. et alter, *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación, Ratio Legis*, Salamanca, 2006.

21 Vid. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1056/documento/07Illescas.pdf?id=2016> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

- 3º El estándar de tratamiento relativo, esto es, la inclusión de la Cláusula de Nación Más Favorecida en virtud de la cual el “Estado huésped” se obliga a otorgar el mismo tratamiento a la inversión del Estado parte que a las inversiones procedentes de terceros países; lo que supone que, en principio, España debería extender a Venezuela las condiciones favorables de las que disfrutaban las empresas comunitarias que operan en su territorio;
- 4º Inclusión expresa del Principio de No Discriminación de la inversión extranjera frente a la nacional;
- 5º Prohibición de cualquier medida expropiatoria por parte del “Estado huésped”, salvo cuando esté justificada por razones de interés público, se siga el debido proceso legal y vaya acompañada de una indemnización adecuada, efectiva y en moneda convertible. Esta prohibición incluso alcanza a medidas que sin ser expresamente expropiaciones produzcan el mismo efecto, esto es, cualquier medida atribuible al “Estado huésped” que prive al inversor del disfrute de sus activos, tales como la denegación injustificada de licencias o permisos;
- 6º La libre transferencia de rentas al extranjero, que ha de ser permitida por todo Estado huésped a fines de que el inversionista extranjero pueda repatriar las rentas y cualquier pago relacionado con la inversión realizada, principio que a pesar de su trascendencia no es aplicado por el Estado Venezolano pues como ya señalamos, desde el año 2003 existe un control de cambio que impide la libre transferencia de capitales y que se encuentra sometida a la aprobación gubernamental (de complicada tramitación y obtención)^{22, 23}.

22 Vid. FOLSOM, R. H., GORDON, M. W., SPANOGLE, J. A., FITZGERALD, P. and VAN ALSTINE, M. P., *International Business Transactions, A Problem-Oriented Coursebook*, op. cit. nº 2.

23 El control de cambio vigente en Venezuela se ha convertido además en un foco de corrupción, donde los funcionarios del gobierno otorgan dólares preferenciales (esto es, a la tasa de Bs 6,3 por USD 1,00 –Tasa Cencoex–, de Bs 12,80 por USD

- 7º La protección de los contratos de concesión, estableciéndose la obligación por parte de los Estados contratantes de cumplir cualquier obligación que hayan asumido en relación con las inversiones de nacionales del otro Estado.
- 8º Establecimiento de un mecanismo concreto de Resolución de controversias, primero mediante conciliación (en el plazo máximo de seis meses), y en caso de ser infructuoso, mediante Arbitraje internacional ante el “Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio de Washington el 18 de marzo de 1965. En caso de que una de las Partes Contratantes no se hubiera adherido al mencionado Convenio, se prevé la posibilidad de acudir al “Mecanismo complementario para la administración de procedimientos de conciliación, arbitraje y comprobación de hechos” administrado por la Secretaría de CIADI²⁴. Si esto tampoco es posible, la controversia se someterá a un Tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional²⁵.

1,00 –Tasa SICAD– y de Bs 199,94 –Tasa SIMADI–, cuando en el mercado paralelo la tasa era el día 25 de junio de 2015, de Bs 478,47 por 1,00 USD), a amigos del régimen en supuestos diferentes a los previstos en la ley, a cambio de un porcentaje de las divisas otorgadas. Se estima que durante el año 2013, la República perdió cerca de USD 20.000 millones de esta forma.

- 24 Venezuela denunció el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados el día 24 de enero de 2012. Sin embargo, al ser este el mecanismo de arbitraje incorporado en virtud al APRI suscrito entre Venezuela y España, el CIADI seguirá siendo la instancia internacional ante la cual los inversionistas de dichos países acudirían en supuestos de expropiaciones, mientras este esté vigente.
- 25 Vid. <http://www.conapri.org/download/Vzla-Espana.pdf> (último acceso en fecha 14 de junio de 2014).

3. *Problemas que afronta la inversión española en Venezuela*

En los últimos quince años²⁶, la lista de expropiaciones en Venezuela ha sido larga. Es posible hablar de un profundo cambio en el modelo económico del país a partir de 1999, que dio lugar a un incesante proceso de nacionalización de los medios de producción, intervención de los medios de comunicación, etc., que ha convertido al país en un caso paradigmático de conculcación a la propiedad privada y a la propia legislación interna venezolana que ha tenido que adaptarse a las necesidades y exigencias de carácter ideológico del partido en el poder. De hecho, la potestad expropiatoria del Estado, originalmente considerada como de carácter excepcional y previo cumplimiento de un proceso administrativo que limite al máximo cualquier tipo de arbitrariedad²⁷, se ha desdibujado casi por completo en la práctica.

En la actualidad, Venezuela es el país con más procesos en curso ante el CIADI. Para comprobar esta afirmación, basta acceder a la página Web de dicho Organismo²⁸; pese a lo cual, a día de hoy, ninguna empresa española ha planteado un proceso arbitraje contra Venezuela. Esto probablemente se deba al hecho de que las expropiaciones a las empresas españolas efectuadas por el Gobierno se han resuelto, en la mayoría de los casos, de forma amigable, obteniendo la parte expropiada una compensación justa y adecuada²⁹.

Un buen ejemplo de lo anterior lo encontramos en la expropiación de la sucursal venezolana del Banco Santander; en efecto, el Grupo San-

26 Vid. <http://informe21.com/expropiaciones-venezuela> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

27 Vid. BADELL MADRID, R. "Limitaciones al Derecho de Propiedad". <http://www.badellgrau.com/?pag=45&ct=1085>. último acceso en fecha 19 de julio de 2014).

28 Vid. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

29 Como señalan FOLSON et alter (citando el caso entre Alemania y Polonia, Chorzów Factory [Indemnity], resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1928): "*The essential principle of International Law is that the reparation must, as far*

tander en 1996 adquirió el 50% de las acciones del Banco de Venezuela, en julio de 2008 se anunció la expropiación y un año después (julio de 2009)³⁰ el Gobierno venezolano adquiriría las participaciones del Grupo Santander, por un importe superior 1.000 millones de dólares; acuerdo que según las partes involucradas, constituía una “*muy buena negociación para ambos*”.

Otro caso con enorme repercusión pública en Venezuela, fue la expropiación de la compañía de capitales españoles Agroisleña C.A. (Octubre de 2010) que constituye todo un ejemplo de expropiación ilegal, sin procedimiento administrativo previo, ni respeto al derecho a la defensa. En efecto, el Gobierno venezolano llevo a cabo la expropiación amparándose en simples “sospechas” (y no en hechos probados) sobre posibles prácticas monopolísticas y/o de oligopolio de la empresa sin especificar qué tipo de actividades dan lugar a tales prácticas. Así, en los considerandos del Decreto de Expropiación se señalaba lo siguiente³¹:

1º “*Que el grupo AGROISLEÑA C.A. se ha constituido en un oligopolio en el mercado de insumos agrícolas y ejerce posición de dominio y competencia desleal en la producción, recepción, acondicionamiento, almacenaje, distribución y comercialización de la producción agrícola, desplazando a las pequeñas y medianas empresas de todos estos escenarios*”;

as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would in all probability, have existed if the Act had not been committed... this result can be accomplished in several ways: through restitution in kind; or, if this is not possible, through payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear... and the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it...” Vid. FOLSOM, R.H., GORDON, M.W., SPANOGLE, J.A., FITZGERALD, P. and VAN ALSTINE, M.P., *International Business Transactions, A Problem-Oriented Coursebook*, op. cit. nº 2.

30 Vid. http://www.bancodevenezuela.com/?bdv=link_qsomos&cod=171 (último acceso en fecha 14 de junio de 2014).

31 Vid. http://www.mp.gob.ve/c/document_library/get_file?p_1_id=29946&folderId=89880&name=DLFE-2111.pdf (Último acceso en fecha 14 de junio de 2014).

- 2º *“Que La especulación como práctica capitalista en la venta de fertilizantes, por parte del grupo AGROISLEÑA y a pesar de que el Estado Venezolano invierte ingentes sumas de dinero en el subsidio, éstos terminan con un precio de hasta el 250% por encima del valor sugerido, causando incrementos en los costos de producción que se trasladan al consumidor final encareciendo el valor de los alimentos”; y,*
- 3º *“Que el proceso especulativo comienza en la preparación de mezclas a partir de las materias primas suministradas por PEQUIVEN con los precios sugeridos de regulación y concluye con la compra, por parte del grupo AGROISLEÑA, de las cosechas a los productores en condiciones desfavorables para los mismos, ya que son sometidos a onerosas y dudosas primas de servicios y costos financieros a través de mecanismos poco transparentes propios del sistema capitalista, con un gran componente de plusvalía”.*

Pues bien, hasta la fecha no ha habido ni denuncias, ni procedimiento administrativo alguno que permitan comprobar las afirmaciones que sirvieran como justificación de la expropiación, lesionando así el derecho a la defensa de la empresa mediante la clara aplicación inconstitucional de una norma.

Las situaciones antes descritas son simples ejemplos de los muchos casos de expropiación arbitraria llevadas a cabo por el Gobierno venezolano, sin respetar lo dispuesto por el Ordenamiento³² venezolano ni lo previsto en los Acuerdos y Convenios Internacionales suscritos por el país. Ante la certeza de que en Venezuela los accionistas de Agroisleña no obtendrán una decisión judicial justa, acudirán al CIADI amparán-

32 Vid. CRBV. Artículo 115: *“Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.*

dose en el APRI hispano-venezolano con la finalidad de resolver el conflicto mediante conciliación o arbitraje³³.

4. *Relevancia de los convenios de doble imposición Hispano-Venezolanos*

El Convenio de doble imposición entre ambos países (en adelante CDI) se publicó en Venezuela el 5 de abril de 2004 (Gaceta Oficial n° 37.913), y entró en vigor 1° de enero de 2005 y se aplica a las personas físicas y jurídicas que residan fiscalmente en Venezuela, en España, o en ambos países. Así, de acuerdo a lo previsto por el artículo 30 y ss. del Código Orgánico Tributario venezolano, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.152 de fecha 18 de noviembre de 2014, que en realidad circuló el 28 de noviembre de 2014, en adelante COT, se consideran residentes en Venezuela a los efectos fiscales a las personas físicas que: 1° Hayan permanecido en Venezuela por un período que exceda de 183 días (continuos o discontinuos) en un año calendario o en el año inmediatamente anterior; 2° Establezcan su residencia habitual en Venezuela, salvo que demuestren haber permanecido por más de 183 días en otro país y/o haber adquirido residencia fiscal en otro país; 3° Se trate de ciudadanos venezolanos, en cuyo caso se presume que son residentes fiscales en Venezuela, salvo prueba en contrario. En cuanto a las personas jurídicas, se considera como residentes fiscales en Venezuela a todas las entidades constituidas en Venezuela, de conformidad con el Ordenamiento jurídico venezolano³⁴.

El Convenio se aplica a impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio exigibles por España y por Venezuela, entre ellos y a efectos de nuestro trabajo: el impuesto sobre sociedades y el impuesto a la renta de no residentes (en el caso español) así como el impuesto venezolano sobre la renta y sobre los activos empresariales. Regula el tratamiento fiscal aplicable a los rendimientos de actividades empresariales, rentas

33 Vid. VELARDE ARAMAYO, M. S. et alter, *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, op. cit. n° 17.

34 Esta materia está fundamentalmente regulada en los artículos 200 y 201 del Código de Comercio de Venezuela.

pasivas (cánones, dividendos e intereses) y ganancias de capital e incluye una definición de establecimiento permanente y de agente dependiente e independiente³⁵ que coincide con lo previsto en el Modelo de Convenio de la OCDE³⁶.

35 Se considera que la empresa opera a través de un agente en Venezuela cuando el mismo tenga y ejerza el poder para concluir contratos en nombre de la empresa española. Un agente con estas facultades producirá la existencia de un establecimiento permanente de la empresa española en Venezuela.

36 En España, se considera como establecimiento permanente: la sede de dirección; una sucursal; una oficina; una fábrica; un taller; una mina; un pozo de petróleo o gas, una cantera o cualquier otro lugar relacionado con la extracción de recursos naturales (cuando la empresa tenga como actividad habitual y principal la exploración); una obra o proyecto de construcción, instalación o montaje (y actividades de supervisión relacionadas con tales proyectos) cuando su duración exceda de nueve meses. Hay que tener en cuenta que la legislación española reduce dicho requisito a seis meses (artículo 13.1 literal a del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en adelante LIRNR).

En Venezuela el artículo 7, Parágrafo Tercero, de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.152 de fecha 18 de noviembre de 2014, que en realidad circuló el 28 de noviembre de 2014, en adelante LISR, establece que: “...se entenderá que un sujeto pasivo realiza operaciones en Venezuela por medio de establecimiento permanente, cuando directamente o por medio de apoderado, empleado o representante, posea en el territorio venezolano cualquier local o lugar fijo de negocios, o cualquier centro de actividad en donde se desarrolle, total o parcialmente, su actividad o cuando posea en Venezuela una sede de dirección, sucursal, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos; obras de construcción, instalación o montaje, cuando su duración sea superior a seis meses, agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre o por cuenta del sujeto pasivo, o cuando realicen en el país actividades referentes a minas o hidrocarburos, explotaciones agrarias, agrícolas, forestales, pecuarias o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales o realice actividades profesionales, artísticas o posea otros lugares de trabajo donde realice toda o parte de su actividad, bien sea por sí o por medio de sus empleados, apoderados, representantes o de otro personal contratado para ese fin. Queda excluido de esta definición aquel mandatario que actúe de manera independiente, salvo que tenga el poder de concluir contratos en nombre del mandante. También se considera establecimiento permanente a las instalaciones explotadas con carácter de permanencia por un empresario o profesional, a los centros de compras de bienes o de adquisición de servicios y a los bienes inmuebles explotados en arrendamiento o por cualquier título...” “...Tendrán el tratamiento de establecimiento permanente las bases fijas en el país de personas naturales residentes en el extranjero a través de las cuales se presten servicios personales independientes. Constituye base fija cualquier lugar en el que se presten servicios personales independientes de carácter científico, literario, artístico, educativo o pedagógico, entre otros, y las profesiones independientes...”

En cuanto a los ingresos atribuibles a las actividades realizadas a través de un establecimiento permanente, los mismos estarán sujetos al tratamiento establecido en la legislación tributaria interna del país en el que se encuentre localizado el establecimiento permanente. En el caso español, como ya mencionamos, tendrá repercusión en el impuesto a la renta de no residentes que, a su vez, se remite a lo dispuesto en el impuesto sobre sociedades. Tratándose de Venezuela, tendremos que tener en consideración lo dispuesto en el impuesto sobre la renta y en el impuesto sobre los activos empresariales.

Hay que tener en cuenta que las tarifas reducidas previstas en el Convenio que se aplican a rendimientos pasivos (intereses, dividendos, cánones) y ganancias de capital, sólo proceden cuando la entidad que obtiene los ingresos no opera en el país de la fuente a través de un establecimiento permanente o base fija. En cambio, si opera mediante establecimiento permanente, se aplicará el tratamiento tributario previsto en las legislaciones fiscales internas de España o Venezuela, según sea el caso.

Por otro lado, según el artículo 7 del CDI:

“...los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden estar sujetos a impuestos en ese Estado, a menos que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en dicho Estado. Si la empresa realiza tales actividades, sus beneficios podrán estar sometidos a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a dicho establecimiento permanente”.

En otras palabras, si se opera mediante establecimiento permanente se prevé la imposición compartida entre España y Venezuela, lo que provoca situaciones de doble imposición jurídica y económica que se resuelven mediante los mecanismos (deducción o exención) de doble

imposición internacional de acuerdo a lo previsto en el CDI entre ambos países³⁷.

En efecto, el artículo 23 del CDI³⁸ establece como mecanismo para evitar la doble tributación:

37 En relación a las exenciones y deducciones por doble imposición internacional (jurídica y económica) aplicables en España, vid. VELARDE ARAMAYO, M. S., *Enajenación de acciones y beneficios no distribuidos en el Impuesto sobre Sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

38 De acuerdo con el artículo 23 del CDI, la doble tributación se evitará de la siguiente forma:

1. En Venezuela: Las personas residentes en Venezuela que perciban rentas que, de conformidad con lo dispuesto en el CDI, puedan someterse a imposición en España, podrán acreditar contra los impuestos venezolanos correspondientes a esas rentas los impuestos aplicados en España, de acuerdo con las disposiciones aplicables en la ley venezolana. No obstante, tal acreditamiento no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio calculado antes del crédito que sea atribuible a la renta o al patrimonio, que pueda estar sometido a imposición en Venezuela; y cuando, de acuerdo con el CDI, las rentas obtenidas por un residente de Venezuela estén exentas de impuesto en Venezuela, Venezuela podrá, sin embargo, tomar en cuenta las rentas exentas para calcular el monto del impuesto sobre las rentas restantes de dicho residente.
2. En España: Cuando un residente de España obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, con arreglo a las dos posiciones de este Convenio puedan someterse a imposición en Venezuela, España permitirá:
 - (i) la deducción del impuesto sobre la renta de ese residente por un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en Venezuela;
 - (ii) la deducción del impuesto sobre el patrimonio de ese residente por un importe igual al impuesto pagado en Venezuela sobre esos elementos patrimoniales;
 - (iii) la deducción del impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos correspondientes a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, de acuerdo con su legislación interna.

Dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre el patrimonio, calculados antes de la deducción, correspondiente a las rentas o a los elementos patrimoniales que puedan someterse a imposición en Venezuela.

Cuando con arreglo con el CDI, las rentas obtenidas por un residente de España o el patrimonio que posea estén exentos de impuestos en España, España podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas o el patrimonio exentos para calcular el impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de ese residente.

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

- En el supuesto de residentes venezolanos que deban pagar impuesto sobre la renta en España, podrán acreditar contra los impuestos venezolanos correspondientes a esas rentas los impuestos aplicados en España, de acuerdo al límite establecido por la ley de impuesto sobre la renta español.
- En el supuesto de residentes españoles que deban pagar impuesto sobre la renta en Venezuela, España permitirá la deducción de ese impuesto del impuesto que deba ser pagado en España.

Al margen de lo anterior, hay que tener en cuenta el CDI de 6 de marzo de 1986 (BOE de 1 de febrero de 1989) en relación a las empresas dedicadas a la navegación marítima y aérea que en su Art. IV párrafo 3º dispone que:

“...los beneficios que una Empresa de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de estos buques a aeronaves, están exentos de imposición en el otro Estado Contratante”.

En estos casos, se prevé la imposición exclusiva en el país de la residencia ya que se encuentran exentos en el país de la fuente. Tratamiento tributario que también se prevé en el CDI firmado en Madrid el 8 de abril de 2003.

En relación a los beneficios empresariales, también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 de la LIRNR español establece que:

“...cuando las rentas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes se transfieran al extranjero, será exigible una imposición complementaria, al tipo de gravamen del 19 por ciento, sobre las cuantías transferidas con cargo a las rentas del establecimiento permanente, incluidos los pagos a que hace referencia el artículo 18.1.a), que no hayan sido gastos deducibles a efectos de fijación de la base imponible del establecimiento permanente. La declara-

ción e ingreso de dicha imposición complementaria se efectuará en la forma y plazos establecidos para las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente”.

Pese a ello, de acuerdo a lo previsto en el comentado artículo 19, dicha imposición complementaria no se aplica a: (a) Las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes de entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que se trate de un país o territorio considerado como paraíso fiscal; y, (b) A las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes de entidades que tengan su residencia fiscal en un Estado que haya suscrito con España un Convenio para evitar la doble imposición, en el que no se establezca expresamente otra cosa, siempre que exista un tratamiento recíproco.

Ahora bien, en el presente caso estaríamos ante el supuesto previsto en el literal (b) de la norma antes citada, puesto que el CDI contempla expresamente tal gravamen adicional³⁹, limitando el tipo de tributación al 10%⁴⁰.

Por otro lado, si en virtud a la aplicación de tal gravamen adicional a un nacional de un Estado Contratante por el otro Contratante parte, llegase a ser más gravoso que aquel al que estuviese obligado a pagar un

39 Vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Guía del Impuesto sobre la renta de no residentes*. CISS grupo Wolters Kluwer España, S.A., 2a edición. Contenido actualizado a marzo de 2007.

40 Vid. CDI. Artículo 10.2: *“Sin embargo, estos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de ese Estado; pero si el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del monto bruto de los dividendos.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Estado Contratante del que la sociedad que paga los dividendos es residente dejará exentos los dividendos pagados a una sociedad residente del otro Estado Contratante cuyo capital esté dividido total o parcialmente en acciones y que controle, por lo menos, el veinticinco por ciento (25 por 100) del capital de la sociedad que paga los dividendos.

Las disposiciones de este párrafo no afectan a la imposición de la compañía respecto de los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos”.

nacional de ese segundo Estado Contratante, en virtud al principio de no discriminación previsto en el artículo 24 del CDI, podría exigírsele a la administración tributaria de ese segundo Estado Contratante parte la excepción de la imposición complementaria.

Como hemos visto, el tratamiento de las rentas empresariales es muy importante pero también lo es el tratamiento previsto para los dividendos si es que el inversor venezolano decide operar mediante filiales en lugar de hacerlo a través de sucursales. Así, cuando una entidad española o venezolana controla más del 25 % del capital de otra entidad residente en el otro Estado Contratante, los dividendos estarán exentos ya que se prevé la imposición exclusiva en el Estado de la Residencia. Por el contrario, si no se controla más del 25 % del capital social, se aplicará un tipo de gravamen reducido que no podrá exceder del 10% del importe bruto abonado en concepto de dividendos, siempre que el receptor del ingreso sea el beneficiario efectivo de los dividendos.

Finalmente, hay que hacer referencia al tratamiento de las ganancias de capital ya que si el inversor venezolano decide crear una entidad holding en España o participar en una ya creada, es posible que más adelante tenga que vender sus acciones o participaciones⁴¹. En este sentido, hay que tener en cuenta el artículo 13 del CDI relativo a las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones que prevé la potestad tributaria compartida entre ambos Estados, circunstancia que obliga a corregir una eventual doble imposición jurídica o económica en base a lo dispuesto en el artículo 23 del mismo Convenio.

Respecto al mecanismo venezolano para evitar la doble tributación⁴², el COT establece como objetivo de las leyes evitar los efectos de la doble tributación internacional (COT, artículo 11). En concreto, la

41 Vid. VELARDE ARAMAYO, M.S., *Enajenación de acciones y beneficios no distribuidos en el Impuesto sobre Sociedades*, op. cit., nº 34.

42 Vid. BOVEDA, M. "Los métodos para evitar la doble tributación internacional en Venezuela. Algunos comentarios". Publicado en *Impuesto sobre la renta e Ilícitos tributarios, VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Ed. AVDT, Caracas 2002.

LISR venezolana en su artículo 243, contiene una disposición mediante la cual se adopta el método de imputación limitada como mecanismo para evitar la doble imposición jurídica internacional, el cual se aplica tanto a las rentas gravadas con la tarifa progresiva como a las rentas gravadas con tarifas proporcionales.

Al respecto, de acuerdo con la LISR venezolana, para la determinación de la base imponible para el cálculo del impuesto se deberá sumar el enriquecimiento neto de fuente territorial al enriquecimiento neto de fuente extraterritorial, sin admitirse la imputación de pérdidas extraterritoriales al enriquecimiento o pérdida de fuente territorial (LISR, artículo 4). Las pérdidas de fuente extranjera sólo pueden compensarse con enriquecimientos de fuente extranjera hasta los tres años subsiguientes, y siempre que dicha imputación no exceda en cada período del 25 % del enriquecimiento obtenido (LISR, artículo 55). La LISR también obliga

43 LISR. Artículo 2: *“Toda persona natural o jurídica, residente o domiciliada en La República Bolivariana de Venezuela, así como las personas naturales o jurídicas domiciliadas o residenciadas en el extranjero que tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país, podrán acreditar contra el impuesto que conforme a esta Ley les corresponda pagar, el impuesto sobre la renta que hayan pagado en el extranjero por los enriquecimientos de fuente extraterritorial por los cuales estén obligados al pago de impuesto en los términos de esta Ley.*

A los efectos de la acreditación prevista en este artículo, se considera impuesto sobre la renta al que grava la totalidad de la renta o los elementos de renta, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, y los impuestos sobre los sueldos y salarios, así como los impuestos sobre las plusvalías. En caso de duda, la Administración Tributaria deberá determinar la naturaleza del impuesto acreditable.

El monto del impuesto acreditable, proveniente de fuentes extranjeras a que se refiere este artículo, no podrá exceder a la cantidad que resulte de aplicar las tarifas establecidas en el Título III de esta Ley al total del enriquecimiento neto global del ejercicio de que se trate, en la proporción que el enriquecimiento neto de fuente extranjera represente del total de dicho enriquecimiento neto global.

En el caso de los enriquecimientos gravados con impuestos proporcionales en los términos establecidos en esta Ley, el monto del impuesto acreditable, no podrá exceder del impuesto sobre la renta que hubiese correspondido pagar en La República Bolivariana de Venezuela por estos enriquecimientos.

A los fines de la determinación del monto de impuesto efectivamente pagado en el extranjero acreditable en los términos establecidos en este artículo, deberá aplicarse el tipo de cambio vigente para el momento en que se produzca el pago del impuesto en el extranjero, calculado conforme a lo previsto en la Ley del Banco Central de Venezuela.”

a que la determinación del enriquecimiento de fuente extranjera se realice de acuerdo con las normas previstas en esta determinantes de los ingresos, costos y deducciones (LISR artículo 4).

5. *El régimen tributario de las entidades de tenencia de valores extranjeros*

Se entiende como entidades de tenencia de valores extranjeros (en adelante ETVE) aquellas cuyo objeto social consiste en la gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la organización de medios personales y materiales. Se trata por tanto, de entidades dedicadas a gestionar acciones o participaciones, necesariamente nominativas, de entidades que residen fiscalmente fuera de España (por ejemplo, en Venezuela, Colombia o Panamá)⁴⁴.

Pueden asumir cualquier forma societaria, siendo lo más habitual que se configuren como Sociedades de Responsabilidad Limitada⁴⁵ ya que el capital mínimo para su constitución es de 3.000 euros, frente a los 60.000 euros necesarios para la constitución de una sociedad anónima⁴⁶. Esto también se debe a que suele ser habitual que personas no residentes en España constituyan una ETVE mediante operaciones de aportación no dineraria de participaciones en el capital de otras entidades no residentes. Hay que tener en cuenta sin embargo, que la Ley establece una limitación importante, y es que no podrán acogerse a este régimen las “Agrupaciones de interés económico”, españolas y europeas, ni las “Uniones Temporales de Empresas” o Sociedades Patrimoniales reguladas en los artículos 48 y siguientes de la LIS.

44 Vid. Artículo nº 116 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) concordante con el Art. nº 41 del Real Decreto nº 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (en adelante RIS).

45 Vid. García NAvoa, C. “Introducción al Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros en España”, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, Universidad de San Martín de Porres, año 2, número 6, 2008.

46 Vid. Artículo 4 del Real Decreto Legislativo nº 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Cuentan con un Régimen tributario especial (Título VII, Capítulo XIV de la LIS) ya que según lo dispuesto en el artículo 117 de la LIS:

“Los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, así como las rentas derivadas de la transmisión de la participación correspondiente, podrán disfrutar de la exención para evitar la doble imposición económica internacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 21 de esta Ley”.

Es decir, se prevé la repatriación de tales utilidades y/o ganancias de capital sin coste tributario alguno. En otras palabras, si una ETVE opera en Venezuela únicamente será gravada en Venezuela en los términos previstos por el CDI pero ya no será gravada en España; en concreto, la entidad tributaría en Venezuela, de acuerdo con la legislación venezolana y a lo previsto en el CDI, al 5 % por concepto de cánones y regalías, al 0 % por concepto de dividendos, cuando la participación en el capital social sea igual o inferior al 25 %, y al 10 % cuando sea superior al 25 %, mientras que los beneficios empresariales serían fiscalizados en el país donde existe la unidad de negocio y las ganancias de capital, según la normativa del país donde se generen.

En general los beneficios de este tipo de entidades pueden manifestarse en cualquiera de las dos formas siguientes:

- La repatriación del beneficio generado por la ETVE y abonada a sus socios no residentes se encuentra exenta de gravamen en España, siempre que los socios no residan en un territorio calificado como Paraíso Fiscal (España considera los siguientes países latinoamericanos como paraíso fiscal: República Dominicana, la República Oriental del Uruguay y la República de Panamá)⁴⁷.

47 Vid. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. *Manual de Tributación de no Residentes (Impuesto sobre la Renta de no Residentes) Rentas devengadas a partir de 1 de enero de 2011*, Madrid 2014.

- Además, según el artículo 118 de la LIS los beneficios distribuidos con cargo a las rentas exentas (las rentas repatriadas sin coste fiscal alguno), cuando el perceptor sea una entidad sujeta al impuesto sobre sociedades, darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos prevista en el artículo 30 de la LIS⁴⁸, es decir, podrán deducir el impuesto abonado por las rentas exentas en el país de la fuente (deducir en España el impuesto pagado en Venezuela).

Para beneficiarse del régimen de las ETVE, será necesaria una comunicación al Ministerio (Español) de Economía y Hacienda, aplicándose el régimen en el período impositivo que finalice con posterioridad a dicha comunicación. Se trata por consiguiente, de un régimen

48 Para que proceda la deducción prevista en el artículo 30 LIS es necesario:

1. Para que proceda la deducción del 100% cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5%, que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. La deducción también será del 100% respecto de la participación en beneficios procedentes de mutuas de seguros generales, entidades de previsión social, sociedades de garantía recíproca y asociaciones.
2. Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen las derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades residentes en territorio español que tributen al tipo general de gravamen o al tipo del 35%, se deducirá de la cuota íntegra el resultado de aplicar el tipo de gravamen al incremento neto de los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieran sido incorporados al capital social, que correspondan a la participación transmitida, generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de dicha participación o al importe de las rentas computadas si éste fuere menor. Esta deducción se practicará siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
 - Que, el porcentaje de participación, directo o indirecto, con anterioridad a la transmisión sea igual o superior al 5%.
 - Que dicho porcentaje se hubiere poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que se transmita la participación.

Cuando, debido a la fecha de adquisición de la participación, no pudiera determinarse el importe de los beneficios no distribuidos en la fecha de adquisición de la participación, se presumirá que el valor de adquisición se corresponde con los fondos propios.

tributario de carácter opcional que se aplicará siempre y cuando se cumplan los requisitos de acceso al mismo.

A. *Requisitos de acceso al régimen especial para las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros*

El objeto social de la sociedad debe ser la gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes y serán nominativos.

La ETVE debe tener, al menos, el 5% de los fondos propios de las entidades extranjeras o un valor de adquisición superior a 6 millones de euros. Si la entidad participada tuviera subfiliales, el porcentaje mínimo para las participaciones indirectas, debería ser también de, al menos el 5%. Esto también es muy importante ya que también estarán exentas en España las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones de subfiliales de segundo u ulterior nivel⁴⁹. En otras palabras, si la participación indirecta en cada subnivel de la cadena es del 5%, estarán también exentas en España las plusvalías derivadas de la transmisión de dichas participaciones. Lo mismo se aplica en el caso de la distribución de dividendos en cadena⁵⁰.

En todo caso, la ETVE española deberá poseer la participación de las acciones en las entidades extranjeras participadas (por ejemplo, filiales en Venezuela y subfiliales en Colombia) de forma ininterrumpida

49 Vid. VELARDE ARAMAYO, M.S., *Enajenación de acciones y beneficios no distribuidos en el Impuesto sobre Sociedades*, op. cit. nº 34.

50 Esto se debe a que el Artículo 21 inciso (a) de la LIS dispone que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del 5%.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio español para formar parte del mismo grupo de sociedades.

durante un año natural a contar desde la fecha de adquisición de las acciones o participaciones hasta la fecha de su transmisión.

Es importante subrayar que la entidad extranjera participada (la filiales o subfilial) debe encontrarse gravada por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español (en nuestro caso el impuesto sobre la renta y el impuesto sobre activos empresariales exigibles en Venezuela) en los ejercicios en los que se han generado las rentas obtenidas por la ETVE. A tal efecto, según el artículo 2 inciso (b) de la LIS, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquélla. Además, se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un CDI que sea aplicable y contenga cláusula de intercambio de información.

En Venezuela no existe un impuesto extranjero de naturaleza idéntica al Impuesto sobre Sociedades Español, sin embargo, este requisito se entiende cumplido cuando la entidad participada resida en un país con el que España tenga un Convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información. Tratándose del CDI hispano-venezolano, la cláusula de intercambio de información se recoge en el artículo 25. Por consiguiente, en España, se puede considerar que los impuestos venezolanos sobre la renta y sobre los activos empresariales sí son análogos al impuesto sobre Sociedades.

Al margen de lo anterior, existe una importante limitación ya que los dividendos que distribuye la ETVE deben proceder de la realización de “actividades empresariales” en el extranjero. Este requisito se considera cumplido cuando al menos el 85 % de los ingresos del ejercicio, de forma genérica, correspondan a rentas activas procedentes de actividades empresariales en el extranjero; entre otras, las siguientes:

i) Rentas que se hayan obtenido en el extranjero y que no estén comprendidas entre aquellas clases de renta a que se refiere el apartado 2 del artículo 107 de la LIS como susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional. En cualquier caso, las rentas derivadas de la participación en los beneficios de otras entidades, o de la transmisión de los valores o participaciones correspondientes, habrán de cumplir los requisitos del párrafo (ii) siguiente. En particular, a estos efectos, se considerarán obtenidas en el extranjero las rentas procedentes de las siguientes actividades:

- Comercio al por mayor, cuando los bienes sean puestos a disposición de los adquirentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las operaciones se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
- Servicios, cuando sean utilizados en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
- Crediticias y financieras, cuando los préstamos y créditos sean otorgados a personas o entidades residentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las operaciones se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
- Aseguradoras y reaseguradoras, cuando los riesgos asegurados se encuentren en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que aquéllas se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.

ii) Dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades no residentes respecto de las cuales el sujeto pasivo tenga una participación indirecta que cumpla los requisitos de porcentaje y antigüedad previstos en la ley. Asimismo, rentas derivadas de la transmisión de la participación en dichas entidades no residentes, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

Finalmente cabe señalar que se encuentran exentas las plusvalías derivadas de la transmisión de las participaciones pertenecientes a la ETVE en el extranjero, con independencia de que se encuentren respaldada o no por beneficios no distribuidos de la entidad participada, siempre que se hayan generado durante el período de tenencia de la participación⁵¹. Por tanto, estarán exentas las plusvalías tácitas o latentes, es decir, beneficios capitalizados por la empresa y que la entidad aún no ha distribuido pero que, lógicamente, incrementan el precio de las acciones.

En concreto, en Venezuela las ganancias de capital derivadas de:

i) Los ingresos obtenidos por las personas naturales, jurídicas o comunidades, por la enajenación de acciones, cuya oferta pública haya sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores, en los términos previstos en la Ley de Mercado de Capitales, siempre y cuando dicha enajenación se haya efectuado a través de una Bolsa de Valores domiciliada en el país, estarán gravadas con un impuesto proporcional del uno por ciento (1%), aplicable al monto del ingreso bruto de la operación, impuesto que será retenido por la Bolsa de Valores en la cual se realice la operación⁵².

ii) La transmisión de acciones de sociedades mercantiles venezolanas fuera de Bolsas de Valores⁵³:

51 Vid. VELARDE ARAMAYO, M.S., *Enajenación de acciones y beneficios no distribuidos en el Impuesto sobre Sociedades*, op. cit. nº 34.

52 Vid. LISR. Artículo 76.

53 Vid. Decreto 1.808, publicado en Gaceta Oficial número 36.203 de fecha 12 de mayo de 1997.

- En el caso de tratarse de personas naturales residentes en el país, se gravan con el 3 %.
- En el caso de tratarse de personas jurídicas residentes en el país, se gravan con el 5 %.
- En el caso de tratarse de personas naturales no residentes, se gravan con el 34 %.
- En el caso de tratarse de personas jurídicas no residentes, se gravan con el 5 %.

iii) En cuanto a los dividendos, las sociedades o comunidades constituidas en el exterior y domiciliadas en Venezuela o constituidas y domiciliadas en el exterior que tengan en Venezuela un establecimiento permanente estarán obligadas a pagar, en su carácter de responsables, por cuenta de sus socios, accionistas o comuneros, un impuesto del 34 % sobre su enriquecimiento neto, no exento ni exonerado, que exceda del enriquecimiento neto gravado en el ejercicio 54. Este dividendo presunto no procede en los casos en que la sucursal pruebe, a satisfacción de la Administración Tributaria, que efectuó totalmente en el país la reinversión de la diferencia entre la renta neta fiscal gravada y la renta neta. Esta reinversión deberá mantenerse en el país por el plazo mínimo de 5 años. El impuesto proporcional que grava el dividendo, será del 34 % y estará sujeto a retención total en el momento del pago o del abono en cuenta.

Cuando los dividendos provengan de sociedades dedicadas a la explotación de hidrocarburos y de actividades conexas, tales como la refinación y el transporte, o a la compra o adquisición de hidrocarburos y derivados para la explotación, se gravarán con la alícuota del 50 %, sujeta a retención total en la fuente.

Cuando los dividendos provengan de sociedades que reciban enriquecimientos netos derivados de la explotación de minas, de hidrocarburos

54 Vid. LISR. Artículo 71.

ros y de actividades conexas, se gravarán con la alícuota del 60%, sujeta a retención total en la fuente⁵⁵.

No obstante, hay que tener en cuenta que si se invoca el CDI la tributación de las ganancias de capital quedaría fiscalizados según la normativa española, la de los dividendos, cuando la participación en el capital accionario fuese inferior o igual al 25%, a una retención igual al 0%, y cuando la participación accionario fuese superior al 25%, a una retención del 10%.

B. *Aplicación de la deducción por doble imposición internacional a los dividendos y ganancias de capital obtenidos por las ETVE*

La legislación española establece, que si los perceptores de los dividendos distribuidos por una ETVE son personas físicas o jurídicas que *residen fiscalmente en España*, tales importes se integrarán en sus respectivos impuestos. Según lo dispuesto en el artículo 118 de la LIS cuando el perceptor sea contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el beneficio distribuido se considerará *renta general* y se podrá aplicar la deducción por doble imposición internacional en los términos previstos en la LISRPF, en relación a los impuestos pagados en el extranjero por la ETVE y que correspondan a las rentas exentas que hayan contribuido a la formación de los beneficios percibidos^{56, 57}. En

55 Vid. LISR. Artículo 73.

56 En el mismo sentido vid. RODRIGUEZ ONDARZA, J.A. y RUBIO GUERRERO, J.J., "Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros", *Revista de Técnica Tributaria*, n. 50, julio-septiembre, 2000.

57 El artículo 80 de la LISRPF establece que cuando entre las rentas del contribuyente figuren rendimientos o ganancias patrimoniales obtenidos y gravados en el extranjero, a través de un establecimiento permanente o no, se deducirá la menor de las cantidades siguientes:

- a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes sobre dichos rendimientos o ganancias patrimoniales.
- b) El resultado de aplicar el tipo medio efectivo de gravamen a la parte de base liquidable gravada en el extranjero.

cambio si el perceptor es entidad o persona jurídica sujeta al impuesto de sociedades, los beneficios percibidos darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos en los términos establecidos en el artículo 30 de la LIS⁵⁸.

Cuando los perceptores de los dividendos distribuidos por la ETVE sean personas físicas o jurídicas que *no residen fiscalmente en España* el tratamiento tributario dependerá de que operen o no a través de un establecimiento permanente en territorio español. En el segundo caso, el

El tipo medio efectivo de gravamen será el resultado de multiplicar por 100 el cociente obtenido de dividir la cuota líquida total por la base liquidable. A tal fin, se deberá diferenciar el tipo de gravamen que corresponda a las rentas generales y del ahorro, según proceda. El tipo de gravamen se expresará con dos decimales.

58 El artículo 30 de la LIS prevé, con respecto a la doble imposición internacional que:

1. Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España se deducirá el 50% de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de dichos dividendos o participaciones en beneficios. La base imponible derivada de los dividendos o participaciones en beneficios será el importe íntegro de éstos. Esta deducción será del 100% cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5,5%, siempre que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año.

2. Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen las derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades residentes en territorio español que tributen al tipo general de gravamen o al tipo del 35%, se deducirá de la cuota íntegra el resultado de aplicar el tipo de gravamen al incremento neto de los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieran sido incorporados al capital social, que correspondan a la participación transmitida, generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de dicha participación o al importe de las rentas computadas si éste fuere menor.

Esta deducción se practicará siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que, el porcentaje de participación, directo o indirecto, con anterioridad a la transmisión sea igual o superior al 5%.

b) Que dicho porcentaje se hubiere poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que se transmita la participación.

rendimiento no se entiende obtenido en territorio español⁵⁹ y por consiguiente, no procede la deducción por doble imposición internacional ya que el legislador español considera que no existe un punto de conexión territorial (renta generada en el extranjero por un no residente que opera sin establecimiento permanente en España). Por el contrario, si operan mediante establecimiento permanente, se aplicará la deducción por doble imposición internacional en los mismos términos previstos para las entidades residentes en España que tributan en el impuesto de sociedades (principio de no discriminación en materia tributaria).

Si en lugar de percibir dividendos se obtienen ganancias de capital derivadas de la transmisión de la participación en la ETVE (o en los supuestos de separación del socio o de liquidación de la entidad) también se corregirá la doble imposición internacional y se procederá de la misma manera, esto es, diferenciando el tratamiento entre personas físicas y jurídicas, y entre personas o entidades residentes y no residentes. Según el artículo 118.2 de la LIS cuando el perceptor sea una entidad sujeta al impuesto de sociedades o un establecimiento permanente situado en territorio español, y cumpla con el requisito de participación en la ETVE establecido en el artículo 30.5 de la LIS (tener al menos un 5% de las acciones) podrá aplicar la deducción por doble imposición interna en los términos previstos en dicho artículo⁶⁰ y también podrá aplicar la exen-

59 Vid. MARTIN JIMÉNEZ, A. "Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal", *Revista de Técnica Tributaria*, n. 67, octubre-diciembre 2004.

60 Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España, la deducción a practicar será del 50% de la cuota íntegra derivada de la base imponible que corresponda a los dividendos. Sin embargo se aplicará una deducción del 100%:

- a) En función de una participación significativa, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: i) La participación, directa o indirecta, en la entidad que distribuye el dividendo sea al menos del 5%; y ii) la participación de al menos el 5% debe haberse poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuye.
- b) En función de la entidad que distribuye los dividendos, con independencia del porcentaje de participación y del periodo de tenencia, aplicándose la deducción del 100% respecto de los beneficios percibidos de mutuas de seguros generales, entidades de previsión social, sociedades de garantía recíproca y asociaciones.

ción prevista en el artículo 21 de la LIS en relación a aquella parte de la renta obtenida que se corresponda con diferencias de valor imputables a las participaciones en entidades no residentes (beneficios no distribuidos por la entidad⁶¹). En cambio, si se trata de personas o entidades no residentes en España y que no operan a través de un establecimiento permanente, dichas renta no se entenderá obtenida en territorio español, es decir, no se considera obtenida en España aquella parte (plusvalías latentes) que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas a que se refiere el artículo 21 de la LIS⁶², o con diferencias de valor imputables a las participaciones en entidades no residentes que cumplan los requisitos a que se refiere dicho artículo para la exención de las rentas de fuente extranjera.

En resumen, los dividendos o ganancias de capital generadas por la ETVE se integran en la base imponible de los socios o partícipes pero no se gravan al considerarse como rentas de fuente extranjera exentas de imposición en España, con lo cual se favorece la repatriación de este tipo de rendimientos al tener un coste fiscal equivalente a cero. Además de lo anterior, se les permite practicar la deducción por doble imposición internacional (que puede alcanzar el 100% del impuesto pagado en el extranjero) en relación a los impuestos abonados en el país de la fuente (por ejemplo, en Venezuela) salvo que se trate de personas físicas o jurídi-

61 Vid. VELARDE ARAMAYO, M.S., “*Enajenación de acciones y beneficios no distribuidos en el Impuesto sobre Sociedades*”, op. cit. n° 34.

62 De acuerdo con el artículo 21 LIS, para la exención de rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español, es necesario:

- Que la renta del establecimiento permanente proceda de la realización de actividades empresariales en el extranjero. (Al menos 85% ingresos correspondan a rentas activas).
- Que el establecimiento permanente haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades en los términos del artículo 21 LIS, y que no se halle situado en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

cas no residentes en España y que no operan a través de establecimiento permanente⁶³.

Tratándose de la transmisión de las participaciones en la ETVE y/o en los supuestos de separación del socio o de liquidación de la propia entidad también se permite aplicar la deducción por doble imposición interna en los términos previstos en el artículo 30.5 de la LIS (dividendos y plusvalías de fuente interna)⁶⁴.

También hay que subrayar que el importe de la deducción por doble imposición internacional prevista en el artículo 31 de la LIS –que se aplica en todos los casos anteriores, salvo en el supuesto de personas o entidades no residentes que operan en España sin establecimiento permanente– se cuantifica comparando dos cantidades: el importe del tributo soportado en el extranjero por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades o el importe de la cuota íntegra que correspondería pagar en España si se hubieran obtenido aquí tales rendimientos o ganancias de capital.

Una vez comparadas ambas cantidades, se deberá elegir la mayor de ellas y deducirla de la cuota tributaria teniendo en cuenta las normas comunes previstas en el artículo 44 de la LIS, en especial el límite

63 Vid. SANCHO, C., *Contratación y subcontratación internacional. Estructuras Societarias Internacionales*. IESE Business School, Universidad de Navarra, Ocasional Paper OP-191. Rev. 12/2012.

64 Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen las derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades residentes en territorio español que tributen al tipo general de gravamen o al tipo del 35 %, se deducirá de la cuota íntegra el resultado de aplicar el tipo de gravamen al incremento neto de los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieran sido incorporados al capital social, que correspondan a la participación transmitida, generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de dicha participación o al importe de las rentas computadas si éste fuere menor, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que, el porcentaje de participación, directo o indirecto, con anterioridad a la transmisión sea igual o superior al 5 %.
- b) Que dicho porcentaje se hubiere poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que se transmita la participación.

conjunto (en estos casos, el 35 % de la cuota íntegra minorada por bonificaciones y deducciones por doble imposición interna e internacional) establecido para el conjunto de deducciones a practicar por la entidad. El exceso no constituye gasto deducible, sin embargo, en caso de insuficiencia de la cuota, las cantidades no deducidas se podrán aplicar en las liquidaciones tributarias de la entidad de los próximos quince años.

Por último, la legislación española permite la deducción del coste financiero de la adquisición de la cartera, esto es, los intereses que se pagan para poder comprar las acciones o participaciones de la ETVE (artículo 20 de la LIS)⁶⁵, con el límite del 30 % del beneficio operativo de la entidad. Asimismo, se prevé la posibilidad de dotar una provisión por la depreciación de la cartera de valores, esto es, deducir como gasto una parte de la posible depreciación de las acciones o participaciones que tenga la ETVE en las filiales o subfiliales participadas en los términos del artículo 12.5 de la LIS que establece:

1. Con respecto a la depreciación de valores representativos en fondos propios de entidades que no coticen, que la deducción no podrá exceder de la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio, teniendo en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en el mismo. También se aplicará este criterio a las participaciones en sociedades del grupo o asociadas (aunque coticen). No serán deducibles las dotaciones correspondientes a participaciones en entidades residentes en paraísos fiscales, excepto que consoliden sus cuentas mercantilmente con la entidad que realiza la dotación, ni las referentes a valores representativos del capital social del sujeto pasivo.
2. Con respecto a la depreciación de valores de renta fija admitidos a cotización, con el límite de la depreciación global sufrida en

65 El artículo 20 de la LIS limita la deducción de los gastos financieros netos de la entidad prestataria al 30 % de su beneficio operativo. Son gastos financieros netos los gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios, excluyendo los gastos financieros que no tengan la consideración de partida fiscalmente deducible.

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

el período por el conjunto de valores de renta fija cotizados que posea el sujeto pasivo. No serán deducibles las dotaciones por depreciación de valores que tengan un valor cierto de reembolso que no coticen o que coticen en paraísos fiscales⁶⁶.

III. Conclusiones

El trabajo nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- 1º El régimen tributario especial previsto en el Impuesto sobre Sociedades español para las denominadas “entidades holding” (entidades de tenencia de valores extranjeros), ofrece al inversionista venezolano la posibilidad de disfrutar de un régimen fiscal preferente que se caracteriza porque las personas y entidades no residentes en España se encuentran exentas del pago de los impuestos sobre la renta; en concreto, del pago del impuesto a la renta de no residentes relativo a los dividendos y plusvalías que obtengan de fuente extranjera.
- 2º El Ordenamiento Jurídico venezolano prohíbe, al menos en teoría, las expropiaciones arbitrarias. Pese a ello, en los últimos quince años se han expropiado distintas empresas (muchas de ellas españolas) por razones absolutamente políticas e ideológicas, aunque en muchos casos sí se ha pagado el justiprecio.
- 3º En Venezuela, en la práctica, no existe un trato diferenciado entre el inversionista venezolano y el inversionista extranjero ya que ambos se encuentran expuestos, por igual, a las decisiones arbitrarias del Poder Ejecutivo; sin embargo, éstos últimos tienen la posibilidad de acudir al CIADI y buscar una solución pactada (mucho más rápida) a través de los mecanismos de conciliación, o en su caso, de arbitraje internacional previstos en

66 Vid. BURGÚÉS BASSOLS L., *Las provisiones para riesgos y gastos y para pérdida de valor de los elementos patrimoniales en el Impuesto sobre Sociedades*, http://www.auditors-censors.com/pfw_files/cma/doc/eventos/XV%20FAP/T5_Lluis_Burgues.pdf. (último acceso en fecha 19 de julio de 2014).

el marco de los APRI, entre ellos, el suscrito entre España y Venezuela, aún cuando Venezuela haya denunciado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados el día 24 de enero de 2012 en los términos descritos en este trabajo. Esta circunstancia sí constituye una gran diferencia entre ambos tipos de inversión (doméstica y extranjera) en un país que no se caracteriza por la independencia de sus Tribunales de Justicia.

- 4° Consideramos que la constitución o participación en una ETVE que resida fiscalmente en España constituye una opción atractiva para los empresarios venezolanos que podrían aportar sus participaciones sociales en entidades residentes en Venezuela (Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada) para que su inversión disfrute de mayores garantías ante una eventual expropiación o confiscación, al pasar a considerarse como inversión internacional.
- 5° La participación en una ETVE les serviría para internacionalizar sus operaciones empresariales, especialmente, en otros países de Latinoamérica. Pero sobre todo les permitiría operar desde Europa sin tener que pagar el impuesto a la renta de no residentes español, al tiempo que se beneficiarían de tipos de gravamen más reducidos en Venezuela (país de la fuente) si es que invocan la aplicación del Convenio de doble imposición hispano-venezolano.
- 6° La inversión venezolana accedería al régimen preferente previsto en España para las ETVE sin tener que efectuar grandes desembolsos de dinero dados los límites exigidos por el Ordenamiento español a la hora de constituir, por ejemplo, una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Además disfrutaría del conjunto de garantías previstas por el APRI suscrito entre España y Venezuela, y por consiguiente, ante cualquier conflicto con el Gobierno Venezolano, podría acudir ante el CIADI. En otras palabras, resolvería sus conflictos a través de esquemas

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

de conciliación o arbitraje internacional, mucho más rápidos e imparciales que los que actualmente existen en el país dado el creciente grado de politización de algunos Tribunales de Justicia venezolanos.

IV. Fuentes

1. Bibliográficas

Bibliografía citada

BADELL MADRID, R., *Limitaciones al Derecho de Propiedad*. <http://www.badellgrau.com/?pag=45&ct=1085>. Último acceso en fecha 19 de julio de 2014).

BOVEDA, M., “Los métodos para evitar la doble tributación internacional en Venezuela. Algunos comentarios”. Publicado en *Impuesto sobre la renta e Ilícitos tributarios*, VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Ed. AVDT, Caracas 2002.

BURGUÉS BASSOLS L., *Las provisiones para riesgos y gastos y para pérdida de valor de los elementos patrimoniales en el Impuesto sobre Sociedades*. http://www.auditors-censors.com/pfw_files/cma/doc/eventos/XV%20FAP/T5_Lluis_Burgues.pdf. (Último acceso en fecha 19 de julio de 2014).

CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Guía del Impuesto sobre la renta de no residentes*. CISS grupo Wolters Kluwer España, S.A., 2a edición. Contenido actualizado a marzo de 2007.

FOLSOM, R.H., GORDON, M.W., SPANOGLE, J.A., FITZGERALD, P. and VAN ALSTINE, M.P., *International Business Transactions, A Problem-Oriented Coursebook*, West Academic Publishing (American casebook series), 11th edition, 2011.

- GARCÍA NAVOA, C., “Introducción al Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros en España”, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, Universidad de San Martín de Porres, año 2, número 6, 2008.
- HERRERA MOLINA, P., *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales, documento de trabajo nº 26/03, Madrid, 2003.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 67, octubre-diciembre, 2004.
- RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. y RUBIO GUERRERO, J.J., “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 50, julio-septiembre, 2000.
- SANCHO, C., *Contratación y subcontratación internacional. Estructuras Societarias Internacionales*, IESE Business School, Universidad de Navarra, Ocasional Paper OP-191. Rev. 12/2012.
- VELARDE ARAMAYO, M.S. et alter, *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.
- VELARDE ARAMAYO, M.S., *Enajenación de acciones y beneficios no distribuidos en el Impuesto sobre Sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Manual de Tributación de no Residentes (Impuesto sobre la Renta de no Residentes) Rentas devengadas a partir de 1 de enero de 2011*, Madrid, 2014.

Bibliografía consultada

- ARESPACOCCHAGA, J., *Planificación fiscal internacional*, Madrid. Marcial Pons. 1998.
- BALDWIN C., BRAND R., EPSTEIN D., GORDON M. W., *International Civil Dispute Resolution*, Thomson West, 2004.
- BARRENECHEA, S. y SOTO, L., “Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *Impuestos*, nº.18. 1998.
- CASADO HIDALGO, L. R., *Temas de Hacienda Pública*, Ediciones de la Contraloría, Caracas 1978.
- CUATRECASAS ABOGADOS, *Comentarios al impuesto sobre la renta de las personas físicas y al impuesto sobre la renta de no residentes*, Aranzadi, 2000.
- DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A. “La eliminación de la doble imposición económica de dividendos en la Unión Europea”. *CEF. Revista de Contabilidad y Tributación*, número 206. 2000.
- FALCÓN Y TELLA, R., “La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal “de riesgo””. *Quincena Fiscal*, n.º 22, TEAC, 2009.
- GARCÍA NOVOA, C., “El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros”. *Universidade de Santiago de Compostela. Direito* Vol. 19, número 2 del año 2010.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO TRIBUTARIO, *Teoría del impuesto sobre la renta*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 1995.
- LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Las holding españolas, una opción para las inversiones desde Europa o Asia a Latinoamérica”. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, ULACIT - Costa Rica, Julio de 2011.

LÓPEZ RIBAS, S., “Tributación de tenencia de valores extranjeros español y de sus socios”, *Crónica Tributaria* n° 98, 2001.

MARTÍN JIMENEZ, A. J., “Consideraciones sobre el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros tras la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. 47, n.° 245, 1997.

MARTÍN JIMENEZ, A. J., “Las entidades de tenencia de valores extranjeros como instrumento de planificación fiscal”. *Revista de técnica tributaria*, número 67, octubre - diciembre de 2004.

P&A CONSULTORES – DEPARTAMENTO TRIBUTARIO.
Informe sobre el régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros. Madrid, octubre de 2004.

SANZ GADEA, E., “El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000”. *Tribuna fiscal*, 2001.

SIEIRO CONSTENLA, M.A., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I.,
La competencia fiscal a través de las sociedades holding en un espacio financiero integrado. Universidad de la Coruña.

VOGEL, K., *Double Taxation Conventions*, Ediciones Kluwer, 3° ed., 1997.

Páginas Web

Banco de Venezuela:
http://www.bancodevenezuela.com/?bdv=link_qsomos&cod=171
(último acceso en fecha 14 de junio de 2014).

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI) del Banco Mundial:

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

Consejo Nacional de Promoción de Inversiones de Venezuela:
<http://www.conapri.org/ArticleDetailIV.asp?articleid=308724&CategoryId2=14537ç> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

<http://www.conapri.org/download/Vzla-Espana.pdf> (último acceso en fecha 14 de junio de 2014).

España Exportación e Importación:
<http://www.oficinascomerciales.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4710040> (último acceso en fecha 2 de marzo de 2014).

Grupo Venesuramericana:
<http://venesuramerica.blogspot.com/2013/12/economia-venezuela-2013-y-proyecciones.html> (última entrada 10 de julio de 2014).

Informe 21:
<http://informe21.com/expropiaciones-venezuela> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

Ministerio Público de la República Bolivariana de Venezuela:
http://www.mp.gob.ve/c/document_library/get_file?p_1_id=29946&-folderId=89880&name=DLFE-2111.pdf (Último acceso en fecha 14 de junio de 2014).

Multilateral Investment Guarantee Agency:
http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

Superintendencia de Inversiones Extranjeras de Venezuela:

http://www.sieux.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=145:sieux&catid=44:institucion (último acceso en fecha 16 de julio de 2014).

Uría Menéndez:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1056/documento/07I-llecas.pdf?id=2016> (último acceso en fecha 14 de julio de 2014).

Introducción a la evolución de las garantías procesales en la Historia Constitucional venezolana

Carlos García Soto

Sumario

Introducción.

- I. El inicio del reconocimiento de las garantías procesales: los primeros documentos constitucionales. 1. *Declaración de los derechos del Pueblo de 1811*. 2. *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*.
- II. La primigenia organización del sistema de justicia. 1. *Decreto del Jefe Supremo estableciendo Tribunales de Primera Instancia y una Alta Corte de Justicia de 6 de octubre de 1817*.
- III. La parquedad de la Constitución de 1819 y del Decreto Orgánico del Libertador de 27 de mayo de 1828, por medio del cual asume el Poder Supremo. 1. *Constitución de 1819*. 2. *Decreto Orgánico del Libertador de 27 de mayo de 1828, por medio del cual asume el Poder Supremo*.
- IV. El Decreto de 6 de agosto de 1830, de garantía de los venezolanos para el gobierno provisorio y su influencia en el constitucionalismo posterior. 1. *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio*. 2.

Constitución de 1830. 3. Constitución de 1857. 4. Constitución de 1858.

- V. El Decreto de 16 de agosto de 1863 sobre los derechos individuales y las garantías de los venezolanos y su influencia en el constitucionalismo posterior. 1. *Decreto de 16 de agosto de 1863 sobre los derechos individuales y las garantías de los venezolanos.* 2. *Constitución de 1864.* 3. *Constituciones de 1874, 1881 y 1891.*
- VI. La ampliación del ámbito de las garantías procesales a través de la Constitución de 1893. 1. *Constitución de 1893.* 2. *Constitución de 1901.*
- VI. El retroceso en el ámbito de las garantías procesales en la Constitución de 1904. La recuperación de garantías en la Constitución de 1909 y la evolución del constitucionalismo posterior. 1. *Introducción.* 2. *Constitución de 1904.* 3. *Constitución de 1909.* 4. *Estatuto Constitucional Provisorio de 1914.* 5. *Constitución de 1914.* 6. *Constitución de 1922.* 7. *Constitución de 1925.* 8. *Constituciones de 1928, 1929 y 1931.* 9. *Constitución de 1936.* 10. *Constitución de 1945.* 11. *Decreto N° 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno sobre Garantías de 15 de marzo de 1946.*
- VIII. La convulsión política en 1946 y 1947 y las garantías procesales. 1. *Estatuto Provisional de Garantías de 1946.* 2. *Estatuto Provisional de Garantías de 1947.*
- IX. La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1947.
- X. La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1953.
- XI. La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1961.
- XII. La reordenación y significativa ampliación de las garantías procesales en la Constitución de 1999. 1. *Introducción.* 2. *Las necesarias garantías procesales de rango legal.* 3. *El sistema de justicia.* 4. *Garantías procesales referidas a la libertad personal.* 5. *Otras garantías procesales.*
- Conclusiones.

Introducción

Este trabajo, introductorio, tiene como objeto llamar la atención sobre la evolución de las garantías procesales en la historia constitucional venezolana¹. Así, lo que se ha pretendido estudiar es cuál ha sido la regulación constitucional de las garantías referidas al proceso, en las distintas etapas de la historia del constitucionalismo venezolano.

Puede decirse que la evolución de las garantías procesales en el constitucionalismo venezolano ha sido un proceso de ampliación del ámbito de esas garantías. Ello no significa que el progreso haya sido continuo e ininterrumpido. Por el contrario, en varios momentos de la evolución constitucional se observarán retrocesos. Circunstancias políticas darán lugar a tales retrocesos. Y circunstancias políticas posteriores, distintas, darán lugar a que los espacios para las garantías procesales que se habían perdido, vuelvan a ser recuperados a favor de los ciudadanos.

Reflejo, por ello, de las circunstancias políticas de Venezuela en el alcance que se ha querido dar a las garantías procesales en las Constituciones. Por supuesto, el análisis no contempla el modo como luego han sido aplicadas, o desaplicadas, tales garantías en las situaciones concretas en las cuales debían observarse. Por ello, que en determinada Constitución se reconociera expresamente alguna garantía procesal, no implicaba necesariamente que se observara su cumplimiento por el sistema de justicia.

En todo caso, se ha tratado de agrupar esa evolución en etapas, si bien la importancia y duración de cada etapa tienen contenidos muy desiguales, según la continuidad que se haya observado en el modo como se recogieran tales garantías en una o varias Constituciones, en cada período de tiempo.

1 Las versiones de los documentos constitucionales que se han utilizados son las contenidas en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Tomos I y II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

I. El inicio del reconocimiento de las garantías procesales: los primeros documentos constitucionales

1. *Declaración de los derechos del Pueblo de 1811*

El reconocimiento a nivel constitucional de lo que hoy conocemos como garantías procesales tiene su origen en el primer documento sobre derechos que se preparara en Venezuela, la *Declaración de los derechos del Pueblo de 1811*, dictada el 1 de julio de 1811.

Esta Declaración de derechos tiene una importancia fundamental para el constitucionalismo comparado y venezolano, puesto que constituyó la tercera declaración de derechos del mundo moderno, y la primera dictada en Venezuela y en lo que hoy conocemos como Iberoamérica, redactada por Juan Germán Roscio.

En el capítulo sobre “Derechos del Hombre en Sociedad”, se señalará en el artículo 11 el principio de tipicidad de los delitos y de las penas:

“Ninguno debe ser acusado, preso, ni detenido, sino en los casos determinados por la ley”.

Por otra parte, en el artículo 15 se advierte la garantía de la presunción de inocencia:

“Todo ciudadano deberá ser tenido por inocente mientras no se le declare culpable. Si se cree indispensable asegurar su persona, todo rigor que no sea necesario para ello debe ser reprimido por la ley”.

Por su parte, en el artículo 16 se reconocerán varias garantías procesales, a saber: (i) la garantía del derecho a la defensa; (ii) la garantía de la legalidad, y (iii) la garantía de la irretroactividad de la Ley penal:

“Ninguno debe ser juzgado ni castigado, sino después de haber sido oído legalmente, y en virtud de una ley promulgada anterior al

delito. La ley que castigue delitos cometidos antes que ella exista será tiránica. El efecto retroactivo dado a la ley es un crimen”.

Por su parte, el artículo 17 alertará sobre la debida proporcionalidad de las penas, al señalar que

“La ley no debe decretar sino penas muy necesaria, y éstas deben ser proporcionadas al delito y útiles a la sociedad”.

El derecho a la inviolabilidad de la casa será previsto en el artículo 24:

“La casa de todo ciudadano es un asilo inviolable. Ninguno tiene derecho de entrar en ella, sino en los casos de incendio, inundación o reclamación, que provengan de la misma casa o para los objetos de procedimiento criminal en los casos, y con los requisitos determinados por la ley, y bajo la responsabilidad de las autoridades constituidas que hubieren expedido el decreto. Las visitas domiciliarias, exenciones civiles, sólo podrán hacerse durante el día, en virtud de la ley y con respecto a la persona y objeto expresamente indicados en el acta que ordena la visita y ejecución”.

2. *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*

Conceptualmente vinculada a la *Declaración de los derechos del Pueblo de 1811*, la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*, de 21 de diciembre de ese año, implicará un avance muy significativo en el alcance de las garantías procesales con respecto a la *Declaración de los derechos del Pueblo de 1811*, que había sido dictada unos meses atrás. En efecto, como se verá, al alcance de las fórmulas a través de las cuales se reconocen las garantías procesales es desarrollado en la *Constitución*, con respecto al previsto en la *Declaración*.

Así, en el artículo 158 se advertirá sobre el principio de tipicidad, con una redacción más detallada que la de la *Declaración*, junto con la declaración de la responsabilidad de quienes promovieren “órdenes y actos arbitrarios”:

“Tampoco podrán los ciudadanos ser reconvenidos en juicio, acusados, presos ni detenidos sino en los casos y en las formas determinadas por la ley, y el que provocare, solicitar, expediere, suscribiere, ejecutar o hiciera ejecutar órdenes y actos arbitrarios deberá ser castigado, pero todo ciudadano que fuese llamado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer al instante, pues se hace culpable por la resistencia”.

Por su parte, el artículo 159 reconocerá la garantía de la presunción de inocencia en estos términos, también con una fórmula mejorada a la de la *Declaración*:

“Todo hombre debe presumirse inocente hasta que no haya sido declarado culpable con arreglo a las leyes, y si entre tanto se juzga indispensable asegurar su persona, cualquier rigor que no sea para esto sumamente necesario debe ser reprimido”.

Pero el artículo 160 va a ser muy preciso con respecto al ámbito de la garantía del debido proceso en la materia penal y en cuanto a la garantía a no declarar contra sí mismo, con un detalle en la redacción significativo:

“Ninguno podrá ser juzgado ni condenado al sufrimiento de alguna pena en materias criminales sino después que haya sido oído legalmente. Toda persona en semejantes casos tendrá derecho para pedir el motivo de la acusación intentada contra ella y conocer de su naturaleza para ser confrontada con sus acusadores y testigos contrarios para producir otros en su favor y cuantas pruebas puedan serle favorables dentro de términos regulares por sí, por su poder o por defensor de su elección, y ninguna será compelida, ni forzada en ninguna causa a dar testimonio contra sí misma, como tampoco los ascendientes y descendientes, ni los colaterales, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.

Se trataba de un momento en el que se estaba muy al tanto de lo que pudiera ocurrir en el resto del mundo, dado el momento fundacional que

se vivía en ese año 1811. Por ello, el artículo 161 advertirá la necesidad de dictar legislación procesal como la que “se aplica en otras naciones”:

“El Congreso, con la brevedad posible, establecerá por una ley detalladamente el juicio por jurados para los casos criminales y civiles a que comúnmente se aplica en otras naciones con todas las formas propias de este procedimiento, y hará entonces las declaraciones que aquí correspondan a favor de la libertad y seguridad personal para que sean parte de ésta y se observen en todo el Estado”.

El artículo 162 protegerá otras manifestaciones de la garantía del debido proceso, al exigir con respecto a la inviolabilidad de la persona, la casa y sus bienes, también con un alcance mayor al de la *Declaración*:

“Toda persona tiene derecho a estar segura de que no sufrirá pesquisa alguna, registro, averiguación, capturas o embargos irregulares e indebidos de su persona, su casa y sus bienes, y cualquier orden de los Magistrados para registrar lugares sospechosos sin probabilidad de algún hecho grave que lo exija, ni expresa designación de los referidos lugares, o para apoderarse de alguna o algunas personas y de sus propiedades, sin nombrarlas ni indicar los motivos del procedimiento, ni que haya precedido testimonio o deposición jurada de personas creíbles, será contraria a aquel derecho, peligrosa a la libertad y no deberá expedirse”.

Pero el artículo 163 hará referencia expresa a la inviolabilidad de la casa, junto con otras garantías procesales:

“La casa de todo ciudadano es un asilo inviolable. Ninguno tiene derecho a entrar en ella sino en los casos de incendio, inundación o reclamación que provenga del interior de la misma casa, o cuando lo exija algún Procedimiento criminal conforme a las leyes bajo la responsabilidad de las autoridades constituidas que expidieron los decretos; las vistas domiciliarias y ejecuciones civiles sólo podrán hacerse de día, en virtud de la ley, y con respecto a la persona y objetos

expresamente indicados en el acta que ordenare la visita o la ejecución”.

El artículo 164, por su parte, va a precisar la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia, garantía que no estaba prevista en la *Declaración*:

“Cuando se acordaren por la pública autoridad semejantes actos, se limitarán estos a la persona y objetos expresamente indicados en el decreto en que se ordena la visita y ejecución, el cual no podrá extenderse al registro y examen de los papeles particulares, pues éstos deben mirarse como inviolables; igualmente que las correspondencias epistolares de todos los ciudadanos que no podrán ser interceptadas por ninguna autoridad ni tales documentos probarán nada en juicio, sino que se exhiban por la persona a quien se hubiesen dirigido por su autor y nunca por otra tercera, ni por el reprobado medio de la interceptación. Se exceptúan los delitos de alta traición contra el Estado, el de falsedad y demás que se cometen y ejecutan precisamente por escritura, en cuyos casos se procederá al registro, examen y aprehensión de tales documentos con arreglo a lo dispuesto por las leyes”.

El artículo 168 va a referirse a la necesidad de que las personas cuenten con un medio procesal “pronto y seguro”:

“La libertad de reclamar cada ciudadano sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos, en ningún caso podrá impedirse ni limitarse. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación”.

La garantía de la irretroactividad de la Ley, por su parte, será reconocida en el artículo 170:

“Ninguna ley criminal ni civil podrá tener efecto retroactivo, y cualquiera que se haga para juzgar o castigar acciones cometidas antes

que ella exista será tenida por injusta, opresiva e inconforme con los principios fundamentales de un Gobierno libre”.

La proporcionalidad de las penas será un aspecto al que se referirá el artículo 171 en estos términos:

“Nunca se exigirán cauciones excesivas, ni se impondrán penas pecuniarias desproporcionadas con los delitos, ni se condenarán a los hombres a castigos crueles, ridículos y desusados. Las leyes sanguinarias deben disminuirse, como que su frecuente aplicación es inconducente a la salud del Estado y no menos injusta que impolítica, siendo el verdadero designio de los castigos corregir y no exterminar el género humano”.

A su vez, el artículo 172 advertirá que

“Todo tratamiento que agrave la pena determinada por la ley es un delito”.

Para finalizar, el artículo 174 señalará con respecto a la posibilidad de dar fianza:

“Toda persona que fuere legalmente detenida o presa deberá ponerse en libertad luego que dé caución o fianza suficiente, excepto en los casos en que haya pruebas evidentes o grande presunción de delitos capitales. Si la prisión proviene de deudas y no hubiere evidencia o vehemente presunción de fraude, tampoco deberá permanecer en ella, luego que sus bienes se hayan puesto a la disposición de sus respectivos acreedores”.

II. La primigenia organización del sistema de justicia

1. *Decreto del Jefe Supremo estableciendo Tribunales de Primera Instancia y una Alta Corte de Justicia de 6 de octubre de 1817*

Pasados algunos años, Simón Bolívar dictará un importante *Decreto del Jefe Supremo estableciendo Tribunales de Primera Instancia y una Alta Corte de Justicia de 6 de octubre de 1817*². Se trata de una medida dirigida a organizar un incipiente sistema de justicia, en el cual además se respeten unas garantías procesales mínimas. Como justificación del Decreto, en el encabezado advertirá Bolívar:

“Siendo de primera necesidad el arreglo y organización de Tribunales que administren justicia a las Provincias libres de la República, y deseando dar a estos Tribunales la libertad e independencia que exige la justa división de los poderes, he tenido a bien decretar, y decreto lo siguiente:”

El juez de primera instancia será el “Gobernador Político”, y en el artículo 1 se señalan sus competencias:

“Habrá en cada capital de Provincia un Gobernador Político, que oiga y decida en primera instancia las acusaciones, quejas, denuncias, acciones y demás, por escrito, que ocurran en la Provincia, así civiles como criminales”³.

El artículo 3 exige que las sentencias sean ajustadas a Derecho:

“En las causas civiles las sentencias pronunciadas por el Gobernador Político serán ejecutadas conforme a las leyes”.

-
- 2 Este Decreto respondía a lo establecido en el artículo 110 de la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*, conforme al cual “El Poder Judicial de la Confederación estará depositado en una Corte Suprema de Justicia, residente en la ciudad federal, y los demás Tribunales subalternos y Juzgados inferiores que el Congreso estableciere temporalmente en el territorio de la Unión”.
 - 3 Por su parte, en el artículo 1 del Decreto sobre atribuciones de los Gobernadores de 1818 dictado por Simón Bolívar, se advertirá que “Los gobernadores políticos de provincia no ejercerán otras funciones que las del Tribunal de primera instancia conforme al Decreto de 6 de octubre de 1817”.

El derecho al recurso de apelación, garantía de la doble instancia, por su parte, será reconocido por el artículo 5:

“Así en las causas civiles como criminales, podrá la parte que se crea agraviada por la sentencia del Gobernador Político apelar al Tribunal de la Alta Corte de la República”.

Los efectos de la apelación en las causas criminales son señalados en el artículo 7:

“Toda apelación propuesta por un reo de causa criminal, condenado a sufrir pena aflictiva o infamatoria por el Gobernador Político, será admitida y oída en ambos efectos”.

De tal manera, en el Decreto se van a regular específicamente garantías procesales en el ámbito de las denominadas “causas civiles”, pero también para las “causas criminales”, como una precisión que se consideraba necesaria, a partir la regulación constitucional de las garantías procesales previstas en la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*.

III. La parquedad de la Constitución de 1819 y del Decreto Orgánico del Libertador de 27 de mayo de 1828, por medio del cual asume el Poder Supremo

1. Constitución de 1819

La regulación de las normas procesales será mucho más parca en la *Constitución de 1819*, con respecto a la detallada regulación de la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*, lo cual implicaba un temprano retroceso en la evolución constitucional sobre las garantías procesales.

El principio de legalidad será reconocido en el artículo 8 del modo siguiente:

“Ninguno puede ser acusado, preso ni detenido sino en los casos que la ley haya determinado y según las formas que haya prescrito. Todo acto ejercido contra un hombre fuera de los casos y formas de la ley es un acto arbitrario, opresivo y tiránico, y cualquiera que lo haya solicitado, expedido, firmado, ejecutado o hecho expedir, firmar o ejecutar es culpable y debe ser castigado conforme a la ley”.

Por su parte, el artículo 9 reconoce el derecho a la presunción de inocencia, y reconociendo también la debida proporcionalidad en la detención:

“Todo hombre se presume inocente hasta que se le declare culpado. Si antes de esta declaratoria se juzga necesario prenderlo o arrestarlo, la ley prohíbe que se emplee ningún rigor que no sea muy indispensable para asegurarse de su persona”.

La garantía de la tipicidad, será reconocida por el artículo 10:

“Ninguno puede ser juzgado, y mucho menos sentenciado y castigado, sino en virtud de una ley anterior a su delito o acción después de haber sido oído o citado legalmente”.

La inviolabilidad de la casa será recocida en los mismos términos de los artículos 24 de la *Declaración de los derechos del Pueblo de 1811* y 163 de la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*.

2. *Decreto Orgánico del Libertador de 27 de mayo de 1828, por medio del cual asume el Poder Supremo*

En este Decreto sólo una norma se dedicará a la regulación de garantías procesales, de modo muy parco:

“La libertad individual será igualmente garantizada, y ninguno será preso por delitos comunes sino en los casos determinados por las leyes, previa información sumaria del hecho, y orden escrita de la autoridad competente. Mas no se exigirán estos requisitos para los arrestos que ordene la policía

como pena correccional, ni para los que la seguridad pública haga necesario en casos de delitos de Estado”.

IV. El Decreto de 6 de agosto de 1830, de garantía de los venezolanos para el gobierno provisorio y su influencia en el constitucionalismo posterior

1. Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio

La norma estaba dirigida a reconocer diversas garantías a los venezolanos. La regulación de las diversas garantías procesales será diversa y completa, incluyendo incluso nuevas garantías a favor de los venezolanos.

Para el constitucionalismo posterior, como se verá, este *Decreto* resultaría muy importante, puesto que su influencia directa alcanzará hasta la Constitución de 1958.

El artículo 3 reconocerá el derecho a un “remedio pronto y seguro”, como ya se había reconocido en el artículo 168 de la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*:

“La libertad que tienen los venezolanos de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debido, en ningún tiempo será impedida ni limitada. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación”.

El derecho a acudir a árbitros será previsto en el artículo 4, como una importante novedad:

“Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver a él, con

tal que observen las formalidades legales y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley”.

Las reglas sobre el allanamiento serán las previstas en los artículos 5 y 6, si bien con una redacción menos detallada que la prevista en la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*:

En efecto, conforme al artículo 5:

“Toda casa de venezolano es un asilo inviolable, Ella, por tanto, no podrá ser allanada sino en los precisos casos y con los requisitos prevenidos por la Ley de 3 de agosto de 1824”.

Por su parte, de acuerdo al artículo 6:

“Es también inviolable el secreto de los papeles particulares, así como de las cartas: ellas no podrán ser leídas, ni abiertas, sino por autoridad competente en los casos de la Ley de 3 de agosto del mismo año”.

El derecho al juez natural será reconocido por el artículo 9:

“Ningún venezolano puede ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisiones especiales o tribunales extraordinarios”.

Mientras que el principio de la tipicidad y la garantía a ser oído se reconocían en el artículo 10:

“Ningún venezolano podrá ser juzgado, y mucho menos castigado, sino en virtud de Ley anterior o acción y después de haberse citado, oído y convencido legalmente”.

La garantía de no confesión contra sí mismo se reconocería en el artículo 11:

“Ningún venezolano será obligado a dar testimonio con juramento contra sí mismo en causa criminal, ni tampoco lo serán recíproca-

mente entre sí los ascendientes y descendientes, y los parientes hasta el cuarto grado civil por consanguinidad y segundo de afinidad, ni los cónyuges”.

Por su parte, conforme al artículo 12, relativo a la flagrancia:

“Nadie puede ser preso ni arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea hallado en flagrante delito, en cuyo caso cualesquiera puede arrestarle para conducirlo a presencia del juez”.

En cuanto a la debida explicación de los cargos penales, advertirá el artículo 13:

“En negocios criminales ninguno puede ser preso ni arrestado sin que preceda información sumaria de haberse cometido un hecho que merezca pena corporal, y fundados indicios de haberlo cometido la persona que se prende o arresta, la que deberá ser puesta en libertad bajo fianza en cualquier estado de la causa en que se vea que no puede imponerse dicha pena”.

En cuanto a la orden de detención o arresto, el artículo 14 se cuida de advertir que

“Para la detención o arresto, debe expedirse precisamente una orden firmada por la autoridad competente en que se exprese el motivo, y se dará copia de ella al arrestado; sin esta orden, que se expedirá en el acto, ningún carcelero recibirá la persona en arresto: dentro de cuarenta y ocho horas se expedirá la orden de prisión con arreglo al artículo anterior”.

Y el artículo 15 recalcará:

“La detención arbitraria será castigada conforme a la ley. El culpable indemnizará al agraviado los perjuicios que le ocasionare”.

Por ello, según el artículo 16:

“Preso un venezolano, acto continuo, si fuere posible, se le recibirá su declaración con cargo, no difiriéndose ésta por más tiempo que el de tres días”.

Adicionalmente, de acuerdo al artículo 17:

“El carcelero o alcalde no podrá prohibir al preso la comunicación, sino en el caso de que la orden de prisión contenga la cláusula de incomunicación. Esta no puede durar más de tres días, y nunca usará de otras prisiones o seguridades que las que expresamente le haya prevenido el juez por escrito”.

Para reforzar el contenido de estas garantías, el artículo 18 establece la sanción para los funcionarios que las incumplan:

“Son culpables y están sujetos a las penas de detención arbitraria:

- 1.° Los que sin poder legal arrestan, hacen o mandan arrestar a cualquiera persona.*
- 2.° Los que con dicho poder abusan de él arrestando o mandando arrestar o continuando en arresto cualquier persona fuera de los casos determinados por la ley, o contra las fórmulas que haya prescrito, o en lugares que no estén públicamente conocidos por cárceles.*
- 3.° Los alcaldes o carceleros que contravengan a lo dispuesto en los artículos 14, 16 y 17”.*

Por su parte, el artículo 19 establecerá que

“La infamia que afecta algunos delitos nunca será trascendental a la familia o descendientes del delincuente”.

La prohibición de la pena cruel será señalada en el artículo 20:

“Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel. El código criminal limitará en cuanto sea posible la imposición de la pena capital”.

Por su parte, la prohibición de la tortura es reconocida por el artículo 21:

“No se usará jamás del tormento, y todo tratamiento que agrave la pena determinada por la ley es un delito”.

Finalmente, el artículo 33 advertirá que

“Ningún venezolano deberá sujetarse a las leyes militares, ni sufrir castigo prevenido en ellas, excepto los que estuvieren en riguroso servicio en el Ejército permanente y Marina, y los de las milicias que se hallaren en actual servicio, esto es, que estén acuartelados y sean pagados por el Estado”.

Como puede observarse, la amplitud de las garantías procesales prevista en el *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio*, resultaría particularmente notable, detallado y riguroso, estableciendo nuevas garantías procesales para favorecer la protección de los venezolanos. Como se verá de inmediato, la influencia del *Decreto* sería marcada en la evolución posterior.

2. Constitución de 1830

La impronta del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio* es manifiesta en la *Constitución de 1830*. Esta Constitución va a repetir literalmente en sus artículos 189, 190, 191, 192, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206 y 207, el contenido de los artículos 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de ese *Decreto*.

3. *Constitución de 1857*

Los artículos 100, 102 y 103 de la *Constitución de 1857* reiterarán las fórmulas de los artículos 4, 10 y 11 del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio*. En general, la regulación de la Constitución de 1857 será sensiblemente menos detallada que la del *Decreto* y, en consecuencia, que la de la *Constitución de 1830*.

El artículo 104 establecerá la exigencia de que la privación de la libertad sólo se realice en los casos previstos en la Ley y con las respectivas formalidades:

“Ninguno podrá ser privado de su libertad sino en los casos previstos por la ley y con las formalidades que ella prescribe”.

Por su parte, el artículo 106 de la Constitución advierte que

“Todo juicio será público, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario”.

La posibilidad de acudir a la figura de la fianza en materia penal se reconocerá en el artículo 107:

“En causa criminal, después que se haya tomado declaración con cargo al reo, si de autos no resultare méritos para poder imponer pena corporal, será puesto en libertad bajo fianza siempre que así lo pida el enjuiciado o su defensor”.

Por su parte, el artículo 109 prohíbe el tormento y las penas crueles e infamantes:

“Se prohíbe el tormento, la confiscación de bienes y toda pena cruel e infamante”.

La inviolabilidad de la correspondencia se garantiza en el artículo 112:

“Las cartas y toda correspondencia son inviolables. El apoderamiento de papeles se verificará en los casos y con las formalidades que la ley determine”.

Con la misma fórmula del artículo 9 del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio* se reconocerá en el artículo 118 el derecho al juez natural.

Con una fórmula parecida a la del artículo 15 del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio* se reconocerá en el artículo 121 el derecho a obtener indemnización por parte del responsable de una detención arbitraria.

Con la misma fórmula del artículo 133 *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio* se reconocerá el derecho de los venezolanos a no sujetarse a las leyes militares.

4. *Constitución de 1858*

La redacción de las fórmulas sobre las garantías procesales será reordenada en la *Constitución de 1958*, quizá, con el objeto de simplificarlas, pero siempre tomando parte de lo que hasta ese momento se había venido recogiendo en los documentos constitucionales.

Así, en el artículo 18 se señalará que todos tienen derecho a ser juzgados por sus jueces naturales, con esta fórmula:

“Ninguno podrá ser distraído de sus jueces naturales ni sometido a comisiones o tribunales extraordinarios ni juzgado, sino por las leyes anteriores a su delito o acción, ni sentenciado sino después de haber sido oído y convencido legalmente”.

Por su parte, el artículo 19 regulará en la misma norma la necesidad de que las detenciones sean producto de una orden firmada por autoridad competente, y también la flagrancia:

“Ningún venezolano podrá ser preso, arrestado o detenido sino en virtud de orden firmada por autoridad competente en que se exprese el motivo y de la cual se dará copia al arrestado, a menos que sea encontrado en flagrante delito, pues en este caso cualquier puede aprehenderlo para conducirlo inmediatamente a presencia del juez”.

Por ello, el artículo 22 advierte que

“El carcelero o alcalde no podrá recibir a ninguna persona en arresto sin la orden a que se refiere el artículo 19, ni prohibirle la comunicación sino por mandato escrito del juez, quien en ningún caso podrá extenderlo a más de tres días”.

Por su parte, el artículo 20 reiterará la fórmula del artículo 13 del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio*, con respecto a la necesidad de que sea informado previamente el acusado al cual se le infligirá pena corporal, así como la regulación de la correspondiente fianza.

En cuanto a la debida formulación de cargos, el artículo 21 advertirá que

“A todo individuo preso por causa criminal deberán hacersele, dentro de los tres días siguientes a su prisión, los cargos que le resulten del sumario que la motivó, para que impuesto de ellos, pueda contestarlos y defenderse”.

Algunas irregularidades debían estarse presentando en cuanto al sitio de reclusión al cual se sometían los condenados, puesto que el artículo 23 advierte la necesidad de que el sitio de reclusión que use el “carcelero” sea el mismo que haya determinado el juez, en términos parecidos

a los del artículo 17 del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio*:

“El carcelero o alcalde no podrá usar de otras prisiones que de las que expresamente le haya prevenido por escrito el juez, el cual no podrá ordenar que se empleen sino las que sean absolutamente necesarias para evitar la fuga o cualquier desorden en la prisión”.

Con una fórmula parecida a la del artículo 11 del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio*, en el artículo 24 se garantizará que nadie pueda ser obligado a dar testimonio contra sí mismo.

Finalmente, el artículo 25 va a reconocer el derecho a la inviolabilidad del hogar y la correspondencia en términos muy similares a los del artículo 6 del *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio*.

V. El Decreto de 16 de agosto de 1863 sobre los derechos individuales y las garantías de los venezolanos y su influencia en el constitucionalismo posterior

1. *Decreto de 16 de agosto de 1863 sobre los derechos individuales y las garantías de los venezolanos*

Este Decreto vendrá a recoger muy someramente las que para el momento se consideraron las garantías más importantes de ser protegidas.

Así, en el artículo 1.3 se reconocerá la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico:

“La inviolabilidad del hogar doméstico: Sólo para evitar la perpetración de un delito y en la forma legal, podrá ser allanado”.

Por su parte, la inviolabilidad de la correspondencia se reconocerá en el artículo 1.4:

“El secreto de los papeles y correspondencia: Si aconteciere la violación la autoridad, funcionario o particular en cuyo poder se encuentren, se presumirá por el mismo hecho culpable de este delito”.

Luego, en el artículo 1.14 se reconocerán diversas garantías en el marco de la “seguridad individual”, todas de contenido procesal:

“1.° Ninguno podrá ser juzgado sino por leyes preexistentes, y nunca por comisiones especiales, sino por sus Jueces territoriales o los del lugar donde se cometa el delito.

2.° Ni ser preso por deuda que no provenga de delito o fraude.

3.° Ni preso o arrestado sino por autoridad competente, en los lugares conocidos por cárceles, y con la previa información escrita de haberse cometido un delito que merezca pena corporal y fundados indicios de ser el autor; debiendo previamente expedírsele boleta con expresión del motivo. Toda persona es hábil para arrestar y conducir en el acto a la presencia del Juez al encontrar en fragante delito.

4.° Ni privado de comunicación por ningún pretexto.

5.° Ni continuar por más tiempo en la cárcel después de destruidos los cargos.

6.° Ni imponerle otra prisión a más de la privación de la libertad, no pudiendo negársele aquellas comodidades que sean compatibles con su seguridad.

7.° Ni sentenciado antes de haber sido citado, oído y convencido. En estos juicios nadie está obligado a dar testimonio contra sí, sus

parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad ni su cónyuge.

8.° Ni ser extrañado de su suelo natal. Quedan por tanto abolidos la confinación y el destierro”.

2. Constitución de 1864

Con una parquedad similar a la del *Decreto de 16 de agosto de 1863 sobre los derechos individuales y las garantías de los venezolanos*, la *Constitución de 1864* utiliza fórmulas concisas para el reconocimiento de las garantías procesales en su artículo 14, que es presidido por esta fórmula: “La Nación garantiza a los venezolanos:”

Así, en el artículo 14.3 se advertirá que

“La inviolabilidad y secreto de la correspondencia y demás papeles”.

Mientras que el numeral 4.° señala que

“El hogar doméstico que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito, con arreglo a la ley”.

Por su parte, el artículo 14.14 reconoce el resto de las garantías procesales:

“14. La seguridad individual y, por ella: 1.°, ningún venezolano podrá ser preso, ni arrestado en apremio por deudas que no provengan de fraude o delito; 2.°, ni ser obligado a recibir militares en su casa en clase de alojados o acuartelados; 3.°, ni ser juzgado por tribunales o comisiones especiales, sino por sus jueces naturales y en virtud de leyes dictadas antes del delito o acción que deba juzgarse; 4.°, ni ser preso ni arrestado sin que preceda información sumaria de haber cometido un delito que merezca pena corporal, y orden escrita del funcionario que decreta la prisión, con expresión del motivo que la causa, a menos que sea cometido in fraganti; 5.°, ni ser incomuni-

cado por ninguna razón ni pretexto; 6.°, ni ser obligado a prestar juramento, ni a sufrir interrogatorios en causas criminales, contra sí mismo o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o el cónyuge; 7.°, ni continuar en prisión si se destruyen los fundamentos que la motivaron; 8.°, ni ser condenado a sufrir ninguna pena en materia criminal, sino después que haya sido oído legalmente; 9.°, ni ser condenado a pena corporal por más de diez años; 10.°, ni continuar privado de su libertad por motivos políticos, restablecido que sea el orden”.

3. *Constituciones de 1874, 1881 y 1891*

Las *Constituciones* de 1874, 1881 y 1891 van a reiterar en los mismos términos las fórmulas sobre las garantías procesales de la *Constitución de 1864*.

VI. La ampliación del ámbito de las garantías procesales a través de la Constitución de 1893

1. *Constitución de 1893*

La *Constitución de 1893* va ampliar el alcance de las fórmulas que venían usando desde la *Constitución de 1864* sobre las garantías procesales. Concretamente, a través de esta Constitución (i) se amplía el alcance de la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia; (ii) se amplía el alcance de la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico; (iii) se amplían las garantías procesales en caso de detención judicial; (iv) se establecen garantías procesales para el juzgamiento de “causas políticas”; (v) se reconoce por vez primera la garantía del *non bis in idem*, y (vi) se establece expresamente una garantía procesal frente a las denominadas penas infamantes.

Por ello, puede considerarse que la *Constitución de 1893* marca un hito importante en la evolución constitucional de las garantías procesales, en la medida en la que implicó no sólo la ampliación del alcance de garantías ya previstas en la evolución constitucional para ese momento,

sino que incluirá nuevas garantías procesales a favor de los ciudadanos, muy señaladamente la garantía del *non bis in idem*.

Así, cuando en el artículo 14.3 establece la garantía de la correspondencia, señala:

“La inviolabilidad de la correspondencia y demás papeles particulares, que no podrán ser ocupados sino por disposición de la autoridad judicial competente y con las formalidades que establezcan las leyes, pero guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado”.

Por su parte, el artículo 14.4 reconoce la inviolabilidad del hogar doméstico:

“La inviolabilidad del hogar doméstico, que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito; y esto mismo ha de ser ejecutado conforme a la ley”.

Por su parte, en el artículo 14.14.4., al señalarse, en los mismos términos de esa norma en las Constituciones anteriores, que ningún venezolano podrá “ser preso o arrestado sin que preceda información sumaria de haber cometido delito que merezca pena corporal, y orden escrita del funcionario que decreta la prisión, con expresión del motivo que la cause, a menos que sea cogido in fraganti”, se agregará que “no pudiendo, fuera de este caso, ordenarse la prisión sino por autoridad judicial, ni los arrestos por la Policía pasar de tres días, después de los cuales el arrestado debe ser puesto en libertad o entregado al Juez competente”.

En el artículo 14.14.10, se replantea el alcance de la garantía prevista en esa norma en las Constituciones anteriores, y ahora ningún venezolano podrá “ser privado de su libertad por causas políticas, sin previa información sumaria, de la cual resulte comprometido en perturbaciones del orden público y sirviendo de obstáculo a su restablecimiento. En tales casos no podrá ser confundido en la misma prisión con los reos de delitos comunes, ni seguir preso una vez restablecido el orden”.

De tal manera, se establece así una garantía procesal concreta para aquellos supuestos en los cuales se quisiese juzgar a un venezolano por “causas políticas”.

Por su parte, el artículo 14.14.11. agrega por primera vez en un texto constitucional, como se señaló, la garantía del *non bis in idem*, conforme a la cual ningún venezolano puede “ser juzgado segunda vez por el mismo hecho, ni sometido a sufrir ninguna especie de tormentos”.

Finalmente, el artículo 14.14.12 agregará otra garantía, sobre las penas infamantes, para señalar que “queda abolida toda pena infamante, cualquier que sea la ley que la establezca”.

2. *Constitución de 1901*

La *Constitución de 1901* reiterará en sus artículos 17.3 y 17.4 las fórmulas de los artículos 14.3 y 14.4 de la *Constitución de 1893*, sobre la inviolabilidad de la correspondencia y demás papeles particulares y la inviolabilidad del hogar doméstico.

Por su parte, en el artículo 17.14.11. se llevará la prohibición de penas corporales de diez a quince años.

La garantía de no ser sometido a penas infamantes que estaba prevista en el artículo 14.14.1.12 de la *Constitución de 1893* será eliminada en la *Constitución de 1901*.

VII. El retroceso en el ámbito de las garantías procesales en la Constitución de 1904. La recuperación de garantías en la Constitución de 1909 y la evolución del constitucionalismo posterior

1. *Introducción*

La *Constitución de 1904* y la *Constitución de 1909* tendrán una influencia determinante en la evolución constitucional, al menos hasta

el Decreto N° 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno sobre Garantías de 15 de marzo de 1946. Como se verá, la *Constitución de 1904* va a restringir el ámbito de las garantías procesales, para que luego a través de la *Constitución de 1909* se recuperen dos de las garantías que habían sido dejadas de lado por la *Constitución de 1904*.

2. *Constitución de 1904*

La *Constitución de 1904* reiterará, en general, las garantías previstas en la *Constitución de 1901*.

Sin embargo, eliminará tres garantías previstas en esa *Constitución de 1901*, a saber: (i) la garantía no ser obligado a recibir militares en su casa en calidad de alojados o acuartelados (artículo 17.14.1. de la *Constitución de 1901*); (ii) la garantía a no ser privado de su libertad por causas políticas (artículo 17.14.9. de la *Constitución de 1901*), y (iii) la garantía de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, o *non bis in idem*.

Esas restricciones a las garantías procesales que ya formaban parte del ordenamiento constitucional venezolano, sería un reflejo del momento político de control sobre la disidencia que se vivía en el país.

3. *Constitución de 1909*

La *Constitución de 1909* va a reiterar las garantías previstas en la *Constitución de 1904*.

Sin embargo, va a establecer de nuevo dos garantías que habían quedado de lado en la *Constitución de 1904*, como lo son las de (i) *non bis in idem* y (ii) de prohibición de penas infamantes, quizá como una manifestación del relativo cambio político que había operado en el país, al asumir la presidencia el General Juan Vicente Gómez. En efecto, conforme al artículo 23.14.9, se garantiza a los venezolanos:

“Ni ser juzgado por segunda vez por el mismo delito, quedando además abolida toda pena infamante, como las conocidas con los nom-

bres de grillos, cepos, esposas, etc., cualquiera que sea la ley que las establezca”.

4. *Estatuto Constitucional Provisorio de 1914*

El *Estatuto Constitucional Provisorio de 1914*, va a reiterar las fórmulas que recogen las garantías de la *Constitución de 1909*.

5. *Constitución de 1914*

Por su parte, la *Constitución de 1914* reiterará las fórmulas del *Estatuto Constitucional Provisorio de 1914*, si bien en el 22.14.8 aumentará la prohibición de condenas a penas de prisión de quince a veinte años.

6. *Constitución de 1922*

La *Constitución de 1922* repite la redacción de las garantías establecidas en la *Constitución de 1914*.

7. *Constitución de 1925*

La *Constitución de 1925* reitera con ligeras variaciones de redacción la redacción de las garantías establecidas en las *Constituciones* de 1914 y 1922.

8. *Constituciones de 1928, 1929 y 1931*

Las *Constituciones* de 1928, 1929 y 1931 reiteran la redacción de las garantías establecidas en la *Constitución de 1925*.

9. *Constitución de 1936*

La *Constitución de 1936* va a reiterar la redacción de las garantías establecidas en las *Constituciones* de 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931.

Sin embargo, visto el cambio político que se quería impulsar a partir de la muerte de Juan Vicente Gómez, se va a recuperar una garantía que se había previsto en la *Constitución de 1893*, y que fue eliminada en la *Constitución de 1904*, según se vio. Así, conforme al artículo 32.17.j), de nuevo se establece la garantía según la cual ningún venezolano podrá “continuar privado de la libertad por motivos políticos, restablecido que sea el orden, a menos que se trate del cumplimiento de una pena ya impuesta”.

10. *Constitución de 1945*

Por su parte, la *Constitución de 1945* va a reiterar las fórmulas previstas en la *Constitución de 1936*.

11. *Decreto N° 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno sobre Garantías de 15 de marzo de 1946*

El *Decreto N° 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno sobre Garantías de 15 de marzo de 1946* reiteró lo dispuesto por la *Constitución de 1936* y la *Constitución de 1945*.

VIII. La convulsión política en 1946 y 1947 y las garantías procesales

1. *Estatuto Provisional de Garantías de 1946*

Este *Estatuto Provisional de Garantías de 1946*, que en realidad constituyó un Decreto de Suspensión de Garantías contiene diversas restricciones importantes a garantías procesales. Su origen se encuentra en los sucesos políticos conocidos como la “Revolución de Octubre”. La convulsionada situación política llevaría a una medida como esta, que implicaría un retroceso en lo que venía siendo la evolución constitucional de las garantías procesales.

Así, si bien el artículo 1 señala que

“Se garantiza a todos los habitantes de la República los derechos y libertades enunciadas en el artículo 32 de la Constitución Nacional de 1936 con su reforma de 1945 y en el decreto número 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, con las restricciones establecidas por las leyes, por los decretos que autorizan al Poder Ejecutivo para intervenir en determinadas materias de carácter económico y financiero y las que resultan de los términos del presente estatuto”.

Luego, en el artículo 2 se advierte que

“En defensa de las instituciones y en resguardo de la seguridad del Estado, se faculta provisionalmente al Poder Ejecutivo Nacional para ordenar detenciones preventivas por un término que no podrá exceder, en ningún caso, de veinte días.

Las autoridades ejecutivas de los Estados no podrán arrestar ni detener preventivamente a ningún ciudadano, en uso de sus facultades legales, por mayor término del señalado en esta disposición.

El Poder Ejecutivo, a petición de la Asamblea, informará a ésta acerca de las circunstancias que motivan las detenciones que se practiquen en ejercicio de la facultad que le acuerda la presente disposición”.

Por otra parte, conforme al artículo 3

“Se mantienen en vigor las medidas de seguridad nacional adoptadas por el Gobierno Revolucionario, pero los ciudadanos detenidos actualmente en virtud de ellas serán sometidos a los Tribunales competentes, dentro del término de veinte días.

Los detenidos por igual causa que, para la fecha de este decreto tengan más de veinte días de detención serán sometidos a los Tribunales competentes o puestos en libertad, dentro del término de diez días.

Los términos establecidos en la presente disposición empezarán a contarse desde la fecha de publicación de este decreto”.

2. *Estatuto Provisional de Garantías de 1947*

Por su parte, en 1947 se dictaría otro *Estatuto Provisional de Garantías*, también como una manifestación de la convulsionada situación política del país, en cuyo artículo 2 se señalaría que

“Se faculta provisionalmente al Poder Ejecutivo Nacional para que, cuando existan graves motivos que hagan temer la perturbación del orden público disponga la detención o el confinamiento de las personas sobre quienes recaigan fundados indicios de atentar contra las instituciones y la seguridad del Estado, para que impida manifestaciones y actividades públicas dirigidas a provocar iguales perturbaciones y adopte las medidas conexas y complementarias necesarias a fin de hacer efectivas las disposiciones del presente artículo, tendientes a garantizar el cabal ejercicio de las libertades ciudadanas y el mantenimiento de la paz pública.

El Poder Ejecutivo, a petición de la Asamblea, informará a ésta acerca de las circunstancias que hubieren motivado las medidas practicadas en ejercicio de la facultad que le acuerda la presente disposición”.

IX. La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1947

Con la *Constitución de 1947* vendrán cambios en las fórmulas que reconocen las garantías procesales. Además, con la *Constitución de 1947* se produce una suerte de reordenación de las normas que recogen las distintas garantías procesales. Como una manifestación del cambio político que iba operando en el país, en esta Constitución se amplía el alcance de las garantías procesales. Destaca particularmente, como se verá, la inclusión expresa de la garantía del *Habeas Corpus*.

Así, el artículo 30 de la Constitución señalará que “La Nación garantiza a todos los habitantes la libertad y la seguridad personales, y, en consecuencia:”.

El numeral 2 regula detalladamente las condiciones de cualquier detención:

“2.º Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que fuere sorprendido in fraganti, sin que precedan información sumaria de haberse cometido un hecho punible que merezca pena corporal, y orden escrita del funcionario autorizado por la ley para decretar la detención, debiendo expresarse siempre en dicha orden el motivo que la causa. El sumario no podrá en ningún caso prolongarse por más de treinta días después de la detención judicial. En los delitos de injuria, difamación, desacato u ofensa a personas o a cuerpos judiciales, políticos o administrativos, investidos de autoridad pública, será sometido a juicio del acusado, y no podrá separarse del lugar del proceso hasta que el asunto quede decidido. La detención no procederá sino en virtud de sentencia firme”.

Por otra parte, también sobre la detención, y sobre la fianza, señala el numeral 3:

“Nadie continuará en detención si, mediante decisión judicial firme, hubieren quedado destruidos los fundamentos de aquella, ni después de concedida la libertad bajo fianza, en los casos en que la ley permita este beneficio. El otorgamiento y la tramitación de la fianza no causarán impuesto alguno”.

En cuanto a la prohibición de ser incomunicado, obligado a prestar juramento y a declarar contra sí mismo, señala el numeral 4:

“Nadie podrá ser incomunicado, ni obligado a prestar juramento, ni a sufrir interrogatorio en causa criminal contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni contra el cónyuge o la persona con quien haga vida marital”.

El numeral 5 reconoce las garantías al juez natural y a la legalidad:

“Nadie podrá ser juzgado por tribunales o comisiones especialmente creados, sino por sus Jueces naturales y en virtud de ley preexistente”.

En cuanto a la garantía de los previos cargos, el numeral 6 señala:

“Nadie podrá ser condenado en causa criminal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley”.

Por otra parte, el numeral 7 en cuanto a la prohibición de prisión por deudas advierte, en términos similares a los de otras Constituciones anteriores:

“Nadie podrá ser privado de su libertad por incumplimiento de obligaciones civiles no definido como delito por la ley”.

En cuanto al límite de la pena corporal, conforme a lo que venía siendo la tradición desde la *Constitución de 1914*, señalará el numeral 8:

“Nadie podrá ser condenado a pena corporal por más de veinte años”.

En cuanto al alcance de las penas, también advertirá el numeral 9, también conforme a la tradición constitucional:

“Nadie podrá ser condenado a penas infamantes ni perpetuas, ni sometido a torturas o a otros medios que causen sufrimiento físico”.

Sobre el cumplimiento de la pena, advierte el numeral 10 que

“Nadie continuará privado de su libertad una vez cumplida la pena impuesta”.

Y en cuanto a la prohibición de *non bis in idem*, señala el numeral 11 que

“Nadie podrá ser juzgado por los mismos hechos que hubieren motivado su anterior enjuiciamiento”.

Pero el artículo 31 regula en específico las detenciones realizadas por autoridades administrativas, del modo siguiente:

“Las detenciones que conforme a la ley puedan practicar las autoridades administrativas no estarán sujetas al ordinal 2.º del artículo anterior; pero los arrestos que impongan dichas autoridades no podrán exceder de quince días, y serán acordados por resolución escrita y motivada cuando hayan de pasar cuarenta y ocho horas.

La ley determinará el régimen a que serán sometidos los reincidentes”.

Con lo cual, las garantías procesales ante detenciones de autoridades administrativas eran más restringidas que las que se reconocían ante detenciones ordenadas por autoridades judiciales.

Por su parte, el artículo 32 reconoce expresamente la garantía del *Habeas Corpus*:

“A toda persona detenida o presa con violación de las garantías establecidas en esta Constitución en resguardo de la libertad individual, le asiste el recurso de Habeas Corpus. Este recurso podrá ser ejercido por el interesado o por cualquiera otra persona en nombre de aquél, y será admisible cuando la ley no consagre contra la orden, acto o procedimiento, que lo motive, ningún recurso ordinario.

La ley determinara los Tribunales que reconocerán y decidirán en forma breve y sumaria de las denuncias del caso, así como también las demás condiciones necesarias para el ejercicio de este recurso”.

Por su parte, el artículo 35 reconocerá la inviolabilidad del hogar en los siguientes términos:

“La Nación garantiza la inviolabilidad del hogar, el cual no podrá ser allanado sino para impedir la consumación de un delito o para cumplir las decisiones que, de acuerdo con la ley, dicten los Tribunales de Justicia. Estará sujeto, conforme a la ley, a las visitas sanitarias y fiscales, previo aviso de las autoridades o funcionarios que ordenen o hayan de practicar la inspección”.

El artículo 36 va a reconocer la inviolabilidad de la correspondencia:

“La correspondencia oral, escrita, o en cualquiera otra forma, es inviolable. Las cartas, telégrafos, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino con el cumplimiento de las formalidades legales, por la autoridad judicial y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad quedan sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes, en conformidad con las leyes”.

X. La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1953

La *Constitución de 1953* volverá a modificar la sistemática de la regulación de las garantías procesales. En todo caso, las fórmulas utilizadas por la Constitución de 1953 serán más concisas que las utilizadas por la *Constitución de 1947*. Es de resaltar que la garantía del *Habeas Corpus* reconocida en la *Constitución de 1947*, será suprimida en esta *Constitución de 1953*.

Así, en el artículo 35 se señala que “Se garantiza a los habitantes de Venezuela:”.

Y el numeral 2 advierte que se garantiza “la libertad y la seguridad personal. En consecuencia, nadie podrá:”.

El literal a) advierte el principio de legalidad, ya que nadie puede “ser preso o detenido sino conforme a las leyes”.

De acuerdo al literal b), se reconoce la prohibición de prisión por deudas, y en consecuencia, nadie puede “Ser preso o detenido por incumplimiento de obligaciones civiles no definido como delito por la ley”.

Por su parte, el literal c) garantiza que nadie puede “Ser obligado a prestar juramento ni a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

De acuerdo al literal d), se garantiza que nadie puede “continuar detenido después de decisión judicial firme que revoque la detención ni después de ser concedida legalmente la libertad bajo fianza o cumplida la pena impuesta”.

En cuanto a la garantía de los previos cargos, señala el literal e) que nadie puede “ser condenado en causa criminal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley”.

En relación con la garantía del *non bis in idem*, advertirá el literal f) que nadie puede “ser juzgado por los mismos hechos que hubieren motivado su anterior enjuiciamiento”.

El límite máximo de la pena corporal se lleva de los veinte a los treinta años en el literal g), conforme al cual nadie puede “ser condenado a pena corporal por más de treinta años ni a penas infamantes ni perpetuas, si sometido a procedimientos que causen sufrimiento físico”. Desde la *Constitución de 1914* el límite había sido fijado en veinte años.

En todo caso, como advierte el artículo 29, con respecto a la garantía al juez natural y de la legalidad:

“Nadie podrá ser juzgado por tribunales especialmente creados, sino por sus Jueces naturales y en virtud de ley preexistente”.

La inviolabilidad de la correspondencia es reconocida en el numeral 3 del artículo 35:

“La inviolabilidad del hogar. No podrá ser allanado sino para impedir la consumación de un delito o para cumplir las decisiones de los Tribunales de Justicia. Estará sujeto conforme a la ley, a inspecciones de carácter fiscal o de seguridad pública”.

Por otra parte, en el numeral 4 del artículo 35 se reconoce la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia:

“La inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas. Sólo la autoridad competente, previo el cumplimiento de las formalidades legales, podrá ocupar todas las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia. En todo caso se guardará el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso”.

XI. La reordenación de las garantías procesales en la Constitución de 1961

Por su parte, la *Constitución de 1961* también va a modificar la sistemática de las fórmulas sobre las garantías procesales.

En cuanto a la garantía del juez natural y la garantía de tipicidad, señalará el artículo 69:

“Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente”.

También en cuanto a la garantía de la tipicidad, señalará el numeral 2 del artículo 60, en términos similares a la tradición constitucional:

“Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta”.

Luego, al establecer la garantía en materia de detención, la *Constitución de 1961* ampliará significativamente el alcance de la garantía, para señalar en el numeral 1 del artículo 60:

“Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido infraganti, sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstos por la ley. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado.

El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención.

En caso de haberse cometido un hecho punible, las autoridades de policía podrán adoptar las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. La ley fijará el término breve y perentorio en que tales medidas deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, y establecer además el plazo para que ésta prevea, entendiéndose que han sido revocadas y privadas de todo efecto, si ella no las confirma en el referido plazo”.

Sobre la prohibición de tortura, advierte el numeral 3, incluyendo una referencia expresa a la punibilidad de quienes fueren responsables de esas actuaciones:

“Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral. Es punible todo atropello físico o moral inferido a persona sometida a restricciones de su libertad”.

Sobre la garantía a no autoinculparse, advierte el numeral 4 que:

“Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí

mismo, ni contra su cónyuge o la persona con quien haga vida marital ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

En cuanto a la garantía de los previos cargos, el numeral 5 señala que

“Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley. Los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley”.

Sobre la detención luego de sentencia y la fianza, advierte el numeral 6 que:

“Nadie continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta. La constitución de fianza exigida por la ley para conceder la libertad provisional del detenido no causará impuesto alguno”.

El numeral 7 regula el alcance de las penas:

“Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años”.

Por su parte, el numeral 8 reconoce la garantía del *non bis in idem*:

“Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente”.

En cuanto al reclutamiento forzoso, el numeral 9 señala que

“Nadie podrá ser objeto de reclutamiento forzoso ni sometido al servicio militar sino en los términos pautados por la ley”.

Y finalmente, el numeral 10 concluye, como una referencia ya a materias propias de la política criminal, que

“Las medidas de interés social sobre sujetos en estado de peligrosidad sólo podrán ser tomadas mediante el cumplimiento de las condiciones y formalidades que establezca la ley. Dichas medidas se orientarán en todo caso a la readaptación del sujeto para los fines de la convivencia social”.

Por otra parte, conforme al artículo 62, sobre la inviolabilidad del hogar doméstico:

“El hogar doméstico es inviolable. No podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales.

Las visitas sanitarias que hayan de practicarse de conformidad con la ley sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios que las ordenen o hayan de practicarlas”.

Por su parte, en cuanto a la inviolabilidad de la correspondencia, advertirá el artículo 63:

“La correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico, y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes, de conformidad con la ley”.

Pero adicionalmente, la Constitución de 1961 hará referencia al derecho de amparo, que luego encontrará desarrollo legislativo en la *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* de 1988. Señala así el artículo 49:

“Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

Finalmente, advertirá el artículo 68:

“Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”.

XII. La reordenación y significativa ampliación de las garantías procesales en la Constitución de 1999

1. Introducción

La *Constitución de 1999* también va a plantear una sistemática propia sobre las garantías procesales. Esa sistemática propia va a ampliar significativamente el ámbito de las garantías procesales. Al punto, que puede decirse que la *Constitución de 1999* es la norma de rango constitucional más completa en cuanto a la expresión de garantías procesales, con un desarrollo notable con respecto a lo que había sido la tradición del constitucionalismo venezolano. Expresamente el artículo 49 señalará, además, que las garantías procesales aplican no sólo para los procesos judiciales, sino también para los procedimientos administrativos.

2. *Las necesarias garantías procesales de rango legal*

La *Constitución de 1999* contiene en su artículo 257 un mandato al legislador, para que éste también establezca garantías procesales. Señalará así el artículo 257:

“El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

3. *El sistema de justicia*

Por otra parte, ya en cuanto al sistema de justicia, el artículo 26 va a reconocer el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

4. *Garantías procesales referidas a la libertad personal*

El artículo 44 va a reconocer diversas garantías procesales, referidas a la libertad personal.

El numeral 1 va a reconocer la necesidad de orden judicial para proceder a una detención:

“Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este

caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad del detenido no causará impuesto alguno”.

Por otra parte, el numeral 2 recogerá la garantía a la comunicación por parte del detenido:

“Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza, y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas del lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas 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. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios que la practicaron.

Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia”.

Los límites de las penas estarán señalados en el numeral 3:

“La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años”.

En cuanto a la necesidad de identificación por quien practique medidas privativas de libertad, advertirá el numeral 4:

“Toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad estará obligada a identificarse”.

Y en cuanto a la garantía a ser puesto en libertad, señala el numeral 5:

“Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta”.

5. Otras garantías procesales

Luego, el artículo 49 recoge otras garantías procesales. Nótese que el encabezado de la norma comienza señalando que “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:”. Con lo cual, las garantías procesales se previeron expresamente no sólo para el ámbito judicial, como había sido tradición en la evolución constitucional venezolana, sino también para el ámbito del procedimiento administrativo.

Así, en el numeral 1 se reconoce detalladamente la garantía del debido proceso

“La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley”.

Por otra parte, en el numeral 2 se reconoce la garantía de la presunción de inocencia:

“Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

En cuanto a la garantía a ser oído, advierte el numeral 3 que

“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. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete”.

La garantía del juez natural es reconocida por el numeral 4:

“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. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto”.

La garantía de no confesarse culpable o declarar contra sí mismo, se reconoce en el numeral 5:

“Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

El principio de tipicidad es reconocido en el numeral 6:

“Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes pre-existentes”.

Mientras que la garantía de *non bis in idem* se reconoce en el numeral 7:

“Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”.

Luego, se reconoce la garantía al restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados:

“Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.

Adicionalmente, el artículo 27 reconocerá el derecho de amparo:

“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”.

El artículo 47 reconoce la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico:

“El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano.

Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas”.

Por otra parte, el artículo 48 reconoce la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia, en estos términos:

“Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso”.

Conclusiones

Como se señaló en la introducción, la evolución constitucional de las garantías procesales muestra, en general, un proceso hacia la ampliación del alcance de tales garantías. Como se señaló también en la introducción, con todo, el análisis realizado no implica la valoración sobre el modo como efectivamente se han aplicado –o desaplicado– tales garantías procesales durante la vigencia de cada norma.

La primera norma en la que se reconocen garantías procesales en nuestra evolución constitucional es en la importante *Declaración de los derechos del Pueblo de 1811*, tercera declaración de derechos del mundo moderno, y primera de Venezuela e Iberoamérica.

La *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*, dictada apenas unos meses luego de haberse dictado la Declaración, implicará un avance muy significativo en el alcance dado a las fórmulas que recogen las garantías procesales.

El *Decreto de 6 de agosto de 1830, de Garantía de los venezolanos para el Gobierno Provisorio* constituye un importante hito en la evolución constitucional de las garantías del debido proceso, puesto que incluye nuevas garantías a favor de los venezolanos. Su influencia directa en la evolución constitucional posterior será notable, alcanzando hasta la Constitución de 1958.

La *Constitución de 1893* va ampliar la regulación de las fórmulas que venían usando desde la *Constitución de 1864*. Concretamente, a través de esta Constitución (i) se amplía el alcance de la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia; (ii) se amplía el alcance de la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico; (iii) se amplían las garantías procesales en caso de detención judicial; (iv) se establecen garantías procesales para el juzgamiento de “causas políticas”; (v) se reconoce por vez primera la garantía del *non bis in idem*, y (vi) se establece expresamente una garantía procesal frente a las denominadas penas infamantes.

La *Constitución de 1904* y la *Constitución de 1909* tendrán una influencia determinante en la evolución constitucional, al menos hasta el *Decreto N° 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno sobre Garantías de 15 de marzo de 1946*. La *Constitución de 1904* va a restringir el ámbito de las garantías procesales, para que luego a través de la *Constitución de 1909* se recuperen dos de las garantías que habían sido dejadas de lado por la *Constitución de 1904*.

Con la *Constitución de 1947* se produce una suerte de reordenación de las normas que recogen las distintas garantías procesales. Como una manifestación del cambio político que iba operando en el país, en esta Constitución se amplía el alcance de las garantías procesales.

La *Constitución de 1953* volverá a modificar la sistemática de la regulación de las garantías procesales. En todo caso, las fórmulas utilizadas por la Constitución de 1953 serán más concisas que las utilizadas por la *Constitución de 1947*. Es de resaltar que la garantía del *Habeas Corpus* reconocida en la *Constitución de 1947*, será suprimida en esta *Constitución de 1953*.

La *Constitución de 1961* también va a modificar la sistemática de las fórmulas sobre las garantías procesales. Destaca que, al establecer la garantía en materia de detención, ampliará significativamente el alcance de la garantía.

La *Constitución de 1999* también va a plantear una sistemática propia sobre las garantías procesales. Esa sistemática propia va a ampliar significativamente el ámbito de las garantías procesales. Al punto, que puede decirse que la *Constitución de 1999* es la norma de rango constitucional más completa en cuanto a la expresión de garantías procesales, con un desarrollo notable con respecto a lo que había sido la tradición del constitucionalismo venezolano. Expresamente el artículo 49 señalará, además, que las garantías procesales aplican no sólo para los procesos judiciales, sino también para los procedimientos administrativos.

Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos paradigmáticos y “nuevas” dimensiones*

Jorge I. González Carvajal

Sumario

Introducción.

- I. La buena fe en el Derecho. 1. *La buena como principio general del Derecho ¿una aporía?* 2. *Nuevos enfoques.* 3. *Perspectiva crítica.*
- II. Manifestaciones paradigmáticas de la buena fe, especial referencia a la buena fe en el Derecho privado. 1. *La buena fe en materia de Derechos reales o buena fe legitimante.* 2. *La buena fe en el tráfico jurídico o buena fe objetiva.* 3. *Nuevas dimensiones de la buena fe: Perspectiva crítica.*
- III. Conclusiones meramente aproximativas a un método para estudiar la buena fe en el Derecho

* Se recoge el texto de la Conferencia que tuvo título homónimo del presente trabajo, llevada a cabo en la Universidad Monteávila, Caracas, en fecha 03 de febrero de 2014.

Introducción

Debo en primer lugar agradecer al Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Monteávila, Dr. Carlos García Soto, por extenderme tan amable invitación de participar en este evento. Así como agradecer al Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, Dr. Eugenio Hernández-Bretón por permitir que este evento se llevara a cabo. El tema que nos convoca, la “buena fe”, es tan rico e interesante como problemático y discutido, además de complejo. Pues en él se entrelazan discusiones filosóficas y técnicas, de gran dificultad, al punto que por lo general son, necesariamente, confundidas.

En tiempos de crisis es común hacer un llamado a la moral, a la ética, a la aplicación de valores últimos, y en nuestro País, en donde vivimos indudables tiempos de crisis (quizá desde hace mucho tiempo), no deberíamos hacer una excepción. Sin embargo, no es mi intención pretender ante este auditorio hacer un llamado a la moralización del Derecho y de la realidad que éste está llamado a regular: la vida en sociedad. Tal pretensión sería por lo menos ingenua, tomando en cuenta que todo juicio de valor, como el que constituye juzgar la moralidad del Derecho, es potencial, y naturalmente, irracional¹. Por el contrario la intención de esta intervención es analizar un concepto propio del Derecho, como lo es la buena fe, con intención de subrayar sus usos, no siempre homogéneos, y los posibles riesgos que, desde las nuevas dimensiones desde las cuales ha sido propuesto, implica en la tarea de racionalizar el ordenamiento jurídico. Es decir, sistematizar la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico. Me excuso por no proponer soluciones concretas, mi intención es procurar un acercamiento al descubrimiento de algún método que permita el estudio de este concepto.

1 Señala UNAMUNO, Miguel de, *Del sentimiento trágico de la vida*, Grandes Obras del Pensamiento, Buenos Aires, Ed. Losada, 2008, p. 63, que “las determinaciones de valor, no sólo no son nunca racionalizables, son irracionales”.

I. La buena fe en el Derecho

El sintagma “buena fe” (*it. buona fede*), utilizado y entendido en el lenguaje natural o corriente como “rectitud, honradez” (y la *mala fe*, según la misma fuente, entendida como “dobleza, alevosía”)², tiene un uso típicamente jurídico³, siendo entendido, en éste sentido, según diccionarios jurídicos tanto como “convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo”⁴, como “[...] modo sincero y justo con que uno procede en los contratos, sin tratar de engañar

2 V. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 20ª ed., Madrid, II, 1984, p. 634.

3 V. SENN, Pierre Daniel, “Buona fede nel diritto romano”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, II, 1988, p. 130. Señala el autor: “Questa nozione, tipicamente giuridica poiché non la si incontra nei testi letterari, è l’erede di un concetto più vasto e più antico, ma meno preciso, quello di fides. Questa fides gli autori antichi [Plauto (1) in particolare] utilizzano con svariati significati, sembra tuttavia designare due situazioni assai diverse: talora si riferisce al rispetto dell’impegno preso (*constantia et veritas*) (2), talora alla protezione nei confronti del più debole”. Vease también MASSETO, Gian Paolo, “Buona fede nel diritto medievale e moderno”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, II, 1988, pp. 133 ss., y BIGLIAZZI GERI, Lina, “Buona fede nel diritto civile”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, II, 1988, pp. 154 ss. Para una reconstrucción histórica véase LONGCHAMPS DE BÉRIER, Franciszek, *L’abuso del diritto nell’esperienza del diritto privato romano*, Torino, G. Giappichelli editore, 2013, passim. Según comenta CATTANEO, Giovanni, “Buona fede obbiettiva e abuso del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè editore, 1971, pp. 622 ss., para parte de la doctrina, antes y durante el proceso formulario *bona fides* y *aequitas* eran conceptos diferenciados técnicamente, pero al desaparecer la *formulae* y con ésta las especificaciones técnicas que ambos conceptos representaban, la mezcla de ambos, ampliamente recogida en el *Corpus iuris*, se perpetuó por siglos hasta nuestros días. En este sentido, a pesar que Code Napoleón acogió la buena fe y la equidad en disposiciones diferentes (art. 1.134 y 1.135, respectivamente), ambas fueron interpretadas como sinónimos.

4 Vid. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 20ª ed., Madrid, 1984, t. II, p. 634. La *mala fe* en sentido jurídico es definida como “malicia o temeridad con que se hace una cosa o se posee o detenta algún bien”. En sentido similar véase SOLIGO SCHULER, Nicolás A. *Etimologías de derecho civil. Las raíces de la lengua jurídica aplicada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 95.

a la persona con quien los celebra”⁵, o como “confianza en la certeza o verdad de un acto o hecho jurídico. Buena intención. Ingenuidad, candor, inocencia. Carencia de recelo”⁶. Definiciones que sin bien describen ciertos usos jurídicos de la expresión buena fe (por tratarse de definiciones informativas⁷ y descriptivas) y formas en que se manifiesta, no son suficientes para un entendimiento completo del fenómeno.

En principio, dos son los usos o calificaciones que dentro de la teoría del derecho se la dan a la buena fe. Una, normativa, como principio, y la otra, de técnica legislativa, como cláusula general. Para nuestras intenciones trataremos ambos aspectos, advirtiendo de modo anticipado la especial ambigüedad que presenta esta noción.

1. *La buena como principio general del Derecho ¿una aporía?*

En los sistemas jurídicos que siguen la tradición continental europea la buena fe es calificada como “principio universalmente reconocido y aceptado, de rica y variada trascendencia”⁸, y más específicamente, como “principio general del Derecho”⁹. Sobre esta circunstancia, vale decir que

5 V. CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario de derecho usual*, 11º ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, República Argentina, 1976, t. 1, p. 299.

6 “Íd.”. En otros diccionarios jurídicos se define a la buena fe como “la creencia o persuasión en que uno está de que aquel de quien recibe una cosa por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferirle su dominio” Cf. ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario de legislación y jurisprudencia*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991, t. I, p. 749., y también como “el modo sincero y justo con que uno procede en sus contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra”, “Íd.”.

7 V. GUASTINI, Riccardo, *La sintassi del diritto*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 3.

8 Cf. DE LOS MOZOS, José Luis, *Buena Fe*, en AA.VV., *Enciclopedia de responsabilidad civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 789.

9 Particularmente V. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965, pp. 222 ss., del mismo autor “La exigencia de la buena fe en el tráfico comercial moderno” en AA.VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 879, y más

calificar a la buena fe como principio general hace necesario tener presente qué se entiende por principio general¹⁰ (*de* Derecho o *del* Derecho), cuál es su naturaleza, su origen y su validez en un ordenamiento jurídico, labor de ninguna manera sencilla.

Si bien no es nuestra intención discutir sobre la naturaleza, fuente (u origen) y validez de los principios generales, es conveniente mencionar que sobre el tema se han aportado una vasta cantidad de teorías¹¹ que,

recientemente “Responsabilidad en los «tratos preparatorios» del contrato”, en AA.VV., *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 167; FALCO, Gianluca, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 3.; ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 33 ss., RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo, “La buena fe en la ejecución del contrato”, en AA.VV., *Temas de derecho civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawlesley*. Vol. II., Ed. G. Parra Aranguren, TSJ, Caracas, 2004, pp. 426 ss., GUERRERO BRICEÑO, Fernando F., “Algunas consideraciones en torno a la buena fe en el derecho mercantil venezolano”, en AA.VV., *Temas generales de derecho mercantil. Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, Coord. A. Uscátegui Angulo- J. Rodríguez Berrizbeitia, UCAB-ULA-UCV-UMA-Aciropol, Caracas, I, 2012, pp. 104-105; V. ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, José F., y MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “El derecho de los contratos en Venezuela: Hacia los principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, en AA.VV., *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Melich-Orsini*, Coord. C. Madrid Martínez, ACIENPOL-AVPD-UCV, Caracas, 2012, p. 22.

10 Un defición significativa de principios generales es aquella que dio la Corte constitucional italiana en una de sus primeras sentencias (26-VI-1956, n. 6), según la cual: “Fa d'uopo rilevare che si debbono considerare principi dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente”. *Apud* BOBBIO, “Ob.cit.”, p. 96, nota n. 10.

11 V. BOBBIO, Ob.cit., pp. 98 ss.; GUASTINI, Ob. cit., pp. 73 ss.; CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 198 ss.; sobre la diferencia entre principios y normas resulta fundamental la elaboración de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. C. Bernal Pulido, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 64 ss., para quien “[t]anto las reglas como los principios son normas porque ambos establecen lo que es debido” (pp. 64-65), y “[e]l punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas

más allá de una solución, han dejado claro la variedad de formas y la típica ambigüedad con que se presentan dichos principios generales. Sin embargo, para nuestras intenciones, podemos conjeturar dos características de los principios generales, a saber, son normas fundamentales¹² y están afectados de una particular forma de indeterminación¹³.

que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización... (Omissis...) En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (pp. 67-68), siendo pues una diferencia cualitativa y no de grado. Resulta de interés fundamental, asimismo, la teoría de ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, pp. 3 ss., quienes identifican diversos sentidos en que es entendida la expresión “principios jurídicos”, a saber: a) *principio* en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; b) *principio* en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos; c) *principio* en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; d) *principio* en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.; e) *principio* en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; f) *Principio* en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Para los autores la distinción entre *principios en sentido estricto* (d) y *directrices o normas programáticas resulta exhaustiva y excluyente* (p. 5). En sentido similar véase AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pp. 132 y ss. Véase PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2005, pp. 205 ss. Sobre los principios véase también RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, T. I., Trad. D. Garcia Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965, pp. 13 ss.

12 V. GUASTINI, “Ob.cit.”, p. 74. Señala el autor que los principios son normas fundamentales 1) “(a)... nel senso che danno fondamento e/o giustificazione assiologica (etico-politica) ad altre norme (solitamente, ogni principio costituisce fondamento assiologico di una molteplicità di altre norme). (b) In secondo luogo, sono norme fondamentali nel senso che non hanno o non richiedono a loro volta alcun fondamento assiologico, alcuna giustificazione etico-politica, poiché sono percepite, nella cultura giuridica esistente, come norme evidentemente «giuste» o «corrette»”.

13 Para GUASTINI, Ob. cit., pp. 75 ss., la indeterminación que caracteriza a los principios viene dada según el autor porque estos tienen “(i) la fattispecie aperta,

La doctrina ha clasificado a los principios generales según la materia (o sector) v.gr. en principios generales de derecho privado, principios generales de derecho procesal, principios generales institucionales¹⁴, principios constitucionales, etc., como también según la extensión del ámbito de validez de dichos principios o según la posición que las normas ocupan en el ordenamiento jurídico o en un subsector del ordenamiento (v.gr. principios constitucionales [o supra-constitucionales] frente a principios simplemente legislativos)¹⁵; según estén expresamente formulados (principios expresos o explícitos) o no (principios inexpressos o implícitos)¹⁶.

Se señala que los principios “no son todos generales en el mismo modo”¹⁷ y se presentan en diversos planos según el grado de generalidad. Se distinguen así los principios generales, atendiendo a su grado de generalidad, p. ej., según indica Bobbio, yendo del menos general al más general en:

- 1° principios generales de un instituto,
- 2° principios generales de una materia,
- 3° principios generales de una entera rama del derecho o

(ii) la «defettibilità» (*defeasibility*) o «derogabilità», e (iii) la genericità”.

14 V. BOBBIO, “Ob.cit.”, p. 110.; GUASTINI, “Ob.cit.”, pp. 80-81.

15 V. GUASTINI, “Ob.cit.”, pp. 74 y 78 ss.

16 V. GUASTINI, “Ob.cit.”, pp. 80-81. Para PRIETO, Ob. cit., pp. 206-212., son propiamente los principios inexpressos aquellos que se conocen con el nombre de *principios generales del Derecho*, los cuales nacieron con la finalidad de convertirse en “una especie de último recurso, de más lejana frontera hasta la que puede caminar el juez sin convertirse en creador de Derecho. Con ellos se suponía que quedaba cerrado el sistema de fuentes, “rellenando” todos los huecos o vacíos que hubieran podido dejar la ley y la costumbre”. V. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, T. I., Trad. S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 111., quien en este sentido afirma: “Solamente cuando, ni siquiera con el empleo de la analogía, sea posible encontrar la norma adaptada al caso concreto (*nuevo*), se recurrirá a los *principios generales del ordenamiento jurídico del Estado* (art. 12, *parágrafo, de las disposiciones preliminares*), los cuales, a diferencia de la analogía, pueden ser aplicados a todos los casos e hipótesis”. Véase infra nota n° 21.

17 V. BOBBIO, “Ob.cit.”, p. 111.

4° principios generales de determinado ordenamiento jurídico¹⁸.

A esta última perspectiva, se suma la posibilidad de concebir una categoría mucho más amplia de principios, que valga no para un solo ordenamiento sino para todos los ordenamientos¹⁹, es decir, más que principios generales nos referimos a principios *universales*, lo que se expresaría con las palabras principios generales *del* Derecho (no ya de *un* determinado Derecho u ordenamiento jurídico como es comúnmente reconocido).

Los grados de generalidad referidos plantean interrogantes acerca de la ubicación de estos respecto al sistema u ordenamiento jurídico y la función que cumplen aquellos; como indica Bobbio

*“la respuesta sobre si los principios generales se encuentran fuera del sistema o dentro del sistema no se puede resolver de una vez para siempre porque los principios pueden tener fuentes diversas y la vía para llegar a su enucleación y a su formulación no es una sola”*²⁰.

En el caso de la *buena fe*, estaremos en presencia de un *principio general del Derecho* (inexpreso o implícito) de un determinado ordenamiento

18 V. “Id.” GUASTINI, “Ob.cit.”, p. 78., denomina principios generales “in senso stretto” a aquellos que abrazan al entero ordenamiento frente a los “principi settoriali” referidos a un sector específico o una sola materia.

19 Tal sería el caso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, arts. 1.7, 1.8, también los arts. 1.9(2); 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18 y 2.1.20; 2.2.4(2), 2.2.5(2), 2.2.7 y 2.2.10; 3.5, 3.8 y 3.10; 4.1(2), 4.2(2), 4.6 y 4.8; 5.1.2 y 5.1.3; 5.2.5; 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2) y 6.1.17(1); 6.2.3(3) y (4); 7.1.2, 7.1.6 y 7.1.7; 7.2.2(b) y (c); 7.4.8 y 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4 y 9.1.10(1).

20 Véase supra nota n° 17. V. “Íd.”, p. 112. V. BOBBIO, “Ob.cit.”, p. 110. Para PRIETO, “Ob.cit.”, p. 209, la aceptación de los principios generales del Derecho o principios implícitos “depende de la aceptación de estas dos afirmaciones: primera, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener normas a partir de normas, o sea, obtener una regla que considerada premisa o consecuencia de normas vigentes; y segunda, que la regla así obtenida representa una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple “repetición” de estas últimas acaso los principios generales servirán para ofrecer una descripción más simple o resumida del Derecho o de algún sector normativo, pero evidentemente no servirían como “fuente” que se aplica en defecto de ley o de costumbre”.

jurídico, cuando se lo entienda en la forma originaria en fue entendida la expresión “principio general del Derecho” durante la primera Codificación occidental²¹, es decir, como solución a la falta de completitud²² (it. *incompletezza*) o insuficiencia del ordenamiento jurídico y recurso a la integración de los Códigos lagunosos, esto es, la buena fe como principio general aplicable, en forma subsidiaria, a un determinado ordenamiento jurídico, v.gr. el venezolano. En este sentido, la integración podría asumir dos métodos para colmar lagunas del ordenamiento, la primera es

21 La codificación del derecho continental tuvo tres grandes antecedentes, el primero, la *Allgemeines Landrecht* prusiana de 1794 obra del monarca Federico II, el segundo y más influyente es el *Code Napoléon* de 1804 y finalmente la *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaca de 1811. V. BARBERIS, Mauro, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 31-32. La Codificación, como producto directo del iluminismo jurídico e indirecto del iusracionalismo moderno, tuvo una especial manifestación en Francia, gracias a la Escuela de la Exégesis, representante del positivismo técnico. En efecto, luego del fracaso del *référé législatif*, “instituto revolucionario que obligaba a los jueces, al enfrentar leyes poco claras y lagunosas, dirigirse al Parlamento para obtener una interpretación auténtica” Cf. “Ib.”, p. 32., por los pésimos resultados que dio al permitir que los jueces se deshicieran de los asuntos difíciles que se les planteaban, los redactores del *Code* buscaron la forma de reintroducir algunos instrumentos de integración del derecho positivo (v.gr. el recurso a un derecho universal e inmutable [al Derecho natural] y colmar lagunas con el recurso de la equidad). Sin embargo, estás fórmulas, dispuestas a los fines de facilitar la autointegración pero también la heterointegración (en el derecho natural-racional o en la equidad), no fueron sancionadas quedando el artículo 4 del *Code* redactado así: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”, que fue interpretado por la Escuela de la Exégesis como prohibición de heterointegración sobre la base del dogma de la plenitud del Code. V. “Ib.”, p. 33-35. V. MESSINEO, Ob. cit., p. 111. Sobre la influencia de la Codificación occidental europea en Venezuela véase DE JESUS O., Alfredo, “Notas generales sobre el bicentenario del Código Civil Frances y el proceso de codificación, descodificación y eventual recodificación de su Derecho civil”, en AA.VV., *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Coord. I. de Valera, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 22 ss. También LUPINI BIANCHI, Luciano, *La influencia de Código Napoleón en la codificación civil y en la doctrina venezolana*, “Ib.”, pp. 49 ss.

22 Sobre la plenitud (o completitud) como idea racional, V. BULYGIN, Eugenio y ALCHOURRÓN, Carlos E, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 231 ss., particularmente pp. 248-249. Véase asimismo BOBBIO, Norberto, “Lacune del diritto”, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, G. Giappichelli, 2011, pp. 66 ss.

la heterointegración, esto es, el recurso al derecho natural (al. *natürliche Rechtsgrundsätze*) y/o a la equidad²³; y la segunda la autointegración, es decir, el recurso a la analogía y a los principios generales del derecho sin necesidad de recurrir, aparentemente, al poder creador del juez. La segunda tesis es la que prevalece normativamente, en principio²⁴, en los ordenamientos herederos de la codificación, por ejemplo el artículo 4 C. civ Ven. 25, que referido a las fuentes del Derecho, recoge a los principios

23 V. MASSETO, Ob. cit., pp. 152-153.

24 Decimos en principio, pues la orientación hacia la autointegración, resultado de la Codificación napoleónica y su positivismo técnico, pierde hoy día inmunidad frente a teorías neousnaturalistas, p.ej., el neoconstitucionalismo(s) o constitucionalización del derecho entero, que reclaman la aplicación y actuación de las normas constitucionales y la reinterpretación constitucional del ordenamiento jurídico atendiendo a principios y valores, y que vuelven a plantear, bajo un aparente contexto diferente, la necesidad heterointegración del ordenamiento jurídico no sólo por la existencia de lagunas normativas o técnicas, sino también frente a lagunas axiológicas. V. AA.VV., *El canon neoconstitucional*, Ed. M. Carbonell – L. García Jaramillo, Trotta-UNAM, Madrid, 2010, Passim., donde precisamente se reaviva la discusión de la conexión necesaria entre derecho y moral a través de los principios constitucionales. V. BARBERIS, Ob. cit., pp. 231 ss.

25 La norma venezolana es del tenor siguiente: “A la ley debe atribuirse el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. 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 aplicaran los principios generales del derecho”. Esta norma no estuvo presente ni en los Códigos Civiles venezolanos de 1862 ni 1867 (V. URBINA MENDOZA, Emilio, J, *La teoría de la interpretación de los contratos y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, p. 129, nota n° 22), ni en los siguientes de 1873, 1880, 1896, 1904 apareciendo por primera vez en el artículo 4 del Código Civil venezolano de 1916 cuyo tenor literal es: “Cuando se trate de aplicar la ley, no se le puede atribuir un sentido distinto a aquel que fácilmente se desprende del propio significado de las palabras, según la conexión entre ellas entre sí y según la intención del legislador. Si una controversia no pudiere decidirse con una disposición expresa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si el caso fuere todavía dudoso, se decidirá conforme a los principios generales del derecho” Cf. *Leyes y Decretos de Venezuela*. 1916, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1992, p. 227., norma ésta que es la traducción casi literal del artículo 3, Disposiciones Generales del *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1865 según el cual: “Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dala intezione del legislatore. Qualora

generales del Derecho²⁶ como fuente subsidiaria de aquel. Por vía de esta norma se diría que la *buena fe* es un principio general del Derecho venezolano, lo mismo se puede decir del art. 16 C. Civ. Arg., que se refiere a “principios generales del derecho” o del art. 19. C. Civ Fed. Méx., etc. Sin embargo, e insistimos, en este caso la buena fe no tendría aplicación directa e inmediata, sino como fuente subsidiaria.

Parece ocurrir algo diferente cuando la buena fe es individualizada en alguna disposición normativa como regla, en disposiciones normativas con supuestos de hecho determinados, condicionales y precisos, donde el sintagma buena fe está incluido (puede que se lo mencione o no) con una denotación conocida y poco vaga; algunos ejemplos son: la buena fe aplicable a la compraventa: venta de la cosa ajena *ex* art. 1483 C.civ. Ven (*vendita della cosa altrui ex.* art. 1479 C.civ. It); saneamiento por evicción *ex* arts. 1.506, 1.507, 1508, 1. 512 C.civ Ven.; o por vicios ocultos *ex* arts. 1520, 1.522, 1523 C.civ Ven. En estos casos, no se está en presencia de un principio general (subsidiario) que ayude a colmar una laguna, si no más bien se trata de una regla o criterio técnico consolidado y conocido que regula un supuesto de hecho específico.

una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto”. La fórmula *principios generales de derecho* del *Codice Civile* de 1865 viene a su vez del *Codice civile albertino* (1837) el cual “com’è noto, aveva accolto con una trascrizione quasi letterale l’art. 7 C. Civ. austriaco del 1811, limitandosi ad amputare la formula “principi generali del diritto naturale” (*natürliche Rechtsgrundsätze*) nell’altra diventata poi corrente in molte successive legislazioni “principi generali di diritto”. Cf. BOBBIO, “Ob.cit.”, pp. 93-94, especialmente la nota n° 4. El artículo 12, Disposiciones Generales, del *Codice Civile* italiano de 1942, con una redacción similar al *Codice albertino*, sustituye la expresión *principii generali di diritto por principii generali dell’ordinamento giuridico dello Stato*. V. MESSINEO, Ob. cit., p. 111. La fórmula del artículo 4 del Código civil venezolano de 1916 se conserva, con una pequeña modificación, en el Código Civil de 1922, así: “Cuando se trate de aplicar la ley debe atribuírsele... Omissis...”, Cf. *Leyes y Decretos de Venezuela*. 1922, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, p. 372.

26 Según comenta BOBBIO, “Lacune...”, p. 75., para DEL VECCHIO, la fórmula “principi generali del diritto” del *Codice Civile* italiano de 1865, debió ser interpretada como *principi di diritto naturale*.

Por otra parte veremos que se presenta una aporía, pues de un lado la tesis positivista de la autointegración, dicta que las normas particulares, expresión del principio de buena fe, permiten construirlo por vía de generalización²⁷, pero desde un mismo instrumento legal, así, p. ej., la buena fe en el derecho civil se obtendría por generalización de las normas específicas que establecen o consagran la buena fe en el Código Civil (unidad hermética) o extraídos del entero ordenamiento jurídico (*de todas* las ramas del derecho²⁸); mientras que, como se verá más adelante, se argumenta hoy día que éstas normas materializan por vía de individualización a la buena fe, a través de otro método, es decir, no ya como *principio general del Derecho* como lo hemos mencionado, a saber, neoiusnaturalista, en una relación del tipo general-particular²⁹, siguiendo una metodología diversa a la del positivismo técnico y mucho más similar a la del iusnaturalismo anterior iusracionalismo.

Por ejemplo cuando encontramos al sintagma “buena fe” enunciado sin referencia a supuestos de hecho determinados, condicionales y precisos con una denotación vaga, p.ej., la buena fe en materia de contrato *ex art. 1.160 C.civ. Ven. (art. 1.198 C.civ Arg., arts. 1.366, 1.374 y 1375 C. civ. It.)*, o de un instituto específico, a saber, en el contrato de seguro *ex*

27 V. MESSINEO, Ob. cit., p. 111., quien señala al respecto: “La existencia de tales principios generales, afirmada por el legislador, se concibe fácilmente, teniendo presente que las normas singulares, aun cuando sean formuladas con carácter de hipótesis que toman en consideración *situaciones particulares*, derivan todas ellas de *principios de más amplio alcance*, que son como el “tejido conjuntivo” del *entero* ordenamiento jurídico: principios cuya reconstrucción (aunque delicada y laboriosa) es posible, mediante un procedimiento lógico, que arranca *de lo particular y va hacia una progresiva y cada vez más amplia generalización* (procedimiento inductivo)”. Y evidentemente como señala BOBBIO, Ob. cit., p. 211., “en la identificación de los principios implícitos la discrecionalidad del jurista juega un papel destacado”.

28 V. MESSINEO, Ob. cit., p. 111.

29 V. PRIETO, Ob. cit., p. 210., señala que “las relaciones entre los principios y sus respectivas normas expresas no pueden reducirse a un esquema único, por ejemplo, del tipo general-particular; a veces, los principios son los fines que persiguen las normas, o los intereses que tutelan, o los valores en que se inspiran, o, en fin, sus consecuencias lógicas”.

art. 4.1 y 6 LCS Ven., es el recurso a la autointegración (fuera del Código o las leyes que lo expresan?) el que sirve para colmar la laguna, en el entendido que los criterios para tal tarea son recabados (dentro) del ordenamiento jurídico³⁰ y fundamentalmente deducidos vía de aplicación de valores, principios y/o normas de jerarquía superior (Constitucionales), como ocurre cuando se relaciona buena fe y solidaridad constitucional³¹.

Las anteriores premisas permiten categorizar preliminarmente a la *buena fe* como un principio general, con grados v.gr. de *generalidad* y variables que hacen de ella una categoría heterogénea³², ambigua y que si bien resulta aparentemente uniforme no lo es³³. Al punto que la misma generalidad hace depender su funcionalidad normativa, pues, p. ej., según se ubique como principio dentro o fuera del sistema o según sea su jerarquía normativa y su modo de funcionar, variará su intensidad vinculante, que resultará mayor con los principios generales que cumplen (o se les asigna) una función limitativa e integrativa y menor con aquellos cumplen (o se les asigna) una función interpretativa y directiva³⁴.

30 Las lagunas técnicas o *intra legem*, según BOBBIO, “Lacune...”, p. 74 ss., “... sono volute intenzionalmente dal legislatore il quale in certe materie preferisce dare direttive di carattere generale e lasciare agli interpreti il compito di curarne l’applicazione specifica” (p. 75).

31 Esto ocurre cuando se argumenta que el fundamento de la buena fe está en el deber (principio) constitucional de solidaridad, V. FALCO, Ob. cit., p. 9., como puede argumentarse, por ejemplo, en ordenamientos como el italiano (art. 2 Cost. It) y venezolano (art. 2 Const. Ven).

32 V. GUASTINI, Ob. cit., p. 78.; al respecto señala RODRÍGUEZ, Ob. cit., p. 420., que la buena fe “[e]s una noción que está presente en todo el derecho civil; sin embargo, no siempre con el mismo sentido o significado; esa es una de las mayores dificultades que presenta a la hora de delimitar su contenido”.

33 En este sentido DE LOS MOZOS, *Buena fe...*, p. 793, afirma que la buena fe tiene presente unidad de contenido y diversidad de funciones.

34 V. BOBBIO, “Ob.cit.”, pp. 114-115.

2. *Nuevos enfoques*

Como mencionamos *supra*, la expresión buena fe es entendida también como “norma (o regla) generalísima”³⁵, esto es, como categoría normativa diferenciada a las reglas *tout court*, particularmente, y sin excluir su clasificación como principio, como una *cláusula general*.

Cuando del sintagma “buena fe” se trata, más que un problema de significado y/o semántico, nos enfrentamos a una cuestión de técnica legislativa. Se dice entonces que desde un punto de vista de la técnica legislativa³⁶, la buena fe es frecuentemente enunciada en normas que por oposición a aquellas que contienen una construcción casuística de los supuestos de hecho (it. *casistica della fattispecie*, al. *kasuistische Gesetzbearbeitung*), se conocen con el nombre de cláusulas generales (it. *clausole generali*, al. *Generalklauseln*), válvulas de seguridad, conceptos válvula (it. *concetti varvola*, al. *Ventilbegriffen*) o normas en blanco³⁷ (it. *norme in bianco*, al. *Blankettvorschriften*) que se corresponden con nociones elásticas, fluidas, flexibles e incluso, según parte de la doctrina autoral, con reglas no propiamente jurídicas en las cuales el legislador delega al intérprete la tarea de especificarlas, desarrollarlas e integrarlas³⁸, y cuya función consiste “en ampliar el espectro de las hipótesis concretas subsumibles bajo el paraguas de la previsión *mediante la creación de reglas por parte del juez*”³⁹. Es decir, que una disposición normativa que contemple

35 V. BOBBIO, Norberto, “Principi generali di diritto”, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, G. Giappichelli, 2011, p. 98.

36 V. NATOLI, Roberto, *I remedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regola di validità e regole di responsabilità)*, en AA. VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, coord. S. Pagliantini, Torino, G. Giappichelli Ed., 2010, pp. 312 ss.

37 V. GUARNERI, Attilio, “Clausole generali”, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 4ª ed, Torino, UTET, II, 1988, pp. 403 ss., V. VELLUZZI, Vito, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, *passim*.

38 V. GUARNERI, Atilio, “Buon costume”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, II, 1988, p. 121.

39 V. NATOLI, Roberto, *Ob. cit.*, p. 313.

una cláusula general tendrá como características indefectible, dar paso a la producción normativa por parte del juez⁴⁰.

Por ejemplo, son consideradas también cláusulas generales las nociones como daño grave (it. *danno grave*), buenas costumbres (it. *buon costume*⁴¹), convivencia intolerable (it. *convivenza intollerabile*), buen padre

40 V. “Id.”

41 V. GUARNERI, Atilio, “Ib.”. La noción “buenas costumbres” se construye de conceptos deontológicos “fruto de la valoración expresa de la conciencia social general” Cf. GUARNERI, Ob. cit., p. 128. Nota al pie nº 4., y resultado de elecciones axiológicas y de orden político, teniendo como función principal en los ordenamientos jurídicos latinos el servir como criterio de valoración para determinar la ilicitud (nulidad) de los negocios jurídicos y/o restringir la autonomía privada, V. al respecto STIGLITZ, Rubén S, Autonomía de la voluntad, en AA.VV., *Enciclopedia de responsabilidad civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 664 ss.; en Venezuela las “buenas costumbres” junto al orden público, encuentra consagración en el artículo 6 C.civ. Ven, como limitación a la autonomía privada, según el cual: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia está interesado el orden público o las buenas costumbres” (norma que debe coordinarse con los artículos 1.155, 1.156 y 1.157 C. civ. ven., particularmente respecto a la licitud del objeto y la causa del contrato), y que es la traducción casi literal del art. 6 del *Code Napoléon*: “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs” (V. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, T. I, Trad. D. Garcia Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965, pp. 425 ss., y COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, T. I. Trad. D. De Buen, J. Castan Tobeñas y J. M. Castan Vásquez, Ed. Reus, Madrid, 1975, pp. 204 ss.) fórmula que se encontraba ya en los Códigos Civiles venezolanos de 1967 (art. 12), 1873 (art. 4), 1880 (art. 4), 1896 (art. 4), 1904 (art. 4), 1916 (art. 7), 1922 (art. 6) y 1942 (art. 6). Sobre el orden público en Venezuela véase MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed., Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 227 ss., también V. MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Orden público: Del artículo 6 del Código Civil a nuestros días”, en AA.VV., *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Coord. I. de Valera, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 373 ss. Norma de igual tenor se encuentra sancionada en el vigente art. 21 C.civ. Arg., asimismo se encuentran referencias a la limitación de autonomía privada en los artículos 502, 530, 872 y 953 C. civ. Arg.; otro ejemplo lo encontramos en el art. 1830 C. civ. Fed. Méx., que establece: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Se señalan como negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres: las prestaciones sexuales, el comercio de la propia libertad, de la propia integridad física y moral, acuerdos de corrup-

de familia (it. *buon padre di famiglia*⁴²), orden público (it. *ordine pubblico*), que en efecto, suelen, en ocasiones moverse e integrar en cierto modo el concepto de buena fe o viceversa (es decir, la buena fe integrar estos conceptos⁴³).

Vale decir que el sintagma “cláusulas generales” es, a su vez, ambiguo pues expresa varios significados, como hemos dicho anteriormente, a saber, “concepto válvula”, “estándar valorativo”, “concepto indeterminado”⁴⁴, “norma elástica”, “noción de contenido variable”, e incluso se la

ción, etc., sin embargo, es la casuística, determinada por la doctrina y la jurisprudencia, la que en dicta las pautas para establecer el contenido de esta cláusula o *standard*, como criterio de limitación a la autonomía de la voluntad, no siendo ajena la influencia que en la determinación de su contenido tienen los “valores profesados por las fuerzas políticas al poder”, Cf. “Id.”, pp. 124-125, siendo éstos quienes establecen cuáles son los actos jurídicos que contrastan con los intereses económicos y sociales del Estado, particularmente en los países socialistas en los cuales se pretende destruir un viejo orden (económico, político, social, ético, etc.) y refundar uno nuevo, definiendo, desde el poder, una nueva regla moral y de convivencia social. Como dice GUARNIERI puede ser incierta y discutida la definición de esta “nueva regla moral”, que puede contradecirse entre la moral social, es decir, la generalmente aceptada y practicada por la colectividad en un determinado momento histórico y aquella que impone el Partido político al poder.

42 V. DE LORENZI, Valeria, “Buon padre di famiglia”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, II, 1988, pp. 126 ss.

43 Esto ocurre particularmente en cuanto a la definición de abuso de derecho (art. 1.185 C. civ. Ven), donde un criterio vago como el de la buena fe sirve para determinar cuándo se manifiesta otra noción no menos vaga como el ejercicio abusivo de un derecho. En doctrina venezolana véase PITTIER SUCRE, Emilio, “El abuso de derecho”, en AA.VV., *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, coord. Irene de Valera, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp. 563 ss.

44 Sobre la diferencia entre concepto indeterminado y cláusula general, véase VELLUZZI, Ob. cit., pp. 17-18, nota n° 31. También NATOLI, Roberto, Ob. cit., pp. 313-314., para quien “*li dove recorre una clausola generale è il giudice che concorre a formare la norma relativa al caso concreto*, non così quando si tratti di un semplice concetto indeterminato: qui la valutazione del giudice non apporta alcunchè sotto il profilo della produzione della norma attraverso l’individuazione della fattispecie, ma accerta soltanto che nel caso concreto ricorra effettivamente quell’elemento appunto indeterminato, previsto nella fattispecie normativa”.

asimila al concepto de principio del derecho o a algunas de las acepciones de principio de derecho⁴⁵.

Pero lo que interesa resaltar en este lugar es una de las particularidades de las cláusulas generales, como la buena fe, a saber, la vaguedad (socialmente típica o de reenvío⁴⁶) y la “indeterminación” que produce en los supuestos de hecho (it. *fattispecie*) normativos y la posibilidad que mediante ellas el ordenamiento jurídico se actualice a través de técnicas como la heterointegración, donde elecciones axiológicas resultan naturalmente vinculadas a este fenómeno. O como señala la doctrina italiana, sucede que cuando estamos en presencia de cláusulas generales no estamos en presencia de un problema semántico sino casuístico, que se corresponde con lo que se ha llamado lagunas dinámicas⁴⁷.

Desde una perspectiva analítica doctrina italiana define a las cláusulas generales como “términos o sintagmas contenidos en enunciados normativos caracterizados por una peculiar vaguedad y de indeterminación que comporta una actividad de integración valorativa peculiar por parte del juez”⁴⁸, para más adelante señalar que “la cláusula general es un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por su indeterminación, por lo cual el significado de tales términos o sintagmas no es determinable (o dicho de otra manera las condiciones de aplicación del término o sintagma no son individualizables) sino recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, potencialmente concurrentes entre sí”⁴⁹.

Esta concurrencia entre sí de factores internos e internos, no se encuentra *a priori*, sino que es la dialéctica, la generalización-individua-

45 V. VELLUZZI, Ob. cit., pp. 1-2. El autor reclama asimismo, la vaguedad del sintagma “cláusula general” (p. 3).

46 V. “Ib.”, p. 35.

47 V. NATOLI, Roberto, Ob. cit., p. 314.

48 V. “Ib.”, pp. 39 y 42.

49 V. “Ib.”, p. 88. En sentido similar V. NATOLI, Roberto, Ob. cit., p. 315.

lización, la que permite reducir la ambigüedad y vaguedad de este sintagma, principio y/o cláusula general. La principal crítica a este concepto y a sus usos, es su natural confrontación con la certeza del derecho y con el principio de legalidad, lo que no es baladí.

3. *Perspectiva crítica*

Y es acá donde radican los problemas más ricos de la materia; a saber, el poder determinar la justificación y valores que mueven o justifican la aplicación de las cláusulas generales, como la buena fe. Para algunos la justificación de la buena fe está en la ética, en la moral (en la social y en la crítica), en la equidad⁵⁰ o en la justicia⁵¹, o en otros valores como la solidaridad y otros valores muy generales.

A estas concepciones se critica, que el llamado a valores muy generales peligró de revelarse insuficiente, no solo porque el ordenamiento jurídico no tiene en todo los casos la tarea de actuar o expresar preceptos morales sino también porque los principios constitucionales no se resuelven en una aplicación homogénea para todas las materias, sino que

50 Según comenta CATTANEO, Giovanni, “Buona fede obbiettiva e abuso del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè editore, 1971, pp. 622 ss., para parte de la doctrina antes del proceso formulario *bona fides* y *æquitas* eran conceptos diferenciados técnicamente, a partir de este, al desaparecer la *formula* y con ésta las especificaciones técnicas que ambos conceptos representaban, la mezcla de ambos, ampliamente recogida en el *Corpus iuris*, se perpetuó por siglos hasta nuestros días. En este sentido, a pesar que *Code Napoléon* acogió la buena fe y la equidad en disposiciones diferentes (art. 1.134 y 1.135, respectivamente), ambas fueron interpretadas como sinónimos.

51 Para ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo María, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, *La exigencia de justicia*, Trad. M. Carbonell, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 51 ss., “toda la historia de la humanidad es una lucha por afirmar concepciones de la justicia distintas e incluso antitéticas, “verdaderas” solamente para quienes las profesan”, señalando más adelante que “detrás del llamamiento a los valores más elevados y universales es fácil que se esconda la más despiadada lucha por el poder, el más material de los intereses. Cuanto más puros y sublimes son estos valores, tanto más terribles son los excesos que justifican”. Véase también Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Trad. J. Manuel Revuelta, Madrid, Ed. Trotta, 2012, pp. 37 ss.

atienden (o deben atender) directamente a la disciplina o contextos dentro de los cuales se aplica la buena fe⁵². Además, el llamado a una aplicación homogénea de valores o principios (como la solidaridad, del cual según algunos autores se desprende la buena fe), obedece a una elección axiológica monista, cuando por el contrario lo ideal sería atender a una concepción pluralista de valores⁵³ (*value pluralism*).

II. Manifestaciones paradigmáticas de la buena fe, especial referencia a la buena fe en el Derecho privado

La buena fe, como principio, regla, cláusula general o sintagma demanda que “debemos actuar correctamente y hacer lo conveniente” en el ejercicio de nuestros derechos⁵⁴ y/o que “debe protegerse a quien actúa con confianza respecto a una situación jurídica”. La doctrina califica a la buena fe como “un ideal de comportamiento en la vida social”⁵⁵ y es presentada en modo general como manifestación de la máxima *alterum non laedere* (no causar daño al prójimo)⁵⁶. Su aplicación desde sus orígenes presenta dos manifestaciones, la *buena fe subjetiva*, como creencia, y la

52 V. CATTANEO, Ob. cit., p. 615.

53 Cf. BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Trad. A. Núñez Vaquero, Madrid, Ed. Trotta, 2008, pp. 124 ss.

54 Este es el caso del art. 7. 1° del C. civ. Esp., que establece: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. En sentido similar establece los Arts. 2 y 3 del C. civ. Sui: “Limiti dei rapporti giuridici. I. Osservanza della buona fede. Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell’esercizio dei propri diritti come nell’adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge”; y “II. Effetti della buona fede. Quando la legge fa dipendere un effetto giuridico dalla buona fede di una persona, la buona fede si presume. Nessuno può invocare la propria buona fede quando questa sia incompatibile con l’attenzione che le circostanze permettevano di esigere da lui”.

55 Cf. DE LOS MOZOS, José Luís: “Buena Fe”, en AA.VV., *Enciclopedia de responsabilidad civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 789.

56 V. DE LOS MOZOS, José Luís: “Buena Fe”..., pp. 790-791.

buena fe objetiva, como confianza, las cuales se conservan en forma casi inmutable en los ordenamientos jurídicos actuales⁵⁷.

Asimismo, resulta aplicado fundamentalmente, pero no únicamente, a dos materias del derecho civil, a saber, a los derechos reales (particularmente a la posesión) y a las obligaciones (particularmente a los contratos)⁵⁸, correspondiéndose con aquella división que ha adquirido especial importancia y precisión técnica a lo largo de la historia⁵⁹.

57 V. BIGLIAZZI, *Ob. cit.*, pp. 159 ss., V. SENN, *Ob. cit.*, p. 131., quien señala respecto a la buena fe objetiva: “La penetrazione della bona fides nell’ambito contrattuale si è manifestata per prima, sin dal III secolo a.C., dando luogo ai *bonae fidei iudicia* e all’impiego della nozione di buona fede, che se definisce “oggettiva”: si tratta della *fides del bonus vir*, considerata dal punto di vista del giudice, e cioè del comportamento che generalmente ci si attende da un uomo normale in un caso specifico. Quanto ai rapporti reali, la bona fides non pare averli riguardati avanti il I secolo a.C., data a cui può farsi risalire l’*actio Publiciana*: in effetti, l’impiego di questa nozione in materia di diritti prese le mosse in relazione all’*usucapione*, e precisamente quando la bona fides fu integrata nella protezione del compratore. Qui però non si tratta più della *fides del bonusvir* vista dall’esterno, poiché è la condizione del soggetto che possiede ad essere considerata, è dunque, la buona fede soggettiva, la convinzione del possessore circa il carattere legittimo del suo comportamento (cioè dell’atto con cui agli ha acquistato il possesso)”. Véase también MASSETO, *Ob. cit.*, pp. 138 ss. V. LUPINI BIANCHI, Luciano, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 149/N° 2, 3ª etapa, Caracas, pp. 39 ss.

58 Estos aspectos fundamentales de su aplicación han sido heredados del derecho romano V. SENN, *Ob. cit.* pp. 130-131., donde tuvo orígenes y usos también diversos, y del derecho medieval, V. MASSETO, *Ob. cit.*, p. 135, quien señala que: “Appare chiaro dunque come fosse arduo, per non dire impossibile, racchiudere nel breve volgere di una frase definitoria, essenza e contenuti della “bona fides” alla cui unità lessicale corrisponde invero una pluralità di significati, ciascuno dei quali risulta determinato dal particolare campo dell’esperienza giuridica nel quale trova applicazione”, y BIGLIAZZI, *Ob. cit.*, pp. 156-157.

59 V. MASSETO, *Ob. cit.*, p. 153.

1. *La buena fe en materia de Derechos reales o buena fe legitimante*

En materia de posesión⁶⁰ la buena fe juega un papel estelar y se la conoce como buena fe legitimante (o subjetiva). En Venezuela se encuentra definida en el artículo 788⁶¹ C. civ. Ven. (art. 2356 C.civ Arg., arts. 535, 1.147 C.civ It.⁶²), como “ignorancia de los vicios que puedan afectar el título, esto es, una errónea representación de la realidad, estado psicológico que, en último grado-y como lo expresa más técnicamente el C.C. italiano actual (art. 1.147)-, se resuelve en la ignorancia de lesionar el derecho ajeno”⁶³, mientras que, siguiendo a la doctrina, y en este mismo

60 V. KUMMEROW, Gert, *Bienes y derechos reales*. McGraw Hill, Caracas, 2002, pp. 170 ss., y OCHOA G, Oscar E., *Bienes y derechos reales. Derecho civil II*. Ucab, Caracas, 2008, pp. 561 ss.

61 Art. 788 C. civ. Ven.: “Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz de transferir el dominio, aunque sea vicioso”.

62 Establece el art. 1.147 C. civ. It.: “È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non si giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto”.

63 V. KUMMEROW, Ob. cit., pp. 170, 172 ss. V. DOMINICI, Aníbal, *Comentarios al Código Civil de Venezuela*, T. I., 3ª ed., Librería Destino, Caracas, 1982, pp. 856 ss. V. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, T. VI, Trad. D. García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965, pp. 124 ss. La buena fe del poseedor según los autores “consiste ignorar el vicio que le ha impedido convertirse en propietario y que hace frágil su título de adquisición, o también en tener por real un título que no existe: ha creído por ejemplo que su autor era propietario y capaz de enajenar, que el testamento que lo ha instituido propietario era válido. La buena fe puede resultar de un error de derecho lo mismo que de un error de hecho; la ley no hace distinción” (p. 126). Para COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, T. II., vol. I., Trad. D. De Buen, J. Castan Tobeñas y J. M. Castan Vasquez, Ed. Reus, Madrid, 1975, p. 618., se entiende por buena fe “la creencia en la existencia del derecho de aquel de quien emana el título de adquisición, falsa opinio quaesiti dominii... Por lo tanto, el poseedor es de buena fe cuando cree que su título le ha convertido en propietario del inmueble o en titular del derecho real que deseaba adquirir sobre dicho inmueble”. En el mismo sentido, MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, T. III., Trad. S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 228., afirma: “El estado subjetivo referido está constituido por la ignorancia o errónea creencia –en que se encuentra el poseedor– de lesionar (no es necesaria la errónea creencia de no-lesionar), el derecho ajeno, por el hecho de haber adquirido la

sentido, se puede decir que la mala fe comportaría el “conocimiento del vicio propio o ajeno”⁶⁴.

Además del elemento subjetivo, a saber, la ignorancia de vicios que afecten el título o de lesionar el derecho ajeno (aspecto negativo) junto a la creencia de que la cosa, o el derecho que ejercitamos, nos pertenece (aspecto positivo), es necesario, para parte de la doctrina, que exista un elemento objetivo, a saber, título o *iusta causa possessionis*⁶⁵, para que se pueda considerar la existencia de un poseedor de buena fe.

Al margen del elemento objetivo, el elemento subjetivo no es discutido, y existe acuerdo unánime en doctrina y jurisprudencia acerca de su necesidad para que exista buena fe en materia de posesión. Como es conocido, la posesión es un hecho jurídico, una situación jurídica a la “cual vincula el ordenamiento normativo consecuencias jurídicas”⁶⁶. En este sentido, la buena fe en materia de posesión no juega el papel de factor que determina cómo debe ser la conducta del poseedor⁶⁷, es

posesión (art. 1147, primer apartado) (la llamada *concepción negativa* de la buena fe; esto es, *ausencia de mala fe*). La ignorancia de la que nace la buena fe, puede ser *tanto de hecho como de derecho*”.

64 Cf. DE LOS MOZOS, José Luís: “Buena Fe”..., p. 803., agregando el autor, que ese conocimiento “lleva a un comportamiento ilícito o incorrecto y, en suma, por ello, antijurídico”; pero como se verá en el texto, la existencia de mala fe no siempre implica ilicitud.

65 V. “Ib.”, pp. 171 ss. Para la doctrina italiana “en la posesión de buena fe *se prescinde* de la presencia de un elemento *objetivo* (afirmativo), como es la existencia de un *título de adquisición* de la posesión; puede existir posesión de buena fe aunque no exista título de adquisición”. Cf. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, T. III., Trad. S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 228.

66 V. KUMMEROW, Ob. cit., p. 140.

67 Cf. MESSINEO, Ob. cit., p. 228. De hecho en materia de posesión aplica el principio *mala fides superveniens non nocet*, prevista en el art. 789 C. c. Ven.: “La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Bastará que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición”, también en el art. C. c. 1.147 C. c. It., es decir, que basta que la buena fe exista al tiempo de la adquisición de la posesión, sin importar que luego se tenga conocimiento de que con ella se lesiona un derecho ajeno.

decir, no modela su conducta, sino que funciona como hipótesis normativa que afecta el estado jurídico-subjetivo del poseedor y determina que produzca o no determinadas consecuencias jurídicas.

Y las principales consecuencias jurídicas de la posesión⁶⁸ de buena fe pueden resumirse en: 1) la adquisición de frutos naturales y civiles⁶⁹, 2) derecho de retención por mejoras⁷⁰, 3) abreviación del lapso para usucapir derechos reales sobre un inmueble⁷¹ y 4) adquisición de la propiedad mobiliaria⁷². De manera que por ser el poseedor de mala fe, la posesión de no dejará de producir efectos jurídicos, sino que dejará de producir sólo alguno de ellos. Así las cosas, tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe tienen derecho a reclamar las mejoras de la cosa⁷³, el

68 V. KUMMEROW, Ob. cit., pp. 174, 183 ss., En doctrina italiana Cf. MESSINEO, Ob. cit., p. 231.

69 Art. 790 C. civ. Ven.: “El poseedor de buena fe hace suyo los frutos, y no está obligado a restituir sino los que percibiera después de que se le haya notificado legalmente la demanda”. Art. 1.148 C. civ. It.

70 Art. 793 C. civ. Ven.: “Sólo al poseedor de buena fe compete el derecho de retención de los bienes por causa de mejoras realmente hechas y existentes en ellos, con tal que las haya reclamado en el juicio de reivindicación”.

71 Art. 1.979 C. civ. Ven.: “Quien adquiere de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble, en virtud de un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, prescribe la propiedad o el derecho real por diez años, a contar de la fecha del registro público”.

72 Art. 794 C. civ. Ven.: “Respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce, a favor de terceros de buena fe, el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica a la universalidad de muebles. Sin embargo, quien hubiese perdido una cosa o aquel a quien la hubiesen quitado, podrán reclamarla de aquel que la tenga, sin perjuicio de que este último pueda exigir indemnización a aquél de quien la haya recibido” y Art. 795 C. civ. Ven.: “Si el actual poseedor de la cosa sustraída o perdida la hubiere comprado en una feria o mercado, en una venta pública, o a un comerciante que vendiese públicamente objetos semejantes, no podrá el propietario obtener la restitución de su cosa, sin reembolsar al poseedor la cantidad que le haya costado”.

73 Art. 791 C. civ. Ven.: “El poseedor, aunque sea de buena fe no puede pretender indemnización alguna por mejoras, si estas no existen a tiempo de la evicción” y Art. 792 C. civ. Ven.: “El poseedor de buena o mala fe no puede reclamar por mejoras, sino la suma menor entre el monto de las impensas y el mayor valor dado a la cosa”.

poseedor de mala fe tiene derecho a usucapir (prescripción veintenal)⁷⁴, el poseedor de mala fe goza de las acciones posesorias (Art. 782-786 C. c. Ven).

Con esto queda claro que para que la posesión produzca efectos jurídicos no es indispensable la buena fe; lo que confirma que el sintagma “buena fe” en materia de posesión no puede entenderse como norma o principio que manda (positivamente) a actuar “correctamente” en el ejercicio de los derechos, ni como *principio general del Derecho*, ni como principio deducible de la solidaridad constitucional. Esto es, tiene un uso claro y determinado como elemento legitimante para adquirir/ejercer ciertos derechos derivados de una situación de jurídica.

Estas breves consideraciones las hemos hecho con la intención de tener un punto de referencia para señalar la ambigüedad del sintagma “buena fe”, no sólo porque tiene una denotación diferente a la que puede otorgársele como principio general (a pesar de la reclamada uniformidad o bilateralidad del concepto buena fe [subjctiva/objetiva]), sino porque es un claro ejemplo que para el ejercicio de los derechos, al menos los derivados de la posesión, la buena fe es un factor determinante de efectos jurídicos, más no de antijuricidad⁷⁵ de su ejercicio⁷⁶.

74 V. KUMMEROW, Ob. cit., p. 332. Art. 1.977 C. civ. Ven.: “Todas las acciones reales se prescriben por veinte años y las personales por diez, sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe, y salvo disposición contraria a la ley”.

75 Cf. DE LOS MOZOS, José Luís: “Buena Fe”..., p. 804. Señala el autor que *mala fe* es más amplia que la culpa y el dolo y “no siempre entraña ilicitud, en sentido estricto, basta con que sea intención de obrar de modo diferente al Derecho, de desobedecerle”. El autor señala: “Por eso, el propio CARNELUTTI dirá que la culpa excluye tanto la buena como la mala fe”. También es asociada la buena fe a la *exceptio doli*, al respecto V. CATTANEO, Ob. cit., pp. 614 ss.

76 Sin embargo la doctrina señala, en atención a la reclamada unidad de contenido de la *buena fe*, que incluso en el caso de buena fe subjetiva estamos en presencia no solo de una *facultas* sino también de una *regula* “... al menos presunta, que diseña el ideal del comportamiento conveniente”. Cf. DE LOS MOZOS, Ob. cit., p. 792.

Una cosa del género ocurre en materia de compraventa, en el caso de venta de la cosa ajena *ex art.* 1483 C.civ. Ven, (*art.* 1479 C.civ. It), donde aplica la noción de buena fe *subjetiva* o legitimante, en el entendido que, p. ej., el comprador que actúa de buena fe, lo que es lo mismo, desconociendo que la cosa era ajena, goza de una situación ventajosa respecto de quien sabía que la cosa era ajena, situación ventajosa o más favorable que se resuelve en la reclamación de daños y perjuicios⁷⁷ (además de frutos, etc.), lo que ocurre también con las adquisiciones onerosas de bienes enajenados por el heredero aparente *art.* 1.001 C. civ. Ven.⁷⁸, donde se tutela y/o aventaja la ignorancia del comprador y la apariencia⁷⁹ de una situación jurídica⁸⁰.

En casos de saneamiento por evicción⁸¹, la buena fe, además de tutelar apariencias, prohíbe o impide que un sujeto obtenga provecho de una situación injusta. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el último aparte del

77 V. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *La venta de la cosa ajena*, Ed. Liber, Caracas, 2005, p. 87. Véase también AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Contratos y garantías. Derecho Civil IV*, 12ª ed., Ucab, Caracas, 2002, p. 212.

78 V. URDANETA, Ob. cit. pp. 98 ss.

79 Sobre la apariencia jurídica véase V. SACCO, Rodolfo, “Apparenza”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, I, 1987, pp. 353 ss., también V. FALCO, Ob. cit., pp. 137 ss. En doctrina venezolana V. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *Estudios de derecho inmobiliario-registral*, Ucab, Caracas, 2006, pp. 80 ss.

80 V. URDANETA, Ob. cit. pp. 40 ss. Ocurre lo mismo en materia de presunción de muerte (*art.* 436 C. civ. Ven.); adquisición de la cosa enajenada por el depositario cuando este era una persona incapaz al tiempo en que se efectuó el depósito (*art.* 1.755 C. civ. Ven.); en caso de pago de lo indebido cuando el *accipiens* enajena a un tercero de buena fe la cosa que recibió del solvens indebidamente en pago (*art.* 1.182 C. civ. Ven., en el mismo sentido, véanse también los arts. 1.183 y 1.184 C. civ. Ven.); en el caso de pago hecho al acreedor aparente que produce efectos liberatorios (*art.* 1.287 C. civ. Ven.); también la validez de los actos realizados por el mandatario del mandante aparente frente a terceros (arts. 1.707, 1.710 C. civ. Ven.); o el pago hecho al cedente por el deudor cedido no notificado validamente de la cesión (*art.* 1.551 C. civ. Ven.).

81 Sobre saneamiento y evicción V. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *Saneamiento y evicción*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006, *passim*.

art. 1.506 C. civ. Ven., resta validez a la estipulación por la cual el vendedor que conociera la causa de evicción se libertara de responsabilidad frente al comprador que ignorare la causa de evicción. Y muy similar es lo previsto en el art. 1.512 C.civ Ven., que obliga al vendedor que conociera la causa de evicción pagar al comprador que ignorase la causa de evicción, los gastos voluptuarias o suntuarios.

Otro caso como el artículo 1.507 C.civ Ven., desconoce ventajas (pérdida de la garantía) al comprador que conociera los riesgos de la evicción, e igualmente ocurre cuando el comprador, que por conocer la causa de evicción es condenado a pagar frutos al evincente, no puede reclamarlos al vendedor (arg. art 1508 C.civ Ven.). En caso de vicios ocultos⁸² la mala fe del vendedor actúa como agravante o atenuante de responsabilidad (arg. Arts. 1.522 y 1523 C.civ Ven.)⁸³.

La buena fe, en sentido subjetivo, es en ocasiones vinculada con el denominado principio de confianza o expectativa legítima o respeto de las situaciones jurídicas que crean en los particulares los órganos del Poder Público en el ejercicio de su competencia⁸⁴. Sin embargo, en esta materia podría decirse que son los órganos del Poder Público quienes deben ajustar su actuación a criterios de corrección respetando las legi-

82 Sobre el saneamiento por vicios ocultos V. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *Vicios redhibitorios y saneamiento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, passim.

83 Otros supuestos de buena fe subjetiva, no mencionados en el texto, son indicados por la doctrina venezolana LUPINI, Ob. cit., p. 39, nota n° 80, en los art. 170 (terceros adquirentes de bienes de la comunidad conyugal de buena fe), 173 (pérdida del derecho cónyuge, que dio causa a la nulidad, o del derecho de ambos, de participar en los gananciales), 556 (obligación del propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones u otras obras con materiales ajenos con conocimiento de ésta circunstancia, de pagar daños y perjuicios), 557 (en caso construcción o siembra en fundo ajeno), 1.035 (privación de beneficio de inventario por mala fe).

84 V. ANTELA GARRIDO, Ricardo, "Notas para el estudio de los derechos adquiridos y la confianza legítima como límites a la potestad normativa (A propósito de los artículos 119 y 122 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social)", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 16, enero/junio 2003, Caracas, Ed. Sherwood, 2003, pp. 7 ss.

timas expectativas de los ciudadanos (lo que nos acerca a la buena fe en sentido objetivo). Esto ocurre particularmente p.ej., en materia judicial donde se ha sostenido que los cambios de criterios jurisprudenciales no pueden vulnerar la seguridad jurídica y confianza legítima de los justiciables, y que opera precisamente como criterio legitimante para ser beneficiario de una situación jurídica de ventaja, a saber, la no oponibilidad o aplicabilidad del criterio jurisprudencial perjudicial⁸⁵.

Los anteriores ejemplos dan cuenta que los usos que de la buena fe se hacen en instituciones civiles y de antaño, desde la perspectiva de la buena fe subjetiva o legitimante, obedecen a la tutela de valores específicos, como la certeza del derecho, circulación de bienes, la paz social y el respeto de las apariencias, y no como principio general ni cláusula general que permita al juez realizar integración normativa.

Ahora bien, la doctrina afirma que “no todos los derechos para que su ejercicio sea *justo* necesitan de la concurrencia de la buena fe, sino *únicamente* cuando *otro* puede ponerse en el lugar del verdadero titular, sin serlo, o esperar de alguien con el que mantiene alguna relación, o cree mantenerla, confianza de un comportamiento. De ahí que el que *tiene* derecho no necesita de la buena fe, ni el propietario para obtener los frutos de la cosa, ni el contratante que ha prevenido la plenitud de los efectos del contrato, por ejemplo”⁸⁶, esto particularmente en materia de derechos reales, donde la buena fe juega un rol legitimante para la adquisición o disfrute de una situación de ventaja o favorable, que no tendrá quien actúe de mala fe.

85 Véase al respecto sentencia n° 578 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 30 de marzo de 2007, caso: *MARÍA ELIZABETH LIZARDO GRAMCKO DE JIMÉNEZ*. También en Ramírez & Garay, 2005, sobre el principio de buena fe o de confianza legítima. TSJ– Sala Político Administrativa. Tomo CCXXIII, 1016-05 a). Se ha sostenido que: “Los cambios de criterio no pueden vulnerar principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima del justiciable. Se anula la sentencia de la Sala Civil” V. TSJ – Sala Constitucional, Tomo CCXLI, 71-07, Ramírez & Garay. También V. TSJ – Sala Constitucional, Tomo CCXLII, 382-07, Ramírez & Garay.

86 Cf. DE LOS MOZOS, “Buena Fe”..., p. 792.

Ocurre otra cosa diferente en materia contractual, otro enfoque paradigmático desde el cual se concibe a la buena fe en los contratos (buena fe *objetiva*).

2. *La buena fe en el tráfico jurídico o buena fe objetiva*

Como pudimos observar brevemente con anterioridad, en materia de derechos reales (particularmente posesión) la buena fe tiene un uso bastante técnico y poco vago, sin embargo, no ocurre lo mismo en materia de contratos. En esta materia, la buena fe actúa como una *regula* o “regla” de comportamiento y como *standard* (o mejor dicho, propiamente como cláusula general) indeterminado que se deduce, esta vez sí, de un principio general (no ya de un principio general del Derecho, en el entendido de fuente material “subsidiaria” o de un principio general aplicable a *todo* el derecho) que ordena actuar correctamente, en contextos jurídicos de naturaleza patrimonial y de tráfico jurídico.

En materia contractual (y en general, en materia de relaciones patrimoniales), cuando se exige (en norma expresa o inexpressa) la actuación según las reglas de buena fe o de corrección (como establece el art. 1.175 del C. Civ. It.,⁸⁷ o el § 242 BGB⁸⁸) entiende la doctrina que “el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe, no sólo en lo que tiene de limitación y de veto a una conducta deshonestas (v.gr. no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v.gr., deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.)”⁸⁹, es decir, la actuación de buena fe es una clara norma (indeterminada) de conducta.

87 El art. 1.175 C. civ. It., establece al respecto: “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”. V. FALCO, Ob. cit., p. 3.

88 Establece el BGB en el § 242 se establece: “Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

89 Cfr. DE LOS MOZOS, José Luis: Buena Fe..., pp. 793-794.

Desde esta perspectiva, la buena fe tiene un contenido axiológico, que es reclamado en ocasiones en su vinculación necesaria a valoraciones ético-políticas⁹⁰ o a nociones más vagas aún como el “derecho justo” o “el ideal social”, criterios estos que no se diferencian mucho de un llamado general a la ética⁹¹. Como señala la doctrina, esta concepción de la buena fe termina confundándose con demás criterios elásticos, como la diligencia del buen padre de familia, las buenas costumbres, orden público o la equidad, vaciándose de contenido⁹².

Parece pues necesario determinar qué tipo de valoraciones pueden hacer los operadores en aplicación de la buena fe, debiendo nosotros acá insistir que es el contexto de las situaciones jurídicas que pretende regular lo que condiciona su aplicación. Así, si se analiza la buena fe contractual los valores que tienden a actuarse son: la fidelidad en el contrato, la lealtad recíproca, la tutela de la confianza, el respeto de las expectativas de los demás, la coherencia, la seguridad y rapidez del tráfico jurídico, en fin “una serie de fórmulas que tienen como finalidad garantizar la seguridad y la “credibilidad” en las relaciones intersubjetivas, en hacerlas dignas de confianza por parte de coasociados”⁹³.

Creemos que a la buena fe contractual debe ser atribuido un significado normativo menos amplio y más determinado que la distinga de otros conceptos también elásticos⁹⁴ (e incluso de la buena fe presente en otras áreas), de donde resulta que no puede considerarse a la buena fe como un criterio de corrección genérico y de solidaridad en las relaciones interindividuales, sino la específica lealtad que se impone entre dos individuos relacionados por un vínculo concreto de naturaleza particular⁹⁵. Esto marca la diferencia entre sujetos con un vínculo particular y suje-

90 V. DE LOS MOZOS, “Buena Fe”..., p. 792.

91 V. CATTANEO, Ob. cit., p. 621.

92 V. “Id.”.

93 V. CATTANEO, Ob. cit., p. 622.

94 V. CATTANEO, Ob. cit., pp. 618-619.

95 V. “Id.”.

tos que no están vinculados jurídicamente, siendo necesario que ambas situaciones sean reguladas por *standards* aplicados en medida diferente.

Los usos de la buena fe en materia contractual se dividen fundamentalmente en tres: 1) corrección en la formación de la voluntad contractual o formación de contrato (*V. arts. 1.337 y 1.338 C. civ. It.*⁹⁶), 2) interpretación del contrato e integración del contrato y 3) ejecución del contrato⁹⁷. Aunque resulta claro que la exigencia de buena fe contractual (objetiva/corrección) se diferencia de la consideración o percepción que se tiene de la buena fe subjetiva⁹⁸.

El enfoque común que sobre la materia se hace, parte o inicia de analizar la buena fe y su relación con la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*⁹⁹, de donde se deducen obligaciones a las partes tales como, p. ej.:

96 Establece el art. 1.337 C. Civ. It.: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”, mientras que el art. 1.338 C. Civ. It., establece: “La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza suo colpa, nella validità del contratto”.

97 El *Code Civil français* establece en su artículo 1.134: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”. En este sentido es expreso el art. 1.198 C. civ. Arg., que establece: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

98 V. LUPINI, Ob. cit., p. 40

99 En doctrina venezolana V. LUPINI BIANCHI, Luciano, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*,

a) no romper injustificadamente (“injusta causa de ruptura”¹⁰⁰) las tratativas en contratos paritarios, en cuyo caso la buena fe es entendida en sentido objetivo, como deber de lealtad en las negociaciones¹⁰¹ y de respeto de la confianza, recursos y tiempo que ha invertido una parte en la negociación de un contrato, así como haber renunciado a oportunidades más favorables¹⁰², dando lugar p.ej., según la doctrina a la indemnización del interés negativo¹⁰³; o b) cumplir con la obligación de información¹⁰⁴,

Nº 149/Nº 2, Caracas, passim. Sobre la discutida naturaleza de la responsabilidad precontractual en doctrina italiana V. FALCO, Ob. cit., pp. 104 ss., también V. CATTANEO, Ob. cit., p. 628, especialmente nota nº 52. En doctrina venezolana V. MADRID MARTÍNEZ, Claudia, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 143 ss. En doctrina argentina véase STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 45 ss., también CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTÍNEZ COCO, Elvira, “El moderno contenido de la responsabilidad precontractual a partir de las relaciones de consumo”, en AA.VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 410 ss.

100 Siendo admisible la “ruptura justa de las tratativas”. V. al respecto en doctrina italiana FALCO, Ob. cit., p. 40-42. En doctrina argentina CÁRDENAS y MARTÍNEZ, Ob. cit., pp. 413 ss., también ALTERINI, Ob. cit., pp. 329 ss.

101 V. RODRIGUEZ, Ob. cit., p. 431.

102 V. FALCO, Ob. cit., pp. 33 ss. El autor analiza una serie de casos relativos a la ruptura de las tratativas decididos por la jurisprudencia italiana.

103 V. CÁRDENAS y MARTÍNEZ, Ob. cit., p. 420.

104 V. ANDORNO, Luis O, “El deber de información en la contratación moderna”, en AA.VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 950 ss., también STIGLITZ y STIGLITZ, Ob. cit., pp. 24 ss. V. RODRIGUEZ, Ob. cit., p. 432. En Venezuela la buena fe se extiende a la relación existente entre franquiciado y franquiciante donde “...el franquiciante está en la obligación de suministrar informaciones adecuadas al potencial franquiciado sobre los distintos temas de la franquicia que le será concedida, que le permitan evaluar de justa manera el negocio que quiere iniciar” V. ANZOLA, J. Eloy, “El deber de buena fe en los contratos: ¿Puede el franquiciante competir con su franquiciado?”, en AA.VV., *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Coord. I. de Valera, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 347.

de confidencialidad¹⁰⁵, de colaboración y en definitiva de un comportamiento precontractual correcto y leal, donde buena fe significa v.gr., ser transparente, sincero y dar noticia de las circunstancias ignoradas por la otra parte y que pueden ser determinantes de su consentimiento¹⁰⁶, que determinen vicios de la voluntad¹⁰⁷, o que puedan determinar no contratar o hacerlo en términos diferentes.

El término buena fe precontractual, es entendido en sentido riguroso como buena fe *objetiva*, es decir, como deber positivo (indeterminado) de cumplir ciertas obligaciones (más que deberes) para con el futuro co-contratante; que tiene como fundamento el respeto de la confianza de quien tiene fe o legítimas expectativas en las tratativas o negociaciones que conducirán al eventual contrato¹⁰⁸.

Por otra parte, también aplica el sintagma buena fe al momento propio de formación de la voluntad contractual, a saber, en el intercambio de oferta y aceptación. Y más específicamente en la ejecución del contrato, donde según la doctrina autoral se manifiestan obligaciones implícitas¹⁰⁹ a las partes que no han sido previstas ni convencionalmente ni legalmente pero que en atención a la buena fe se “sobrentienden y que derivan del espíritu de colaboración que debe existir entre las partes”¹¹⁰, y que incluso pueden derogar las propias estipulaciones de los contratantes¹¹¹.

105 V. RODRIGUEZ, Ob. cit., p. 433.

106 V. FALCO, Ob. cit., p. 44 ss.

107 V. CÁRDENAS y MARTÍNEZ, Ob. cit., p. 415.

108 V. FALCO, Ob. cit., pp. 139 ss.

109 V. ALTERINI, Ob. cit.. p. 65., también V. FALCO, Ob. cit., p. 182.

110 V. RODRIGUEZ, Ob. cit., p. 433., señala el autor que: “Las más de las veces, las partes no se dan cuenta de su existencia, pues su cumplimiento deriva del comportamiento normal que las partes contratantes serias y honestas deben tener entre sí”. (p. 434). Sobre la casuística de la aplicación de la regla de buena fe en la ejecución del contrato en Italia V. FALCO, Ob. cit., pp. 177-259.

111 V. PALACIOS HERRERA, Oscar, *Apuntes de obligaciones. Versión taquigrafiada de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela. Año 1950-1951*, Maracaibo, Ediciones Centro de Estudiantes-Universidad del Zulia, 1982, pp. 229., obra

Lo que significa una ampliación del régimen de obligaciones, no expresado o regulado por las partes y que debe necesariamente ser integrado por el intérprete¹¹². Este último aspecto resulta bastante problemático, no por el hecho de resultar razonable o no el cumplimiento de una determinada obligación inexpressa, sino por la ausencia en muchos casos de la determinación o establecimiento del contenido concreto de la obligación incumplida y generada según el criterio o principio de la buena fe, que, en los sistemas jurídicos de tradición continental europea, puede justificar el desconocimiento de quien ha incumplido¹¹³.

También se circunscriben a la buena fe el deber (*rectius*: la obligación) de información¹¹⁴ (especialmente de circunstancias sobrevenidas),

reeditada recientemente como *Derecho de las obligaciones*, Librería jurídica Álvaro Nora, Caracas, 2013, p. 442.

112 Esto significa que la buena fe in executivis es la verdadera y auténtica fuente de integración del contrato. V. FALCO, Ob. cit., p. 181.

113 No obstante la jurisprudencia venezolana ha sido en ocasiones prudente al interpretar las llamadas obligaciones implícitas derivadas de la buena fe, en este sentido, respecto a los usos como elemento integrador de obligaciones no pactadas expresamente la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado: “Las partes no pactaron como una de las obligaciones contractuales de la del pago del “retroactivo tarifario inflacionario”, mal puede este Máximo Tribunal acudir al uso, para llenar un vacío con el objeto de determinar las consecuencias de una obligación inexistente, mediante el aludido mecanismo de integración del contrato”. V. Ramírez & Garay. TSJ - Sala Política Administrativa, Tomo CCXLI, 144-07.

114 Caso típico lo representa el contrato de seguro (art. 6 LCS), calificado como contrato de buena fe, pues en él se exige lealtad y sinceridad antes de la celebración (declaraciones exactas por el asegurado), durante su vigencia (no agravación del riesgo y notificación de su agravación), y después del siniestro (garantizar al asegurador la eventual recuperación de lo pagado). Al respecto V. MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Derecho de seguros*, Caracas, Ucab, 2013. pp. 330 ss. Una perspectiva crítica puede verse en MARMOL MARQUÍ, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestre*, 5ª ed., Caracas, Ediciones Liber, 2003, pp. 114 ss., quien afirma que “al decir que el seguro es de “buena fe”, en realidad no se dice nada, porque tal cosa parece suceder con todos los contratos, quienes utilizan la expresión luego se esfuerzan por justificarla con una serie de argumentos que lo único que demuestran es que el contrato de seguros, ni es de buena fe, ni puede serlo”, más adelante sentencia: “El seguro es un contrato de derecho estricto, sin más, con todas sus consecuencias”. En doctrina española V. BROSETA PONZ,

de custodia y conservación del bien debido, de secreto o confidencialidad, de tolerancia de incumplimientos que no perjudiquen sensiblemente el propio interés¹¹⁵, el deber (*rectius*: la obligación) de lealtad, que entraña, p. ej. la prohibición de contradicción e incoherencia (o mejor expresada en la máxima *venire contra factum proprium*¹¹⁶) y en general la posibilidad que en virtud de la ejecución del contrato se permita a la otra parte alcanzar los objetivos que son causa de la voluntad de contratar¹¹⁷, ejercicio correcto de la excepción *non adimpleti contractus*¹¹⁸, la actuación

Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, 11ª ed., Vol. II, España, Ed. Tecnos, 2003, pp. 326 ss. Sin embargo, no sólo el asegurador está llamado a cumplir el contrato conforme a la buena fe contractual, también el asegurador, V. Ramírez & Garay, Tomo CIV, 422-88, 1988, p. 460 ss.

- 115 V. FALCO, Ob. cit., p. 179. Véase también V. FALCO, Ob. cit., p. 206.
- 116 En doctrina italiana reenviamos al interesante trabajo de ASTONE, Francesco, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, Jovene Editore Napoli, 2006, passim., quien si bien identifica el tratamiento ha tenido la prohibición de comportamientos contradictorios con la buena fe, insiste en la necesidad evitar un círculo vicioso respecto a la prohibición de *venire contra factum proprium*, la buena fe y la tutela de la confianza (V. pp. 153-156).
- 117 V. RODRIGUEZ, Ob. cit., p. 441., quien afirma que el deber (*rectius*: obligación) en cuestión se intensifica en los contratos de cooperación como la sociedad, la franquicia, el contrato de distribución.
- 118 V. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp.21 y 127 ss., quien considera aplicable al derecho venezolano ex art. 1.168 C. civ. Ven., la exigencia de la oposición de la *exceptio* ajustada al principio de buena fe. En este sentido, es expreso el art. 1.460 C. civ. It.: “Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”. V. FALCO, Ob. cit., pp. 192 ss. En sentido similar se expide el § 320 de la BGB: “Einrede des nicht erfüllten Vertrags. (1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung. (2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung

de buena fe durante la pendencia de una condición (art. 1.358 C. civ. It), la buena fe y su relación con la *exceptio doli*¹¹⁹.

La obligación de buena fe contractual, afirma la doctrina autoral se extiende a la propia extinción del contrato, particularmente al modo de conclusión y a la prohibición de lo que en doctrina se ha denominado terminaciones *abusivas*¹²⁰ del contrato y a la obligación de cooperación “con la otra parte en restituciones u otras obligaciones pendientes luego de la extinción del contrato”¹²¹

En cuanto a la buena fe como criterio interpretativo del contrato, en Venezuela tal mandato se colige como norma inexpressa que encuentra fundamento en el art. 1.160 del C. civ. Ven., el cual si bien se refiere textualmente a la ejecución del contrato, es extendido en coordinación con el artículo 12 C.p.c. Ven.¹²², a la interpretación misma. Pero más que a la interpretación, debe entenderse verdaderamente como un criterio de integración contractual¹²³, que dicho sea, presenta no pocos riesgos; entre

nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen *Treu und Glauben* verstoßen würde”.

119 V. FALCO, Ob. cit., pp. 224 ss.

120 V. RODRIGUEZ, Ob. cit., p. 444. En materia de seguros V. Ramírez & Garay, Tomo CIV, 422-88, 1988, p. 460 ss.

121 V. “Ib.”, p. 445.

122 Establece la norma: “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. *En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe*”.

123 V. MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Ob. cit., pp. 422 ss. Señala el autor que “esta utilización del principio de la ejecución del contrato según ese concepto indeterminado a que alude la idea de «buena fe», subordina

ellos la re-escrituración y alteración de lo pactado en atención a la autonomía privada por el juez¹²⁴.

3. *Nuevas dimensiones de la buena fe: Perspectiva crítica*

Para parte de la doctrina el dogma de la autonomía ha adquirido una nueva dimensión ética a la luz de los deberes de buena fe y corrección y de los valores constitucionales¹²⁵. La buena fe “ha pasado de tener una función complementaria y accesoria, mediante la *integración* del contrato, a tener, en todos estos supuestos, una función principal, como corresponde a algo que se halla en el *fundamento* del contrato mismo”¹²⁶.

Particularmente esto ocurre en materia de responsabilidad precontractual, donde la buena fe, como regla de conducta precontractual tiende hoy día, por razones políticas, a determinar la validez de ciertos contratos (la llamada nulidad virtual). Ocurre respecto a las obligaciones del prestador de servicios de cara a los consumidores (protección precontractual del consumidor¹²⁷), en procura de subsanar el desequilibrio entre

en definitiva el poder de los particulares a darse ordenamiento según sus intereses particulares a la «justicia» de tal ordenamiento privado apreciado en su función social, lo que autorizaría una interpretación progresiva o evolutiva del contrato, paralela a esa de que se habla cuando nos referimos a la necesidad de una interpretación progresiva de la ley para ajustarla con el decurso del tiempo a las cambiantes circunstancias sociales y económicas”.

124 Véase al respecto en doctrina italiana la opinión crítica de SCOGNAMIGLIO, Claudio, “*Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (Verso una riscoperta della pretesa correttiva dell’interpretazione del contratto?)*”, en AA. VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, coord. S. Pagliantini, Torino, G. Giappichelli Ed., 2010, pp. 203 ss.

125 V. FALCO, Ob. cit., p. 3. V. MORELLO, Augusto M, *Contrato y proceso. Aperturas*. Librería Editora Platense/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 77 ss.

126 Cf. DE LOS MOZOS, “La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno”, Ob. cit., p. 884.

127 En materia de protección al consumidor se han dictado un gran número de normas denominada codificación “de nueva generación” V. FALCO, Ob. cit., p. 68., que han modificado el régimen de contratación tradicional que se fundamentaba sobre el concepto formal de igualdad, reconociendo y reparando las potenciales causas de asimetría contractual. Véase URDANETA FONTIVEROS, Enrique, “Orientación

sujetos desiguales (prestador del servicio/consumidor), donde la buena fe implica un modo de actuar con la finalidad de mantener el equilibrio en una relación asimétrica y que resuelve fundamentalmente en el deber de informar¹²⁸.

La discusión en la materia resulta importante, pues se afirma, como regla, que las normas de conducta, como la buena fe, no pueden generar nulidades¹²⁹. Esto muestra que la funcionalidad de la buena fe en la contratación, desde esta última perspectiva, se acerca, aunque no se identifica, con otras causas limitantes de la autonomía privada (v.gr.

ciones modernas en el derecho de daños”, en AA.VV., *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, coord. Irene de Valera, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp. 614 ss. En esta materia, podemos mencionar la Directiva 93/13 dictada por el Consejo de la Unión Europea el 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que en su artículo 3 define como cláusula abusiva: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, *pese a las exigencias de la buena fe*, causan un detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. La expresión buena fe empleada en el texto de la Directiva, ha sido objeto de debate en doctrina, particularmente italiana, que ha considerado una mala traducción del francés (*en dépit de l'exigence de bonne foi*) al italiano (*malgrado il requisito della buona fede*), y acogida en el art. 33 del *Codice del consumo* (d.lg. n. 206 de 6 de septiembre de 2005), lo que ha provocado diferentes opiniones acerca de si la norma se refiere a la buena fe subjetiva o a la buena fe objetiva, inclinándose por afirmar que la buena fe es un criterio determinante de la existencia de una cláusula es abusiva. V. “Ib”., pp. 70 ss. En este sentido el ordenamiento Venezolano, en la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de Bienes y Servicios (2010) en su art. 74, se establecía que eran nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión: “Establezcan condiciones injustas de contratación o gravosas para las personas, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y a la buena fe”. V. MADRID, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Ob. cit., p. 120 ss. Sin embargo, la Ley Orgánica de Precios Justos (2014), nada establece al respecto, con lo cual aquel peligroso criterio ha desaparecido. Véase art. 49.

128 En doctrina uruguaya V. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “La responsabilidad del empresario por el deber de informar” en AA.VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1997, pp. 931 ss. Véase también ALTERINI, Ob. cit., p. 147 ss., y p. 334.

129 V. NATOLI, Ob. cit., p. 311.

orden público y/o buenas costumbres), con una función correctora, o como norma imperativa de conducta y que se inscribe a su vez dentro de las reglas de validez de los actos jurídicos¹³⁰. Lo que a su vez significa una hiper-ampliación del alcance de la buena fe.

En este sentido, creemos necesario reafirmar que ampliar el alcance del concepto de buena fe lejos de producir buenos resultados, tiende a incrementar la inseguridad jurídica y certeza del derecho; pues como hemos podido mencionar, no son pocos los problemas interpretativos de un concepto heterogéneo como el de buena fe.

III. Conclusiones meramente aproximativas a un método para estudiar la buena fe en el Derecho

En síntesis, podemos concluir que la buena fe, estudiada como principio, no significa en todos los casos lo mismo; más aun, en temas como el relativo a la buena fe subjetiva no creemos que pueda hablarse de un principio del derecho ni de una cláusula general. Caso opuesto ocurre en materia de relaciones patrimoniales y específicamente de relaciones contractuales, donde la buena fe sirve como norma de conducta, cuyo alcance debe ser necesariamente reducido al contexto de las relaciones patrimoniales entre sujetos de derecho.

Las reclamadas nuevas dimensiones parecen confundir criterios de validez de los actos jurídicos con normas de conducta, las primeras generan nulidades y las segundas responsabilidad, con lo cual lejos de procurar una aplicación racional del derecho y del uso del lenguaje jurídico se genera una indudable multivocidad innecesaria, con el riesgo implícito

130 V. NATOLI, Ob. cit., p. 304, quien expone las diferencias de las reglas de validez y reglas de responsabilidad, especialmente nota n° 5, y la problemática que representa la nulidad del contrato en atención a la llamada *nulidad virtual de protección* en atención a la buena fe y como mecanismo de tutela del orden público económico. El autor insiste en la diferencia entre las reglas de validez de los actos jurídicos y las reglas de buena fe. Al respecto véase también CALVO, Roberto, "Il fondamento etico della nullità", en AA. VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, coord. S. Pagliantini, Torino, G. Giappichelli Ed., 2010, pp. 219 ss. En doctrina argentina V. ALTERINI, Ob. cit., p. 336.

de promover la inseguridad jurídica, que por cierto, también es un valor digno de tutela en cualquier ordenamiento jurídico.

No resulta conveniente pues atribuir a la buena fe un rol de redistribución de las riquezas, ni de protección del débil jurídico; más bien, la buena fe (objetiva) debe quedar circunscrita, dentro de los contextos que se han mencionado (dentro del ámbito de las relaciones patrimoniales entre individuos) a determinar las reglas del juego en las relaciones patrimoniales, según la honestidad y lealtad recíproca que deben existir en el tráfico jurídico.

Derecho y Sociedad: Las funciones del Derecho

Henrique Meier

Sumario

Introducción.

- I. La regulación.
- II. El control social.
- III. La integración.
- IV. La mediación Social. 1. *La mediación y las "piezas del Derecho"*.
2. *La función mediadora y el proceso de mediación: el juez como órgano social de la mediación.* 3. *La coacción o fuerza: La función policial.* 4. *Los operadores jurídicos o abogados.*

Conclusión: Los diferentes tipos de sociedades conforme al grado de presencia del Derecho como factor de regulación, control, integración y mediación social.

Introducción

El Derecho tiene su origen en una incuestionable necesidad humana de orden político, social e institucional, al igual que el Estado y cualquier forma de autoridad social y suprasocial. La naturaleza incompleta, precaria y menesterosa del individuo nos impulsa al encuentro con el otro ¹

-
- 1 Al decir el “otro” me refiero al diferente en lo biológico y lo psíquico: la mujer (hembra) en el caso del hombre, y éste (varón) en lo que respecta a la mujer. A riesgo de ser tildado de “homofóbico” considero que la atracción primaria entre los humanos es de naturaleza heterosexual, responde a la ley de conservación de la especie como la de cualquier otra del universo animal. Nacemos con una suerte de vacío que nos impulsa a buscar en ese “otro” el complemento al sentimiento de “incompletud”, de allí surge la pareja como primera forma de asociación. En la Biblia se haya simbólicamente representada en los llamados primeros padres Adán y Eva. Como bien se dice en el Génesis “varón y hembra los creo” Dios. Y de la pareja se origina la descendencia y con ella la familia. De la unión de familias surgen las tribus, los clanes, vale decir, las primeras formas de asociación. Y con la expresión plural “los otros” aludo al resto de los hombres y mujeres que trascienden al núcleo básico de la pareja. La condición de precariedad y menesterosidad del ser humano nos lleva a asociarnos con los “otros” para la búsqueda de los medios de subsistencia y para la defensa de la comunidad de otras comunidades rivales. Los estudios antropológicos han demostrado la naturaleza gregaria de los humanos. En la primera era, antes de la historia, vale decir, la prehistoria, que comprende el Paleolítico y el Neolítico, en los diversos continentes del Planeta se ha comprobado el hecho de la asociación, en un principio inconsciente como respuesta al instinto de conservación y luego consciente con la evolución de la cultura. Rodríguez Iturbe expresa ese rasgo antropológico desde la perspectiva de la concepción cristiana de la persona: *“Toda reflexión sobre el hombre tiene que partir de una ontología. El hombre es ser subsistente. Por ser persona es libre y responsable, participante en el orden del ser con una unidad que tiene conciencia de sí. Pero toda persona posee constitutivamente una religatio que hace referencia a Dios y a los demás hombres. Una antropología filosófica que prescindiera de semejantes supuestos sería totalmente estéril, porque es esta perspectiva la que nos permite valorar en toda su plenitud a la persona humana reconociendo a un mismo tiempo la dimensión comunitaria como constitutiva de su ser personal. Lo ontológico no puede definirse como algo social. Pero para explicar lo social, lo comunitario (carente en sí de sustancialidad, que es propia y específica de la persona) los presupuestos ónticos son necesarios. Porque el hombre es persona anteriormente a toda comunidad; pero personalidad —esto es, persona plenamente desarrollada— sólo puede serlo en y por la comunidad. El hombre, pues, existe en un marco comunitario. Y este hecho no puede llevarnos a dicotomías de raigambre idealista sino, justamente, a la superación de las dicotomías antinómicas. Nosotros, por ejemplo, no podemos compartir el criterio de Ortega según el cual la vida «personal» es «auténtica» y la vida «social» «inaauténtica». . . el ser hombre es un ser libre que despliega y realiza su libertad en un marco de existencia social. Lo social no es un accidente, no es un agregado; es, repito, constitutivo de su ser*

y los otros, a la asociación, única posibilidad que tiene la vida humana de no extinguirse y de mejorar los estándares de la calidad existencial individual y colectiva.

Pero, el hecho de la asociación, nuestra vocación gregaria, no implica la anulación de los impulsos antisociales. Coexisten en la persona como individuo y como grupo dos tipos de impulsos básicos de la conducta humana que se niegan, se contradicen, chocan, creándose una dialéctica terrible, dramática, que ninguna sociedad en el curso de la historia ha logrado superar: por un lado la sociabilidad, la asociatividad, la cooperación, la solidaridad, la empatía, la confianza, la generosidad, el altruismo, etc.²; por el otro, la insociabilidad, el individualismo a ultranza, el aislamiento, el engaño, el odio, la desconfianza, etc. Por un lado, la tendencia a la integración y la inclusión; por el otro, la tendencia a la desarticulación, a la exclusión. Tal es la compleja, dialéctica y contradictoria condición humana.

El Derecho emerge y se configura como un esfuerzo limitado para tratar de mitigar, controlar, mantener a raya los impulsos negativos del ser humano, prescribiendo conductas obligatorias, vinculantes, formula-

personal". Rodríguez, Iturbe, José (1977). "Historia y Política". En la obra colectiva *Sentido y Posibilidad. Clave para una interpretación social cristiana de la historia*. Fondo Editorial Irfes. Buenos Aires, pp. 163-164. Negritas mías.

- 2 Es lo que algunos autores denominan "capital social", es decir, el patrimonio ético-moral de una sociedad, un bien intangible que se manifiesta en conductas concretas que encarnan los valores antes mencionados. De la mayor o menor presencia de ese capital depende, sin duda, el grado de prosperidad, estabilidad y paz social de las diversas sociedades nacionales. El neoliberalismo radical y el estatismo socialista obstaculizan, por razones diferentes, la existencia y crecimiento de ese Capital. El primero, porque se inspira en un concepto extremadamente individualista del hombre y la sociedad que conduce al neodarwinismo social y económico de la selección implacable de los más capacitados, astutos y hábiles, o el sálvese quien pueda, la negación de la solidaridad humana; y el segundo, porque se fundamenta en la reducción del hombre a pieza estandarizada de un engranaje colectivo cuya consecuencia es el aislamiento del individuo, la pérdida de su conexión con los otros, de la asociación, la cooperación y la iniciativa social y comunitaria.

das con fundamentos en valores y principios en la ética de la convivencia pacífica³.

Dialéctica interminable la del Derecho: atribución de potestades estatales y control del ejercicio de esas potestades; garantía de derechos a los individuos y personas jurídicas y al mismo tiempo imposición de deberes y obligaciones; de intereses públicos, particulares y societarios; del Estado y el individuo, del Estado y la sociedad, de la sociedad y el individuo; búsqueda del equilibrio dinámico entre la seguridad jurídica y la justicia, el bien individual y el común.

Cometido harto difícil el de regular esa tensión entre opuestos para evitar, en lo posible, la anarquía, el caos siempre a punto de estallar en un orden que no puede dejar de ser contradictorio, dialéctico, en una sociedad como la nuestra, formalmente organizada (Constitución Nacional) como un Estado democrático de Derecho, es decir, una sociedad en la que las tensiones que producen esas contradicciones no deben, ni pueden ser suprimidas por el Estado, cual es el objetivo del actual régimen de poder, pues ello supondría la eliminación absoluta de la democracia, entendida como sistema de libertades públicas garantizado por el Derecho, a lo que se resiste la sociedad civil desde hace 17 años.

Y es que sólo en los regímenes de poder autoritarios, en particular las versiones extremas de los totalitarismos, se superan (aparentemente) esas tensiones al suprimirse brutalmente, uno de los componentes de la dialéctica político-social: la libertad, la autonomía del individuo, en nombre del mito de la unidad nacional, de la integración forzada de la

3 Esa es la concepción del Derecho que se inspira en la Doctrina de los Derechos Humanos, o Derecho justo, pues existen otras concepciones de lo jurídico como mero instrumento o medio al servicio de objetivos reñidos con la dignidad de la persona humana y sus derechos consustanciales, como por ejemplo, la idea nacionalsocialista, fascista y comunista de la ley. Las normas jurídicas son reducidas a instrumentos de la voluntad de poder del Estado representada en un partido único o en un caudillo, o en ambos a la vez. La ley para justificar la dictadura, la opresión, la detención, juicio y encarcelamiento de los disidentes del régimen, la privación de sus derechos fundamentales, su confinamiento en campos de trabajo y exterminio.

sociedad a partir de una pretendida identidad racial, religiosa, cultural, político-ideológica, que no admite, no tolera la existencia de todo lo que contradiga, se oponga y desmienta el espejismo de tal unidad.

Por esa razón, cualquier sociedad corre el riesgo de que las ideologías y los movimientos políticos autocalificados como revolucionarios, sean, en verdad, profundamente reaccionarios y motiven la nostalgia humana por la ancestral comunidad anterior a la historia: el paraíso perdido, la añoranza del bípedo en su hoy eterno de armonía total, en un mundo sin desgarros y angustias existenciales (el fracaso del proyecto de las comunas)⁴.

El Derecho como producto social, emerge y se configura históricamente en aquellas comunidades y sociedades en las que los factores tradicionales de integración y cohesión social como los mitos fundacionales, la pertenencia a una etnia o los vínculos de sangre, a la misma tierra o telúricos (comunidades primitivas), a una misma cosmovisión religiosa (sociedades medievales), o a una comunidad identificada con una ética

4 Vid Meier, Henrique. Las Comunas un despropósito descomunal. Disponible en <http://www.soberanía.org>. Es imposible imponer desde el poder mediante leyes y decretos organizaciones sociales comunitarias, pues una comuna es una forma social “espontánea” que surge cuando se dan en la realidad determinadas condiciones culturales sobre una base económica (modo y medios de producción) que se caracteriza por la plena identificación del individuo con el todo social; es más, la conciencia de la individualidad o identidad individual es sumamente precaria por la fuerza de la identidad comunitaria, lo que supone un sistema de creencias, mitos, símbolos, leyendas, compartido por el grupo, que se traduce en usos, prácticas y costumbres comunitarias: la totalidad de la vida se realiza en comunidad. La comunidad vive en cada uno de sus miembros, y por tanto, estos la reproducen en sus quehaceres cotidianos. Pero, cuando por razones culturales (económicas, políticas) las comunidades primitivas desaparecen como un modo de ordenación de la vida social y en su lugar surge una sociedad de diferentes al perderse la identidad común, ya no es factible por ningún respecto regresar al pasado. Por esa razón, cuando en la era estaliniana en la Unión Soviética se pretendió colectivizar la producción agrícola y la vida campesina, hubo una fuerte resistencia social por parte de los llamados “mujik”, resistencia que condujo a la “colectivización forzosa” con el consecuente genocidio del campesinado, especialmente en Ucrania.

compartida (sociedades antiguas), pierden tal carácter y por tanto, la función coercitiva garantizadora de la unidad política del grupo.

En ese sentido, lo jurídico comienza a separarse de los códigos religiosos, morales, éticos, sociales en general, y a adquirir especificidad propia, cuando el sentido de pertenencia a una comunidad de creencias y valores, mitos, símbolos, representaciones colectivas, costumbres, ritos, se resquebraja; cuando el sentimiento de pertenencia no basta para que la mayoría del cuerpo social cumpla con los códigos de conducta que definen tal pertenencia. En una palabra, cuando la sociedad se hace plural: pluralidad de individuos que se perciben autónomos, de grupos y clases sociales, de creencias religiosas, de ideas políticas, etc.⁵.

5 Por eso hablo de la “sociedad plural” o la “sociedad de los diferentes” para distinguirla de las sociedades antiguas y medievales y de las comunidades primitivas. No hago un juicio de valor acerca de si las sociedades modernas son más justas o libres que las pre-modernas, simplemente me limito a constatar una realidad irrefutable. Como señala Morin, las solidaridades tradicionales se han desvanecido con el advenimiento del individuo-autónomo, y eso no tiene marcha atrás, es un cambio cultural imposible de revertir en nuestro tiempo. Por tal motivo, los esfuerzos desde el poder para crear el “hombre nuevo” supuestamente comunitario y solidario terminan en un estruendoso fracaso, pues tras la formulación conceptual se esconde la intención de liquidar por completo la conciencia individual estatizando al individuo, convirtiéndolo en esclavo de una ideología para favorecer su manipulación por el poder. La “sociedad de los diferentes” no significa la desaparición total de formas de solidaridad. No podría negarse la existencia, aunque reducida, de comunidades en las que lo colectivo o comunitario tiene mayor fuerza y valor que lo individual (comunidades tribales en USA, Méjico y Centroamérica, América del Sur, especialmente en el Perú, las comunidades de gitanos). Por otra parte, la “sociedad de los diferentes” se caracteriza por las múltiples asociaciones voluntarias, es decir, basadas en la decisión libre y voluntaria de los individuos para conformar una organización con la finalidad de alcanzar objetivos comunes en los distintos ámbitos de la vida social. En fin, es también incuestionable el que la “sociedad de los diferentes” no puede ser gobernada sino mediante un sistema democrático que garantice la autonomía de la persona y de la sociedad respecto del Estado. Dicho en otras palabras: la democracia sólo puede darse en el contexto de una sociedad de diferentes o plural. Por ello, cuando en una sociedad nacional determinada el pluralismo sea un rasgo del tejido de las relaciones sociales, difícilmente puede implantarse un sistema político totalitario. Más temprano que tarde, como es el caso de Venezuela, la resistencia a la imposición de ese tipo de régimen de poder termina por liquidar esa pretensión aboliendo el régimen de poder sustentado en esa “ideología”.

Emerge, entonces, lo jurídico como el factor fundamental de conexión entre individuos que han perdido el sentido de pertenencia a una comunidad homogeneizada por un sistema de creencias y prácticas sociales compartidas de manera irreflexiva; en suma, cuando la comunidad ya no es dadora de una identidad plena, por su desaparición como forma social y su sustitución por una sociedad plural o sociedad de los diferentes que no implica la desaparición de una cultura básica común: lengua, tradiciones, costumbres, mitos, leyendas, el imaginario colectivo. Esto nos lleva que a abordar las diferentes funciones del Derecho en las sociedades contemporáneas.

I. La regulación

La regulación es una función propia a cualquier código de la conducta humana, incluyendo a los códigos de las comunidades primitivas expresados en tradiciones, costumbres, mitos, ritos y ceremonias ancestrales (la cultura comunitaria) internalizados en el fuero interno de cada individuo como creencias insusceptibles de dubitación, que imposibilitan establecer la separación entre la persona-individual y la persona-social o comunitaria.

Regular implica establecer cánones o parámetros para encauzar la conducta individual con la finalidad de que el grupo, comunidad o sociedad, ordene la dinámica de las relaciones humanas en una estructura cuya estabilidad básica, producto de la dinámica orden-desorden, organización-desorganización, integración-desintegración garantice, tópico reiterado, la reducción de la violencia, vale decir, una situación de paz pública o social razonable⁶.

6 Al decir paz pública “razonable” quiero significar que no es posible una sociedad de paz perfecta, pues los conflictos entre los hombres forman parte de la vida social. El objetivo de una sociedad jurídicamente organizada en Estado de Derecho es encauzar en lo posible esos conflictos por medio del arbitraje legal que implica, como se verá, el proceso de mediación que con arreglo a la ley realiza el tercero arbitral e imparcial para dirimir y decidir la resolución de la controversia: el juez, no importa si es un lego o juez de equidad, o un jurista o juez de oficio:

El objetivo del Derecho es regular las conductas humanas para que esa dialéctica se encauce dentro de límites que permitan una dosis razonable de seguridad y estabilidad (una estabilidad dinámica). Es así como la finalidad de la efectiva aplicación de las sanciones o castigos legítimos a los infractores del ordenamiento jurídico, es restaurar el orden social violado por las conductas antijurídicas.

Se entiende que ese orden tutelado por el Derecho (el ordenamiento jurídico) está constituido por el conjunto de valores y bienes socialmente compartidos (la vida, la integridad física y moral de la persona, la libertad, la seguridad, la propiedad, la justicia, la solidaridad, la buena fe, etc.). Y que las reglas de conducta exigibles por ese ordenamiento jurídico tienen por objeto proteger esos bienes y valores. De manera que la infracción a las normas implica violación al orden social. En consecuencia, si una sociedad nacional cualquiera aspira a un orden social básico, debe, por medio del Estado, reprimir y sancionar las conductas que perturban, alteran ese orden.

Y es que ninguna forma o modalidad de agrupación humana puede mantenerse como tal sin ese orden, pues si los individuos que la integran pudieren hacer lo que les viniera en gana, actuar a su antojo, apropiándose de los bienes de otros, o de los del grupo, agrediendo y asesinando a quien quisieren sin ningún control, en lugar de la sociedad se instalaría el caos, la anarquía y la guerra de todos contra todos, concepto ya mencionado, el temor de Hobbes que justifica la necesidad del Estado (Leviatán, el Estado como mal necesario).

El origen más remoto de un código de conducta lo encontramos en los diez mandamientos que según la Biblia Yahvé entregó a Moisés en dos tablas en el Monte Sinaí, y que el líder del pueblo de Israel en su travesía del desierto hacia la tierra prometida arrojó iracundo al descender de dicho Monte y percatarse de los actos de idolatría y desenfreno en los

funcionario del poder judicial; o en fin, la denominada “justicia alternativa” o la designación de profesionales del Derecho como árbitros por parte de las partes en conflicto.

que había degenerado la conducta de muchos hebreos. Si analizamos esos mandamientos no es difícil percatarse de su naturaleza social indirecta, ya que, aun cuando van dirigidos a la conciencia de cada hombre y mujer, tienen efectos sociales.

El fin u objetivo del “amar a Dios sobre todas las cosas” fue terminar y evitar, respectivamente, los actos de idolatría (el becerro de oro en la historia bíblica, la santería, los paleros y el babalao en la actualidad), el de “no robar y no fornicar” fue prohibir el robo de los bienes y las mujeres ajenas, y el de “no matar” prevenir la violencia, la guerra de unos contra otros en un pueblo requerido de disciplina y orden. Y a pesar de que dicho código no es jurídico en su sentido estricto, sino religioso, tuvo quizás mayor eficacia en ese tiempo que una ley jurídica actual en razón de la fuerza disuasiva de órdenes no humanas, sino escritas por el mismo Dios (el poder de la creencia, la fe en Dios y el temor al castigo eterno).

Ahora bien, lo que diferencia al Derecho de las normas reguladoras de otro cariz (religiosas, morales, éticas) son las notas de **coercibilidad, coacción y sanción externas**. La coercibilidad es la potencia consustancial a la norma jurídica de aplicarse aún contra la voluntad del obligado, o aplicación forzosa. La coacción es la realización de esa potencia externa y la sanción la imposición de un castigo legítimo (también externo) por parte de la autoridad coactiva (el Estado), al que infrinja la norma.

Esas tres características se manifiestan en tres momentos diferentes: el de la coercibilidad representa la “amenaza de sanción” al que, conociendo la norma y sus consecuencias, por ejemplo, la prohibición del homicidio, piense asesinar a alguien⁷. Se presume que la ley es objeto de conocimiento general por la publicación de su texto en la gaceta oficial. De allí el adagio o principio “*La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*” (Art. 2 Código Civil), que aplicado al campo penal se traduce en “*La ignorancia de la ley no excusa ningún delito o falta*” (Art.60 Código

7 “*El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años*”, Art. 407 Código Penal, a excepción de la situación de “legítima defensa”, Art. 65.3 de dicho Código.

Penal). Hasta tanto la ley no haya sido publicada no es exigible para los sujetos destinatarios de sus normas.

La finalidad de esa amenaza es disuadir de la conducta antijurídica (y por ende, antisocial) al potencial “transgresor”. Tal disuasión, poco efectiva en la sociedad nacional (93% de impunidad), tiene un objetivo preventivo: evitar las acciones u omisiones lesivas a los bienes sociales tutelados por el Derecho.

He aquí otra modalidad de la dialéctica jurídica y social: las normas sancionadoras aspiran prevenir las conductas cuya realización deben ser objeto de medidas represivas. De lo contrario, si la disuasión no funciona por la falta de aplicación de esas normas (la impunidad), se puede crear, que es lo que está pasando en Venezuela, una situación en la que el delito se va convirtiendo en parte de la vida cotidiana, en una “normalidad social” antijurídica⁸.

8 Uno de los motivos del estado de insurgencia ciudadana desde febrero a junio de 2014 fue la respuesta del sector social más consciente de sus derechos, en particular la vida, la libertad y la propiedad, ante la creciente inseguridad personal que afecta a la totalidad de la población, salvo a los integrantes de la “secta destructiva” y sus familiares (escoltas, vehículos blindados). Esa inseguridad tiene una causa: la perversa ausencia de políticas públicas preventivas y represivas del delito y la delincuencia, y la conchupancia del crimen organizado con el régimen de poder. Lamentablemente, en las protestas fueron asesinados 43 personas, en su mayoría jóvenes estudiantes, lo que ha provocado la desmovilización de la resistencia por el temor a la brutal represión de la dictadura militar. Sin embargo, en febrero de 2015 los estudiantes en el Estado Táchira volvieron a manifestar en forma pacífica, y nuevamente la dictadura militarista, corrupta y vinculada al narcotráfico asesinó a otros 6 estudiantes, uno de ellos en fona por demás despiadada, cruel y alevosa: Kluivert Roa, adolescente de 14 años que al salir de su liceo se encontró con una manifestación y ante la represión policial se escondió bajo un vehículo siendo perseguido por un miembro de la nefasta policía nacional bolivariana. El joven le suplicó a su verdugo que no lo matara, pero el asesino le disparó a la cabeza. Maduro, luego de aparentar pesar por la muerte de Roa dándole el pésame a sus padres, comentó que el adolescente asesinado pertenecía a una secta de la “derecha”, es decir, del “enemigo objetivo” del socialismo del Siglo XXI. Vid, <http://www.lapatilla.com>. Asimismo, artículo del suscrito “El concepto de lo político en Carl Schmitt”. Disponible en <http://soberania.org>.

La coacción, por su parte, es el momento de ejecución de los medios represivos para “aprehender” al presunto responsable de un delito: homicidio, robo, secuestro, fraude, extorsión. En los casos de homicidios, la aprehensión o apoderamiento del cuerpo del presunto o presuntos homicidas, a fin de garantizar su detención preventiva evitando la impunidad, compete a los órganos de policía instruidos al respecto por el Ministerio Público (Fiscales), a menos que tal detención proceda en casos de flagrancia cuando el autor del hecho criminal es sorprendido cometiendo el delito o en momentos previos o posteriores inmediatos.

Y en fin, la sanción es el momento culminante de la represión: la aplicación de una pena privativa de libertad mediante sentencia definitivamente firme dictada por la autoridad judicial penal, si al imputado por ese delito se le comprueba la culpabilidad (y por ende, la responsabilidad) en la comisión del homicidio, por ejemplo, luego del proceso de ley.

Ese momento también tiene un objetivo disuasivo, ya que de la eficaz actuación de los organismos que integran la administración de la justicia penal: policía, Ministerio Público, tribunales penales, sistema penitenciario, depende la mayor o menor impunidad de los hechos delictivos, y en consecuencia, la percepción individual y social de que el crimen es objeto de control y los criminales del castigo de ley.

Al respecto, piénsese en los gravísimos efectos para una sociedad en la que el 93% de los delitos quedan impunes. De cada 10 delitos conocidos por el “Estado”, 9.3 no son objeto de control represivo por varias causas: resistencia de los órganos de policía a investigar los hechos; negligencias en el proceso de investigación; fallas en la fase probatoria del juicio; liberación de los imputados por sobornos policiales y judiciales; contubernio entre las bandas criminales y las organizaciones policiales; utilización de la violencia criminal por parte del régimen de poder (la secta destructiva) para mantener en situación de angustia, zozobra, des-

amparo e indefensión a la población como estrategia para preservar el poder⁹.

Esa situación de impunidad generalizada, contraria a la paz y la convivencia civilizada, es la causa del constante aumento de la criminalidad en el país, y por tanto, la extendida percepción de inseguridad personal y social. No sería exageración decir que los asesinos, secuestradores y ladrones se pasean impunemente a la luz del día por las calles de las principales ciudades. Nada impide que se cometan delitos. No funcionan los medios preventivos y represivos. Por el contrario, esa grosera impunidad es un factor de estímulo para la criminalidad.

Las normas morales, éticas y religiosas carecen de esos rasgos, pues van dirigidas a la esfera interna de la persona, por tanto, su cumplimiento depende del grado de convicción personal, de aceptación voluntaria o inducida. Y en el caso de los convencionalismos sociales o las reglas del trato social (cortesía, etiqueta, buenos modales, etc.), aunque son normas externas cuyo objeto es la convivencia armoniosa del grupo, no son mandatos imperativos que puedan hacerse cumplir en forma forzosa mediante sanciones que afecten derechos básicos como la propiedad (multas) o la libertad (prisión), lo que sí es propio de la normatividad jurídica.

II. El control social

Es también una función común a cualquier código de conducta; es más, se trata de un objetivo fundamental de la regulación. Se regula para garantizar el control de la conducta humana en sociedad, y por ende, el orden social mismo. En este punto es necesario precisar que mientras la efectividad del control en el ámbito de la moral, la ética, la religión y las reglas del trato social, se halla a merced de la libre voluntad del individuo, la de la regla de conducta jurídica está articulada a la ejecución de los procedimientos y medios coactivos y sancionadores por parte del Estado.

9 ¿Cómo se explica que las cárceles del país estén controladas por las mafias criminales cuyos jefes son llamados “pranes”?

En los Estados totalitarios dicho control se realiza por medio del terrorismo y la ideología estatal. La supresión de la autonomía del individuo y la sociedad hacen superflua toda norma jurídica. Las leyes del totalitarismo son la pura expresión del poder ilimitado del Estado.

“La vida se hace pobre, solitaria, desagradable, brutal y corta por citar a Hobbes [nos dice el historiador Donald Rayfield] cuando en una sociedad se pierde el complejo juego de fuerzas que mantiene bajo control a los distintos poderes –el judicial, el Ejército, el Gobierno, la opinión pública, la religión, la cultura– y la anarquía y la tiranía a raya. Rusia y Alemania tuvieron poca fortuna de que un genio del mal –Lenin, Hitler– se hiciera del poder cuando una guerra mundial y una posguerra miserable dejaran a ambos países en ruinas”¹⁰.

Una población sojuzgada, aún con la aquiescencia de parte de la misma (la servidumbre voluntaria), manipulada por el sistema educativo y la propaganda falaz del Estado, en situación permanente de temor por la acción represiva de los organismos policiales y la amenaza de las medidas coactivas, no presenta problemas de desobediencia, tal como ocurre en Cuba desde hace 56 años.

Además, intervienen en el control social los individuos y grupos que conforman los “comités de defensa de la revolución” o contraloría social, mediante el espionaje y la delación (5 de los 11 millones 300 mil personas de la población cubana forman parte de dichos comités). En suma, la sumisión al poder se internaliza, se hace parte de la personalidad, de la estructura psíquica de un individuo que carece de la condición del ciudadano titular de una esfera de derechos oponibles al Estado¹¹.

10 Rayfield Donald (2002). *Stalin y los Verdugos*. Taurus. Colombia p. 14

11 Bobbio se refiere a esa característica inherente a la naturaleza del poder autocrático “...el espionaje es elevado a principio general de gobierno, a regla suprema no sólo de las relaciones entre gobernantes y gobernados, sino de éstos entre sí, de manera que el poder autocrático se basa en su capacidad de espiar a los súbditos, pero también en el servicio que le prestan los súbditos aterrorizados que se espían mutuamente”. Bobbio, *Teoría General de la Política*, opus cit. p. 432.

Pero, en la “sociedad de los diferentes” es imposible que los medios de integración del pasado puedan garantizar el control social. El Derecho se configura, entonces, como el único medio de control e integración social. Función que lo jurídico realiza al mediar en las relaciones intersubjetivas.

III. La integración

Es otra función común al Derecho, las reglas del trato social o convencionalismos sociales y la religión. No puede decirse lo mismo de la ética, preceptos morales que se resuelven en conductas personales concretas.

La ética no es integradora; por el contrario, puede aislar a las personas que, convencidas de determinados valores (honestidad, responsabilidad, autenticidad, etc.), realizan “actos reprochables” conforme a la mentalidad colectiva de un grupo, o de la mayoría de una sociedad, que no participa de las creencias expresadas en esas conductas¹². Ese es el caso de los “objetores de conciencia” que se niegan a cumplir determinadas prestaciones legales por razones éticas o religiosas, por ejemplo, desacatar el reclutamiento militar para no participar en un conflicto bélico. Ese tipo de conducta choca con el “sentimiento patriótico” de las mayorías.

Las reglas del trato social si son integradoras porque de su cumplimiento depende la aceptación del individuo en el grupo o clase social.

12 Es rasgo modal del venezolano medio la llamada “viveza criolla”, la astucia para sacar provecho personal aun a costa de los derechos ajenos y de la convivencia social. El moquete de “pendejo” en esta especial “cultura” se usa para calificar despreciativamente a la persona que rechaza esa viveza, que se atiene al cumplimiento de reglas asociadas a la preservación del orden en la convivencia. “Pendejo” por ejemplo, es el hombre o mujer que en un alto cargo gubernamental no se vale de esa posición para enriquecerse ilegalmente, o para utilizar los bienes públicos para sus fines personales. El “vivo”, y por ende, el que se ajusta a esa “cultura del abuso y la corrupción” es quien hace lo contrario. Por ello, no pocos comentan ante el súbito enriquecimiento ilícito de un banquero, o de un funcionario público: “tiene todo el dinero del mundo” y si alguien se atreve a señalar que esa riqueza es indebida, la respuesta no se deja esperar: “y qué importa, si no lo hace él, lo hace otro”.

Son códigos de conducta grupales que varían en el tiempo y en el espacio, se forman espontáneamente como el estilo de vestir, un determinado léxico, la manera de saludarse, el uso de tatuajes, etc. En ocasiones para ingresar a un determinado círculo social el interesado debe cumplir ciertos rituales, como ocurre con las pandillas de adolescentes en los barrios suburbanos de las grandes ciudades.

En las sociedades modernas, caracterizadas por el pluralismo cultural, la religión ha perdido esa función de integración que la caracterizó en la Antigüedad y el Medioevo. En las sociedades teocéntricas el poder de la Iglesia católica y la coerción que ejercía la amenaza del castigo eterno por el incumplimiento de los mandamientos judaicos-cristianos, no sólo era un medio de control social superior a las normas jurídicas, sino el factor fundamental de integración social. Además, el bautismo y la eucaristía constituían ritos ceremoniales por medio de los cuales la persona se integraba a la comunidad de fieles en Cristo.

En el contexto de las contemporáneas sociedades democráticas, pluralistas, abiertas, heterogéneas, el Derecho es la única ordenación normativa que puede asegurar la integración de individuos que pertenecen a diferentes clases sociales, profesiones y oficios, nacionalidades, culturas, cultos y religiones, ideologías políticas, costumbres y estilos de vida, en un orden social relativamente estable, seguro y pacífico.

Al extinguirse las culturas comunitarias, y transformarse la moral, la ética y la religión en un asunto de la conciencia individual, sólo el Derecho es susceptible de garantizar esa integración, y por tanto, el básico control que demanda la preservación del orden público.

Como bien lo expresa Chevallier en su magnífica obra, citada varias veces, el Derecho ocupa un espacio cada vez más importante en la vida social:

“...el paso por la norma jurídica aparece como indispensable para fijar algunos principios inalcanzables, estabilizar una situación, satisfacer pretensiones; el derecho tiende a convertirse en una «pana-

cea» al sustituir a los otros métodos de regulación para solucionar los distintos problemas de la sociedad. Se puede ver en esta extensión la expresión del malestar en las sociedades contemporáneas: ella traduciría el aumento de los riesgos, el sentimiento de inseguridad, el fracaso de los mecanismos de autorregulación social, el quebrantamiento del vínculo social; «el abuso del derecho» sería la marca de una «sociedad de desconfianza», en la cual cada uno necesita sentirse protegido por una trama de normas que reducen la incertidumbre. La judicialización creciente del vínculo social se traduce en el hecho de que, en adelante, el derecho debe regular las relaciones humanas que estaban regidas hasta entonces por métodos de regulación extrajurídicos o basados en la confianza»¹³.

En una palabra: en las sociedades contemporáneas occidentales el Derecho realiza una fundamental función de mediación en las relaciones sociales.

IV. La mediación

Es una función exclusiva de la normatividad jurídica por su alteridad y carácter externo, independiente de las convicciones individuales, aunque obviamente el grado de aceptación del Derecho coadyuva a su cumplimiento (la ética jurídica). No todas las relaciones sociales, los diversos y complejos intercambios humanos, son objeto de mediación jurídica. Ya hice referencia a los convencionalismos o reglas sociales que median los intercambios conforme a usos, prácticas y costumbres que carecen de las notas de coercibilidad, coacción y sanción. Esas reglas en las sociedades contemporáneas se han debilitado en extremo como consecuencia de la crisis del vínculo social (la cortesía, las buenas maneras, el decoro, la etiqueta, etc.).

También existen intercambios sociales directos y espontáneos, es decir, relaciones que no pasan por un canal de mediación, como ocurre

13 Chevallier, opus cit, p. 198.

con los vínculos afectivos entre amigos, amantes, hermanos, padres e hijos, etc.

En el ámbito de las relaciones sociales jurídicamente relevantes es impensable la ausencia de mediación, pues la sola existencia de la norma que regula ese tipo de intercambios, es indefectible demostración de que toda relación jurídica es mediada, no es ni directa, ni espontánea.

1. *La mediación y las “piezas del Derecho”*

La Teoría de las “piezas del Derecho” planteada por los juristas españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Maneiro¹⁴, tiene la virtud de enfocar al Derecho como un sistema complejo integrado por diferentes piezas o elementos, de los que depende su operatividad o función social. Se trata de un enfoque básicamente sociológico que prescinde de consideraciones normativistas y axiológicas.

No importa cuál sea el “contenido” del Derecho en una sociedad concreta, ni si el mismo se expresa en normas escritas dictadas por un parlamento o por el poder gubernamental (Derecho Legislativo), por jueces (Derecho judicial), o por la propia sociedad (Derecho consuetudinario). Lo decisivo es la presencia de los elementos o datos objetivos que permitan constatar que lo jurídico es factor y proceso de regulación efectiva de las múltiples relaciones sociales, en particular en las situaciones de conflictos o controversias de intereses contradictorios.

Partiendo de la premisa, basada en constataciones científicas (antropológicas, etnológicas), de que el Derecho no es consustancial a cualquier modalidad histórica de vida social, ya que han existido, y todavía aún existen tipos de sociedad en las que ese dato social está ausente, los mencionados autores se refieren a las llamadas “piezas” o elementos que prueban la presencia de lo jurídico en una determinada sociedad inde-

14 Atienza, Manuel y Ruiz Maneiro, Juan (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*. Ariel. Barcelona.

pendientemente de su ubicación o localización en las diferentes etapas de la Historia.

El axioma que afirma que lo jurídico es un factor o componente innato a toda comunidad humana es falso, lo que sí forma parte de la existencia misma de cualquier comunidad, sociedad, grupo, es la presencia de reglas de conducta, de códigos de comportamiento humano, punto antes destacado, pues esos códigos integran el orden social mismo. No cabe la posibilidad de una estructura de relaciones interindividuales permanentes sin un orden determinado.

La idea de una sociedad sin clases, sin Estado (autoridad), sin leyes, donde el hombre, libre al fin de la alienación del último de los sistemas históricos de explotación: el capitalismo, recobraría su plenitud y se autodeterminaría en libre asociación unos con otros, no es más que una utopía (Marx).

Ya la historia ha demostrado lo que ocurre en aquellas sociedades convertidas en laboratorios sociales de experimentación del socialismo marxista (leninista, estalinista, maoísta, castrista). La supuesta explotación de los trabajadores por los dueños de los medios de producción, es sustituida por la muy real explotación de la sociedad entera por parte del Estado, a excepción de la clase política y burocrática dominante¹⁵.

Lo contrario del orden social es la anarquía, y ésta es siempre una situación transitoria en determinados momentos de agudas crisis políticas, sociales e institucionales, pues no es factible la convivencia humana en medio de la anarquía y el caos. El ser humano, individual y colectivamente, tiende a crear un orden, necesidad antropológica asociada a la

15 Por ello, en otros puntos de estas Anotaciones he destacado que la denominado “Dictadura del Proletariado” es en la realidad histórica una “dictadura sobre el proletariado”, considerando que en poco tiempo el poder totalitario proletariza a la población entera: despoja las clases propietarias de sus bienes de producción y personales mediante confiscaciones, e impide que los proletarios se conviertan en propietarios por medio de la estatización de los medios de producción y la eliminación de los derechos económicos asociados a la producción de riquezas: la iniciativa privada, la libertad de empresa, trabajo, arte, profesión y oficio.

seguridad¹⁶. Nadie podría vivir en la inseguridad absoluta, el no saber a qué atenerse. Y el orden supone forzosamente unas reglas de convivencia expresivas de un sistema de valores y creencias colectivas, y una estructura de autoridad con capacidad para hacerlas cumplir.

Ahora bien, esas reglas no necesariamente son jurídicas, como tampoco la función mediante la cual las mismas se cumplen es una función jurídica. Comunidades han existido y aún existen de manera excepcional en nuestros días viviendo en un tiempo pre-histórico o si se quiere sin conciencia del concepto de la historia como devenir: pasado, presente y futuro¹⁷. Comunidades herméticas, cerradas, en las que los códigos

16 El despertar de la conciencia es el descubrimiento de los riesgos de la vida, el azar, lo fortuito, lo impredecible, lo desconocido. El ser humano teme por su vida (temor a la muerte), por su salud (temor a las enfermedades), por su subsistencia (temor al hambre, a la miseria), por su integridad física (temor a la agresión externa), por su satisfacción sexual y afectiva (temor a la soledad), por la extinción de su estirpe (temor a no dejar descendencia), por su reconocimiento social (temor al anonimato y a la indiferencia del grupo), por su vigor (temor a la vejez), por su legado espiritual después de la muerte (temor al olvido total), por lo que le espera más allá de la muerte (temor a lo desconocido). Esos temores, unidos a los instintos o impulsos genéticamente articulados a la conservación de la vida (búsqueda del alimento para satisfacer el hambre, a la pareja para satisfacer el deseo sexual y la necesidad de la procreación, creación y ejercicio de los medios para defenderse de las agresiones de los otros y de la hostilidad del medio natural), son la causa inicial de la Sociedad, la Economía, la Política, la Ciencia, la Técnica, el Arte, la Religión, la Ética y el Derecho. Esta última afirmación se apoya en la antropología en su carácter de ciencia general del fenómeno humano, la que, a diferencia de las ciencias que estudian dicho fenómeno dividiéndolo en partes inteligibles por sí solas, integra a la historia, la psicología, la sociología, la economía, el derecho, la política, la filosofía, etc., no como partes independientes, sino como componentes o planos de un fenómeno global. Y la antropología nos demuestra que es un rasgo común a la especie humana la búsqueda de seguridad contra todos esos riesgos y desafíos inherentes a la vida o existencia del individuo, de todos los individuos, de cada individuo: muerte, accidentes, enfermedades, pobreza, soledad, desamparo, vejez. Vid, Meier, Henríque (2003). *Seguridad, Estado, Sociedad y Derecho*. Ediciones Homero. Caracas.

17 Para quienes vivimos en el tiempo cultural de la modernidad es harto difícil entender la concepción cíclica del tiempo en la que no hay una separación tajante entre presente, pasado y futuro; por el contrario, el tiempo es "cíclico" y por ello no existe un devenir continuo y lineal: un ayer, un hoy y un mañana. Las celebraciones rituales, las fiestas colectivas, reproducen cíclicamente el mito fundacional de la comunidad. Por ello, en las culturas comunitarias tampoco existe la idea del

de conducta se materializan en costumbres y tradiciones ancestrales; se imponen al individuo por el peso, la presión y la coacción inconsciente del todo comunitario.

La comunidad vive dentro de cada individuo; cada individuo en todos sus momentos existenciales reproduce las creencias comunitarias. No existe separación entre individuo y comunidad, pues se carece de conciencia de identidad individual o personal. La vida en su totalidad es comunitaria: el trabajo, el uso de los bienes de producción y consumo, las relaciones sexuales y afectivas, las fiestas, ritos y celebraciones. En ese contexto cultural los códigos de conducta contienen de manera indiferenciada elementos religiosos, económicos, estéticos, etc.

En la antigua Grecia ordenada políticamente en la Polis, el factor o elemento integrador y cohesionador lo fue la ética, en particular en las etapas de la democracia, cuando no se dio la separación entre gobernantes y gobernados: los ciudadanos griegos (excluidas las mujeres, los esclavos, los extranjeros), reunidos en asamblea, discutían y resolvían los asuntos de la ciudad. Integrados por un mismo concepto y estilo de vida, por una ética común: la del buen ciudadano, las leyes de la ciudad más que jurídicas eran morales (éticas).

Careciendo de una organización del poder separada de la comunidad (Estado), los griegos cumplían las reglas de conducta por ellos mismos aceptadas de manera voluntaria y espontánea. Ejemplo patético de ese rigor ético es el ejemplo de Sócrates. Acusado de corromper a la juventud, prefirió el suicidio (la cicuta) que el extrañamiento de Atenas

“progreso”. En la idea del eterno retorno hasta el mismo espíritu vuelve a empezar. En la primera circularidad aparece un *tiempo mítico* que se caracteriza por la ausencia de valor de la temporalidad. Tal fue uno de los rasgos culturales de los primeros pueblos. Con la sacralización de la naturaleza surgen los mitos fundacionales que caracterizan a las primeras grandes culturas. Los egipcios y los mayas culminaron con una historia marcada por los tiempos de la naturaleza y la magia expresados en sus propios calendarios.

que le había sido propuesto sus amigos como alternativa, pues para él la ética de la Polis se hallaba por encima de su persona individual¹⁸.

En la Antigüedad y el Medioevo cristiano, aunque puede hablarse de manifestaciones de lo jurídico, en verdad el factor religioso operó como elemento de mayor integración y cohesión que las leyes jurídicas. En pocas palabras, en sociedades teocéntricas, punto anteriormente destacado, los códigos religiosos cumplieron la función que hoy realiza el Derecho en las sociedades modernas. El temor de Dios, la amenaza de los castigos eternos por la infracción de los mandamientos de Dios y de la Iglesia, tenía mayor poder de coerción que las normas jurídicas de las ciudades autónomas, los reinos territoriales, los feudos y las corporaciones gremiales¹⁹.

18 Sócrates (470 a 399 AC), murió a los 70 años de edad, aceptando serenamente esta condena dictada por un tribunal que le juzgó por no reconocer a los dioses atenienses y corromper a la juventud. Según relata Platón en la Apología que dejó de su maestro, éste pudo haber eludido la condena, gracias a los amigos que aún conservaba, pero prefirió acatarla y morir. Es un ejemplo histórico de ética y conciencia crítica, prefirió la muerte a abdicar de sus ideas. Fue víctima de una injusticia basada en una mentira. El magnífico pensador no corrompía a la juventud, enseñaba a los jóvenes el método del “conoce a ti mismo”, es decir, de pensar por propia cuenta. Si hubiere vivido en la época del nacionalsocialismo en Alemania, del Comunismo Soviético o de la Cuba desde hace 56 años, hubiere muerto en un campo de concentración o de exterminio, o fusilado.

19 Al respecto, resulta interesante citar un párrafo de la última novela de Dan Brown, *Inferno*, autor, asimismo, del *Código de Da Vinci*, que se refiere al poder de intimidación de la obra cumbre de Dante, *La Divina Comedia*: “Considerada una de las obras más importantes de la literatura mundial, el *inferno* fue el primero de los tres libros de Dante Alighieri, un poema épico de 14.233 versos que describía su brutal descenso en el *infra mundo*, el tránsito a través del *purgatorio*, y la llegada final al *paraíso*. De las tres secciones de la *Comedia* –*Inferno*, *Purgatorio* y *Paradiso*–, la primera era de lejos la más leída y memorable. Compuesto a principios del siglo XIV, *Inferno* redefinió la percepción medieval de la condena eterna. Nunca antes el concepto del *infierno* había cautivado a las masas de un modo tan intenso. De la noche a la mañana, la obra de Dante convirtió el concepto abstracto de *inframundo* en algo aterrador. Era una visión visceral, palpable e inolvidable. No sorprende que, tras la publicación del poema, las iglesias católicas disfrutaran de un importante incremento en la asistencia de pecadores aterrados que querían evitar hacer en la versión del *averno* que había concebido el poeta florentino”. Brown, Dan (2013). *Inferno*. Ediciones Planeta, Caracas, p. 81.

De modo que el Derecho es fundamentalmente un producto de la modernidad. Para ser más precisos, –punto antes señalado–, es con la modernidad cuando lo jurídico adquiere fisonomía propia, se separa de la religión y la moral, se autonomiza, aunque muchos de sus valores (lo jurídico tiene un dimensión axiológica) son de carácter meta jurídico, provienen del mundo religioso y moral (por ejemplo, la prohibición de dar muerte a otro, salvo los casos de la legítima defensa y el estado de necesidad).

Prescindiendo de esa constatación histórica, la “teoría de las piezas del Derecho” se basa en un dato incontrovertible de la realidad social: la presencia de lo jurídico en las sociedades nacionales no es idéntica, ni uniforme, es decir, hay sociedades con mayor grado de juridicidad que otras²⁰. Sin embargo, al margen de la mayor o menor organización jurídica de un Estado y una sociedad, es menester la existencia de unas “piezas” básicas o fundamentales para identificar a lo jurídico de manera inequívoca.

2. *La función mediadora y el proceso de mediación: el juez como órgano social del proceso de mediación*

El que en una comunidad o sociedad existan reglas sociales de conducta que incluso puedan ser aplicadas por la fuerza por el individuo, élite o entidad institucional que asume y ejerce la autoridad suprema o superior del grupo (coacción), no implica necesariamente que esas reglas (escritas o consuetudinarias) constituyan Derecho. Lo jurídico, si bien requiere de normas (momento normativo), es mucho más que eso. Es un proceso complejo, una función social.

20 Para el discurso jurídico prevaleciente en las escuelas de Derecho de las universidades del país, basta que en cualquier sociedad nacional exista un ordenamiento jurídico para aseverar la existencia de lo jurídico. Ello responde a la concepción formalista y positivista del fenómeno jurídico limitada a la dimensión formal normativa de este dato de la vida social, de innegable complejidad como cualesquiera de los otros que integran la estructura de las relaciones sociales: lo político, lo económico, lo institucional; lo cultural en suma.

De modo que sólo podemos postular la presencia del Derecho en una sociedad cuando en ella se realiza permanentemente un proceso o función de mediación, es decir, cuando los inevitables conflictos y desacuerdos entre los individuos se resuelven por medio del Derecho, bien que las normas se apliquen en forma extra-judicial, conforme al acuerdo convenido entre las partes, o bien mediante la intervención de un tercero arbitral, de una instancia imparcial que decide el conflicto con fundamento en normas previas (escritas o consuetudinarias), o creadas ex novo con base en su propio criterio de justicia y de equidad en el supuesto de que para el caso concreto no existan normas previas aplicables.

Ese tercero arbitral es el juez aunque no se le llame así. Puede ser un juez institucional o funcionario del Estado, o un juez lego o de la comunidad como ocurre con los llamados jueces de paz. Puede ser la persona considerada como la más sabia en una aldea, o una junta de ancianos. No importa la forma o modalidad de la instancia que realiza la mediación (juez unipersonal o colegiado, profesional o lego, juez de Derecho o de equidad, estatal o de la comunidad); lo decisivo es la existencia de la mediación.

Las normas o reglas adquieren la cualidad de jurídicas en ese proceso de mediación que hoy denominamos “función judicial” y que ha sido monopolizada por el poder del Estado (la estatalización de la administración de la justicia). Sin ese proceso o función las normas son “potencialmente” jurídicas, pero si no se aplican en ese proceso son reglas inútiles. El “Derecho vivo” es el que realiza ese proceso de mediación. Esta es la primera pieza del Derecho.

Cabe destacar que en el proceso de mediación el tercero arbitral ha de resolver la controversia de conformidad con normas previas conocidas por los actores de tal controversia y la comunidad en general (principio de seguridad jurídica). La decisión no debe basarse en el puro arbitrio del juez, pues la justicia es contraria a la arbitrariedad.

Sólo cuando no existan reglas jurídicas previas aplicables al caso (escritas, consuetudinarias, o creadas judicialmente en la solución de casos semejantes, o el llamado precedente judicial: Derecho legislado, Consuetudinario y Judicial), el juez queda habilitado para decidir creando una regla para la situación específica con fundamento en los principios generales del Derecho que forman parte de la comunidad de valores jurídicos de la sociedad de que se trate (entre tales, el principio de la equidad).

Algunos de esos principios forman parte del Derecho positivo, como por ejemplo, *“La ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial, o desde la fecha posterior que ella indique”*(Art. 1 CC)²¹; *“La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”*(Art. 2 CC); *“No podrán cobrarse impuesto, tasa, ni contribución que no estén establecidos en la ley”* (CN, Art. 316, Principio de legalidad tributaria); otros, aunque no hayan sido positivizados en ley alguna, integran la comunidad de valores jurídicos de la sociedad de que se trate, que todo juez debería conocer (Por ejemplo, el mencionado principio de la equidad).

Por otra parte, para que el proceso de mediación sea eficaz es imprescindible que las partes (los actores del proceso) respeten y cumplan la decisión del juez. Si esa decisión es resistida es necesario que entre en juego otra de las piezas del Derecho: la coacción o fuerza al servicio de la administración de justicia.

3. *La coacción o fuerza: La función policial*

Lo ideal para que opere el Derecho como factor de mediación de las relaciones sociales a fin de reducir en lo posible el uso de la violencia privada en la resolución de las disputas, es que los sujetos que solicitan la intervención del tercero arbitral (juez), acaten voluntariamente su decisión. Es decir, que en la sociedad exista un grado razonable de **ética jurídica** o el convencimiento por parte de la comunidad en general y de quienes acuden a la instancia judicial, del bien social o colectivo que se

21 CC: Código Civil; CN: Constitución Nacional.

deriva del cumplimiento espontáneo del ordenamiento jurídico y de las decisiones judiciales.

Pero, si ese principio ético no funciona, la garantía de la preservación del orden social y de protección o tutela de los derechos de las personas naturales y jurídicas, implica la puesta en práctica de la fuerza legítima del poder público (Estado)²² para hacer cumplir tanto el ordenamiento jurídico general de la sociedad como las decisiones concretas de los órganos de la administración de justicia.

Esa fuerza legítima es la que ejercen por los medios que le confiere la ley los órganos de seguridad pública y ciudadana comúnmente conocidos como policía (la función policial). Es por esa razón que se dice que las normas jurídicas, a diferencia de las morales, éticas, religiosas y sociales, son coercibles, vale decir, potencialmente aplicables por la fuerza, aun contra la voluntad de los obligados.

Y es lo que explica el deber constitucional de toda persona de cumplir y acatar la Constitución, las leyes de la República y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público (Art. 131 CN).

De lo contrario, si el Derecho no fuere coercible y por tanto, de posible de aplicación por la fuerza (coacción), no sería tal, no operaría como medio o instrumento para garantizar el orden, la paz social o convivencia

22 En el país desde hace 16 años la denominada fuerza o violencia “legítima” del Estado que deriva del monopolio de los medios institucionales y recursos físicos para ejercer la función represiva, así como de la prohibición a las personas y grupos de hacerse justicia por sí mismos, ha venido paulatinamente perdiendo legitimidad. Los organismos de la policía nacional: la Guardia Nacional, hoy denominada cínicamente “Guardia del Pueblo” y la Policía Nacional Bolivariana, son utilizados por el otrora Estado para reprimir las protestas y manifestaciones de calle por parte de ciudadanos indefensos. Se trata de un auténtico “terrorismo de Estado” recomendado por los hermanos Castro a quien funge de Presidente de la República, el tal Nicolás Maduro “El Ilegítimo”. En esa política del terror intervienen también los colectivos armados por el régimen, grupos de notorios delincuentes sacados de las cárceles y de los antros del crimen para asesinar impunemente al pueblo democrático.

pacífica y la justicia. Cuando lo jurídico, por múltiples causas, no realiza esa función, en su lugar emerge la violencia privada, la anarquía y el caos social, o la acción brutal, desmesurada de la fuerza estatal pura sin límites jurídicos (Estado totalitario)²³.

En lo referente a las decisiones judiciales es conveniente subrayar que la autoridad del juez es estrictamente declarativa. El juez decide quien tiene el mejor derecho en el caso controvertido y acuerda los medios para la ejecución de su sentencia; pero carece de los recursos del poder físico o material para hacerla cumplir en situaciones de resistencia o rebeldía. Debe acudir al auxilio de la fuerza pública.

4. *Los operadores jurídicos o abogados*

En la medida en que las relaciones sociales se fueron haciendo complejas, con la consiguiente diversificación y especialización de las normas jurídicas, en las sociedades nacionales surgió el oficio del abogado o experto en leyes y jurisprudencia cuya función es representar los derechos e intereses de los individuos y organizaciones sociales, tanto en juicio o relaciones litigiosas (juez), como fuera del proceso de mediación por ante el tercer arbitral (arreglo extra-judicial).

23 Chevallier en su obra destaca la tendencia hacia un derecho flexible característico de las sociedades postmodernas. Señala que esa flexibilidad se constata en el “reflujo” de los elementos de coacción y de unilateralidad del Derecho moderno. En su concepto, más que recurrir a preceptos jurídicos tradicionales, se tiende a recurrir a técnicas más flexibles, propias de una “dirección jurídica no autoritaria” de las conductas: los textos indican “objetivos” por alcanzar, fijan “directivas” por seguir, formulan “recomendaciones” por respetar, pero sin darles fuerza obligatoria. En ese sentido, la norma no tiene carácter imperativo y su aplicación depende no de la sumisión sino de la adhesión de sus destinatarios. ¿Se trataría de un auténtico Derecho?, ¿Qué ocurriría si luego de adherirse a las normas sus destinatarios no la cumplen? ¿Cómo se garantizaría la eficacia de ese Derecho? Hay que recordar que en el clásico Derecho contractual el contrato es ley entre las partes que han suscrito el acuerdo en forma voluntaria, y que en caso de incumplimiento por una de ellas, la otra tiene el derecho a demandar la ejecución del convenio mediante acción judicial. En algunos casos incluso se establecen cláusulas de penalización. Tengo serias dudas acerca de la naturaleza jurídica de esas leyes flexibles. Vid, Chevallier, Jaques, opus cit, p. 246-247.

La complejidad, ampliación y especialización del ordenamiento jurídico exigió de un conocedor de ese ordenamiento y de las estrategias del debate procesal en el proceso de mediación, pues en la generalidad de los casos el individuo común carecía y carece de esa sapiencia y experiencia.

Asimismo, en las sociedades actuales el individuo no tiene disponibilidad de tiempo para atender las causas o juicios en los que actúe en condición de demandante o demandado, acusador o acusado. Los procesos se prolongan por años, ya que el debate judicial no se caracteriza precisamente por su sencillez. Los procedimientos son engorrosos y lentos. La lucha por la subsistencia, el trabajo, consume la mayor parte del tiempo de la persona.

El productor, el trabajador, el comerciante, el profesional, el artista, el artesano, comprometido su tiempo vital por el quehacer económico (el hombre económico), no pueden dedicarse a defender sus derechos e intereses en casos de controversias intersubjetivas. Además, el crecimiento y diversificación de las actividades de la esfera económica (producción, importación, exportación, distribución, comercialización y consumo de bienes y servicios) y el desarrollo de nuevas tecnologías utilizadas en ese ámbito, plantea la necesidad de leyes regulatorias cuyo contenido técnico hace cada vez más difícil de entender e interpretar por los legos en Derecho (derecho tributario, laboral, agrícola, industrial, de las telecomunicaciones, ambiental, comercial, de la propiedad intelectual e industrial, bancario y financiero, petrolero, minero, etc.).

En ese entorno social, los individuos y empresas (personas naturales y jurídicas) se ven forzados a delegar la defensa de sus derechos e intereses en los especialistas del ámbito jurídico (de las relaciones sociales jurídicamente relevantes): los abogados. Por esas razones, resulta imprescindible solicitar los servicios del abogado, para que abogue, es decir, defienda los derechos e intereses del sujeto requerido de un proceso de mediación. En la actual Constitución los abogados son considerados como parte del sistema de justicia:

“El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios y funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio” (Art. 253).

Los autores, antes mencionados, se refieren a una escala o gradación de las sociedades de acuerdo con la presencia de las diferentes piezas de lo jurídico. Comunidades donde se aprecia un proceso de mediación sin la existencia de un poder coactivo (la policía: el Estado) al servicio del juez; comunidades en las que el juez es auxiliado por la coacción policial; aquellas en las que, además de las piezas anteriores, existen los abogados u operadores jurídicos; en fin, sociedades donde prevalece el Derecho consuetudinario y judicial, o el Derecho legislativo.

Conclusión:
**los diferentes tipos de sociedades conforme al grado
de presencia del Derecho como factor de regulación,
control, integración y mediación social**

Con fundamento en esa “Teoría” no sería aventurado plantearse una graduación en el desarrollo jurídico de las diferentes sociedades: sociedades altamente desarrolladas, en vías de serlo, o sub-desarrolladas²⁴.

Las sociedades altamente desarrolladas desde el punto de vista jurídico se caracterizarían por la eficacia del Derecho en los procesos de mediación de los conflictos intersubjetivos, y en consecuencia, por la reducción de la violencia social; en su extremo, en las subdesarrolladas, lo jurídico tendría una existencia o presencia meramente formal, su eficacia sería limitada, surgiendo la violencia como método de resolución de controversias.

24 Véase, Meier, Henrique (2009). *Introducción al Estudio del Derecho*. Impresos Casamayor, Caracas.

La mayor o menor “juridicidad” no puede medirse por el sólo parámetro normativo o formal (el ordenamiento jurídico-positivo), tampoco por la apariencia de una institucionalidad judicial: el denominado “poder judicial”, de organizaciones policiales, de abogados, etc., **si en la realidad (política, institucional y social) los responsables del proceso de mediación, los jueces, carecen de la necesaria autonomía, independencia e imparcialidad para actuar como terceros arbitrales, cual es el caso de la Venezuela de nuestros días.**

El incremento de la violencia criminal y social en una sociedad nacional es manifestación de la “huida del Derecho”, de su fracaso como función social de regulación, control e integración de las conductas humanas y de mediación de las relaciones de intercambio entre los individuos y organizaciones sociales.

Las causas de esa “huida” pueden ser diversas: leyes de difícil o imposible aplicación por haber sido pensadas para otras realidades sociales; que formulan conductas humanas que chocan abiertamente con el sistema de creencias y valores prevalecientes en la sociedad; incapacidad del Estado para hacer cumplir las normas; ausencia de una comunidad de jueces (poder judicial) autónoma, imparcial e independiente de los otros poderes estatales; ausencia de consulta y participación social en la formulación y discusión de las normas; creencias y costumbres arraigadas respecto de la solución de las controversias mediante medios “a jurídicos” o “antijurídicos”(soborno de jueces, tráfico de influencias, chantaje o extorsión, amenaza de agresiones. etc.).

Esa “huida del Derecho” nos demuestra el inexorable vínculo, que es necesario reiterar hasta el cansancio, entre Derecho y sistema cultural. Si en una sociedad concreta no se dan las condiciones culturales requeridas para la emergencia del Derecho como factor fundamental de regulación, integración, control y mediación, las leyes y demás tipos de normas jurídicas estarán condenadas a la ineficacia. En una sociedad carente de esas condiciones o supuestos, otros medios diferentes al Derecho cumplirán la función de mediación de las relaciones intersubjetivas, en particular aquellos expresivos del fenómeno social conocido como

“corrupción” política, gubernamental (administrativa), judicial, social en general, cuyas prácticas sociales ya mencionamos.

Esa huida o reducción de lo jurídico propicia el caos, la anarquía, la anomia y la ingobernabilidad; y finalmente, en situaciones extremas, la guerra civil o la total sustitución de los medios jurídicos por la imposición de la fuerza estatal, o la desaparición del “Estado de Derecho” por el “Estado de No Derecho”²⁵, o el “Estado-Fuerza” que puede legitimarse en “leyes autoritarias” para pretender justificar el uso ilimitado de la violencia estatal (los regímenes totalitarios).

25 Vid, González, Ricardo (2007). *El Estado de No Derecho*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

**El Principio *expressio unius
est exclusio alterius*
en el artículo 185
del CC y la Sentencia
de la Sala Constitucional
del TSJ Correa Rampersad**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Sumario

- I. Exordio.
- II. El Código Civil como norma preconstitucional.
- III. La naturaleza jurídica del matrimonio.
- IV. La interpretación del artículo 185 del Código Civil.
- V. Epílogo

Dr. Humberto Njaim,
Decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos
de la Universidad Metropolitana;
Dra. Carmen Zuleta de Merchán,
Magistrada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia;
Prof. Francisco Suárez,
Profesor de la Universidad Metropolitana;
Demás ponentes invitados;
Estudiantes presentes;
Señoras y Señores:

I. Exordio

Nos reúne el día de hoy¹ una Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia², dictada por la Dra. Zuleta de Merchán (quien nos honra el día de hoy con su presencia), que considero tiene profundas repercusiones, no sólo en el Derecho Civil, sino en la forma en la que se concibe e interpreta el Derecho en Venezuela.

Debo admitir, que comparto el fin al cual apunta la Sentencia a la que nos estamos refiriendo; esto es, que efectivamente considero que “en la actualidad resulta vetusto..., el mantenimiento de un *numerus clausus* de las causales válidas para accionar el divorcio”³. Efectivamente, si los fines del Derecho apuntan a la justicia y al bien común, no estaríamos honrando estos fines, si el Derecho desvirtúa uno de las notas esenciales del ser humano, esto es su “Voluntad”.

1 Este artículo fue escrito en virtud de la ponencia realizada el día 28 de enero de 2016 para la Jornada de Derecho Privado denominada “Los nuevos horizontes del divorcio en Venezuela” en la Universidad Metropolitana

2 Sentencia No. 693 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 02 de junio de 2015, disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163.HTML>

3 Sentencia No. 693 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 02 de junio de 2015

Sin embargo, no puedo dejar pasar por alto, el hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia una vez más se ha convertido en un legislador positivo⁴, asumiendo facultades no conferidas por la Constitución Nacional, modificando, so pretexto de (in)constitucionalidad, la legislación vigente⁵. En este sentido, se hacen pertinentes las palabras del Dr. Alberto Baumeister Toledo el cual establece que la interpretación constitucional está restringida debido a que:

...la jurisdicción constitucional, aún como jurisdatio, no puede afectar el principio de la división del poder ni autorizar la injerencia en la potestad de los demás poderes públicos y, mucho menos, vulnerar el principio de la reserva legal⁶.

Dicho esto, revisaremos algunas impresiones de la Sentencia que nos ocupa a continuación.

II. El Código Civil como norma preconstitucional

Es incuestionable el hecho de que cualquier examen que pretenda realizarse de una disposición legal, debe partir de una evaluación constitucional⁷. No escapan a esta premisa las normas de carácter preconstitucional, tal y como lo es el Código Civil venezolano.

4 Ver Brewer Carías, A. R. (1989) *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, N.Y. p. 192. Ver también Brewer Carías, A. R. (2001) “La Justicia Constitucional en la Constitución Venezolana de 1999” en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. Editorial Porrúa. México, 2001. pp. 931-96

5 En todo caso, la Sala Constitucional, por mandato del artículo 336 de la Constitución Nacional, ha debido anular de manera total o parcial el artículo 185 CC, no implementar una interpretación “constitucional” del artículo en cuestión.

6 Baumeister Toledo, A. (2005) “Aproximaciones al Poder de Interpretación de los Jueces Constitucionales a las Normas y Principios Constitucionales con Especial Referencia al Sistema Contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* No. 143. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Venezuela. p. 151

7 Esto se debe al principio de supremacía de la constitución, el cual está consagrado en nuestro Texto Fundamental en sus artículos 7 y 334

De lo anterior fue consciente el Constituyente Nacional, y así lo dispuso en la segunda cláusula de la disposición derogatoria única del Texto Fundamental en donde se prescribió que “El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución.” Esta norma tiene implicaciones importantes que la sentencia Correa Rampersad no consideró.

En primer lugar, debemos recordar que las facultades que tiene la Sala Constitucional derivan de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.⁸ En este sentido, ni el artículo 336 del Texto Constitucional ni el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia facultan a la Sala Constitucional a realizar una *interpretación constitucionalizante*, ni a “fija[r] con carácter vinculante [un] criterio interpretativo...” de la legislación vigente.

Al contrario, la única facultad que tiene la Sala Constitucional en materia interpretativa, es la de interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales y en virtud de esa facultad declarar con carácter vinculante dichas interpretaciones, todo ello según el artículo 335 de la Constitución.

Por lo tanto, si el intérprete constitucional considerare que la norma contenida en el artículo 185 del Código Civil es contraria a la letra de la Constitución, la Carta Magna en este sentido es clara y se basta a sí misma, al establecer en la ya mencionada disposición derogatoria única, que dicha norma *preconstitucional* debe ser declarada sin vigencia, o lo que es lo mismo *derogada*.

Distinta sería la situación de una norma dictada por la Asamblea Nacional, lo que quiere decir, una norma postconstitucional. En este sentido el artículo 336 de la Constitución y el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia son claras al establecer que, en caso de colisión con la Constitución, la norma deberá ser declara nula en todo o en parte, según sea el caso. Repetimos, en caso de una norma preconsti-

8 Publicada en Gaceta Oficial No. 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010

tucional (tal y como lo es el artículo 185 del Código Civil), es imperativo que dicha norma sea expulsada del ordenamiento jurídico declarándola no vigente, de acuerdo al mandato expreso de la Constitución.

Es por tanto que, según la opinión expresada anteriormente, la Sentencia Correa Rampersad viola el orden Constitucional, lo que se configura en un error grave de derecho; y queda decir que la violación viene dada por el máximo Órgano llamado a la protección dicho Texto.

III. La naturaleza jurídica del matrimonio

No contento con las precisiones anteriormente expuestas, la sentencia *in commento* "...reconoce el matrimonio como un contrato civil solemne..." en tanto que "...los cónyuges manifiestan libremente su voluntad de fundar una familia en plena igualdad jurídica..."

Vemos cómo el fundamento que utiliza la sentencia para (des)naturalizar la institución del matrimonio en una mera relación contractual, es la libre voluntad de las partes, o sea, la manifestación libre que expresan los contrayentes al momento de casarse.

Resulta inexplicable, cómo la Sala tratando de apartarse de concepciones napoleónicas⁹ y ya superadas sobre el divorcio, se base en una concepción del matrimonio de vieja data como lo es la concepción contractualista. En este sentido, los que en algún momento aceptaron la concepción contractualista del matrimonio, tuvieron que explicar por qué las partes no podían fijar el contenido de los derechos y las obligaciones contractuales al momento de expresar su consentimiento¹⁰.

9 En este sentido, la Sala establece que "...la cultura social, jurídica y religiosa más ortodoxa postula el mantenimiento incólume del matrimonio a toda costa, al margen de la renovación de las concepciones familiares actuales y de la actualización de los comportamientos sociales". Y considera en otra parte que la concepción del divorcio sanción es una concepción de vieja data establecida por el Código de Napoleón.

10 Es así que, de Cossío expresó "Es evidente que al contraer matrimonio los dos esposos no fijan el contenido de su estado de gentes casadas, sino que se limitan a

De esta forma olvida la Sala, que la autonomía de la voluntad no sólo es relevante en la formación de los contratos, sino que, tal y como menciona la profesora Edilia de Freitas “...la autonomía de la voluntad actúa en cualquier acto jurídico, noción más amplia que la contractual o negocio jurídico”¹¹. En este sentido, la libertad de la persona es relevante cuando ésta va a “...establecer sus propias relaciones jurídicas, y más ampliamente, su situación jurídica dentro de los límites del orden legal; y ello se aprecia en múltiples instituciones del Derecho Civil...”¹².

Más aún, olvida la sentencia los otros elementos del contrato. Y es que, si aseverásemos que la naturaleza del matrimonio es contractual, estuviésemos aceptando que las personas podrían ser el objeto del contrato. En este sentido se pronunció el profesor Vázquez Bote que estableció que

En efecto, la teoría contractualista aparece completamente superada –como en efecto es de todos conocido– desde el momento en que, bajo sus esquemas, habríamos de reconocer que el objeto del contrato estaría constituido por los propios cónyuges, y sabido es que los sujetos de la actividad jurídica no pueden ser objetos de la misma. Aparte de

aceptar el estatuto predeterminado por la Ley, al que nada pueden añadir o restar, por lo que el alcance del acto matrimonial se limita a la aceptación libre y voluntariamente de ese sistema de derechos y deberes, y sólo en este sentido de pura adhesión a un determinado orden normativo puede decirse que es el matrimonio n contrato, es decir, un negocio jurídico bilateral, sujeto al régimen de las declaraciones de voluntad libres, pero carente de eficacia reguladora o estatutaria, a no ser que prefiera decir que las partes hacen suyas, por esa aceptación, las normas fijadas por el legislador para la regulación de tal estado.” (de Cossío, A (1975) *Instituciones de Derecho Civil. 2. Derechos reales. Derecho de familia y sucesiones*. Alianza Editorial. Madrid: España. p. 730-731

11 De Freitas De Gouveia, E. (2013) “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural”. En *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. No. 1 Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas: Venezuela. p 44.

12 De Freitas De Gouveia, E (2013) p. 47

El principio *expressio unius est exclusio alterius* en el artículo 185 del CC y la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad

*ser muy discutible que el contenido de la relación matrimonial pueda configurarse como objeto contractual*¹³.

Debemos entonces decir que el matrimonio es un acto jurídico¹⁴, ya que se requiere la manifestación de voluntad por parte de los contratantes frente a un funcionario del Estado, mediante el cual se produce el efecto jurídico, el cual es crear un estado familiar.

Al crear este estado familiar, vemos como entramos dentro de Derecho Civil extra patrimonial, lo cual se aparta por completo del contrato, el cual siempre tiende a crear vínculos de carácter patrimonial.

IV. La interpretación del artículo 185 del Código Civil

Según pudimos estudiar anteriormente, la sentencia que venimos revisando, hace una *interpretación constitucionalizante* del artículo 185 del Código Civil, no sólo con una técnica constitucional errónea, sino además mediante una técnica interpretativa de la ley incorrecta.

El artículo 185 del Código Civil Venezolano establece que las causales establecidas en dicha norma son únicas¹⁵. No puede el intérprete, pretender desconocer la intención del legislador, intención que está obli-

13 Vázquez Bote, E (1976) "Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño". En Revista General de Legislación y Jurisprudencia. No. 3 p. 239-241

14 En este sentido ver Domínguez Guillén, M. C. (2014) *Manual de Derecho de Familia*. 2ª Edición. Ediciones Paredes. Caracas: Venezuela. p 66-68; Aveledo de Luigi, I. G. (2009) *Lecciones de Derecho de Familia*. 16ª Edición. Vadell Hermanos. Caracas: Venezuela. p. 94-97; De Freitas De Gouveia, E (2013) p. 123

15 Artículo 185: Son causales únicas de divorcio:

1. El adulterio.
2. El abandono voluntario.
3. Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.
4. El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge o a sus hijos, así como la convivencia en su corrupción o prostitución.
5. La condenación a presidio.
6. La adicción alcohólica u otras formas graves de farmacodependencia que hagan imposible la vida en común.

gado a buscar, según el mandato establecido en el artículo 4 del Código Civil.

La interpretación que debe hacerse del ordenamiento jurídico, según la intención del legislador, parte de dos circunstancias que son conocidas como *ocasio legis* y *ratio legis*. En este sentido la *ocasio legis* “apunta a los motivos históricos, políticos y sociales que en un momento dado recogieron determinados hechos como supuestos jurídicos para hacer derivar de ellos deberes y derechos”¹⁶.

Por otra parte, la *ratio legis* “apunta a los motivos que como principio, justifican su existencia dentro de un orden jurídico.”¹⁷ En este sentido, la *ocasio legis* es inmutable en el tiempo, mientras que la *ratio legis* podrá cambiar dependiendo de las circunstancias históricas en las que se desenvuelva la norma.

Es por lo anterior que, al momento de indagar en la intención del legislador, deberá buscarse la *ratio legis*, no del momento en que la norma fue publicada, sino la razón del momento en que la norma está siendo interpretada. Ello se debe, a que es la voluntad del legislador actual, la que mantiene la norma vigente, por lo que debe buscarse el motivo por el cual el legislador actual mantiene esa norma en vigencia dentro del ordenamiento jurídico.

7. La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibilite la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.

En este caso el Tribunal, procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge y con vista del procedimiento anterior.

16 Uzcátegui Urdaneta, M. (1989) “Interpretación de la Ley e Integración del Derecho”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. No. 73. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas: Venezuela. p. 74

17 Ídem.

La intención del legislador en el artículo 185 del Código Civil, es expresar las causales por las cuales debe disolverse el matrimonio. En este sentido, no cabe duda sobre lo que quiere el legislador; ya que éste es claro al establecer que son únicas las causales de divorcio contenidas en ese artículo. De esta forma, queda excluida cualquier otra causal de divorcio que se intente establecer.

No puede el intérprete, en este caso el juez, dejar que interfieran sus opiniones respecto del artículo, para desplazar la voluntad del legislador; sería una ruptura del orden constitucional al obviar la separación de Poderes y también obviar las potestades conferidas a cada Poder.

Es claro, que el Juez Constitucional quiere una norma sobre divorcio parecida a la de Australia, España, Colombia, Argentina o México. Pero la realidad, es que es la voluntad del legislador mantener la norma del artículo 185.

V. Epílogo

El último párrafo de la parte motiva de la sentencia establece que “vistos los diversos pronunciamientos judiciales en la materia se exhorta al Poder Legislativo nacional a emprender una revisión de la regulación vigente a los fines de sistematizar los criterios jurisprudenciales dictados.”

Es mi responsabilidad, no sólo como profesor de derecho, sino que además es mi responsabilidad como ciudadano venezolano, hacer un llamado de atención al Poder Judicial. No le compete a este Poder emitir un mandato de este tipo a ningún otro, en tanto que cada Poder es autónomo en sus decisiones y facultades. Pretender lo contrario es caer en la usurpación de Poderes e intentar erigirse como dueño, señor y jefe de los demás.

Esbozo histórico del presidencialismo constitucional venezolano en el Estado Independiente y Autónomo (1811-1864)

Carlos E. Weffé H.

Sumario

Introducción

- I. El Presidencialismo Venezolano en el Estado Independiente y Autónomo. 1. *El Estado Independiente (1811-1830)*. 2. *El Estado Autónomo (1830-1863)*.

Conclusiones

Introducción

Venezuela se ha caracterizado desde su nacimiento –e incluso antes– por una clara preeminencia del Poder Ejecutivo Nacional, horizontal –contrapuesto al Poder Legislativo o al Poder Judicial– y verticalmente, como consecuencia de la supremacía que nuestros modelos constitucionales han dado al Poder Nacional sobre los poderes de los Estados y de los Municipios. Esta tendencia ha sido llamada *presidencialismo*¹.

Variadas razones, de diversa índole, justifican tal aserto. Ello no podría sustentarse, como se ha sostenido tradicionalmente en el medio académico venezolano, en la cohesión gubernativa que la instauración de la Capitanía General de Venezuela, por Real Cédula del 8 de septiembre de 1777, produjo². Según Andueza, “*pensar que en 33 años de*

1 “De otra parte, cuando revisemos el sistema de gobierno presidencial en su actuar político, nos encontraremos con el vocablo: *presidencialismo*, término que puede tener dos acepciones distintas, aún cuando en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas. Una acepción, la más común, se corresponde a un diseño institucional –las estructuras orgánica y funcional formalizadas constitucionalmente– de un modelo de sistema de gobierno, el presidencial, con una distribución particular de funciones y su correspondiente separación orgánica –la llamada ingeniería constitucional–. La otra acepción del término *presidencialismo* implica más bien una cultura política en la relación que se establece entre las instancias o autoridades del Gobierno –el liderazgo institucional– y la sociedad, comprendiendo como *presidencialismo* a un modo especial de ejercer el poder del Gobierno por quienes lo detentan, así como también, entendido como una visión o expectativa que tienen los gobernados sobre qué deben hacer y cómo debe actuar el Gobierno –la demanda social– y una apreciación de su actuación –evaluación de desempeño del Gobierno y de sus resultados–. Dicha cultura *presidencialista* implica una determinada relación de poder entre la institucionalidad del Estado, expresada por el sistema de gobierno *presidencialista*, y su entorno social. Esta forma de ejercicio del poder del Gobierno convierte al *Presidente* en una figura clave del sistema político y en soporte fundamental de la gobernabilidad democrática, ya que el *presidencialismo* es una dimensión cultural que condiciona el comportamiento de los ciudadanos, de la elite política y de la propia burocracia del Estado”. FERNÁNDEZ TORO, JULIO CÉSAR; “El Nuevo Paradigma del Ejercicio del Gobierno. El Sistema de Gobierno en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4, Editorial Sherwood, enero-julio de 2001, pp. 190-191.

2 Según Real Cédula de 8 de septiembre de 1777, el Rey Carlos III constituyó la denominada Capitanía General de Venezuela, germen de la actual República y que se constituyó mediante la sujeción de las Provincias de Guayana, Maracaibo, Cumaná, las Islas de Margarita y Trinidad a la autoridad central de la Provincia

*mando militar unificado en un territorio totalmente incomunicado creó entre los provincianos una conciencia nacional es trabajar con un supuesto falso*³. Por el contrario, razones de índole netamente cultural –más que jurídica, en criterio de éste– justificarían la asunción del modelo presidencialista a partir de 1811; ya que según Fernández Toro, “*el presidencialismo es una*

de Venezuela, especialmente en el régimen administrativo, militar y hacendístico, con lo que se configuró –por primera vez desde el 3 de agosto de 1498, fecha de arribo del Almirante Colón a las costas de Macuro– un gobierno central único para los territorios que hoy componen a la República. El texto de la Real Cédula de marras es el siguiente: “*El Rey.- Por cuanto teniendo presente lo que me han representado el actual Virrey, Gobernador y Capitán del Nuevo Reyno del Granada, y los Gobernadores de las Provincias de Guayana y Maracaibo acerca de los inconvenientes que produce el que las indicadas Provincias, tanto como las de Cumaná e islas de Margarita y Trinidad, sigan unidas como al presente lo están al Virreinato, y Capitanía General del indicado Nuevo Reyno de Granada, por la distancia que se hallan de su capital Santa Fe, siguiéndose por consecuencia el retardo en las providencias con graves perjuicios de mi real servicio. Por tanto, para evitar estos y los mayores que se ocasionarían en caso de una invasión; he tenido a bien resolver la absoluta separación de las mencionadas Provincias de Cumaná, Guayana y Maracaibo, e islas de Trinidad y Margarita, del Virreinato y Capitanía General del Nuevo Reyno de Granada, y agregarlas en lo gubernativo y militar a la Capitanía General de Venezuela, del mismo modo que lo están, por lo respectivo al manejo de mi Real Hacienda, a la nueva Intendencia erigida en dicha Provincia, y ciudad de Caracas, su capital. Así mismo he resuelto separar en lo jurídico de la Audiencia de Santa Fe, y agregar a la primitiva de Santo Domingo, las dos expresadas Provincias de Maracaibo y Guayana, como lo está la de Cumaná y las islas de Margarita y Trinidad, para que hallándose estos territorios en una misma Audiencia, un Capitán General y un Intendente inmediatos, sean mejor regidos, y gobernados con mayor utilidad de mi Real Servicio. Y en su consecuencia mando al Virrey, y Audiencia de Santa Fe, se hayan por inhibidos y se abstengan del conocimiento de los respectivos asuntos que les tocaba antes de la separación que va insinuada, y a los Gobernadores de las Provincias de Cumaná, Guayana y Maracaibo, e islas de Margarita y Trinidad, que obedezcan, como a su Capitán General al que hoy es y en adelante lo fuere de la Provincia de Venezuela, y cumplan las órdenes que en asuntos de mi Real Servicio les comunicare en todo lo gubernativo y militar y que así mismo den cumplimiento los Gobernadores de las Provincias de Maracaibo, y Guayana a las Provisiones que en lo sucesivo despachare mi Real Audiencia de Santo Domingo, admitiendo para ante ella las apelaciones que se interpusieren según y en la forma que lo han hecho, o debido hacer por ante la de Santa Fe, que así es mi voluntad. Dada en San Ildefonso a ocho de septiembre de mil setecientos setenta y siete. -Yo el Rey. -Joseph de Galvez”.* Consultado en <http://bit.ly/2ArMtP0>, 2 de agosto de 2016.

- 3 ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO; “Orígenes Culturales del Presidencialismo Venezolano”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Editorial Sherwood, enero-junio de 2000, p. 7.

dimensión cultural que condiciona el comportamiento de los ciudadanos, de la elite política y de la propia burocracia del Estado"⁴.

En primer lugar, el absolutismo –monárquico, en el caso original, o *caudillismo* en el caso americano– era el rasgo político-cultural predominante en España y en la América sometida a su dominio durante el período de la conquista y de la colonia. Para el momento del movimiento independentista, “*la dinastía de los Borbones tenía más de un siglo de ejercer el poder en forma absoluta*”, forma de ejercicio del poder que “*fue la única que conocieron los habitantes de las colonias*”⁵, lo que justifica, a juicio de Andueza, que

*“...el constituyente venezolano de 1811 haya establecido un poder ejecutivo colegiado. «El Poder Ejecutivo Constitucional de la Confederación» –dice la sección 1º del Capítulo 3º de la Constitución de 1811– está «depositada en tres individuos elegidos popularmente...». Esta norma constituye una reacción contra el poder unipersonal que fue visto como el poder absoluto ejercido por gobernadores y capitanes generales, por los virreyes y por los reyes. Asimismo, la creación de los consejos de gobierno y el restablecimiento del refrendo ministerial a partir de la Constitución de 1830, como formas de control del poder presidencial, son también manifestaciones de esa tendencia constitucional. No obstante esta tendencia, la concepción del ejercicio del poder sin limitación alguna terminó por predominar. El mandar sin ser mandado y sin tener que cumplir con preceptos constitucionales, que fue la tradición legada por la monarquía absoluta, fue un concepto político fácilmente asimilable por los caudillos nacionales que, por otra parte, pensaban que el origen de su poder estaba en su capacidad guerrera y en el heroísmo demostrado en las contiendas militares. Si el poder absoluto de los reyes se explicó por el derecho divino, el poder de los caudillos se puede explicar por el derecho que da la victoria”*⁶.

4 FERNÁNDEZ TORO; “El Nuevo...”, p. 191.

5 ANDUEZA; “Orígenes...”, p. 10.

6 ANDUEZA; “Orígenes...”, p. 10.

Ello permitiría entender cómo el modelo presidencialista estadounidense fue el seguido por el constitucionalismo venezolano, aún a pesar de la reacción anti-hegemónica de 1811. Tal reacción, además de lo dicho por Andueza en el aspecto cultural, tuvo sustrato ideológico en los escritos de Locke, Montesquieu y Rousseau, que, al decir de Brewer-Carías “*conformaron todo el arsenal histórico político que permitió la reacción contra el Estado absoluto y su sustitución por el Estado de Derecho, como garantía de la libertad*”⁷, lo que llevó en América Latina, a ejemplo de los Estados Unidos, a seguir el presidencialismo como modelo orgánico del Estado, situación que ha llegado al punto de extraer de la doctrina afirmaciones como aquella de acuerdo con la cual el presidencialismo es “*el signo del sistema latinoamericano de gobierno constitucional*”⁸, cuestión que, con más altas que bajas, se ha reflejado en el constitucionalismo venezolano desde entonces.

En efecto, desde sus inicios, el constitucionalismo venezolano adoptó como modelo el sistema presidencialista, cuya expresión inicial fueron la Constitución de Virginia de 1776 y la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. El presidencialismo, de acuerdo con el modelo de los Estados Unidos, supuso la concentración de la función de cumplimiento y ejecución de las leyes en un único magistrado, denominado Presidente, cuyo poder estaría controlado por el sistema de pesos y contrapesos característico de la concepción de división de poderes de Montesquieu. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en el modelo constitucional estadounidense, de acuerdo con el cual el Presidente es el único representante del poder ejecutivo de la Unión, el primer modelo constitucional de la República –1811– exacerbó el sistema de pesos y contrapesos sobre el Poder Ejecutivo, probablemente por las razones antes anotadas, al punto que lo estableció como un órgano colegiado, en

7 BREWER-CARIÁS, ALLAN R.; “Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno”. *Cuadernos de la Cátedra “Allan R. Brewer-Carías” de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* N°1. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 113 y 114.

8 BREWER-CARIÁS; “Reflexiones...”, p. 117.

señalada contradicción con lo que al respecto, al analizar el modelo estadounidense, indicaba De Tocqueville:

“El Presidente fue hecho el solo y único representante del poder ejecutivo de la Unión. Se tomó cuidado en no subordinar su voluntad a la de un concejo, un peligroso expediente que entraba la acción del gobierno y disminuye la responsabilidad del gobernante. El Senado tiene el derecho de anular ciertos actos del Presidente, pero no puede forzarlo a actuar o compartir poder ejecutivo con él”⁹.

Como segundo dato de orden cultural, el presidencialismo venezolano tiene su antecedente inmediato en las características personales de los conquistadores, primero, y de los libertadores, después. En efecto, la principal fuente de legitimación del poder en Venezuela, en sus casi 200 años de historia, ha venido dada por el triunfo de las armas, las de la Independencia primero, y las de las constantes revoluciones, revueltas, alzamientos y golpes de estado, después. Tal situación tuvo como causa un innegable atractivo personal de los líderes de los movimientos de conquista, de independencia o de revuelta armada, respectivamente, que despertó en sus protagonistas los apetitos naturales del poder, como justa recompensa al heroísmo demostrado en el campo de batalla. Así, nota característica de la preeminencia del presidencialismo en el sistema constitucional venezolano ha venido dado, en buena medida, por el influjo personal del *caudillo*, y la pérdida de su poder político significaba –en no pocas ocasiones– la pérdida de su arrastre de masas, más que consecuencias derivadas de situaciones de índole jurídica. Andueza reflexiona al respecto:

9 Traducción libre nuestra. El texto original en inglés es el siguiente: “*The President was made the one and only representative of the executive power of the Union. Care was taken not to subordinate his will to that of a council, a dangerous expedient which both clogs government action and lessens the ruler’s responsibility. The Senate has the right to annul certain of the President’s acts, but it cannot force him to act or share executive power with him*” De Tocqueville, Alexis; *Democracy in America*. Traducción del original francés al inglés por George Lawrence. Anchor Books, Doubleday & Co., New York, 1969, p. 121.

“La victoria militar y la fuerza de las armas son títulos para legitimar el poder. Y esta creencia, patrimonio de los conquistadores y de los militares que vienen en nombre del rey a establecer la paz perturbada por los patriotas, se transmitirá a los caudillos nacionales que ejercerán el poder porque fueron los héroes de la emancipación o de una guerra civil y porque conservan el poder porque tienen las armas (...)

El caudillismo del siglo XIX tiene muchas analogías históricas con el conquistador español del siglo XVI. Y el líder populista o militar del siglo XX no ha podido desatarse esas ataduras históricas cuando sigue considerando que la victoria electoral o el golpe de estado son actos que dan derecho a repartir el botín y a gobernar autocráticamente. Pero lo más grave de todo esto es que la sociedad venezolana o la de los pueblos latinoamericanos no ha cambiado sus patrones culturales porque suele ver en la arbitrariedad y el despotismo las formas más expresivas del derecho a mandar”¹⁰.

Así, resulta justificable la impresionante *movilidad constitucional* venezolana, que deriva del hecho del exorbitante número de constituciones que ha producido la República en sus 194 años de historia —un promedio de una Constitución cada 7,4 años—, ya que las principales reformas constitucionales en Venezuela han sido, más que la estructuración completa de un sistema político determinado la mera reforma, normalmente hacia el alza, de los poderes del *caudillo* de turno.

La institución presidencial refleja, de este modo, las principales vicisitudes políticas de la historia constitucional de Venezuela, y la relación de ésta —el sistema de pesos y contrapesos— con el Poder Legislativo devela, de un lado, el origen histórico de muchas de las instituciones políticas venezolanas actuales, caracterizadas, en nuestra opinión por un presidencialismo *exacerbado*¹¹; y, asimismo, ha sido el alcance del poder

10 ANDUEZA; “Orígenes...”, p. 10.

11 Sin embargo, FERNÁNDEZ TORO es de la opinión de que “la reforma del sistema de gobierno presidencial por la Constitución de 1999 modificó dicho sistema a tal

presidencial el principal motor del cambio político venezolano –en la estructura federal o no de su conformación– y el termómetro que permite, objetivamente, medir el grado de evolución democrática de Venezuela; el cual, por increíble que parezca, está trazado, en sus grandes líneas, por la evolución constitucional de la regulación del Poder Ejecutivo en sus primeros años; esto es, desde 1811 hasta 1863, con el fin de la Guerra Federal.

Lo expuesto justifica, en grado sumo, un ejercicio de Historia Constitucional para determinar, desde la perspectiva temporal, los principales caracteres del Poder Ejecutivo en Venezuela; y especialmente en lo relativo a las limitaciones al poder de su máximo representante: el Presidente, por medio de controles parlamentarios, principalmente, o de otra índole. Para ello, hemos decidido seguir el esquema que propone Brewer-Carías¹², de acuerdo con el cual la Historia Constitucional de Venezuela debe dividirse en cuatro grandes períodos, si bien nuestro

grado que la reforma no se inscribe dentro del tipo presidencial, sino que el cambio lo ubica en un nuevo tipo de sistemas de gobierno: el flexible”, caracterizado, según él, porque “su comportamiento de conformidad con los distintos escenarios políticoinstitucionales podría ser presidencial puro, presidencialista atenuado por controles parlamentarios o semipresidencial parecido al francés”. Fernández Toro; El Nuevo... pp. 240 y 245. A esta opinión se opone Ricardo Combellas, quien es del criterio de que “nunca estuvo en la mente del constituyente una modificación de esta naturaleza. El Presidente de la República concentra la jefatura del Estado y la jefatura del Gobierno, recalando la CB, a diferencia de la Constitución de 1961, en su condición de jefe del Estado la dirección de la acción del gobierno (artículo 226 CB). Es distinto el supuesto del sistema semipresidencial, donde la jefatura del gobierno recae en un Primer Ministro responsable ante el parlamento y que requiere de un apoyo parlamentario para gobernar. En efecto, el hecho de que nuestro sistema de gobierno no responda a un tipo puro de sistema presidencial (muy bien lo define Brewer-Carías (1997) como un sistema presidencialista con sujeción parlamentaria), no conlleva una distinta calificación”. Combellas, Ricardo; El Poder Ejecutivo en la Constitución de 1999, en <http://bit.ly/2aBwNpQ>, 2 de agosto de 2016.

- 12 “En todo caso, el análisis global de todas estas Constituciones y actos constitucionales en nuestra evolución política, pone en evidencia que regímenes constitucionales, derivados de verdaderos pactos políticos de la sociedad, diferentes sustancialmente unos de otros, ha [sic] siguientes cuatro grandes períodos políticos, conforme a los cuales haremos el análisis de la conformación político-constitucional de nuestro Estado”. Brewer-Carías, Allan; *Las Constituciones de Venezuela*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, pp. 17-18.

análisis se limitará exclusivamente al *primero* de ellos, que comprende la estructuración del Estado independiente y autónomo, desde la Declaración de Independencia (1811) hasta la culminación de la Guerra Federal (1863). Sin perjuicio del análisis posterior que de las restantes etapas históricas deba hacerse, la simple lectura de los textos constitucionales del período seleccionado muestra que, ya desde 1811, se vive un proceso creciente de ampliación de las facultades del Ejecutivo frente al modelo *presidencialista puro estadounidense*, epítome del presidencialismo venezolano, lo que se evidencia especialmente cuando la Exposición de Motivos de la Constitución preconiza un *cambio de paradigma* respecto de tan importante institución, fundamentalmente por la incorporación del Vicepresidente Ejecutivo, cuestión que para nosotros, siguiendo a COMBELLAS, no tiene sentido alguno¹³.

Será ese, en resumidas cuentas, el objeto del presente trabajo, sin que –como desde luego debe advertirse– deba conceptuarse el mero esbozo aquí presentado como un tratamiento *exhaustivo* del tema –lo que nuestros limitados medios imposibilitan– sino un intento de sistematización, desde la perspectiva histórica, de uno de los vértices principales del poder público, en la concepción clásica que de él hiciera Montesquieu y el más importante, en lo que en la vivencia constitucional ha revelado del caso venezolano.

13 Según su Exposición de Motivos, la Constitución incorpora “*un diseño de sistema semipresidencial que se puede calificar como flexible*”, el cual “*se sustenta en dos importantes orientaciones: la primera, la distinción y separación orgánica flexible entre las funciones de jefatura de Estado y de jefatura de gobierno; y la segunda, el establecimiento de una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a manera de sistema de controles y equilibrios de poder. La ingeniería constitucional del nuevo sistema de gobierno semipresidencial flexible se sustenta en la creación de la figura del Vicepresidente Ejecutivo. Esta nueva institución, a pesar de su denominación de Vicepresidente es mucho más que la tradicional figura vicepresidencial que acostumbran los sistemas de gobiernos americanos. En propiedad, el Vicepresidente que contempla la Constitución no es el típico cargo que tiene la función de resolver la sucesión presidencial por la ausencia temporal o absoluta del Presidente de la República. Más que ello, el Vicepresidente es una institución que comparte con el Presidente el ejercicio de su jefatura de gobierno y responde políticamente por la gestión general del gobierno frente al Parlamento*”, a lo que Combellas se opone, en opinión con la que concordamos, según lo expuesto en la nota n. 11.

I. El Presidencialismo Venezolano en el Estado Independiente y Autónomo

1. *El Estado Independiente (1811-1830)*

Al contrario de lo que constituiría la práctica constitucional posterior, la Constitución de 1811, probablemente influenciada por el rechazo a la figura unipersonal del Monarca frente al cual, mediante el Acta de 5 de julio, se había declarado la Independencia de la novísima república, el primer modelo constitucional de la República exacerbó el sistema de pesos y contrapesos sobre el Poder Ejecutivo, al punto que lo estableció como un órgano colegiado, en señalada contradicción con lo que al respecto, al analizar el modelo estadounidense, indicaba De Tocqueville:

“El Presidente fue hecho el solo y único representante del poder ejecutivo de la Unión. Se tomó cuidado en no subordinar su voluntad a la de un concejo, un peligroso expediente que entraba la acción del gobierno y disminuye la responsabilidad del gobernante. El Senado tiene el derecho de anular ciertos actos del Presidente, pero no puede forzarlo a actuar o compartir poder ejecutivo con él”¹⁴.

Así, el artículo 72 de la Constitución de 1811 deposita “en tres individuos elegidos popularmente” el poder ejecutivo de la Confederación, los cuales “han de ser nacidos en el continente colombiano o sus islas (llamado antes América Española) y han de haber residido en el territorio de la Unión diez años inmediatamente antes de ser elegidos” y además “gozar alguna propiedad de cualquier clase de bienes libres”, de acuerdo con el artículo 73¹⁵.

14 Traducción libre nuestra. De Tocqueville, Alexis; *Democracy in America...* p. 121.

15 Con las excepciones que respecto de los representantes –y aplicables por remisión a la institución presidencial– prevé el artículo 16 de la Constitución, de acuerdo con el cual: “La condición de domicilio y residencia requerida aquí para los Representantes, no excluye a los que hayan estado ausentes en servicio del Estado, ni a los que hayan permanecido fuera de él con permiso del Gobierno en asuntos propios, con tal que su ausencia no haya pasado de tres años; ni a los naturales del territorio de Venezuela, que habiendo estado fuera de él, se hubiesen restituido y hallado presentes a la declaratoria de su absoluta Independencia y la hubiesen reconocido y jurado”, así como las previstas

Ello supuso, al decir de Bolívar, “*el más consecuyente error que cometió Venezuela*”, en la medida en que ello supuso lentitud en los mecanismos de respuesta frente a las crecientes amenazas a la existencia de la República derivadas de la reacción española.

La elección de los triunviros es indirecta, mediante Congregaciones electorales que elegirán 3 personas el 16 de noviembre cada 4 años. Cada elector elige 3 personas, una de las cuales debe ser no residente en la provincia de la que proviene el elector. Las listas de escrutinio se remiten al Congreso, donde resultarán electas las 3 personas con mayor votación, siempre que su votación constituya la mayoría absoluta de votos electorales. En caso de no haber mayoría, serán electos por la Cámara de Representantes tomando el triple de los cargos a ser provistos, mediante votación por la mayoría de la Cámara, y de no darse dicha mayoría, el Senado elegirá del doble de los cargos a ser provistos por mayoría relativa. No pueden ser triunviros al mismo tiempo los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el 4º grado inclusive; y en caso de elección, quedará excluido el que tenga menor número de votos, o en caso de igualdad a la suerte. El cuarto candidato más votado es el suplente de los triunviros en caso de falta temporal u absoluta; y en el caso que éste asuma un cargo de triunviro le sustituirá, en el lugar de lugarteniente, el siguiente en el escrutinio.

En lo competencial, el triunvirato tiene a su cargo el mando supremo de las Fuerzas Armadas, y de las milicias nacionales cuando se hallan en servicio de la Nación, derecho a rendición de cuentas por los principales oficiales de la Administración Pública; indulto en los crímenes de Estado, previa consulta y opinión favorable del Poder Judicial; revisión y anulación de las Sentencias del Poder Judicial “*en caso de injusticia evidente y notoria que irroque perjuicio irreparable*”, pero con la obligación de pasar en consulta sus reparos al Senado cuando crea que tales decisiones son contrarias a ley, en una forma ciertamente innovadora de control

en el artículo 74 *eiusdem*, de acuerdo con el cual “*No están excluidos de la elección los nacidos en la Península Española e Islas Canarias, que hallándose en Venezuela al tiempo de su Independencia política, la reconocieron, juraron y contribuyeron a sostenerla y que tengan además la propiedad y años de residencia prescritas en el anterior párrafo*”

constitucional de los actos del Poder Judicial, y una especie de contrapeso a la *judicial review*; amnistía durante el receso del Congreso; concluir tratados y negociaciones internacionales, con la aprobación de las 2/3 partes del Senado; nombramiento de Embajadores, Enviados, Cónsules, Ministros, Jueces de la Alta Corte de Justicia y demás Oficiales y empleados no expresamente indicados en la Constitución; nombramiento de subalternos del Gobierno por leyes particulares, sometiendo su nombramiento a sólo el Poder Ejecutivo, a las Cortes de Justicia o a los jefes de los ramos de la Administración; con consentimiento previo del Senado, conceder grados militares y otras recompensas honoríficas; y con consentimiento de la Cámara de Representantes, conceder recompensas en dinero; durante el receso del Senado, proveer los cargos vacantes; nombramiento y remoción de los Secretarios del Despacho, con la salvedad de que su remoción debe ser acompañada de recomendación para otro destino público, en caso de defectos compatibles con la inocencia e integridad.

En lo relativo a los deberes, la Constitución de 1811 atribuía a los Triunviros la responsabilidad de la seguridad interior y exterior, así como la declaración de guerra, con consentimiento del Congreso, presentación de memoria y cuenta anual al Congreso, sin presentarle nunca proyectos de Ley, formados o redactados como tales, presentación de cuentas, informes e ilustraciones que se le pidan, "*pudiendo reservar las que por entonces no sean de publicar, y en igual caso podrá reservar también del conocimiento de la Cámara de Representantes aquellas negociaciones o tratados secretos*" negociados con consentimiento del Senado, convocatoria de urgencia a las Cámaras, la *exacta, fiel e inviolable ejecución de las leyes*, como atribución fundamental del Poder Ejecutivo en el sistema de separación de poderes de MONTESQUIEU, y finalmente la recepción de Embajadores, Enviados y Ministros públicos de naciones extranjeras.

Lo *aéreo* de un Poder Ejecutivo que, si bien de altas miras desde el punto de vista teórico, resultaba extremadamente débil para la situación política y, sobre todo, militar de la República, impuso a los gobernantes de la naciente República el deber de concentrar en un único magistrado, el Generalísimo Sebastián Francisco de MIRANDA, todo el poder de la

Unión, y “*las facultades naturales y las extraordinarias que le confirió [al Poder Ejecutivo] la representación nacional por decreto de 4 de este mes*”, y en consecuencia “*no os sujeta a ley alguna ni reglamento de los que hasta ahora rigen estas Repúblicas, sino que al contrario no consultaréis más que la ley suprema de salvar la patria*”¹⁶; a lo cual el Generalísimo, en proclama del 21 de mayo de 1812, asume como competencias fundamentales del Poder Ejecutivo el nombramiento de los Secretarios del Despacho, fundamentalmente en el ramo de Hacienda, así como la creación y regulación de un rudimentario sistema bancario que permitiera, por medio del ejercicio de algunas de las competencias propias de Banca Central, estabilizar a la economía¹⁷.

Perdida la Primera República, y recuperada ésta –la Segunda República– mediante el increíble ejercicio militar de la *Campaña Admirable*, BOLÍVAR puso en práctica sus ideas sobre la fortaleza que requiere el Poder Ejecutivo en circunstancias como las anotadas, por lo que a medida que fue liberando las Provincias de la antigua Confederación, fue invistiendo –por las facultades que en él recaían en razón del derecho de la guerra– a distintas personas como Gobernadores de las Provincias, en nombre de la República, con el fin de

“restablecer el antiguo orden de cosas [...] para cuyo fin adoptará el título de Gobernador de la Provincia, al cual le corresponderán las

16 Comunicación del Secretario de Guerra al Teniente General Francisco de Miranda, del 23 de abril de 1812, en Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 311.

17 “*Para la adquisición de estas ventajas ha sido necesario corregir grandes defectos, que se oponían a ellas. Uno de los principales de que adolecía la República, y que más impedían su perfección, era el absoluto desorden en que se hallaba nuestro sistema de rentas, y el descrédito de nuestro papel-moneda: uno y otro van a remediarse inmediatamente, poniendo para ello a la cabeza de este ramo hombres inteligentes y sabios que lo organicen, estableciendo bancos que acrediten y den circulación a la moneda nacional, y fomentando todos los principios de la prosperidad general. La escasez de algunos elementos indispensables para hacer la guerra con actividad y suceso, inspiraba la necesidad de establecer un medio fácil de adquirirlos; y me hallo en consecuencia revestido de la facultad expresa de tratar expresamente con las naciones extranjeras, y las de la América libre, para que por medio de contratas, y otras negociaciones, se provea la República de armas, tropas y municiones que aseguren su libertad e independencia*”. Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 312.

atribuciones de que estaba revestido el Poder Ejecutivo del Estado. Por esta declaración queda determinada la extensión de sus facultades y deberes, teniendo por autoridad soberana la del Supremo Congreso de la Nueva Granada, entretanto que se restablece el Gobierno de la República de Venezuela. Será un encargo especial del Gobernador de la Provincia el promover y fomentar las insurrecciones en los países subyugados por el gobierno español; y para este efecto empleará los medios más eficaces, entre los cuales tendrá el primer lugar la recolección de armas, gente y dinero, que serán empleados en la defensa y propagación de la libertad. Hallándose la República en una completa disolución, el Gobernador de la Provincia está plenamente autorizado para obrar conforme a las circunstancias, sin ceñirse a la letra de las leyes y constituciones, teniendo por único principio y regla de conducta que la salud del pueblo es la Suprema Ley. El Gobernador de la Provincia se entenderá con el General en Jefe del ejército directamente en todo lo relativo a la guerra y a sus elementos, teniendo en esta parte las órdenes de éste como dimanadas de la autoridad soberana, a menos que el Soberano Congreso determine otra cosa”¹⁸.

En ese mismo sentido, el Discurso de Bolívar a los ciudadanos de Barinas el 13 de julio de 1813, sobre el régimen político instaurado en la Provincia de Barinas señala lo siguiente:

“Las miras del Gobierno de la Nueva Granada no son otras que las que veréis por las sabias instrucciones que me ha dado, y tengo el honor de presentaros para vuestra inteligencia y satisfacción. En consecuencia de las disposiciones del Congreso se repone el Poder Ejecutivo provincial en el ciudadano Manuel Antonio Pulido que ejercía estas funciones al tiempo de la disolución de la República. Esta Magistrado se halla suficientemente autorizado para organizar el Gobierno político y civil del modo más conveniente a la naturaleza de las cosas en el día, ínterin se liberta la capital de Venezuela, y se

18 Instrucciones de Bolívar dadas al Dr. Cristóbal Mendoza para encargarse del Gobierno de Mérida, fechadas en Cúcuta el 28 de abril de 1813, en Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 315.

restablece con solidez y legalidad el Gobierno que debe regir las Provincias Unidas de nuestra Confederación.

El Intendente de la Provincia, Nicolás Pulido, queda repuesto en su empleo y está especialmente encargado de la Administración de Rentas Nacionales, y colección de préstamos forzados, y donativos voluntarios, pero en todo subordinado al Gobernador del Estado en quien reside la suprema autoridad de la provincia.

El Coronel ciudadano Pedro Briceño, antes Comandante General, vuelve a ejercer sus facultades militares, sin otra dependencia en el ramo de Guerra, que del Gobierno Federal, y a falta de éste, del General en Jefe de las tropas de Venezuela.

El Comandante General es nombrado Gobernador interino del Estado, mientras llega a esta capital el propietario ciudadano Manuel Antonio Pulido.

Los bienes confiscados a los enemigos deben ser administrados provisoriamente por la comisión de secuestros, compuesta de los ciudadanos Luis Báez e Ignacio Requena, dependiente del Gobierno de esta Provincia, cuyas órdenes deberá ejecutar fielmente.

En cuanto al Gobierno de la Iglesia, no habrá otro Jefe en ella, en tanto que las circunstancias no varíen, que el ciudadano Presbítero Ramón Ignacio Méndez.

Dejando así distribuidos los Departamentos de Estado, Hacienda, Guerra y de la Iglesia, en sujetos del más alto carácter, virtudes políticas y acendrado patriotismo, tengo la honra de ofreceros mis servicios y suplicaros os sirváis cooperar en cuanto esté al alcance de vuestras facultades a la redención del resto de la Provincia de Caracas que aún gime bajo el yugo español, y yo parto a libertarla a la cabeza de nuestras invictas tropas”¹⁹.

19 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 317.

Conducta que, finalmente, se vería consolidada con la asunción, por parte de El Libertador, del poder *supremo* de la República, tal como se desprende de la Comunicación a la Comisión Político-Militar del Supremo Congreso de la Nueva Granada del 8 de agosto de 1813, con el informe de la liberación de Caracas:

“Ínterin se organiza un Gobierno legal y permanente, me hallo ejerciendo la autoridad suprema, que depondré en manos de una Asamblea de notables de esta capital, que debe convocarse para erigir un Gobierno conforme a la naturaleza de la circunstancias y de las instrucciones que he recibido de ese augusto Congreso”²⁰.

Y que enfatiza, con especial dramatismo por el carácter forzosamente antidemocrático de la conformación del Poder Ejecutivo, dadas las especiales circunstancias de la guerra, la Comunicación de El Libertador al Presidente del Supremo Congreso de la Nueva Granada del 1º de febrero de 1814, con razonamientos sobre la organización del Estado de Venezuela, en relación con las instrucciones recibidas de la Nueva Granada, en los términos siguientes:

“Si V.E. ha recibido algunas de mis últimas comunicaciones, habrá hallado que alteradas por imperiosas circunstancias las instrucciones que me comunicó, me he visto obligado, en despecho de mis más fuertes sentimientos, a ejercer la autoridad suprema, al mismo tiempo que obro en persona a la cabeza del ejército. Bajo este concepto son de mi resorte los oficios de V.E. al Presidente y Gobierno General de Venezuela del 10 y 24, y los dos del 25 de septiembre pasado. El pormenor de las circunstancias indicadas se hallan en varios de los impresos que he tenido el honor de dirigir a V.E. y entre los que acompaño ahora recomiendo principalmente el proyecto del ciudadano Miguel José Sanz.

Estas circunstancias son, en general, el crítico estado de Venezuela, expuesta a una nueva subyugación, amenazada por todas partes de

20 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 319.

las incursiones de los enemigos. Las autoridades que existían en el momento de la capitulación de San Mateo no pueden absolutamente reponerse; porque los individuos que las ejercían se hallan casi todos fuera de Venezuela, y sería necesaria una elección popular para constituir legítimamente otros. No es posible realizar asambleas populares, cuando algunos pueblos son alternativamente ocupados por amigos y enemigos, y cuando la mayor parte de los ciudadanos está en el ejército; pero cuando fueran posibles las reuniones, serían muy peligrosas en una tal situación, a lo menos entorpecerían el principal objetivo de repeler los enemigos, lo que incontestablemente sacrificaría la República.

Por otra parte, sin poseer la autoridad sobre todos los ramos que componen la Administración suprema, ni habría sobre las armas el número de hombres necesarios, ni obraría el ejército con energía y rapidez. Para alistar los hombres que deben componer los ejércitos, es indispensable tener el mando sobre los pueblos; y para sostener aquéllos, es preciso disponer de las rentas y de los recursos; en fin, sin que una sola mano reúna esta suma de autoridad, todas estas medidas no pueden ejecutarse en tiempo y con celeridad.

No obstante la evidencia de estos principios, cansado de una autoridad que me abrumba, y cuya posesión repugna a mis sentimientos, el dos de enero de este año convoqué una Asamblea del pueblo de Caracas. Ante un inmenso concurso expuse mi conducta hasta aquel momento, presentando cada uno de mis Secretarios de Estado un informe, en el respectivo ramo de que se hallaba encargado. Las Gacetas que tengo el honor de incluir a V.E. contienen algunos de estos informes. Por mi parte yo concluí renunciando formalmente a la autoridad; contra cuya resolución, elevándose el pueblo y los oradores, consentí continuar en el ejercicio de ella hasta la total expulsión de los enemigos del territorio de Venezuela²¹.

21 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 321.

El esquema *unipersonal* de la jefatura del Estado, encarnada en el Poder Ejecutivo Presidencial, esbozado ya mediante los actos de guerra que se inician con la asunción del poder supremo por el Generalísimo MIRANDA, y seguida por El Libertador mediante los actos antes señalados, será desde entonces la característica *fundamental* del Poder Ejecutivo de la República, incluso en nuestros días. Culturalmente, como se ha dicho, el fenómeno presidencialista en Venezuela supone el especial *carisma* y arrastre de masas del líder político –y en algunos casos del líder militar, siendo Venezuela un país donde el presidencialismo y el caudillismo van especialmente de la mano con el *militarismo*–; y es precisamente la extensión de los poderes del caudillo los que determinan, más a los impulsos del líder que de la conciencia democrática del pueblo, el mayor o menor nivel de democracia del modelo constitucional venezolano, según las vicisitudes históricas.

Lo dicho se evidencia, por ejemplo, del resultado del llamado *Congresillo de Cariaco*, donde, valga reconocerlo, una insurrección al poder del General BOLÍVAR se escudó en la necesaria separación de poderes y, nuevamente, la institución de un Poder Ejecutivo *colegiado*, que en la práctica no pasó de una simple declaración de principios. Así lo dijo el Acta de Instalación de dicho Congreso, el 8 de mayo de 1817:

“Y hacemos saber a todo el pueblo de la Confederación, invocando al Ser Supremo como testigo de la pureza y honradez de nuestras intenciones, que desde hoy se halla restablecido el Gobierno Federal de la República de Venezuela, en sus tres departamentos legislativo, ejecutivo y judicial, para el debido despacho de los negociados que respectivamente les corresponden. Por tanto, designamos para la administración del Poder Ejecutivo a los Ciudadanos General Fernando Toro y Francisco Xavier Mayz, quienes en otra ocasión fueron miembros de dicho departamento; del mismo modo a los Ciudadanos General Simón Bolívar, Francisco Antonio Zea, José Cortés Madariaga y Diego Vallenilla, bien entendido que los ciudadanos Zea y Cortés ejercerán el poder únicamente ad interim hasta que los honrados ciudadanos Toro y Bolívar, ausentes al presente, se dirijan al lugar que se designe para la residencia del Gobierno. Para el

*Departamento judicial nombramos a los Ciudadanos Juan Martí-
nez, José España, Gaspar Marcano y Ramón Cádiz*²².

Otra de las instituciones características del período, que funciona como órgano consultivo del Jefe Supremo, es el Consejo de Estado, creado por primera vez mediante Decreto del 30 de octubre de 1817, y que sin tapujos puede considerarse como antecedente directo del Consejo de Estado creado mediante la Constitución de 1999. El Consejo de Estado estaba compuesto por el Almirante, el Jefe del Estado Mayor General, el Intendente General, el Comisario General del Ejército, el Presidente y Ministros del Tribunal de Secuestros, los Secretarios del Despacho, el Gobernador Comandante General, los Generales y Coroneles en servicio en la ciudad sede del Consejo, el Intendente, los Ministros Contador y Tesorero, el Gobernador Político y por el Secretario, nombrado por el Jefe Supremo. Estaba dividido en sección de Estado y Hacienda, de Marina y Guerra y de Interior y Justicia, siendo que los miembros de cada departamento eran nombrados por el Gobierno. La convocatoria y dirección única del Consejo de Estado correspondía al Jefe Supremo, pero en su ausencia era presidido por el consejero a quien se haya delegado esta función, a guisa de lo que ocurría, por ejemplo, con las reuniones del Consejo de Ministros de acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1961, siendo que en la Constitución de 1999 esas funciones corresponden, fundamentalmente, al Vicepresidente Ejecutivo. Las secciones serán convocadas y dirigidas por quienes las lideren, según lo exijan los asuntos en que se ocupen. Por su parte, la convocatoria del Consejo de Estado –atribución del Jefe Supremo– puede ser parcial o total, únicamente con voto consultivo. En la sección, la iniciativa de planes, reglamentos, providencias, etc. es de cualquier miembro, pero sólo el presidente de sección puede hacerlo en Consejo de Estado, siempre que el proyecto haya sido aprobado por la sección.

Las competencias del Consejo de Estado son, según el Decreto comentado, las siguientes: (i) Estado y Hacienda: Relaciones Exteriores, negocios del Estado y alta policía, arreglo de contribuciones directas

22 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* pp. 323 y 324.

o indirectas, administración de rentas, etc; (ii) Marina y Guerra: organización y movimiento de las fuerzas armadas, administración militar e intendencia; y (iii) Interior y Justicia: administración civil y de justicia, policía municipal, todo lo relativo al fomento interior, comercio, agricultura, industria, instrucción pública, establecimientos de beneficencia, caminos, puentes y calzadas, etc. Es con el Consejo de Estado, curiosamente, que se da inicio a la inveterada costumbre constitucional venezolana –mecanismo de control de la acción de la cabeza del Poder Ejecutivo– del *refrendo*, aún cuando parcial y limitado únicamente a los casos de aquiescencia del Jefe Supremo con el consejo del Consejo de Estado; y finalmente, para los asuntos que el Jefe Supremo quiera consultar en particular habrá un Consejo Privado, compuesto del Almirante, de los Gobernadores militar y político, de los Presidentes de las Secciones y de los Secretarios del Despacho.

Igualmente, Bolívar creó, por Decreto del 5 de noviembre de 1817, el Consejo de Gobierno, que propiamente es asimilable –como antecedente histórico– al Consejo de Ministros, con funciones propias –hoy en día– de la Vicepresidencia. En su composición original estaba integrado por el Almirante Luis Brión, como Presidente, el General de División Manuel Cedeño y el Intendente General Francisco Zea, como Vocales. Sus competencias eran: recibir Cónsules y enviados extranjeros, entablar y concluir negociaciones de comercio, comprar y contratar armas, municiones, vestuarios y todo elemento de guerra, proveer las divisiones militares de Cumaná, Barcelona, Guayana, Barinas y Caracas, de cuanto necesiten para la guerra, estipular y pagar el precio de los elementos de guerra. Las decisiones deben tomarse en conjunto, previa convocatoria del Presidente. El Consejo de Gobierno asume la plena autoridad en caso de prisión o muerte del Jefe Supremo por 60 días, terminados los cuales ejecutará las disposiciones que en sobre cerrado dejara BOLÍVAR al partir para la Campaña de 1818, y cuya apertura deberá hacerse previo el cumplimiento de determinadas solemnidades. Se extingue por disposición del Jefe Supremo, y en caso de su muerte éste deberá rendir cuentas –*post mortem*– al Consejo de Gobierno.

El Congreso, recién instituido en Angostura el 15 de febrero de 1819, fecha del histórico Discurso de El Libertador donde, con la precisión de un cirujano, delinea directrices políticas de primer orden en la comprensión de nuestro fenómeno político²³, reglamentó el ejercicio de la Presidencia de la República, el 25 de febrero de 1819. Como competencias del Presidente –que seguía siendo Bolívar, ratificado por el Congreso– se encontraban las siguientes: (i) mando supremo del Ejército y la Armada, organización y disciplina conforme a las reglas observadas hasta la fecha, mientras el Congreso no dictare otras; (ii) nombramiento de todos los empleados de la República hasta que el Congreso señale los que se reserva; (iii) Jefe de la Administración General de la República; (iv) conservación del orden y tranquilidad del Estado; (v) acusador ante el Congreso de los altos empleados que crea culpables de felonía, de mala conducta, malversación en las rentas del Estado, usurpación, corrupción, omisión o ineptitud en el ejercicio de sus funciones, con excepción de los delitos militares; (vi) enviar y recibir Ministros y Agentes Diplomáticos; (vii) celebrar tratados de alianza, comercio, amistad y neutralidad con otros Estados y con particulares, contrayendo con ellos todo empeño o negociación que sea conducente y necesaria a la guerra, previa aprobación del Congreso; (viii) Promulgación y ejecución de leyes, decretos, estatutos y actas del Congreso; (ix) ejecutar las sentencias del Congreso y del Poder Judicial; (x) suspender la ejecución de tales decisiones, en caso de injusticia notoria y devolver la sentencia al Tribunal que la pronunció; (xi) mitigar, conmutar e indultar penas, previa opinión favorable del Poder Judicial; (xii) amnistía general, siempre que sea conducente a la pacificación del país ocupado por el enemigo o al final de la guerra; (xiii) Rendir cuenta al Congreso, mediante informes y cuentas, reservándose las que no convenga divulgar, con tal que no sean contrarias a las que diere; (xiv) rendición de cuentas por los Ministros; (xv) despacho de patentes de corso y represalias, así como reglamentos autónomos; (xvi) por delegación del Congreso, levantar nuevas tropas, nuevos cuerpos o divisiones, admitir las extranjeras que vinieren al servicio de la Repú-

23 Entre otras muchas ubicaciones, puede leerse el Discurso en la siguiente ubicación electrónica: <http://bit.ly/2aBwNpQ>, 2 de agosto de 2016.

blica, bajo los pactos y condiciones anteriores, y exigir todo lo necesario para el mantenimiento de las fuerzas armadas.

Mas, como puede verse del Acuerdo Especial del Congreso, otorgando autoridad ilimitada a El Libertador y Presidente del Estado, General en Jefe Simón Bolívar, del 20 de marzo de 1819²⁴, bien pronto se volvió al esquema de otorgar poder *absoluto* al Poder Ejecutivo, dadas las vicisitudes de la guerra. Así lo dijo el Decreto:

“Considerando el Soberano Congreso que para el acierto y rapidez de las operaciones militares se requiere en el Jefe que las dirige, una autoridad y facultades extraordinarias, se dignó decretar en 26 de febrero último lo que se expresa en los artículos siguientes:

1º.- El Presidente de la República hallándose en campaña ejercerá una autoridad absoluta e ilimitada en la Provincia o Provincias que fueren el teatro de sus operaciones.

2º.- Podrá delegar estas facultades con la extensión o restricción que juzgue conveniente.

3º.- No se ocupará de otros negocios que los de la guerra, o que tengan con ella inmediata conexión. El gobierno general del Estado quedará entretanto a cargo del Vicepresidente con las mismas facultades que el Presidente, exceptuando las Provincias en que obren los Ejércitos, en las cuales no habrá otra autoridad que la del Presidente.

4º.- Todos los ascensos y promociones tocan al Presidente del Estado.

5º.- El Presidente se entenderá con el Vicepresidente en todo lo relativo al servicio militar, y mantendrá con él frecuentes comunicaciones previniéndole lo mismo a los Generales que obran separadamente”

24 Brewer-Carías; Las Constituciones... p. 347.

Como consecuencia del más bien rápido proceso político de cambio del modelo presidencialista *colegiado* establecido formalmente en la Constitución de 1811 al esquema de fuerte presidencialismo *unipersonal* que, mediante toda una serie de actos del propio Poder Ejecutivo y, las menos de las veces, del Poder Legislativo, la Constitución de 1819 –además de acabar, incluso en el papel, con la *utopía* federal que ha rodeado ideológicamente nuestra evolución política, mediante la consagración de un estado *unitario*– consagró un Poder Ejecutivo extraordinariamente *fuerte*, a inspiración de El Libertador.

Veamos. De acuerdo con la Constitución, el Poder Ejecutivo está compuesto por un Presidente de la República, elegido por 4 años, no reelegible inmediatamente. Debe ser venezolano por nacimiento, residido en Venezuela por 10 años antes de su elección, salvo los casos de comisión al servicio de la República. Hasta 1825 bastará haber emprendido la campaña de 1816 y haber continuado sus servicios hasta el día de la elección. Debe tener una propiedad de 15.000 pesos en bienes raíces. Su elección –al igual que en 1811– es indirecta, mediante Asambleas electorales que elegirán al Presidente el 16 de noviembre cada 4 años. Según el Título IV, pasado ese lapso las elecciones serán directas, por el pueblo. Cada elector elige 2 personas. Las listas de escrutinio se remiten al Congreso, donde resultará electo como Presidente quien haya obtenido las 2/3 partes de votos de electores departamentales, y el que le siguiere inmediatamente será el Vicepresidente. En caso de no haber mayoría, serán electos por el Congreso tomando el doble de los cargos a ser provistos, mediante votación por la mayoría del Congreso, y el que le siga será Vicepresidente. En caso de igualdad, la suerte decide. En el caso que la diferencia sea para Vicepresidente, el Congreso escogerá entre los 3 candidatos con mayor número de votos, y en caso de igualdad la suerte decide. La elección se hará en una única sesión permanente.

En el plano competencial, la Constitución de 1819 inicia la secular tradición constitucional venezolana de enumerar un número importantísimo –y particularmente grande– de competencias en manos del Presidente de la República. En particular, según la enumeración de la Constitución de 1819, las competencias del Presidente son las siguientes:

(i) Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, su organización y disciplina, pero no podrá dirigirlas en persona; (ii) nombramiento de todos los empleos civiles y militares que la Constitución no reserve; (iii) ascenso desde Coronel y Capitán de Navío, con la aprobación del Senado, con lo que, igualmente, se inicia la tradición constitucional, rota en 1999 a favor del Presidente, de control parlamentario de los ascensos militares a los grados que implican comando de grandes unidades de las Fuerzas Armadas; (iv) Jefe de la Administración General de la República; (v) conservación del orden y tranquilidad interior y exterior; (vi) acusador ante el Senado de los empleados que delincan en razón de su oficio; (vii) declarar la guerra, celebrar treguas y hacer la paz, previo decreto del Congreso; (viii) representación internacional de la República, con sanción posterior del Congreso; (ix) envía y recibe embajadores plenipotenciarios y toda especie de ministros y agentes diplomáticos; (x) convoca al Congreso y lo preside en la apertura de sesiones, así como convocatoria a sesiones extraordinarias; (xi) convocar las asambleas electorales; (xii) promulgación y ejecución fiel de las leyes, decretos, estatutos y actas del Congreso, así como de las sentencias del Senado y del Poder Judicial; (xiii) Sin embargo, conserva la potestad de negar la ejecución de sentencias en caso de “*injusticia notoria que irroque perjuicio irreparable*”; (xiv) mitigar, conmutar o indultar la ejecución de penas, previa opinión favorable del Poder Judicial, salvo en el caso de decisiones cuyas acusaciones hayan sido promovidas por la Cámara de Representantes, donde sólo puede suspender la ejecución de la decisión hasta que el Congreso decida el perdón o relajamiento de la pena; (xv) amnistía, en casos urgentes que no permitan la reunión del Congreso; (xvi) suspensión de garantías, en caso de conmoción interior o exterior, sometido a la posterior aprobación del Congreso; (xvii) el Vicepresidente suple la falta absoluta hasta la terminación del período, y a su falta el Presidente del Senado.

En lo atinente a los deberes del Presidente, se cuenta ya desde 1819 con la obligación constitucional de *rendición de cuentas*, mediante la Presentación de memoria y cuenta anual al Congreso, sin presentarle nunca proyectos de Ley. Presentación de cuentas, informes e ilustraciones que se le pidan, “*pero podrá reservar las que por entonces no convenga que se publiquen, con tal que no sean contrarias a las que se presenten*”, así como la exacta,

fiel e inviolable ejecución de las leyes, que como fundamento esencial del Poder Ejecutivo conserva éste, con variantes de forma, durante todo el constitucionalismo venezolano.

La Constitución de 1819 regula, igualmente, a los Ministerios y sus composiciones. De acuerdo con el Texto Fundamental, hay 6: (i) Relaciones Exteriores; (ii) Interior; (iii) Justicia; (iv) Hacienda; (v) Marina; y (vi) Guerra. Los Ministerios son fusionables entre sí, siendo cada Ministro el Jefe de la Sección de la Administración que le compete, y es órgano de las instrucciones del Presidente en su ramo. Los Ministros son responsables de las órdenes firmadas por ellos, y no excusa la orden inconstitucional del Presidente, dejándose a la ley la fijación de los modos y términos de la responsabilidad ministerial. Tienen derecho de libre entrada, voz y asiento en ambas Cámaras, y tienen obligación de *rendir cuentas* por escrito o de palabra, salvo la confidencialidad que se garantiza al Presidente en los términos indicados anteriormente. Igualmente, existe –por primera vez en nuestro constitucionalismo, y desde entonces hasta nuestros días– la obligatoriedad del refrendo ministerial por el Ministro del Ramo, sin el cual no es posible la emanación de acto alguno del Poder Ejecutivo. Este mecanismo de control de la acción del Presidente, si bien clásico, no es mayormente efectivo en Venezuela, contando con el hecho de que el nombramiento y remoción de los Ministros depende exclusivamente del Presidente de la República.

Finalmente, en otras regulaciones, la Constitución de 1819 establece que el Presidente no puede ausentarse del territorio de la República durante su mandato, ni por un año después de terminado, sin el consentimiento del Congreso; su *inviolabilidad*, lo que implica que no puede ser detenido sin decreto del Senado, en cuyo preámbulo constará la acusación propuesta por la Cámara de Representantes. La acusación sólo podrá ser por delitos de traición, conspiración del presidente contra la Constitución y el Estado, venalidad, usurpación o malversación de las rentas públicas, e implica la *suspensión temporal del Presidente* mientras dure el juicio, al igual que lo hacía la Constitución de 1961, bajo cuya vigencia –hasta donde nuestro conocimiento alcanza– se ha verificado el único caso de aplicación práctica de norma de este tenor, con el caso de

Carlos Andrés Pérez. Cualquier acusación por delito distinto del señalado será juzgado luego del término del mandato.

Fundamentalmente, este será el esquema que, sin mayores variaciones, seguirá el constitucionalismo venezolano desde entonces, con modificaciones de mayor o menor cuantía que siguen, en lo fundamental, los deseos del caudillo de turno, adaptando la Constitución a la medida de sus apetitos de poder. De hecho, puede decirse —a nuestro juicio— que la institución presidencial está ya claramente delimitada desde la Constitución de 1819 en nuestra historia constitucional, siendo la evolución posterior una de *addenda* a las competencias ya reconocidas al Poder Ejecutivo, y el reforzamiento de la tendencia *presidencialista* que, desde entonces, acompaña nuestro devenir político-constitucional.

En el período bajo estudio, ello se evidencia —por ejemplo— de la Ley Fundamental de la República de Colombia, del 17 de diciembre de 1819, donde según su artículo 4º “*El Poder Ejecutivo de la República será ejercido por un Presidente y, en su defecto, por un Vicepresidente, nombrados ambos interinamente por el actual Congreso*”; y la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia, del 12 de julio de 1821 señala, en sus artículos 1º y 4º, que “*los pueblos de la Nueva Granada y Venezuela quedan reunidos en un solo cuerpo de nación, bajo el pacto expreso de que su gobierno será ahora y siempre popular representativo*”, y que “*El Poder Supremo nacional estará siempre dividido para su ejercicio Legislativo, Ejecutivo y Judicial*”.

Más evidente aún es, por supuesto, si se observa lo dispuesto en la Constitución de 1821. De acuerdo con el Texto Fundamental que rigió la vida de la efímera *Colombia*, el Poder Ejecutivo era ejercido por un Presidente de la República, elegido por 4 años, no reelegible inmediatamente; que debe ser colombiano por nacimiento, de por lo menos 30 años de edad, con 3 años de residencia en Colombia antes de su elección, salvo los casos de comisión al servicio de la República o de los prisioneros, desterrados o fugitivos del país por causa de la Independencia, con una propiedad de 4.000 pesos en bienes raíces, o una renta de 500 pesos anuales, o ser profesor de alguna ciencia. Habrá un Vicepresidente que suplirá las faltas del Presidente, siendo que aquél debe tener las mismas

cualidades de éste. Dado el caso, el Presidente del Senado suple la falta temporal simultánea del Presidente y del Vicepresidente²⁵; en caso de falta absoluta deberá llamarse a elecciones, y los electos durarán hasta la próxima reunión de las Asambleas Electorales.

Respecto de la elección del Presidente y del Vicepresidente, la Constitución de 1821 no dispone nada expresamente en el Título correspondiente al Poder Ejecutivo. Por interpretación de los artículos 106, 108 y 111, se entiende aplicable la Sección Quinta del Título IV, que regula la elección del Poder Legislativo, y más concretamente los artículos 71 a 76. Esta elección es indirecta, mediante asambleas provinciales que elegirán al Presidente el 1º de octubre cada 4 años (artículos 31 y 71). Las listas de escrutinio se remiten al Congreso, donde resultarán electo como Presidente quien haya obtenido las 2/3 partes de votos de electores provinciales presentes en la votación (artículo 72). En caso de no haber mayoría, el Presidente será electo por el Congreso tomando los tres candidatos más votados, mediante votación por las 2/3 partes del Congreso (artículo 73). La elección se hará en una única sesión permanente (artículo 75). El Vicepresidente será elegido con las mismas formalidades que el Presidente (artículo 76).

En el plano competencial se observa, nuevamente, la gran cantidad de atribuciones conferidas al Presidente: (i) Jefe de la Administración General de la República; (ii) conservación del orden y tranquilidad en lo interior y exterior; (iii) promulgación y ejecución de las leyes, y potestad reglamentaria en la medida en que sea conveniente para su ejecución, con lo que por primera vez en el constitucionalismo venezolano se consagra la *potestad reglamentaria* del Poder Ejecutivo, respetando –tal como puede interpretarse de la redacción constitucional– el espíritu, propósito y razón de la norma legal; (iv) convoca al Congreso a sesiones ordinarias y extraordinarias; (v) dicta las órdenes para que se lleven a cabo las elecciones; (vi) Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, encargado de

25 Cosa que, curiosamente, omite regular la Constitución de 1999, creando la posibilidad de un vacío de poder ante la ausencia de ambos magistrados, establecidos en la Carta Magna vigente al igual que en la Constitución de 1821.

su dirección, pudiéndolas dirigir en persona previo consentimiento del Congreso, caso en el cual el Vicepresidente asume las funciones del Poder Ejecutivo, artículos que tuvieron especial aplicación durante la ausencia de Bolívar debida a la Campaña del Perú, y cuyo ejercicio supuso –por la falta de consentimiento del Congreso, dado el momento– la conducción del Ejército Libertador en la Batalla de Ayacucho no por El Libertador, sino por el para entonces General en Jefe Antonio José de Sucre, luego nombrado el *Gran Mariscal de Ayacucho*; (vii) declarar la guerra, luego del decreto del Congreso; (viii) Celebrar los tratados de paz, alianza, amistad, treguas, comercio, neutralidad, etc. “*con los príncipes, naciones o pueblos extranjeros, pero sin el consentimiento y aprobación del Congreso, no presta ni deniega su ratificación a los que estén ya concluidos por los plenipotenciarios*”; (ix) nombramiento de ministros, agentes diplomáticos y oficiales militares desde coronel y capitán de navío, previo consentimiento del Senado, pudiéndolos dar en comisión cuando el Senado esté en receso, y sometidos a su posterior aprobación; (x) nombramiento de los demás empleados civiles y militares que no reserve a otra autoridad la Constitución o la ley; (xi) cuida de que la justicia se administre pronta y cumplidamente por los Tribunales, y de que sus sentencias se cumplan y ejecuten; (xii) suspensión de los empleados ineptos o que delincan en el ejercicio de sus funciones, con obligación de denuncia ante el Tribunal competente; (xiii) prisión preventiva de cualquier ciudadano en casos excepcionales, hasta un máximo de 48 horas, lapso en el cual deberá ponerlo a la orden del Tribunal competente, antecedente constitucional evidente de la actual privación preventiva de libertad; (xiv) conmutar penas capitales de acuerdo con los jueces que conozcan de la causa; y (xv) suspensión de garantías constitucionales, con previo acuerdo y consentimiento del Congreso.

Los deberes del Presidente eran, a semejanza de los establecidos por el Reglamento de 1819 y por la Constitución de 1811, los de presentación de memoria y cuenta anual al Congreso, con indicación de las mejoras que puedan realizarse, así como la presentación de cuentas, informes e ilustraciones que se le pidan, “*pero reservando aquellos cuya publicación no convenga por entonces, con tal que no sean contrarios a las que se presenten*”.

Los secretarios del despacho –ministros– son cinco, a saber (i) Relaciones Exteriores; (ii) Interior; (iii) Hacienda; (iv) Marina; y (v) Guerra. Son reunibles dos secretarías en una temporalmente. El número de secretarías es variable por el Congreso, y será el Reglamento Ejecutivo el que determinará las competencias de cada una. Cada Secretario es el Jefe de la Sección de la Administración que le compete, y es órgano de las instrucciones del Presidente en su ramo. Existe, igualmente, la obligatoriedad del refrendo ministerial por el Ministro del Ramo, así como la obligación de rendir cuentas por escrito o de palabra, al Congreso salvo la confidencialidad que se garantiza al Presidente en los términos indicados anteriormente.

Se rescata de la regulación preconstitucional de 1818, no prevista en la Constitución de 1819, el Consejo de Gobierno, ya no propiamente como Consejo de Ministros, sino como órgano consultivo del Presidente. Éste está compuesto por el Vicepresidente, un Ministro de la Alta Corte de Justicia y de los Secretarios del Despacho. El Presidente debe ejercer varias de sus atribuciones, las señaladas en los artículos 46, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 127 y 128 previa opinión no vinculante del Consejo. El Consejo tiene la obligación de remitir al Senado todos los dictámenes emitidos, salvo los referidos a asuntos confidenciales mientras dure la reserva.

Como particularidades de la regulación constitucional de 1821, los sueldos del Presidente y del Vicepresidente son inamovibles durante su mandato. El Presidente no puede ausentarse del territorio de la República durante su mandato, ni por un año después de terminado, sin el consentimiento del Congreso; y, al igual que en la Constitución de 1819, se proclama la *inviolabilidad* del Presidente y del Vicepresidente, lo que implica que no puede ser detenido sin decreto del Senado, por acusación propuesta por la Cámara de Representantes. La acusación sólo podrá ser por conducta manifiestamente contraria al bien de la República y a los deberes de sus empleos o de delitos graves contra el orden social. Admitida la acusación, el funcionario queda inmediatamente *suspendido*. Los Secretarios del Despacho están sujetos a la inspección de la Cámara de

Representantes, que puede acusarlos ante el Senado por mal desempeño de sus funciones u otros graves crímenes.

La marcada tendencia autocrática del Presidente en nuestra cultura constitucional se evidencia, incluso, de actos que sin tener rango constitucional tienen implícito ese carácter, como lo son los actos de fuerza que pretenden la legitimación de un estado *de facto*. Por ejemplo, el Acta de la Municipalidad de Valencia del 11 de mayo de 1826²⁶, mediante la cual la Municipalidad de Valencia pretendió investir al General en Jefe José Antonio Páez con el mando supremo —esto es, el poder ejecutivo— en Venezuela, atribuyó a éste *toda la autoridad necesaria* para mantener el orden y la tranquilidad pública, entre otras. Así lo dijo el Acta:

“Cuarta: que en el actual estado de las cosas es de absoluta necesidad investir a S. E. el General en Jefe José Antonio Páez de toda la autoridad necesaria para mantener el orden y la tranquilidad pública, levantar ejércitos que defiendan el territorio de cualquier invasión enemiga, u otros actos hostiles, y hacer continuar la marcha de la administración, cuyas funciones ejercerá con la denominación de Jefe Civil y Militar de Venezuela.

Quinta: Que la duración de la autoridad de S. E. sea mientras lo exijan las circunstancias que se espera variarán con la venida de S. E. el Presidente Libertador; y que entonces, o cuando los pueblos de Venezuela puedan verificar con seguridad su asociación, sean convocados según las bases que se establezcan para deliberar acerca de la forma del Gobierno que sea más adaptable a su situación, a sus costumbres y producciones”

E igualmente, dadas las circunstancias en las que sumió a Colombia el fracaso de la Convención de Ocaña, donde los intentos de dar vigencia anticipada a la norma constitucional de acuerdo con la cual la Constitución debía reformarse a los 10 años de su entrada en vigencia (artículo 191) terminaron en nada, el Decreto Orgánico del Libertador

26 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* pp. 397 y 398.

Presidente de la República de Colombia, General en Jefe Simón Bolívar, por medio del cual asume el Poder Supremo del 27 de agosto de 1828²⁷ dispuso, como competencias del Jefe Supremo, las siguientes: (i) mantenimiento del orden y tranquilidad interior y exterior; (ii) mandar las fuerzas armadas; (iii) dirigir las negociaciones diplomáticas, declarar la guerra, celebrar tratados de paz y amistad, alianza y neutralidad, de comercio y cualesquiera otros con Gobiernos extranjeros; (iv) nombramiento y remoción de todos los empleos de la República; (v) dictar decretos-leyes, así como la potestad reglamentaria; (vi) cuidar la ejecución de las leyes; (vii) cuidar de la inversión, recaudación y exacta cuenta de las rentas nacionales; (viii) hacer que la justicia se imparta pronta y eficazmente; (ix) aprobar o reformar las sentencias de los Consejos de Guerra y Tribunales Militares en las causas criminales seguidas contra oficiales de las Fuerzas Armadas; (x) conmutación de la pena capital previo dictamen del Consejo de Estado, y a propuesta de los tribunales decisores, o previa audiencia de éstos; (xi) amnistías, indultos y disminuciones de penas, previa opinión del Consejo de Estado; (xii) Conceder patentes de corso y represalia; (xiii) Jefe de la Administración General de la República en todos sus ramos, y encargado del Poder Supremo del Estado; y (xiv) Presidir el Consejo de Estado.

El Jefe Supremo será, de conformidad con el Decreto, auxiliado por el Consejo de Ministros, compuesto de los Ministros Secretarios de Estado. Éstos son: (i) Interior o Gobierno; (ii) Justicia; (iii) Guerra; (iv) Marina; (v) Hacienda; (vi) Relaciones Exteriores. Puede encargarse a un mismo Ministro atiende dos carteras, y un decreto organizará el Ministerio y sus departamentos, y distribuirá sus despachos. Obligatoriedad del Refrendo Ministerial del Ministro encargado del área. Los Ministros Secretarios de Estado son responsables en todos los casos que falten al exacto cumplimiento de sus deberes, en los cuales serán juzgados por un decreto especial de El Libertador sobre la materia. En caso de ausencia del Presidente, se encargará del Poder Ejecutivo el Presidente del Consejo de Ministros, quien deberá convocar al Congreso en un término no mayor de 150 días. El territorio queda dividido en prefecturas. Los Pre-

27 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* pp. 407 a 412.

fectos son los jefes superiores políticos en sus respectivos distritos, y en ellos son los agentes naturales e inmediatos del Jefe del Estado, y tienen las competencias de los Intendentes.

El Consejo de Estado está compuesto del Presidente del Consejo de Ministros, de los Ministros Secretarios de Estado, y al menos de un Consejero por cada Departamento de la República. Cuando el Libertador no presida el Consejo de Estado, lo hará el Presidente del Consejo de Ministros. Sus competencias son: (i) preparar los decretos y reglamentos que haya de expedir el Jefe de Estado; (ii) dictamen al gobierno en los casos de declaración de guerra, preliminares de paz, ratificación de tratados por otras naciones, para las facultades de indulto y demás en materia penal y en los que se le solicite; (iii) propuesta para nombramiento de funcionarios públicos y eclesiásticos.

Por su parte, los actos de naturaleza –que no de forma– constitucional mediante los cuales se verificó en la práctica la separación de Venezuela de la *fugaz* República de Colombia, mantuvieron el *status quo* respecto de la preeminencia de la figura presidencial respecto de las restantes ramas del poder público, tanto en el caso en el que la República mantuvo la fórmula centro–federal de 1830 –más central que federal– hasta la asunción del modelo federal al final del período bajo estudio, mediante la promulgación de la Constitución de 1864 al fin de la Guerra Federal.

Veamos. En la instalación del Congreso Constituyente de Venezuela en Valencia, que dio forma jurídica a la separación fáctica de Venezuela de Colombia, el General en Jefe José Antonio Páez dio acabada cuenta de la preeminencia de la figura presidencial –Jefe Civil y Político del Estado de Venezuela– al señalar el control por parte de la Presidencia de numerosas competencias, al igual que de la obligación del Ejecutivo de rendir cuenta de su actuación, vía Memoria y Cuenta, al Poder Legislativo. Así lo dijo el General Páez:

“Hasta este día he gobernado como Jefe del Estado y General del Ejército, sin otra regla que el bien común y la tranquilidad de todos;

*los pueblos congregados parcialmente me confiaron la autoridad, y desde el día 13 de enero en que tomé sobre mí tan delicados encargos, se han conservado el orden, la paz y sumisión al Gobierno en todo el territorio del Estado, y el ejército ha observado la más estrecha disciplina. Se han disipado ya las negras nubes formadas por un poder ilimitado, que causaban temores al celo de la libertad, y con más dulce satisfacción he visto llegar la aurora del día en que la ley recobra todo su poder. Yo devuelvo a la soberanía del pueblo las facultades de que me había revestido, sin quedarme otra cosa que el contento de presentar a Venezuela unida, sus autoridades respetadas, sus votos protegidos, y armada para defenderlos con un numeroso ejército tan capaz de resistir cualquiera invasión, como de invadir si fuere necesario. La situación política de Venezuela en los principales ramos de su administración, aparece de las Memorias que me han pasado los tres secretarios del Despacho, las mismas que tengo la honra de acompañar; y llamo la atención del Congreso muy encarecidamente sobre la importancia y la utilidad de la milicia auxiliar y sobre la deuda pública que miro como un compromiso de honor que nos incumbe a todos*²⁸.

A lo que el Presidente del Congreso Constituyente de Venezuela, Francisco Javier Yanes, contestó:

“El estado de los diversos ramos de la administración, cuyo informe dado por los respectivos Secretarios del Gobierno ha enviado V. E. a este cuerpo, formará el asunto de sus más serias meditaciones, y sobre los datos que estas exposiciones ministran, o teniendo a la vista todas las noticias que a ellos se refieren, él trabajará en las reformas que imperiosamente demanda la desgraciada situación de los pueblos y empeñen el honor de los Delegados”

Y fue precisamente bajo esa inspiración que, de manera *provisoria*, el Congreso Constituyente dictó el Reglamento Provisorio para el

28 Mensaje del Jefe Civil y Militar de Venezuela, General en Jefe José Antonio Páez, al Congreso Constituyente de Venezuela en el acto de su instalación, el 6 de mayo de 1830, en Brewer-Carías; *Las Constituciones...* pp. 421 a 423.

Gobierno del Estado de Venezuela, del 10 de julio de 1830²⁹. Este era, fundamentalmente, un estatuto orgánico del Poder Ejecutivo en la transición hacia la Constitución de 1830. Está compuesto por un Presidente del Estado, cuyas condiciones de elegibilidad son las de ser: (i) venezolano por nacimiento mayor de 35 años de edad; (ii) residenciado en Venezuela por lo menos por 3 años antes de la elección, salvo en caso de ausencia por servicios a Colombia o con permiso del Gobierno, o que haya estado fuera por orden del Gobierno por opiniones políticas; (iii) dueño de una propiedad raíz con valor libre de 4.000 pesos, o en su defecto usufructo de 500 pesos anuales, o ser profesor de alguna ciencia. Son inelegibles los sentenciados a penas aflictivas o infamantes, ni los que hubieren vendido o comprado el sufragio, ni los incapaces, ni los procesados en juicio penal, ni los deudores de plazo vencido al Fisco Nacional. Habrá un Vicepresidente que suplirá las faltas temporales y absolutas del Presidente, que deberá tener las mismas condiciones de elegibilidad que el Presidente. La falta temporal de ambos será suplida por el Presidente del Consejo de Gobierno, y la absoluta mediante elección por el Congreso. El Congreso fija los salarios del Presidente y del Vicepresidente, y el Poder Ejecutivo residirá en la misma ciudad que el Congreso.

Las competencias del Presidente del Estado son las siguientes: (i) Jefe de la Administración General del Estado; (ii) mantenimiento del orden interno y seguridad externa; (iii) promulgación y ejecución de los actos del Congreso, y potestad reglamentaria; (iv) convocatoria de las asambleas populares que la Constitución ordene; (v) Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, compuestas del ejército permanente y la milicia reglada; (vi) declara la guerra decretada por el Congreso; (vii) llama a servicio a las milicias necesarias según la urgencia; (viii) exigir anticipadamente las contribuciones ordinarias o cualesquiera sumas necesarias por vía de empréstito, bien de particulares o corporaciones, siempre que a juicio del Consejo de Gobierno no puedan cubrirse gastos cuyo objeto sea legalmente decretado con las rentas ordinarias, debiendo el Congreso votar la cantidad de estas anticipaciones o empréstitos según el

29 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* pp. 427 a 432.

informe del Gobierno consultado por su Consejo; (ix) celebra tratados de paz, tregua y armisticio, sin poder ratificar o negar ratificación a los de paz ya concluidos por los Plenipotenciarios; (x) nombra y remueve a los Secretarios del Despacho; (xi) nombra agentes diplomáticos y consulares, con aprobación del Congreso, así como los oficiales militares desde Coronel y Capitán de Navío, da licencias y retiros a los militares; (xii) nombramiento y remoción de los demás empleados civiles y militares no atribuidos a otra autoridad; (xiii) nombramiento de los jueces y fiscales de la Corte Superior, los Asesores de los Prefectos y los Auditores; (xiv) nombramiento de prefectos y gobernadores, en consulta con el Consejo de Gobierno; (xv) vela sobre la administración y cumplimiento de la justicia; (xvi) recaudación e inversión de los ingresos; (xvii) establecer hospitales militares provisionales; (xviii) suspender de sus cargos a infractores de leyes, o por incapacidad o negligencia, con obligación de denuncia en el primer caso y previo dictamen del Consejo de Estado en el segundo; (xix) mando supremo de las Fuerzas Armadas en persona, previo consentimiento del Congreso, caso en que asumirá sus funciones el Vicepresidente; (xx) prisión preventiva hasta un máximo de 48 horas, cuando deberá colocarlo a la orden de los Tribunales.

Sus limitaciones son: (i) no dará empleo militar, excepto los ascensos de rigurosa escala, con lo que se radicalizó aún más la limitación al Ejecutivo para emitir los Despachos contentivos de ascensos militares, aún cuando el Presidente fuere el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas; (ii) no ejercerá por sí mismo ni por delegados los otros poderes; (iii) no puede privar de libertad, salvo lo señalado anteriormente; (iv) no podrá tomar la propiedad particular, salvo aprobación del Congreso en caso de evidente necesidad y justa indemnización; (v) no puede salir del territorio durante su Presidencia. El Presidente y el Vicepresidente sólo pueden ser acusados ante el Congreso: (i) por traición contra la independencia del Estado o la forma de Gobierno admitida y jurada por el Congreso; (ii) por actos dirigidos manifiestamente a disolver éste por la fuerza o impedir las elecciones populares que la Constitución ordenare; (iii) por crimen que merezca pena de muerte.

El Consejo de Gobierno estará compuesto del Vicepresidente, de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia, de los 3 Secretarios del Despacho y de dos Consejeros elegidos por el Congreso. Los mismos requisitos de elegibilidad que el Presidente. Lo presidirá el Presidente, en su defecto el Vicepresidente, y en su defecto el Consejero elegido por el propio cuerpo. Sus competencias son: (i) voto consultivo en las atribuciones de los artículos 14, 20, 24 y 26, esto es, declaración de guerra, tregua, armisticio y paz, nombramiento de empleados civiles y militares, distintos de los Ministros, que por leyes o resolución del Congreso no se reserve a otra autoridad, y el nombramiento de los Prefectos y Gobernadores; (ii) previo consentimiento en los casos de los artículos 16, 17, 19, 23, 30 y 31, o en otras palabras, conscripción y alistamiento de milicias, uso de las milicias en caso de conmoción interna, en materia tributaria el exigir previamente los tributos o por empréstito forzoso, nombramiento de agentes diplomáticos durante el receso del Congreso, suspensión de cargos de empleados públicos en casos particulares y comando personal del Presidente de las Fuerzas Armadas, en caso de receso del Congreso; (iii) presentar proyectos de ley o de reglamentos. Debe llevar registro de sus dictámenes, que se presentarán al Congreso al terminar sus funciones. Los miembros son responsables de sus dictámenes, y del mal desempeño de sus oficios. Los Consejeros lo son a dedicación exclusiva, y sus sueldos los fijará el Congreso.

Los Secretarios del Despacho son: (i) Interior y Justicia; (ii) Relaciones Exteriores; (iii) Guerra y Marina. Para su nombramiento, los Secretarios deben cumplir los mismos requisitos que para Presidente, mas no pueden ser Secretarios los Diputados del Congreso. Forman el Consejo de Ministros para asesorar al Presidente en todo lo puramente ejecutivo, de libre nombramiento y remoción por el Presidente. Órgano del Ejecutivo en la materia de su competencia. Obligatoriedad del Refrendo ministerial. Obligación de rendir cuentas al Congreso, con única reserva de lo que no convenga publicar. Responsabilidad: (i) por mal desempeño de sus funciones; (ii) expedir decreto o resolución manifiestamente contraria a las leyes, no quedando exentos por la concurrencia de la firma del Presidente. Los Secretarios del Despacho reciben los sueldos que el Congreso les asigne.

Así, termina la primera de las etapas del período histórico que analizamos. El más somero análisis indicará que, frente a la traumática experiencia que significó para la República la extraordinaria *debilidad* del Triunvirato que tuvo en sus manos el Poder Ejecutivo durante la brevísima vigencia efectiva de la Constitución de 1811, surgió, a imagen y semejanza de Bolívar, un Poder Ejecutivo extraordinariamente fuerte, que incluso fue la punta de lanza del paulatino desapoderamiento de competencias que sufrirían, a lo largo de la historia, las restantes divisiones del Poder Público, tanto horizontal como verticalmente, y que tendrán importante expresión en la definitiva conformación de la correlación de poderes efectivos que constituyen el entramado del Poder Público en Venezuela, representado claramente en la evidente preeminencia del Poder Ejecutivo, y sobre todo del Presidente de la República, como máxima figura y referencia institucional y política del país. Podría decirse, incluso, que esa imagen del Presidente como el *hombre fuerte* o, en palabras de Vallenilla Lanz, el *gendarme necesario*, tiene, desde el punto de vista sociológico, profundas implicancias en la conformación de la sociedad venezolana, al punto que sería plausible teorizar sobre la hipótesis del mimetismo entre la figura del Presidente y la propia sociedad, reducido en que el uno es causa y efecto del otro.

Con ello en mente, veremos como –terminado el proceso de independencia con la emancipación política de España y la separación de la primera Colombia– el presidencialismo en Venezuela toma renovado auge, en el período que Brewer-Carías llama del Estado Autónomo y que Gil Fortoul –con buena parte de la historiografía posterior– llamaría de la *oligarquía conservadora*. Veamos.

2. *El Estado Autónomo (1830–1863)*

El esquema de competencias que la República ha otorgado desde 1811 al Poder Ejecutivo –ciertamente amplísimo, incluso mayor que el que supuestamente había motivado la separación de Venezuela de Colombia, en razón de la *dictadura* de El Libertador– tiene acabada expresión en la Constitución de 1830, la cual –nuevamente desde el punto de vista sociológico– es indicio suficiente para fundamentar nuestra afirmación

anterior: una de las Constituciones más centralistas, con mayor poder para la figura presidencial, es la segunda en vigencia en nuestra historia constitucional, con 27 años.

En efecto, la Constitución de 1830 confía, en su artículo 103, la jefatura del Poder Ejecutivo a un magistrado, con el nombre de Presidente de la República. Dentro de sus condiciones de elegibilidad, la Constitución establece la obligatoriedad de que sea venezolano por nacimiento, así como tener 30 años de edad –condición que se repetirá invariablemente hasta nuestros días–, tener tres años de residencia en el territorio de Venezuela inmediatamente antes de la elección, salvo que sea dueño de una propiedad raíz cuya renta anual sea de cuatrocientos pesos, o tener una profesión, oficio o industria útil que produzca quinientos pesos anuales, o gozar de un sueldo anual de seiscientos pesos. Será Presidente quien haya obtenido las dos terceras partes de los votos que hayan sufragado en los Colegios Electorales, los cuales siguen, al igual que en el constitucionalismo venezolano anterior, el modelo estadounidense. Ahora bien, si de los Colegios Electorales resultare el mayor número de votos en dos o más individuos, comenzará el Congreso su votación concretándola a dichos individuos para fijar los tres entre quienes deba ser electo el Presidente. Sin embargo, si alguno de los métodos de elección antes mencionados resultare infructuoso, el Congreso elegirá de entre los tres candidatos más votados al Presidente, con las dos terceras partes de los votos del Congreso; ahora, si ninguno hubiere reunido la indicada mayoría, se repetirá el acto contrayéndose la votación a los dos que más se hubiesen acercado a ella: en cuyo caso, si después de dos escrutinios más ninguno obtuviere las dos terceras partes, será bastante la mayoría absoluta: en caso de igualdad continuará la votación hasta obtener la mayoría.

El período presidencial es de 4 años, sin posibilidad de reelección inmediata sino luego de un período constitucional, por lo menos; y el Presidente estará acompañado por un Vicepresidente, cuyas condiciones de elegibilidad, forma de elección y el período de su mandato serán los mismos del Presidente, si bien serán elegidos con diferencia de 2 años el uno del otro. El Vicepresidente se encargará de la Presidencia durante las ausencias temporales o absolutas del Presidente “*tanto en los casos de ausen-*

cia, como de enfermedad, o suspensión temporal, el Vicepresidente se encarga de sus funciones; y si faltare el Presidente por muerte, dimisión, destitución, o privación de su plaza, el Vicepresidente se encarga del ejercicio del poder ejecutivo hasta concluir el periodo constitucional”, así como en el caso de que sea llegada la culminación del período constitucional sin que haya sido elegido nuevo Presidente, caso en el cual el Primer Mandatario saliente entregará el poder al Vicepresidente y éste se encargará del poder ejecutivo hasta la elección y juramentación del nuevo Presidente. El Vicepresidente no podrá ser elegido Presidente para el periodo inmediato cuando haya ejercido el poder ejecutivo por la mitad del periodo constitucional. Las faltas temporales de ambos –Presidente y Vicepresidente– las suple el Vicepresidente del Consejo de Gobierno, por los miembros de éste y en caso de muerte, dimisión, privación o incapacidad del Vicepresidente encargado del Poder Ejecutivo, le subrogará en sus funciones el mismo Vicepresidente del Consejo de Gobierno hasta la nueva elección de Presidente y Vicepresidente de la República, con cuyo objeto se expedirán inmediatamente las órdenes necesarias para que se reúnan los Colegios Electorales. Los salarios de Presidente y Vicepresidente son inamovibles.

En el plano competencial, se observa –ya en 1830– buena parte de las competencias que, a lo largo del tiempo, ostentarán los Presidentes en Venezuela, durante toda su historia constitucional. En efecto, según el artículo 117 de la Constitución de 1830 el Presidente tiene las siguientes competencias: (i) Jefe de la Administración General de la República; (ii) conservar el orden y tranquilidad interior y asegurar el Estado contra todo ataque exterior; (iii) mandar ejecutar, y cuidar de que se promulguen y ejecuten las leyes, decretos y actos del Congreso; (iv) convocar el Congreso en periodos ordinarios; y también extraordinariamente con consentimiento previo, o a petición del Consejo de Gobierno, cuando lo exija la gravedad de alguna urgencia; (v) mando supremo de las fuerzas de mar y tierra para la defensa de la República; (vi) llamar las Milicias al servicio, cuando lo haya decretado el Congreso; (vii) declarar la guerra a nombre de la República, previo el decreto del Congreso; (viii) dirigir las negociaciones diplomáticas, celebrar tratados de tregua, paz, amistad, alianza ofensiva y defensiva, neutralidad, y comercio, debiendo preceder la aprobación del Congreso para prestar o negar su ratificación a ellos;

(ix) nombrar y remover los Secretarios del Despacho; (x) nombrar de acuerdo al Consejo de Gobierno los Ministros Plenipotenciarios, enviados y cualesquiera otros agentes diplomáticos, Cónsules, Vicecónsules y agentes comerciales; (xi) nombrar, con previo acuerdo y consentimiento del Senado para todos los empleos militares desde Coronel y Capitán de navío inclusive arriba y a propuesta de los jefes respectivos para todos los inferiores, con calidad de que estos últimos nombramientos tengan siempre anexo el mando efectivo; pues quedan abolidos de ahora en adelante todos los grados militares sin mando, con lo que se limita –dentro de la tradición constitucional venezolana– el poder del Presidente de dictar Despachos de ascensos militares, aún más limitado por la necesidad de cubrir *plaza vacante de comando*; (xii) conceder retiros y licencias a los militares, y otros empleados según lo determine la ley; (xiii) expedir patentes de navegación, y también de corso y represalias cuando el Congreso lo determine; o en su receso, con el consentimiento del Consejo de Gobierno; (xiv) conceder cartas de naturaleza conforme a la ley; (xv) nombrar a propuesta en terna de la Corte Suprema de Justicia los Ministros de las Cortes Superiores; (xvi) nombrar los Gobernadores de las Provincias a propuesta en terna de la respectiva Diputación Provincial, con lo que se esboza, ya en 1830, la que luego sería –a partir de la dictadura del General Juan Vicente Gómez– la tradición constitucional venezolana, rota en 1989, de la elección de los Gobernadores de Estado por el Presidente de la República, reforzando su carácter de agentes del Ejecutivo Nacional en sus regiones y afianzando el esquema político *centralista* que, en la práctica, ha dominado la historia republicana venezolana; (xvii) nombrar para todos los empleos civiles, militares y de hacienda, cuyo nombramiento no se reserve a alguna otra autoridad en los términos que prescriba la ley; (xviii) suspender de sus destinos a los empleados en los ramos dependientes del Poder Ejecutivo, cuando infrinjan las leyes, o sus decretos, u órdenes, con calidad de ponerlos a la disposición de la autoridad competente, dentro de tres días, con el sumario o documentos que hayan dado lugar a la suspensión, para que los juzgue; (xix) separar a los mismos empleados cuando por incapacidad o negligencia desempeñan mal sus funciones, precediendo para ello el acuerdo del Consejo de Gobierno; (xx) cuidar de la recaudación e inversión de las contribuciones y rentas públicas con arreglo a las leyes; (xxi) cuidar que la justicia se

administre pronta y cumplidamente por los tribunales y juzgados, y que sus sentencias se cumplan y ejecuten; (xxii) en favor de la humanidad puede conmutar las penas capitales con previo acuerdo y consentimiento del Consejo de Gobierno, a propuesta del tribunal que conozca de la causa en última instancia o a excitación del mismo Ejecutivo, siempre que ocurran graves y poderosos motivos, excluyéndose de esta atribución las que hayan sido sentenciados por el Senado.

Además de la extensa –e indeterminada, por abierta– enumeración antes señalada, la Constitución de 1830 asegura al Presidente amplias facultades en los casos de los hoy denominados *estados de excepción*, tan amplios que, incluso, permiten al Presidente exigir anticipadamente toda clase de tributos para sufragar los gastos de la Milicia Nacional, hasta por vía de empréstito forzoso, siempre que haya desequilibrio presupuestario que impida el sufragar dichos gastos con el ingreso ordinario. Así lo dice el artículo 118:

“En los casos de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República, o de invasión exterior repentina, el Presidente del Estado ocurrirá al Congreso, si está reunido para que lo autorice; o en su receso, al Consejo de Gobierno, para que considerando la exigencia, según el informe del Ejecutivo, le acuerde las facultades siguientes:

- 1. Para llamar a servicio aquella parte de la Milicia Nacional que el Congreso o el Consejo de Gobierno considere necesaria;*
- 2. Para exigir anticipadamente las contribuciones que uno u otro cuerpo juzgue adecuadas: o para negociar por vía de empréstito las sumas suficientes, siempre que no puedan cubrirse los gastos con las rentas ordinarias;*
- 3. Para que siendo informado de que se trama contra la tranquilidad o seguridad del interior o exterior del Estado, pueda expedir órdenes por escrito de comparecencia o arresto contra indiciados de este crimen, interrogarlos, o hacerlos interrogar, debiendo poner los*

arrestados, dentro de tres días, a disposición del juez competente, a quien pasará el sumario informativo que dio lugar el arresto, siendo esta última autorización temporal;

4. *Para conceder amnistías o indultos generales o particulares*³⁰

Dentro de las limitaciones impuestas a la autoridad presidencial – ciertamente mucho menores que el alcance de sus poderes– el artículo 121 prohíbe al jefe del Poder Ejecutivo (i) salir del territorio de la República mientras ejerza el Poder Ejecutivo, y un año después; (ii) mandar en persona la fuerza de mar y tierra, sin previo acuerdo y consentimiento del Congreso, lo cual implica –por argumento *a contrario*– que con la autorización del Congreso el Presidente puede asumir el mando efectivo de las Fuerzas Armadas; (iii) emplear la fuerza armada permanente en caso de conmoción interior, sin previo acuerdo y consentimiento del consejo de Gobierno, debiéndose hacer en este caso las mismas consideraciones que en el caso anterior; (iv) admitir extranjeros al servicio de las armas en clase de oficiales y jefes, sin previo consentimiento del Congreso; (v) expulsar fuera del territorio, ni privar de su libertad a ningún venezolano, excepto en el caso del estado de excepción –conmoción interior– regulado en el artículo 118 de la Constitución de 1830, ni imponer pena alguna; (vi) detener el curso de los procedimientos judiciales, ni impedir que las causas se sigan por trámites establecidos en las leyes; (vii) impedir que se hagan las elecciones prevenidas en la Constitución, ni que los elegidos desempeñen sus cargos; y (viii) disolver las Cámaras, ni suspender sus sesiones; cuestión esta última que, paradójicamente, contradice la atribución presidencial que posteriormente, en 1999, se le otorgaría al Presidente de disolver el Parlamento en caso de que se emitiera voto de censura a tres Vicepresidentes Ejecutivos en un mismo período presidencial.

El Presidente, o quien haga sus veces, responde por los actos realizados en ejecución de su mandato únicamente en los supuestos de traición contra la República, “*bien sea para someterla a una potencia extranjera, o*

30 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 450.

bien para variar la forma de gobierno reconocida y jurada”, con lo que cobra carácter constitucional –en 1830– el delito de rebelión calificada, cometido por el jefe del Estado, bajo la forma de un *autogolpe*; en los casos de infracción de la Constitución, que por su ambigüedad no permite hacer mayores distinciones respecto del alcance de la responsabilidad presidencial, en cuanto la redacción de la norma no distingue si la responsabilidad se genera por infracción directa de disposición constitucional o no; y por la comisión de alguno de aquellos crímenes que por las leyes se castigan con pena capital o infamante, resquicio de antiguas concepciones respecto de los delitos y las penas, cuyo abandono se inició con la celeberrima obra del Marqués de Beccaría, *De los Delitos y de las Penas*, y que posteriormente en nuestro constitucionalismo, en 1864, se abolirían definitivamente.

La Constitución de 1830 dedica todo un Título –el XVII– al Consejo de Gobierno, órgano consultivo de la acción de gobierno y que, en cierto modo, refleja en su composición parte de lo que sería –al menos en la teoría constitucional– el esquema del aún inoperante Consejo Federal de Gobierno previsto en la Constitución de 1999. De acuerdo con las disposiciones constitucionales, el Consejo de Gobierno está presidido por el Vicepresidente de la República, 5 consejeros y los Ministros del Despacho. Uno de los 5 Consejeros será Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, nombrado cada dos años. Los otros cuatro serán nombrados por las dos Cámaras del Congreso reunidas, en una de sus primeras sesiones, cada cuatro años, y serán reemplazados por mitad cada dos años. La mitad de los cuatro primeros nombrados saldrá por la suerte al cabo de los dos primeros años. El propio cuerpo nombrará de su seno a su Vicepresidente, con la condición de que éste no sea de los nombrados por el Ejecutivo; y en sus condiciones de elegibilidad se requieren las mismas cualidades que para ser Senador, ya indicadas al hablar de la elegibilidad del Presidente. Sus atribuciones son las de dar voto consultivo en los supuestos del ejercicio de las competencias que otorga al Legislativo la Constitución en el numeral 9 del artículo 87 –declaración de guerra– y la asistencia, voto consultivo y asesoría al Ejecutivo en la dirección de la política internacional, el nombramiento de los jueces de las Cortes Superiores, el nombramiento de los gobernadores de

provincias y el nombramiento de todos los empleos civiles, militares y de hacienda cuyo nombramiento no se reserve a alguna otra autoridad en los términos que prescriba la ley, así como en todos los demás asuntos *graves* en que el Poder Ejecutivo lo requiera; deberá prestar su consentimiento para la convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso, nombramiento de los agentes diplomáticos, expedición de patentes de navegación, corso y represalias durante el receso del Congreso, separación de los empleados públicos por incapacidad en sus funciones y conmutación de las penas capitales; y finalmente el control de las facultades del Presidente en materia de *estados de excepción* durante el receso del Congreso, según el artículo 118.

La celebración de las sesiones del Consejo de Gobierno lo serán con la mayoría absoluta de sus miembros; son tres sesiones ordinarias semanales, y las extraordinarias convocadas por el Presidente, y las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos, salvo en el caso del estado de excepción, donde se requerirá el voto de las dos terceras partes de los miembros del Consejo. El control de la actividad del Consejo de Gobierno se realizará por el Legislativo, quien recibirá del Consejo un registro de sus dictámenes, con excepción de los documentos considerados como reservados mientras sea necesaria la reserva. Los miembros del Consejo de Gobierno son responsables de sus dictámenes –según el artículo 133– que por tanto deben firmar, y del mal desempeño de sus oficios.

En lo relativo a los Secretarios del Despacho, el Título XVIII de la Constitución crea 3 Secretarías –Ministerios–: Interior y Justicia, Hacienda y Guerra y Marina, dejando en manos del Ejecutivo la asignación a cualquiera de ellas de las funciones propias de la Cancillería, las relaciones exteriores. Es este, a nuestro entender, un antecedente remoto de las enormes facultades de organización de la Administración Central que la Constitución de 1999 –y la Ley Orgánica de la Administración Pública– otorgan al Presidente de la República. Los requisitos de elegibilidad de los Ministros son los mismos de los Representantes –Diputados–, que de acuerdo con el artículo 52 supone, además de la cualidad de elector, el tener una residencia en el territorio de Venezuela de dos años,

por lo menos, inmediatamente antes de la elección, lo que no excluye a los ausentes por servicios a la República, y el ser dueño de una propiedad raíz cuya renta anual sea de 400 pesos, o tener una profesión, oficio o industria útil que produzca 500 pesos anuales, o gozar de un sueldo anual de 600 pesos.

Por otra parte, y tal como lo hace hoy en día la Constitución de 1999 en su artículo 242, la Constitución de 1830 constituyó a los Ministros en órganos directos del Presidente de la República, calificándolos de “órganos precisos e indispensables del Gobierno”, y como tales “*deben autorizar todos los decretos, reglamentos, órdenes y providencias que expidiere*”, con lo que se consagra –nuevamente, en tradición que sigue hasta nuestros días– el control intraorgánico del Poder Ejecutivo constituido por el refrendo ministerial, siendo que los actos que no estén suscritos por el respectivo Secretario “*no deben ser ejecutadas por ningún tribunal, ni persona pública, o privada, aunque aparezcan firmadas por el Presidente de la República*”. No olvida la Constitución de 1830 el deber de los Secretarios de dar cuenta a las Cámaras –vía Memoria y Cuenta– en sus primeras sesiones, del estado de sus respectivos ramos, así como cuantos informes se les pidan por escrito, o de palabra, reservando solamente lo que no convenga publicar. La responsabilidad de los Secretarios es regulada en el artículo 138, de acuerdo con el cual:

“Son responsables los Secretarios:

- 1. Por traición contra la República, bien sea para someterla a una potencia extranjera, o bien para variar la forma de gobierno reconocida y jurada;*
- 2. Por soborno, o cohecho en los negocios de su encargo, o en las elecciones de funcionarios públicos;*
- 3. Por infracción de la Constitución y de las leyes;*
- 4. Por malversación de fondos públicos.”³¹.*

31 Brewer-Carías; *Las Constituciones...* p. 452.

No salva a los Secretarios de responsabilidad la orden verbal, o por escrito del Presidente de la República, según el artículo 139; y la regulación de los Secretarios culmina con la adición, en un único artículo –el 140– del *Consejo de Ministros*, para tratar “*de los negocios generales de la administración, auxiliar con su luces al Presidente, y arreglar las providencias que hayan de expedirse por cada uno*”.

Es esta organización del Poder Ejecutivo, un poder que –ciertamente– concentra en su mano buena parte del poder público en la República, al punto que llega al nombramiento de los Gobernadores de las Provincias, tal como posteriormente ocurriría con la Constitución de 1961, la que –precisamente, luego de la Constitución de 1961– duraría por más tiempo inalterada en nuestro constitucionalismo. Ella es fiel reflejo, como un simple vistazo comparativo puede evidenciar, de la importancia del Poder Ejecutivo en nuestro país, y más aún, de la propia institución presidencial. Este esquema se mantendrá, básicamente, durante toda la vida republicana venezolana hasta nuestros días, donde la Constitución de 1999, bajo un pretendido cambio –que Combellas acusa como falso con toda certeza– amplía como nunca los poderes presidenciales, al punto que los lleva al extremo de inmiscuirse *sin límite alguno* en la función legislativa por medio de la habilitación para dictar decretos leyes *en cualquier materia*, obviando las limitaciones de las materias económica y financiera que la Constitución de 1961 había impuesto a la novísima –para entonces– institución en nuestro país. A pesar de los cambios políticos –que en su mayoría tendrán reflejo en la estructura constitucional del Poder Ejecutivo– el esquema fundamental de funcionamiento de éste no cambió en lo básico, sino que todo cambio tendió, por el contrario, al incremento de la influencia del Poder Ejecutivo Nacional en los restantes ámbitos de actuación del Poder Público, por lo que puede observarse un claro desbalance entre el poder ejecutivo nacional y las restantes ramas que conforman el poder público en la República.

Así, la Constitución de 1857, penúltima del período que estudiaremos en esta ocasión, debiendo dejar para otra oportunidad el análisis del poder ejecutivo en los restantes períodos históricos en los que Brewer-Carías divide el análisis de nuestra realidad constitucional, mantiene en

lo fundamental el esquema de la Constitución de 1830, y que se mantendrá hasta el final del período, en 1864. El poder ejecutivo sigue estando a cargo del Presidente de la República, siendo suplidas sus faltas por el Vicepresidente en los casos de faltas temporales u absolutas. Sus competencias, remedo de las enumeradas en 1830, son –según el artículo 53– las siguientes: (i) conservar el orden y tranquilidad interior y asegurar el Estado contra todo ataque exterior; (ii) mandar ejecutar y cuidar de que se promulguen y ejecuten las leyes, decretos y actos del Congreso; (iii) convocar el Congreso en los períodos ordinarios y también extraordinariamente cuando lo juzgue necesario; (iv) declarar la guerra a nombre de la República, previo el decreto del Congreso; (v) expedir cartas de naturaleza y ciudadanía conforme a la ley; (vi) dirigir las negociaciones diplomáticas, celebrar tratados de tregua, paz, amistad, alianza ofensiva y defensiva, neutralidad y comercio, debiendo preceder la aprobación del Congreso para ser ratificados y canjeados; (vii) nombrar, previo acuerdo del Consejo de Gobierno, los Ministros Plenipotenciarios, Enviados y cualesquiera otros Agentes Diplomáticos, debiendo precisamente recaer estos nombramientos en venezolanos por naturaleza; (viii) nombrar Cónsules, Vicecónsules y demás Agentes Comerciales; (ix) dar ascensos de Coroneles y Capitanes de navío con acuerdo del Senado, y de Generales con el consentimiento del Congreso en Cámaras reunidas; (x) nombrar con consulta del Consejo de Gobierno todos los empleados civiles, militares y de Hacienda, en los términos que prescribe la ley; (xi) remover los empleados de su dependencia y que sean de su libre elección o suspenderlos para someterlos a juicio, oyendo previamente en este caso al Consejo de Gobierno; (xii) conmutar la pena capital en otra grave, oyendo previamente al Consejo de Gobierno; (xiii) cuidar de que se administre la justicia por los tribunales y juzgados, y que las sentencias se cumplan y ejecuten; (xiv) velar en la exacta administración e inversión de las rentas públicas; (xv) ejercer el mando supremo de las fuerzas de mar y tierra y dirigirlas en persona cuando sea necesario para la defensa de la República, previo acuerdo del Congreso y, en su receso, del Consejo de Gobierno; (xvi) expedir patentes de navegación y también de corso y represalia cuando el Congreso lo determine o, en su receso, con el consentimiento del Consejo de Gobierno; y (xvii) decretar los estados de excepción, dentro de los cuales se concederán al Presidente facultades

extraordinarias para llamar al servicio aquella parte de la milicia nacional que se considere necesaria; exigir anticipadamente las contribuciones y contratar empréstitos hasta la suma que se fije en la misma autorización; librar órdenes por escrito de comparecencia o arresto, debiendo ponerse los arrestados a disposición del Juez competente dentro de tres días para ser juzgados, o en libertad si no resultare suficiente fundamento para el juicio; y conceder indultos generales o particulares.

Las limitaciones a las facultades del Poder Ejecutivo son las clásicas: prohibición de privación de libertad, salvo en los casos de detención preventiva en el curso de la investigación penal, que no puede extenderse a más de 3 días; impedir las elecciones ni que los empleados públicos desempeñen los deberes y atribuciones que por las leyes les competan; y disolver las Cámaras ni suspender sus sesiones, siguiendo a la Constitución de 1830 en este punto y contradiciendo lo que, respecto del punto, establece la Constitución de 1999. El Presidente de la República y el Vicepresidente encargado del Poder Ejecutivo son responsables por el crimen de traición contra la República, bien sea para someterla a una potencia extranjera o bien para variar la forma de Gobierno reconocida y jurada, y cuando cometan alguno de aquellos crímenes que por las leyes se castigan con pena capital. Los Secretarios del Despacho serán responsables de todos los actos del Poder Ejecutivo que autoricen como sus órganos necesarios, al igual que lo establecía la Constitución de 1830.

Las condiciones de elegibilidad del Presidente y del Vicepresidente de la República son las de ser venezolano por nacimiento, mayor de 30 años y tener una renta o sueldo anual de 1.200 pesos por lo menos, con lo que se continuó el proceso de simplificación de las condiciones de elegibilidad del Presidente de la República que culminaría con la fórmula clásica recogida en la Constitución de 1999: venezolano, mayor de 30 años y de estado seglar. El Presidente y Vicepresidente de la República serán nombrados por las Asambleas provinciales, compuestas de los electores que elijan los cantones, en la proporción de uno por cada cuatro mil almas, y uno más por un residuo de dos mil. La votación será secreta en dichas Asambleas y el escrutinio general se hará por el Congreso. Cuando ninguno de los candidatos reúna las dos terceras partes

de los votos de dichas Asambleas, el Congreso perfeccionará la elección, concretándola a los tres que hayan tenido mayor número de sufragios. Si ninguno de ellos resultare elegido por las dos terceras partes de los votos del Congreso, se concretará la votación a los dos más favorecidos, y si ninguno de ellos obtuviere las dos terceras partes de los votos, se repetirá el acto y quedará elegido el que obtenga la mayoría absoluta. En caso de empate decidirá la suerte.

El período presidencial —a cambio de lo que ocurría en 1830, y a guisa de lo que ocurre desde 1999— es de 6 años, “*contados desde el día primero de febrero del año en que se haya perfeccionado la elección*”. Culminado el período, el Presidente deberá cesar en el ejercicio de sus funciones y dejará encargado al Vicepresidente del Consejo de Gobierno, hasta que el Congreso, ya instalado, de posesión al Presidente electo. Las faltas temporales o absolutas del Presidente serán cubiertas por el Vicepresidente; pero en los casos de muerte, inhabilitación perpetua o renuncia admitida del Presidente, el Vicepresidente deberá —además de tomar las funciones de aquél— dictar en un lapso no mayor de 3 días las órdenes para la elección de nuevo Presidente para el resto del período, salvo que la falta ocurra en el último año del período, caso en el cual el Vicepresidente ejercerá el mandato por el resto de aquél.

En lo relativo a los Secretarios del Despacho, la Constitución de 1857 dispone la creación de 4 Secretarías, sin especificar cuáles son; lo lógico es pensar que tales secretarías se corresponden con las que señalaba la Constitución de 1830: Interior y Justicia, Guerra y Marina, Relaciones Interiores y Relaciones Exteriores, si bien dicha determinación se deja a la Ley. Los Secretarios son de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente, como agentes directos e inmediatos de éste, y sus condiciones de elegibilidad son las mismas requeridas para ser Diputado, a saber, la cualidad de elector, ser venezolano por nacimiento, o por naturalización que hayan prestado grandes servicios en la Guerra de la Independencia, calificados como tales por el Consejo de Gobierno. Existe, igualmente, el refrendo ministerial, y la responsabilidad de los Secretarios es personal “*de todos los actos de la Administración en sus respectivos ramos*”. Dentro de los primeros quince días de instalado el Con-

greso, deberán los Secretarios del Despacho darle cuenta del estado de sus respectivos Departamentos, por el mecanismo de Memoria y Cuenta, y los Secretarios del Despacho podrán concurrir a las sesiones de las Cámaras cuando el Poder Ejecutivo lo crea conveniente, con voz informativa, o cuando las mismas Cámaras lo acuerden; pero nunca tendrán voto en las resoluciones.

El Consejo de Gobierno está regulado en forma prácticamente idéntica a la de la Constitución de 1830. Éste sigue siendo un órgano consultivo de la acción de gobierno y que, en cierto modo, refleja en su composición parte de lo que sería –al menos en la teoría constitucional– el esquema del aún inoperante Consejo Federal de Gobierno previsto en la Constitución de 1999. De acuerdo con las disposiciones constitucionales, el Consejo de Gobierno está presidido por el Vicepresidente de la República, 4 consejeros con las cualidades propias de los Senadores, de un miembro de la Corte Suprema de Justicia, elegido por ella misma cada 3 años y los Ministros del Despacho. La duración de los Consejeros nombrados por el Congreso será de tres años, y sus faltas, cuando sean por enfermedad grave, por muerte o ausencia, serán reemplazadas por cuatro suplentes elegidos en las mismas sesiones en que se nombren los principales.

Las atribuciones del Consejo de Gobierno son, de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución, las siguientes: (i) velar sobre la observancia de la Constitución, dando al Poder Ejecutivo los informes convenientes en los casos de infracción por algún funcionario público, con lo que el Consejo de Gobierno asume –aún parcialmente– las futuras funciones de la Contraloría General de la República; (ii) dar su dictamen en los casos que lo exijan la Constitución o las leyes, y en todos aquéllos en que el Poder Ejecutivo lo juzgue conveniente; (iii) resolver las dudas que se consulten al Poder Ejecutivo sobre la inteligencia de alguna ley en el régimen político y administrativo, con lo que –por otro lado– el Consejo de Gobierno asume funciones propias de la futura Procuraduría General de la República; (iv) formar proyectos de códigos nacionales y de leyes y presentarlos al Congreso; (v) hacer la calificación del cumplimiento de los requisitos para ser nombrado Secretario del Despacho. El poder

ejecutivo deberá oír la opinión del Consejo de Gobierno sobre los proyectos de ley que quisiere iniciar ante cualquiera de las Cámaras, sobre las objeciones que se proponga hacer a algún proyecto de ley o de decreto y sobre el presupuesto general de gastos que debe someter al examen y aprobación del Cuerpo Legislativo.

La celebración de las sesiones del Consejo de Gobierno lo serán con la mayoría absoluta de sus miembros; durante tres sesiones ordinarias semanales, y las extraordinarias convocadas por el Presidente, y las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos, salvo en el caso del estado de excepción, donde se requerirá el voto de las dos terceras partes de los miembros del Consejo. El control de la actividad del Consejo de Gobierno se realizará por el Legislativo, quien recibirá del Consejo un registro de sus dictámenes, con excepción de los documentos considerados como reservados mientras sea necesaria la reserva. Los miembros del Consejo de Gobierno son responsables de sus dictámenes –según el artículo 75– y podrán ser acusados y juzgados en la misma forma que los Secretarios del Despacho.

Y por último, la Constitución de 1858 mantiene en lo fundamental el esquema de organización y atribución de competencias del Poder Ejecutivo que rigió a la República desde, por lo menos, 1819, y reafirma las bases de la regulación constitucional posterior del Poder Ejecutivo en Venezuela. Como novedad constitucional relevante, el Consejo de Gobierno desaparece, dando paso en sus labores consultivas al Consejo de Ministros, que ejercerá –con algunas interrupciones– dichas funciones hasta la promulgación de la Constitución de 1999, cuando comparte dichas tareas con el Consejo Federal de Gobierno y con el Consejo de Estado, ambos todavía inexistentes hoy en día; siendo que en lo restante, la regulación constitucional se mantiene con pocas diferencias.

El Poder Ejecutivo sigue a cargo del Presidente de la República, cuyas faltas serán suplidas por el Vicepresidente, y las de éste por la persona que anualmente designe el Congreso en Cámaras reunidas, elegida en la forma que establece la Constitución para perfeccionar la elección del Presidente de la República. La elección es –por primera vez en la his-

toria constitucional de Venezuela— por votación directa y secreta de los venezolanos que estén en el goce de la ciudadanía, si bien en la práctica siempre se debió aplicar —hasta 1948, fecha de elección de Rómulo Gallegos como Presidente de la República— la elección por el Congreso, ya que para que hubiera elección constitucional del Presidente, de acuerdo con la Constitución de 1858, es necesario que se reúna en favor de un individuo la mayoría absoluta de los votos de todos los que hayan sufragado. Si ninguno hubiere obtenido esta mayoría, el Congreso concretará la elección a los tres que hayan obtenido mayor número de votos, principiando por fijar en votación secreta estos tres individuos, si en sufragios populares resultaren varios con igual número de votos. Designados los tres individuos a quienes ha de concretarse la votación, el Congreso procederá a elegir por escrutinio uno entre ellos, y declarará constitucionalmente al que hubiere obtenido las dos terceras partes de los votos de los miembros presentes. Si ninguno hubiere obtenido esta mayoría, se repetirá el acto contrayéndolo a los dos que resultaren con más votos; y si después de dos escrutinios más, ninguno obtuviere las dos terceras partes, será bastante para que haya elección la mayoría absoluta. En caso de igualdad continuará la votación hasta obtener la mayoría. La elección del Presidente de la República se hará en sesión permanente, de la cual no podrá retirarse, sin permiso del Congreso, ninguno de los miembros que hubieren dado sus votos en el primer escrutinio, ni entrar en ella el que no haya concurrido al mismo escrutinio.

En lo relativo a las condiciones de elegibilidad, el artículo 82 de la Constitución requiere que el Presidente y el Vicepresidente sean venezolanos por nacimiento y ciudadanos en el goce de sus derechos, sin que pueda ser elegible ningún individuo que tenga parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o de afinidad dentro del segundo, con las personas que sean Presidente y Vicepresidente al tiempo de la elección. El período presidencial es *reducido* nuevamente a 4 años, sin reelección inmediata, y el período constitucional es el mismo tanto para el Presidente como para el Vicepresidente. El período presidencial termina el 20 de enero del año correspondiente, día en el cual el Vicepresidente se encargará del Poder Ejecutivo hasta que el Congreso jure al Presidente electo. El ejercicio de la Presidencia deberá hacerse en la

capital, salvo en el caso de ocupación por fuerzas enemigas u otro acontecimiento grave que imposibilite la permanencia en ella. En caso de falta absoluta por causa de muerte, dimisión, destitución o incapacidad del Presidente, ejercerá el Vicepresidente el Poder Ejecutivo hasta que se concluya el periodo constitucional; mas cuando el Vicepresidente encargado del Poder Ejecutivo por alguna de las causas expresadas anteriormente, faltare también por cualquiera de las mismas causas, le subrogará el designado por el Congreso, hasta que sean elegidos el Presidente y el Vicepresidente; cuyas elecciones se practicarán inmediatamente, si faltare por lo menos un año para terminar el periodo constitucional.

En el plano competencial, el Presidente es el jefe de la Administración General de la República, y como tal tiene las atribuciones siguientes: (i) conservar el orden y tranquilidad interior, y asegurar el Estado contra todo ataque exterior; (ii) mandar ejecutar, y cuidar de que se promulguen y ejecuten, las leyes, decretos y actos del Congreso; (iii) convocar el Congreso en los periodos ordinarios y también extraordinariamente cuando lo juzgue necesario por una grave ocurrencia; (iv) ejercer el mando supremo de las fuerzas de mar y tierra de la República; (v) llamar la Milicia al servicio cuando lo haya decretado el Congreso; (vi) declarar la guerra a nombre de la República, previo decreto del Congreso; (vii) dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados convenciones con las naciones extranjeras; (viii) nombrar y remover libremente los Secretarios del Despacho; (ix) nombrar los Ministros y Agentes diplomáticos, estando las plazas creadas por la ley, y además los Cónsules, Vicecónsules y Agentes comerciales; (x) dar ascensos: de General, con el consentimiento del Congreso en Cámaras reunidas: de Coronel y Comandante de ejército, y de Capitán de navío y de fragata, con previo acuerdo y consentimiento del Senado: y de los empleos inferiores, conforme a las leyes de la materia; (xi) conceder retiros y licencias a los militares y a otros empleados, según lo determine la ley; (xii) expedir patentes de navegación; y también de corso y represalias cuando el Congreso lo decrete; (xiii) conceder cartas de naturaleza conforme a la ley; (xiv) nombrar para todos los destinos civiles, militares y de hacienda, cuyo nombramiento no se reserve a alguna otra autoridad; (xv) suspender de sus destinos a los empleados de libre nombramiento del Poder Eje-

cutivo, cuando infrinjan las leyes, sus decretos u órdenes, con calidad de ponerlos a disposición de la autoridad competente, dentro de tres días, con el sumario o documentación que hayan dado lugar a la suspensión para que los juzgue; (xvi) separar de sus destino a los mismos empleados, cuando así lo exija el servicio público; excepto los casos en que la Constitución o las leyes dispongan otra cosa; (xvii) cuidar de que la recaudación e inversión de las contribuciones y rentas nacionales se hagan con arreglo a la ley; y (xviii) conmutar la pena de muerte en otra grave, cuando haya para ello poderosos motivos; oyendo previamente el informe del tribunal que pronunció la última sentencia, competencia que no podrá usarse en favor de los que sean sentenciados por el Senado.

La Constitución de 1858 regula, en forma idéntica a las anteriores, el régimen de los estados de excepción —o de conmoción, como se les llamaba anteriormente. En estos casos, el Presidente puede solicitar del Congreso habilitación para ejercer todas o algunas de las facultades siguientes: (i) llamar al servicio aquella parte de la Milicia Nacional que el mismo Congreso juzgue necesaria; (ii) exigir anticipadamente las contribuciones, o negociar empréstitos por las sumas suficientes, si no pueden cubrirse los gastos con las rentas ordinarias; (iii) establecer el requisito de transitar por el territorio de la República o salir de él, con pasaporte; y (iv) conceder indultos generales y particulares a los comprometidos por delitos políticos. En caso que el Congreso no estuviere reunido, el Presidente de la República convocará, en los casos del Artículo anterior, un Consejo extraordinario, compuesto de la Corte Suprema de Justicia, del Vicepresidente de la República y del Secretario que introduzca la solicitud, presidido por el Presidente de la Corte Suprema: este cuerpo podrá acordarle por las dos terceras partes de sus votos, las facultades que se expresan en el mismo Artículo. Este acuerdo se publicará y se circulará a todas las autoridades, facultades que estarán limitadas a un período máximo de 90 días. El Poder Ejecutivo deberá dar cuenta al Congreso, dentro de los ocho primeros días de su próxima reunión, de todos los actos que ejecutare en uso de las facultades propias de los estados de excepción, estatuyéndose al efecto la prohibición para el Presidente de salir del territorio de la República durante el periodo de su

administración, ni un año después; ni mandar en persona la fuerza de mar y de tierra.

Respecto de los Secretarios del Despacho, se reafirma la condición de éstos de agentes inmediatos del Ejecutivo, delegándose –desde ahora y hasta 1999– la definición de su número, competencias y organización a la ley. En lo relativo a las condiciones de elegibilidad, los Secretarios del Despacho deben tener las mismas condiciones que los Diputados, esto es, ser ciudadano en el goce de sus derechos y tener 25 años, las mismas condiciones que hoy exige la Constitución de 1999 en su artículo 244. El refrendo ministerial sigue previsto, ya que todos los actos del Presidente de la República, con excepción del nombramiento y remoción de los Secretarios, deberán ir autorizados por el Secretario del ramo respectivo, sin cuyo requisito no serán obedecidos. La responsabilidad de los Secretarios es *plena*, y no les salva de ella la orden verbal o escrita del Presidente. Los Secretarios deben dar cuenta anualmente a las Cámaras, dentro de los quince días siguientes a su instalación, del estado de sus respectivos ramos; y asistirán a las sesiones cuando sean llamados por alguna de las Cámaras, o cuando ellas lo estimen conveniente. En todo caso tendrán voz, pero no voto.

Conclusiones

Así, como fácilmente puede verse de todo lo largamente expuesto con anterioridad, la institución presidencial es una de las instituciones venezolanas más sólidas y estables, manteniéndose prácticamente en los mismos términos en todas nuestras Constituciones, y especialmente en el período bajo análisis, salvo en la Constitución de 1811, que por el poco tiempo que estuvo en vigencia no resulta ser un antecedente plenamente válido para el estudio de la institución presidencial en Venezuela.

En efecto, el alcance de las competencias del Poder Ejecutivo fue, a partir de la Constitución de 1819, en un proceso cada vez más acelerado de asunción de competencias, en una clara preeminencia del poder ejecutivo nacional sobre las restantes ramas del poder público; dicho proceso, como se ha visto, fue el producto de la adjudicación de facultades

al Ejecutivo por decretos orgánicos dictados por el Libertador a partir de un proceso político militar signado por la Campaña Admirable (1813–1814) y las Campañas de la Expedición de Los Cayos (1816) y la de 1817. Sin embargo, estas potestades previstas en la Constitución de 1811 constituyeron base de las competencias que hoy le son atribuidas al Poder Ejecutivo. Conforme a dicho texto constitucional, el Poder Ejecutivo detentaba el mando supremo de las Fuerzas Armadas, otorgándose el carácter de Comandante en Jefe a sus miembros. En tal cualidad, podían conferir grados militares con consentimiento previo del Senado. Pareciera que tal requisito aplica para todo grado militar, incluso para el grado de subteniente. Ello cambia en la Constitución de 1819, donde la aprobación del Senado para emitir los Despachos con ascensos militares se limitará a los ascensos a Coronel o Capitán de Navío, incluyendo, desde luego, a los Oficiales Generales y Almirantes, tradición constitucional que se rompe en la Constitución de 1999.

De igual forma, recibían la rendición de cuentas de los oficiales de la administración pública, tenían la potestad de conceder indultos. Esta última potestad se mantiene en el tiempo, variando únicamente el órgano al cual debía consultársele acerca de su ejercicio (Corte Suprema, tribunal de la causa, etc). En la Constitución de 1811 durante el receso del Congreso el Ejecutivo podía decretar amnistías, cuando una urgente utilidad y seguridad pública lo exigiesen.

Asimismo, el Poder Ejecutivo podía anular las sentencias cuando éstas fuesen manifiestamente injustas, potestad que desaparece en la Constitución de 1857. Para el ejercicio de esta facultad, se ejercía una suerte de contradictorio, dirimido por el legislador y una especie de control impropio por parte del Ejecutivo en la gestión del Poder Judicial, desdibujando así –en cierta medida– el esquema formal de división de poderes heredado de Montesquieu y que, invariablemente, ha sido proclamado por el constitucionalismo venezolano como base de la organización política de la República; si bien son este tipo de injerencias de un poder en el otro que permiten asumir como hipótesis el carácter *ficticio* de la división de poderes en Venezuela, pues más que hablar de *colaboración entre poderes* –tal como lo consagraron las Constituciones de 1947,

1961 y 1999— deberá hablarse, en casos como estos, de injerencia del Poder Ejecutivo sobre el Judicial. Estos casos fundamentan, igualmente, la tesis de acuerdo con la cual no existe auténtico equilibrio de poderes en el constitucionalismo venezolano, siendo el Presidente, en palabras de Arismendi, un *rey sin corona*.

Se le reconoce al Ejecutivo la facultad de representación internacional. Asimismo, puede nombrar a los subalternos del gobierno y en el receso del Senado proveer los cargos militares vacantes. Nombra a los Ministros, siendo que si alguno de ellos era removido de su cargo no por falta, el acto de remoción debía estar acompañado por una carta dirigida al Legislativo para que se le diese nuevo cargo.

El Ejecutivo tenía el deber de mantener la seguridad interior y exterior (la cual se mantiene en toda la vida republicana), pudiendo declarar la guerra cuando ello fuese necesario. Desde la Constitución de 1811 se reconoce la obligación del Ejecutivo de presentar cuentas al Legislativo, pudiendo reservarse información que considerase necesaria, potestad que se mantiene por el siglo XIX y que cambia con la Constitución de 1904; mas, la obligación del Ejecutivo de presentar cuentas, tanto por vía del Mensaje Anual a la Nación por el Presidente de la República como por las Memorias respectivas de los Ministros del Despacho.

El Ejecutivo tenía prohibido presentar proyectos de leyes, prohibición que comienza a diluirse en la Constitución de 1830. Ello va a evolucionar hasta llegar al extremo de reconocerle al Ejecutivo la potestad de dictar Decretos—Leyes en cualquier materia (1999), lo que *prima facie* puede implicar la eventual inconstitucionalidad de la norma que prevé esa facultad en la Constitución de 1999 (artículo 236), en la medida que existen materias, como la penal, cuya reserva legal exige la emisión de la voluntad legislativa por el órgano representativo popular por excelencia, que es el poder Legislativo.

Así las cosas, aún antes de la capitulación de San Mateo, en 1812, se tiende a fortalecer al Poder Ejecutivo con el decreto dictatorial que confiere poderes a Miranda. El Acuerdo del Senado en el cual se le otor-

gan poderes es amplísimo, con una serie de limitaciones taxativas. Ello ocurre poco después del terremoto de 1812, las tropas de Monteverde tomaban Valencia, siendo la situación desesperada y justificándose el decreto. Sin embargo, aún después de encontrarse estable la situación, se mantienen las potestades extraordinarias. La constitución del Poder Ejecutivo en la forma prevista a partir de 1812 se evidencia no sólo en los textos fundamentales, sino en otros actos con fuerza de Constitución, tales como las providencias y proclamas de El Libertador, Simón Bolívar, dictadas entre 1812 y 1814, así como del Acta del Congresillo de Cariaco de 1817, entre otros.

El Consejo de Estado (hoy restablecido en la Constitución de 1999) nace en 1817 por Decreto de Bolívar, que compone al Consejo de Estado por los principales lugartenientes de Bolívar (hoy por el Vicepresidente) y por otros representantes de las provincias. Era un órgano asesor, consultivo, que tenía atribuida las competencias propias de la presidencia. A partir de este momento se establece el refrendo presidencial. Si el jefe de Estado está de acuerdo con los decretos del Consejo de Estado, debe manifestarlo así expresamente para que tenga valor.

Los requisitos de elegibilidad del Presidente van disminuyendo paulatinamente hasta la Constitución de 1864, que establece requisitos similares a los hoy previstos en el texto fundamental; esto es, que el elegible para Presidente sea venezolano por nacimiento, mayor de 30 años y de estado seglar.

De tal manera, al constatar que la Constitución de 1999 establece que el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente, Vicepresidente, Ministros y otros funcionarios que determine la ley, siendo exageradamente descriptiva, lo cual es contrario a una sana costumbre legislativa. El artículo 219 consagra al Presidente como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, con lo cual se consagra dos de las funciones contenidas en la Constitución de 1999, debiendo agregarse la cualidad de Comandante en Jefe, puede verse la extraordinaria semejanza entre las regulaciones del período y la hoy vigente. En este sentido, las condiciones de elegibilidad son las mismas desde la Constitución de 1864, agregando como

requisito que tenga una sola nacionalidad, como consecuencia del reconocimiento a partir de la Constitución de 1999 de la posibilidad de que los ciudadanos venezolanos detenten dos nacionalidades. Se reconoce la potestad de que nacidos en territorio extranjero sean Presidente, si ingresaron al país antes de los siete años y manifestaron su intención de ser venezolanos, así como el amplísimo espectro de competencias que hoy en día otorga la Constitución al Presidente de la República.

Sin embargo, el Vicepresidente Ejecutivo es una de las muestras de la antidemocracia de la Constitución de 1999, ya que no es de elección popular, cuando se trata de un colaborador directo del Presidente y tiene en algunos casos a su cargo el ejercicio de la jefatura de gobierno. No se acogió la recomendación de que el Vicepresidente fuese un primer ministro de elección popular, con lo cual se desvirtúan las funciones del cargo. El Vicepresidente se traduce en un mero amanuense del Presidente, con lo que se desvirtúa una de las características esenciales de la Vicepresidencia, al menos de lo que resulta de la comparación de esta institución con la idéntica que rigió en el período investigado, con lo que cobra fuerza una conclusión esencial: **en Venezuela no ha habido división de poderes**. En este sentido, llama la atención que en el siglo XIX los revolucionarios que toman el poder copian la fórmula de decir actuar en representación del pueblo, que clamaba porque ellos gobernaran, aún cuando no tenían aspiración de tal cosa. Es ilustrativo, a este respecto, que el constitucionalismo venezolano **copió** el sistema americano **pero no los controles aplicables en el mismo**.

Así, cabe señalar como reflexión final –y desde el punto de vista sociológico al que hiciéramos referencia anteriormente– que la comparación del régimen constitucional vigente del Poder Ejecutivo, comparado con el del período histórico bajo examen (1811–1864) refleja la identidad cultural entre el hombre fuerte, el Presidente, y el nivel del pueblo; Venezuela ha sido como nación, fundamentalmente, lo que sus Presidentes han querido, y así lo han recogido nuestras Constituciones, siguiendo todas un mismo patrón que viene, por lo menos, de 1819. Si bien el genio visionario de El Libertador, Bolívar, como hombre totalmente imbuido en su tiempo, previó que el esquema en comentarios era útil para llevar

a cabo la magna tarea de la emancipación, bien pronto dicho armazón sirvió para los apetitos personales de los caudillos de turno, que bien poco han hecho por elevar el nivel cultural de la nación, haciendo el papel de *superhombres* que todo lo pueden. Ello agrava el problema de la inexistente separación de poderes en Venezuela, por lo que socialmente la República tiene la cultura de que el Presidente puede hacer todo, sin que haya posibilidad de exigir su responsabilidad.

Bibliografía

ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO; “Orígenes Culturales del Presidencialismo Venezolano”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 2, Editorial Sherwood, enero-junio de 2000.

BOLÍVAR, SIMÓN; *Discurso de Angostura*, consultado en <http://bit.ly/2aBwNpQ>, 2 de agosto de 2016.

BREWER-CARIÁS, ALLAN R.; *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno*. Cuadernos de la Cátedra “Allan R. Brewer-Carías” de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello N°1. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

BREWER-CARIÁS, ALLAN; *Las Constituciones de Venezuela*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

COMBELLAS, RICARDO; *El Poder Ejecutivo en la Constitución de 1999*, en <http://bit.ly/2aBwNpQ>, 2 de agosto de 2016.

DE TOCQUEVILLE, ALEXIS; *Democracy in America*. Traducción del original francés al inglés por George Lawrence. Anchor Books, Doubleday & Co., New York, 1969.

ESPAÑA, REINO DE; *Real Cédula de 8 de septiembre de 1777*, por la que el Rey Carlos III constituyó la denominada Capitanía General de Venezuela, consultada en <http://bit.ly/2aRmtP0>, 2 de agosto de 2016.

FERNÁNDEZ TORO, JULIO CÉSAR; «El Nuevo Paradigma del Ejercicio del Gobierno. El Sistema de Gobierno en la Constitución de 1999», en *Revista de Derecho Constitucional* N° 4, Editorial Sherwood, enero-julio de 2001.

Sociedad

El partido Socialcristiano COPEI y la lucha por la democracia en Venezuela. El año de 1958 como compendio de una tradición política

Carlos Miguel Balladares Castillo

Sumario

Introducción.

- I. El movimiento socialcristiano venezolano y los primeros pasos de la democracia.
- II. COPEI y su lucha contra dos diferentes formas de autoritarismo: el trienio adeco (1945-48) y la década militar (1948-58).
- III. La contribución de COPEI a la instauración y supervivencia de la Junta de Gobierno presidida por el Contralmirante Larrazábal (1957-1958).
- IV. La reestructuración del partido y su convención nacional.
- V. Los aportes de COPEI al pacto de Puntofijo y el Programa mínimo.

Conclusiones.

Introducción

El partido socialcristiano COPEI tuvo un papel protagónico en el proceso de transición de la dictadura a la democracia en Venezuela a finales de la década de los cincuenta y principio de los sesenta; y posteriormente pasó a ser, junto a Acción Democrática, parte del sistema bipartidista de preferencias electorales desde los setenta hasta principio de los noventa. Es por estas dos razones que resulta importante conocer el peso que tuvo esta organización en el proceso fundacional de la democracia, objetivo que nos hemos planteado estudiar en esta aproximación al tema.

Nos preguntamos: ¿cuáles fueron las decisiones y acciones que llevó a cabo COPEI durante el difícil año 58 para colaborar en la supervivencia de la democracia, y lograr además el predominio de un tipo específico de democracia que tendría su principales bases en el Pacto de Punto Fijo y la Constitución de 1961?, para dar respuesta a esta pregunta no sólo hicimos una revisión del año 58 sino que buscamos en la historia del partido el desarrollo de su concepción de democracia. En este sentido, el estudio se centra en la tradición democrática de COPEI, la cual será su principal aporte y legado al régimen de libertades civiles que nacerá a partir del 23 de enero del 58.

En lo específico, nos referimos a las acciones y decisiones del partido que se tomaron desde su “Comité Nacional” (la máxima autoridad permanente del partido) y el “Secretariado Nacional”, las cuales poseen un impacto en todo el país; para ello revisamos la prensa de la época (específicamente el diario *El Nacional*) y entrevistamos tres dirigentes de COPEI de la época: Hilarión Cardozo, Pedro Pablo Aguilar y Valmore Acevedo; y un intelectual socialcristiano y testigo de esos años: Enrique Pérez Olivares.

Una de las principales fuentes para conocer la toma de decisiones de la dirección del partido son las actas de las reuniones; pero, tanto los entrevistados como actuales militantes de COPEI, nos informaron que las mismas se han perdido, aunque no descartaron que posiblemente uno

que otra haya sido preservada en las bibliotecas privadas de algunos militantes. En relación a las publicaciones periódicas del partido; las mismas aparecieron a partir del año 59 (aunque existió una población de los jóvenes copeyanos llamada “Avanzada” que no conseguimos); por lo que no nos sirven para la meta propuesta.

La historiografía sobre el partido político COPEI, especializados en el año de 1958 no existe como tal; pero si se han desarrollado muchos trabajos sobre la historia del partido, su ideología y organización; aunque nunca en tal cantidad como los que se han escrito sobre el partido Acción Democrática (AD) y la izquierda en general en Venezuela. No se pueden dejar de nombrar el excelente y muy completo estudio de Ricardo Combellas (1985) *COPEI Ideología y liderazgo*, y las recopilaciones de textos del partido de Paciano Padrón, por nombrar dos importantes textos.

El supuesto que ha guiado la investigación, es la idea de que las acciones y propuestas llevadas a cabo y planteadas por COPEI contribuyeron, no sólo a la estabilidad democrática, sino a la consolidación del concepto de democracia consensual, redistribuidora de la riqueza, respetuosa del papel de la Iglesia Católica en la sociedad (especialmente en la educación), junto a un prudente alejamiento de las ideas de la izquierda radical. El proyecto de la Unión Nacional de Estudiantes (UNE) y *Acción Nacional*, pero más aun de COPEI (democracia reformista y plural) es, en parte, el que se terminará imponiendo en 1958. En contraste, las otras visiones de democracia que existían en el resto de los grupos políticos venezolanos a las que se oponía la UNE y luego COPEI, terminarán siendo abandonadas. Nos referimos a las de la izquierda radical tanto en su versión comunista como adeco¹ (actitud y programa del trienio adeco), y las que correspondieron a la “derecha radical” en sus versiones positi-

1 “Adeco”: militante del partido Acción Democrática (partido socialdemócrata fundado en 1941).

vistas (gomecistas² y postgomecistas³, e incluso pérezjiménistas⁴). En 1958 la perspectiva centrista, más cercana a COPEI, será la que termine prevaleciendo.

Finalmente queremos agradecer las orientaciones que nos dio nuestro profesor Naudy Suárez (Presidente de la Fundación Rómulo Betancourt), sin duda alguna la persona que más sabe del año 1958 en Venezuela y sobre Betancourt; la ayuda del doctor Luíís Barragán, el cual nos puso en contacto con los entrevistados y en toda ocasión estuvo pendiente de apoyarnos en el desarrollo del trabajo; y claro está todo el tiempo que amablemente nos dieron los doctores: Pedro Pablo Aguilar, Hilarión Cardozo, Valmore Acevedo y Enrique Pérez Olivares.

I. El movimiento socialcristiano venezolano y los primeros pasos de la democracia

Los antecedentes del partido COPEI, están relacionados con las ideas que planteó la *Generación del 28*, especialmente con lo que se podría llamar su aspiración fundamental: la participación civil en la dirección del Estado por medio de partidos políticos de masas, el sufragio universal y la elección directa de los poderes públicos, y la competencia electoral interpartidista junto a la existencia de grupos de presión (sindicatos, etc.). El sufragio universal significaría el protagonismo de los civiles (inmensa mayoría de la población), siempre y cuando fuera realmente universal (participación de jóvenes desde los 18 años y no 21 como era hasta ese

2 “Gomecista”: seguidor o relativo a la dictadura del General Juan Vicente Gómez (1908-1935).

3 “Postgomecista”: relativo a los gobiernos posteriores a la dictadura de Gómez: General López Contreras (1935-1941) y General Medina Angarita (1941-1945), que poseían cierta desconfianza en la democracia de sufragio universal a pesar de apoyar en diversos grados las libertades públicas, y que creían en la conservación del tutelaje militar sobre los civiles.

4 “Pérezjiménista”: relativo al gobierno del General Marcos Pérez Jiménez (1950-1958) heredero de la visión de tutelaje militar de la sociedad, y fuerte desconfianza a la democracia. Es por ello que conserva un sistema fraudulento en cada elección que celebró (1952 y 1957).

momento, el voto femenino y de los analfabetas, y la eliminación de los grados en la elección de los diputados y senadores, y el Presidente). Los jóvenes que luego formarán COPEI (su primera “generación”, la de 1936; en el sentido que le da Ricardo Combellas como una relación de contemporaneidad de individuos, que tuvieron una infancia, juventud e influencias rectoras comunes⁵) se identificaron con lo que podríamos llamar el “proyecto civilista democrático” el cual se oponía al proyecto positivista militarista y de tutelaje de una minoría profesional (en Venezuela era representado por el llamado gomecismo y posgomecismo que se desarrolló desde 1908 hasta 1945).

El civilismo, entendiendo por tal la participación de los civiles en la política sin tutelajes militares o de otro tipo, junto a una forma de hacer política no violenta; aparece en la historia de Venezuela de una manera determinante desde la aparición de la *Generación del 28*⁶, y se consolidará en la década postgomecista (1935-1945). Una revisión de los documentos y los discursos de lo que será luego la organización política más importante de su época: Acción Democrática, en la “pluma” y oratoria de sus más importantes líderes (en especial Rómulo Betancourt); resalta la idea de la lucha por el protagonismo de lo civiles en contraste con el militarismo existente y que se identifica con el pasado, el gomecismo y el ejército obviamente. Así podemos citar el siguiente texto, el subrayado es nuestro:

*Luchamos por una democracia decente, distinta a esta democracia a ultranza de hoy, donde actúa como elemento dirigente el individuo más “guapo”, el más hábil en el manejo de la macana, y no el más capacitado ética e intelectualmente para esa función; **luchamos porque elementos civiles sustituyan en el manejo de la cosa pública a los sargentones analfabetos que han venido monopolizando la política y la administración**; luchamos por la conquista de un estado social equilibrado y armónico, propicio al libre desenvolvimiento de*

5 Ricardo Combellas, 1984, *COPEI Ideología y liderazgo*, p. 193.

6 Luís Castro Leiva, 1988, *El dilema octubrista 1945-1987*, pp. 51 y 52.

las aspiraciones colectivas (Rómulo Betancourt y Miguel Otero Silva, 1929, *En la huella de la pezuña*).

Ante la imposibilidad de fundar partidos, esta generación “participará en política” por medio de las organizaciones estudiantiles (centros de estudiantes durante los últimos años de la dictadura de Gómez); para luego fundarse en 1936 la Federación de Estudiantes de Venezuela (FEV) la cual agrupará a todos los estudiantes, y se convertirá en la principal fuerza opositora contra el gobierno de López Contreras en su primer año. Es este tiempo que el general López Contreras (encargado de la máxima jefatura y luego electo Presidente) permitirá la salida de la cárcel y la vuelta del exilio a muchos jóvenes de la generación del 28, los cuales se incorporarán a la FEV con el propósito de formar partidos de masas que faciliten la movilidad y presión social en torno del proyecto civilista.

En medio de esta lucha ocurrirá una primera ruptura ideológica entre la Generación del 28 que ya incluía la del 36 (la segunda ruptura se podría afirmar, porque la primera se dio en la propia izquierda entre comunistas y una izquierda no ligada al control del *Comintern*, es decir la Unión Soviética) la cual no existía para el año 1928; entre los que han adoptado las ideas marxistas (gracias a su experiencia en el exilio con movimientos de izquierda) y los formados en torno a los colegios religiosos (el Colegio San Ignacio de Loyola en Caracas, La Salle, San José de Los Teques y tantos otros). Esta ruptura se dio con la emisión de un documento (06 de mayo de 1936) por parte de la FEV en contra de la enseñanza religiosa, y en el que se agrega la petición de expulsar a los jesuitas junto al resto de las órdenes religiosas (e incluso la aplicación de los decretos de Guzmán Blanco⁷ que establecen el cierre de los seminarios); ante el cual un grupo de jóvenes liderizados por Rafael Caldera (y también por Eduardo López de Ceballos, Pedro José Lara Peña, y Lorenzo Fernández entre otros) deciden fundar su propia organización estudiantil, debido a que la opinión de los estudiantes cristianos no era

7 Caudillo modernizante que dominó la política venezolana de 1870 a 1888.

tomada en cuenta por los dirigentes de la FEV⁸. Es así como el 8 de mayo nace la Unión Nacional de Estudiantes (UNE) que se caracterizará por asumir los postulados del proyecto civilista (democracia decente y civil) pero resaltando los elementos no violentos del mismo y exaltando el ser un movimiento gremialista (estudiantil más que partidista) aunque luego se transformará en un grupo electoral pero con diferentes nombres (1938: *Acción Electoral*, 1942: *Movimiento de Acción Nacional*).

El nacimiento del movimiento socialcristiano en Venezuela, como podemos observar, es parte del proyecto civilista; siendo expresión de su diversidad más allá de la fuerte matriz marxista. El mismo resaltarán la relación entre venezolanidad y catolicismo; e incluso una posición de relativo equilibrio “centrista” en el espectro político nacional (y decimos relativo porque en un principio algunos de sus miembros poseyeron una inclinación a la derecha con ciertos visos de falangismo anticomunista, el mejor ejemplo fue la corriente seguidora de Pedro José Lara Peña dentro del *Movimiento de Acción Nacional*) frente a las dos tendencias políticas radicales de la época: la izquierda y el positivismo. A su vez representa el desarrollo en Venezuela de las corrientes europeas e iberoamericanas de la Acción Católica, la Doctrina Social de la Iglesia, y el movimiento demócrata cristiano⁹; y el liderazgo de la generación del 28 y el 36 en torno a Rafael Caldera en confrontación a los seguidores de Rómulo Betancourt y Jóvito Villalba.

El surgimiento del movimiento socialcristiano en Venezuela de cara a la lucha por el establecimiento de las libertades públicas y el sufragio universal; significó el aporte de la crítica a la concepción marxista del civilismo (y el régimen democrático) y la necesaria relación entre pluralismo y democracia. A su vez mostró la posibilidad de la existencia de una derecha moderna separada de los movimientos: tanto positivistas (representados en el gomecismo y sus herederos) y el conservadurismo

8 José Elías Rivera Oviedo, 1977, *Los socialcristianos en Venezuela. Historia e ideología*, pp. 32-33.

9 Ob.cit., p. 43.

religioso. En pocas palabras sembró la duda sobre la ausencia de calidad democrática en el marxismo, y las posibilidades de otro tipo de derecha.

II. COPEI y su lucha contra dos diferentes formas de autoritarismo: el trienio adeco (1945-48) y la década militar (1948-58)

La UNE ciertamente fue el primer paso del movimiento socialcristiano en Venezuela; el cual, como afirmamos en la sección anterior, significó la expresión de una serie de principios motivadores de una forma de hacer política; pero no por ello, fue su consolidación organizativa y ni siquiera ideológica. Para comprender su nacimiento definitivo como partido político con real intención de poder y con una clara concepción de la democracia, se deben tomar en cuenta tres hechos históricos (o condiciones “epocales” del año 45): la experiencia de la UNE, la división y disolución de su organización electoral: el *Movimiento de Acción Nacional*, y la llamada “Revolución de octubre”.

La UNE fue el primer paso y experiencia, pero no por ello murió a partir de la creación de los movimientos electorales (*Acción Electoral*, *Movimiento de Acción Nacionalista*, y *Movimiento de Acción Nacional*) sino que siguió existiendo con gran vigor como grupo gremialista estudiantil en el que se formarán políticamente una nueva generación de socialcristianos: la de 1940-46 (Luís Herrera Campins, Pedro Pablo Aguilár, Valmore Acevedo, Rodolfo José Cárdenas, entre tantos otros) que se caracterizó por un mayor compromiso con la política¹⁰ y un concepto mucho más pluralista de democracia e incluso “revolucionaria”. La UNE resaltarán en el movimiento socialcristiano la tradición juvenil y estudiantil, e incluso solidaria y empática con otras expresiones de los jóvenes de otras tendencias; que luego, en cierto modo, tratará de “mantenerse” con la fundación de un organismo funcional del partido: la *Juventud Revolucionaria Copeyana* (JRC).

10 Ricardo Combellas, Ob.cit., p- 197.

En el año de 1945 el *Movimiento de Acción Nacional* estaba dividido entre dos tendencias¹¹ de la militancia política de los laicos católicos: la democracia cristiana representada por Rafael Caldera (que en lo nacional no se sentían cómodos con los grupos positivistas del postgomecismo: lopecistas¹² y medinistas¹³; y en el ámbito internacional observaban y aprendían de las alianzas que hacían los partidos “católicos” con socialdemócratas y otros grupos de izquierda e incluso radical en su lucha contra el fascismo en Europa); y el conservadurismo representado por Pedro José Lara Peña (que en el país apoyaban al lopecismo, e internacionalmente se identificaban con los movimientos falangistas y radicalmente anticomunistas). Al aparecer la candidatura de López Contreras para la presidencia, estas dos tendencias se separaron definitivamente y se disuelve la organización¹⁴; con lo que se dio una depuración entre los socialcristianos de todo lo relativo a las simpatías con el conservadurismo, el falangismo, el positivismo y la intolerancia a la existencia política de los comunistas (nos referimos a su definición de “anticomunistas”, lo que no quiere decir que aceptaron su posible llegada o participación en el poder). Esta depuración fortalecerá el peso de todo lo relativo a la democracia pluralista en su ideario político, separándolo de la tradicional desconfianza que tienen las concepciones “conservadoras” de la democracia.

La llamada *Revolución de octubre* (golpe de Estado de la joven oficialidad con el apoyo de la dirigencia de Acción Democrática al gobierno del Presidente Medina Angarita, que se produjo el 18 de octubre de 1945

11 José Elías Rivera Oviedo, Ob. cit., p. 81.

12 “Lopecistas”: seguidores del General Eleazar López Contreras, Presidente de la República (1935-41) después de la dictadura del General Gómez en la que fue su Ministro de Defensa. De tendencia positivista, propulsor de una lentísima y evolutiva transición a la democracia que sería tutelada por el Ejército.

13 “Medinistas”: seguidores del General Isaías Medina Angarita, Presidente de la República (1941-45). De tendencia positivista pero con un estilo que permitía mayor participación democrática y libertades aunque no llegó a permitir el sufragio universal y la elección directa del Presidente.

14 Víctor Giménez Landínez, 1982, “Los socialcristianos antes de COPEI”; en: *Los copeyanos*, p. 52.

que dio inicio al llamado “Trienio adeco”, 1945-1948); significó ciertamente la ruptura con los postulados antimilitaristas del proyecto civilista de las generaciones del 28 y del 36, pero a su vez, era la posibilidad de concretar su principal meta: la “revolución democrática” (una “democracia decente”). Nos referimos al sufragio universal y la elección directa del poder ejecutivo y legislativo tanto de hombres como de mujeres mayores de 18 años, con amplias libertades para las organizaciones populares (partidos, sindicatos, etc.), el mejoramiento de las condiciones de vida de las mayorías, y el saneamiento de la administración pública; tal como lo planteó desde un inicio la “Junta Revolucionaria de Gobierno”, formada principalmente por miembros de Acción Democrática y presidida por su máximo líder: Rómulo Betancourt¹⁵. Es por ello que ese mismo día Rafael Caldera se pone a la disposición del movimiento; y al día siguiente, el bachiller Luís Herrera Campins le ofrece el respaldo de la UNE al golpe¹⁶. Esta acción llevada a cabo por los socialcristianos será ratificada y hecha doctrina con la fundación de COPEI el 13 de enero de 1946 y en su primera convención nacional en septiembre de ese mismo año, al señalar en su consigna: “Por el triunfo de los ideales de la Revolución de octubre”¹⁷, y en sus estatutos en su primer artículo: “El COPEI es un movimiento venezolanista que busca consolidar por medio de una legítima organización nacional, los propósitos e ideales que impulsaron el movimiento revolucionario del 18 de octubre”¹⁸

La fundación de la definitiva organización partidista de masas del socialcristianismo en Venezuela se dará, como dijimos, a principios de 1946; aunque nominalmente e incluso en sus estatutos no se considerará un partido político hasta su tercera convención nacional, por lo que su nombre inicial fue Comité de Organización Política Electoral Independiente (C.O.P.E.I.). Las bases doctrinarias del partido colocarán como su primer fundamento el ser un partido democrático, entendiendo por

15 Naudy Suárez, 1982, “Los socialcristianos en el Trienio 1946 a 1948”, en: *Los copeyanos*, p. 77-82, 88

16 José Elías Rivera Oviedo, Ob. cit., p. 82.

17 Ob. cit., p. 91.

18 Naudy Suárez, Ob. cit., p. 89.

democracia no sólo el ideal de la *revolución de octubre* sino la promoción de un sistema de partidos pluralista y competitivo¹⁹ tal como lo señala en el documento de la primera convención nacional: “Esencia y Finalidades de COPEI” o “Manifiesto de COPEI”:

COPEI es un movimiento netamente democrático (...), considera que la democracia no existe cuando un solo partido se arroga el derecho de pensar por todos y controla irrefrenablemente las riendas del poder; que la libertad electoral, no consiste en palabras hermosas y declaraciones rimbombantes, sino que sólo puede lograrse cuando todos los ciudadanos, sin restricciones ni diferencias odiosas, participa ampliamente en el proceso donde cada parcialidad haya tenido garantías para hacer oír su voz solicitando sin cortapisas la determinación del electorado por sus consignas o por sus candidatos. Y en este sentido, nadie ha obrado con mayor tenacidad y decisión en la defensa del ideal democrático que proclamó la Revolución, que COPEI²⁰.

Los otros elementos que definirán la democracia para COPEI, siguiendo el documento citado, son: la justicia social lograda por la vía “de la colaboración y de la incorporación de todos al proceso de producción”²¹ y esto debido a que es un “partido basado en el ideal cristiano, que rechaza la lucha de clases”²²; y la libertad religiosa (lograr en las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado un “plano de dignidad y mutuo respeto”, que el Patronato Eclesiástico de la Colonia y ratificado por la República no permitían²³) y la libertad de enseñanza (principio defendido desde hace una década por la UNE ante las intenciones de refor-

19 Ángel Álvarez, 2004, “5. COPEI: La triste historia de un partido sin vocación de poder”; en Ángel Álvarez y José Enrique Molina, *Los partidos políticos venezolanos en el siglo XXI*, p. 161.

20 Paciano Padrón, 1982, *Siembra de democracia*, p. 25.

21 José Elías Rivera Oviedo, Ob. cit., p. 94.

22 *Ibíd.*

23 Paciano Padrón, 1982, *Siembra de democracia*, p. 29.

mar la Ley de Educación que llegaron a plantear las tesis del “Estado docente”²⁴).

Algunos pueden pensar que COPEI desarrolló su visión de democracia pluralista y consensual, después de haber sufrido el sectarismo de AD como partido hegemónico (poseía más del 70% del electorado en los comicios de 1946 a 1948; aunque ciertamente antes de esto se había mostrado la acción violenta de “bandas” de adecos en las concentraciones de COPEI) durante esta primera experiencia democrática en Venezuela; pero la inicial experiencia de la UNE, su ruptura con la derecha conservadora nacional en el *movimiento de Acción Nacional*, su apego a los ideales de la *revolución de octubre*, y muy especialmente el establecimiento de sus principios ideológicos en sus primeros documentos doctrinarios (antes de conocerse el predominio electoral de AD); demuestran su firme creencia en lo perjudicial que es para la democracia reducirla a la violenta imposición de las mayorías y no al consenso de la pluralidad de movimientos y partidos. La experiencia del trienio adeco demostraría lo perjudicial de pasar del radicalismo sectario de derechas (gomecismo) al de izquierdas; y esta posición generaría el fuerte antagonismo entre las dos perspectivas de la democracia: la de COPEI y la de AD.

En la década militar (1948-1958) COPEI en un principio no se opuso al nuevo régimen militar pero cuando este limita las libertades públicas, y el partido sufre la represión de sus actividades y la cárcel y exilio de alguno de sus militantes (Luís Herrera Campins y José Luís Zapata); iniciará una fuerte crítica y oposición²⁵ sin adoptar jamás la forma de lucha violenta que adoptó AD (partido que había sido ilegalizado por la Junta Militar de Gobierno). Después del golpe-fraude de 1952, el cual no fue aceptado por COPEI al no asistir a la Asamblea Constituyente e incluso expulsar a los 4 suplentes de 120 diputados electos en las planchas del partido; se iniciará un proceso de fuerte represión que impedirá su existencia real, por lo que decide esperar a nuevas oportunidades de lucha cívica. Esperar para COPEI era también la “prudencia” necesaria

24 Naudy Suárez, Ob. cit., p. 91.

25 José Elías Rivera Oviedo, Ob. cit., pp. 107-109.

para no realizar acciones que generaran la desaparición del partido, tal como señala en el “Informe del Comité Nacional” en la VII Convención Nacional de 1958²⁶, se desarrolló una conciencia del valor de la institución partidista para la recuperación y transición a la democracia. A su vez, durante la dictadura, COPEI asumió los principios que identifican la democracia como un medio y no sólo como un fin, rechazando toda acción fraudulenta, golpista o terrorista; es así como Luis Herrera Campins desde el exilio señala:

*Soy de los que creen con firmeza de convicción en la recuperación democrática a través de los caminos cívicos del sufragio universal. La vía engañosa de la conspiración o del golpe de Estado parece más corta, pero presenta riesgos políticos tremendos que la experiencia histórica demuestra con bastante claridad. Desde el punto de vista de la mecánica democrática, la conspiración peca por desconocer el aporte de las masas, llamadas a desempeñar papel fundamental en la dirección y orientación política del país. El civismo, vía quizás más lenta pero mucho más segura, está sujeto a menos contingencias. (...) Las ideas disputan para convencer. Las armas, para aniquilar*²⁷.

La experiencia del trienio adeco y en especial su doloroso fracaso, el cual llevó a una década de dictadura; confirmarán en COPEI y posteriormente en los otros tres partidos más importantes del país: AD (principal afectado y que sufrió en sus militantes la persecución, tortura, asesinatos y exilio), URD, y el Partido Comunista de Venezuela (PCV); la mayor viabilidad de la idea consensual, pluralista, y no violenta que mantuvo COPEI de democracia desde sus inicios y fundación.

26 Paciano Padrón, Ob.cit., p. 29.

27 Luis Herrera Campins, 1957, “Los caminos cívicos del sufragio universal”, en: Simón Alberto Consalvi, 2007, *1957 El año en que los venezolanos perdieron el miedo*, pp. 75-76.

III. La contribución de COPEI a la instauración y supervivencia de la Junta de Gobierno presidida por el Contralmirante Larrazábal (1957-1958)

Los procesos de transición a la democracia se inician cuando una diversidad de grupos sociales logran unirse y movilizarse en pro del derrocamiento de un régimen autoritario o no democrático (en el caso venezolano: una tradicional dictadura militar presidida por el General Marcos Pérez Jiménez), y comenzar el debilitamiento de las instituciones autoritarias y el fortalecimiento de las democráticas. El proceso de unidad se inició con la conformación de la llamada “Junta Patriótica” en junio de 1957. la huída del dictador y la instalación de una Junta de Gobierno del contralmirante Wolfgang Larrazabal que generará las condiciones para la celebración de comicios en diciembre del 58 que permitieron la llegada al poder de un gobierno electo por el sufragio universal, libre, directo, secreto, justo y limpio. Algunos politólogos señalan que la transición finaliza con la consolidación de la democracia, lo cual se logra en el momento que el partido de gobierno alterna con un partido de oposición lo que en Venezuela se dio para 1968-69: pero preferimos asumir la visión más corta por ser el año 1958 el más importante de la transición y que permite la firma del Pacto de “Puntofijo” y el “Programa mínimo” y la celebración de las elecciones; hechos estos últimos que siembras las bases de la consolidación (y finalmente, se agregaría, la redacción de una Constitución aceptada por todos).

Este período de año y medio se dieron momentos de unidad y acción a favor de la institucionalidad democrática (la unidad de todos los sectores democráticos, la protesta en la calle, la negociación con los sectores de las Fuerzas Armadas contrarios al régimen, la huelga que presionó la huída del dictador el 23 de enero, el establecimiento de la Junta de Gobierno, la presión a la Junta para que celebrara elecciones, estableciera las libertades públicas y expulsara del Estado y el Ejército a los posibles pérezjimenezistas); y también se vivió una fuerte inestabilidad (intentos de golpes de Estado, rumores de golpe, cambios de gabinete presidencial, ausencia de acuerdos, etc.), en la que cada decisión y acción de los actores sociales permitió el proceso de transición y consolidación de las bases de

una forma específica de régimen democrático (la representativa, consensual, reformista y civil). Somos del pensar, siguiendo a la historiadora Helena Plaza²⁸, que a partir de 1958 este tipo de democracia era sólo una alternativa entre otras; como pudieron ser las de un nuevo gobierno militar parecido al de Pérez Jiménez, una revolución de izquierda radical o regímenes intermedios posiblemente tutelados por las Fuerzas Armadas. ¿Qué hizo COPEI para impedir estos regímenes y hacer realidad el tipo de democracia que se estableció finalmente?; en este capítulo y los dos siguientes trataremos dar respuesta a esta pregunta.

El inicio de la crisis política que generó la caída de la dictadura, está relacionada con aspectos económicos (crisis de los precios del petróleo, desaceleración de la economía nacional) e internacionales (pérdidas de apoyo por el régimen), pero especialmente por la ya señalada unificación de los factores democráticos. La historiografía reconoce en el hecho de la lectura de la Carta Pastoral del Arzobispo de Caracas: Arias Blanco, el 01 de mayo de 1957; como la pérdida por parte de la dictadura de una de sus principales bases de poder: la legitimación moral que le daba el clero. Es el comienzo del fin; fin que requirió de varios errores por parte de la dictadura, errores que le costarían otros apoyos y el fortalecimiento de la oposición política y militar. La Carta Pastoral no fue una crítica política, sino social: la prosperidad económica no estaba generando una mejora en el nivel de vida de los obreros y un sutil reclamo a la ausencia de libertad sindical. Lo importante fue lo que generó dicha Pastoral, además de la pérdida de un apoyo ya señalado, significó un pequeño cambio en algunas editoriales del diario oficial de la Iglesia: *La Religión* (padre Hernández Chapellín), y en la no represión por parte del alto clero de las actividades claramente opositoras de algunos sacerdotes. Ejemplo de ello fueron las acciones proselitistas del padre Sarratud, el apoyo del rector de la Universidad Católica Andrés Bello: el padre Barnola a la huelga de los estudiantes miembros de esta casa de estudios contra el plebiscito de Pérez Jiménez; y los ya citados editoriales²⁹.

28 Helena Plaza, 1978, *El 23 de enero de 1958 y el proceso de consolidación de la democracia representativa en Venezuela*.

29 Ob.cit., p. 76.

La relación entre la Iglesia Católica y COPEI siempre fue muy fuerte desde los primeros pasos del movimiento socialcristiano, hasta incluso los años setenta; es por ello que este cambio e incluso la militancia antirégimen del clero debió estimular el renacer de la actividad opositora copeyana (es un tema por investigar en todo caso); lo cual se observó especialmente en lo relativo al movimiento estudiantil. En palabras un dirigente estudiantil de la época y líder de la Juventud Revolucionaria Copeyana: Hilarión Cardozo, se afirma que la unidad de los demócratas primero se dio entre los estudiantes universitarios (el llamado “Frente Universitario”) y luego entre los partidos en la Junta Patriótica³⁰. Los sacerdotes auparon siempre la actividad política de los jóvenes desde los treinta en contra de la infiltración marxista de las universidades, y en el 57 ya esta no era la preocupación sino la lucha por el derrocamiento de la dictadura.

La unidad organizativa de los partidos políticos (los cuatro más importantes: AD, URD, COPEI y PCV) para luchar por 3 reivindicaciones generales: amnistía, elecciones libres, gobierno democrático se dio en torno a la Junta Patriótica en junio de 1957; idea que nació originalmente en el II Congreso del PCV³¹ y que significó el abandono de la política de resistencia conflictiva a lo interno de los sindicatos por parte de esta organización. Se asumía así la estrategia de lucha civilista que ya había planteado COPEI desde 1953 y que se centraba en aprovechar la coyuntura electoral de 1957 (para diciembre se debían celebrar comicios según la Constitución de 1953). Es probablemente por esta razón, y por ser COPEI el único partido que no había sido ilegalizado o desmantelada totalmente su organización por la acción de la policía política de la dictadura (la *Seguridad Nacional*); que se plantea la candidatura de unidad de toda la oposición en la persona de Rafael Caldera, es por esto que será encarcelado por la dictadura en agosto hasta diciembre en que sale para el exilio y se reúne con los otros líderes de AD y URD: Rómulo Betancourt y Jóvito Villalba en Nueva York. En todas las acciones de la Junta Patriótica, en las huelgas estudiantiles y en la del 21 de enero del

30 *Entrevista a Hilarión Cardozo*, Caracas: 16 de Julio de 2008.

31 Helena Plaza, 1978, Ob.cit., p. 78.

58 participaron los militantes y dirigentes de COPEI, sufriendo la cárcel y persecución junto al resto de los militantes de las otras organizaciones políticas. Se pueden nombrar los casos de los representantes copeyanos en la Junta Patriótica que fueron cayendo presos y eran sustituidos por otros que a su vez eran apresados: Pedro del Corral, Pedro Pablo Aguilar, y Enrique Aristeguieta Gramcko. En el Frente Universitario cuando ocurre la huelga estudiantil están José de la Cruz Fuente y Remberto Uzcátegui entre otros, y en el Frente Obrero: Dagoberto González; por sólo dar unos nombres de los muchos que participaron.

Al resquebrajarse la unidad de las Fuerzas Armadas en torno al dictador por el cambio inconstitucional de las elecciones en un plebiscito, y el posterior fraude entre noviembre y diciembre; vendrá la fuerte agitación en la calle liderizada por la Junta Patriótica y la rebelión de importantes sectores de las Fuerzas Armadas. El 23 de enero de 1958 cae (huye) finalmente Pérez Jiménez y se instala la Junta de Gobierno teniendo como Presidente al contralmirante Wolfgang Larrazabal, y siendo todos sus miembros militares. Desde este momento empezará un proceso de fuerte movilización en la calle bajo el liderazgo de la Junta Patriótica y los partidos políticos (especialmente AD y el PCV) para que el nuevo gobierno cumpla con todos los pasos para hacer realidad el sentido de su creación: la recuperación de las libertades y la vuelta a la constitucionalidad democrática con la celebración de elecciones a fines de año. Una primera acción fue la de lograr que los miembros de la Junta de Gobierno de mayor filiación pérezjimenistas fueran sustituidos por civiles lo cual se logró gracias a la presión de la calle.

Ante esta nueva realidad, COPEI (en palabras de sus dirigentes y luego su máxima autoridad permanente: el Comité Nacional) se planteó (al igual que el resto de las organizaciones partidistas y gremiales) el apoyar el esfuerzo unitario que se había iniciado con la Junta Patriótica, y las metas que tanto esta organización como la Junta de Gobierno se plantearon a pocos días del 23 de enero. Las metas de la Junta Patriótica fueron: respaldar la Junta de Gobierno, mantener el frente de unida nacional por todas las fuerzas que ayudaron al derrocamiento de la dictadura, encaminar la unidad hacia la edificación de un ordenamiento legal democrático,

representativo y de derecho por medio de una convocatoria a elecciones generales de todos los poderes públicos lo más pronto posible, y los partidos políticos mantendrán su independencia doctrinaria y organizativa pero manteniendo una tregua política en su lucha interpartidista³². En pocas palabras esto fue lo que se llamó el “Espíritu del 23 de Enero” un profundo anhelo de unidad y de evitar la confrontación política para lograr la estabilidad democrática.

A este “espíritu”, COPEI no dejó de contribuir; aunque a su vez se dedicó a la recuperación de la organización partidista (a lo que los otros partidos también se dedicaron); y de la revisión general de sus declaraciones se puede afirmar que se propuso: conservar el ambiente de “armonía social” en las calles; replantearse su relación con organizaciones de tendencia marxista al no caer en el error de ver a cualquier posición de izquierda como comunismo, de allí la defensa de Acción democrática como partido reformista, se habló de “una tolerancia en lo político, religioso, e ideológico”³³ de allí el no oponerse a la relegalización del PCV pero sin dejar de advertir que el comunismo era antidemocrático (en las declaraciones estas afirmaciones sólo eran sostenidas públicamente por el clero, nunca por COPEI en el año 58); y evitar que el nuevo régimen sostuviera los postulados del “Estado docente”, el “laicismo” (irrespeto de la Iglesia y la condición católica del venezolano, y el mantener el patronato), y la ausencia de libertad sindical; como ocurrió en el Trienio adeco. Para conservar la unidad COPEI planteó la creación de un “organismo de consulta” que no debía ser la Junta Patriótica, y el establecimiento tanto de un candidato de unidad como planchas unitarias para las elecciones lo cual preservaría el país de la anarquía y el sectarismo³⁴.

La Junta de Gobierno permitió a todos los partidos por igual participar en ciertas instituciones del Estado, tales como los Concejos Muni-

32 Helena Plaza, 1978, Ob.cit., pp. 104-105.

33 Luís Herrera Campins, “Una comisión especial entregará a la Junta copia del mensaje del partido a la Nación”, en: *El Nacional*, 10-03-1958, p. 32.

34 Pedro Pablo Aguilar y José Pérez Díaz, “COPEI decidió hace cinco años orientar su trabajo hacia 1957”, en: *El Nacional*, 09-02-1958, p. 33.

cipales (es importante resaltar el papel de José Pérez Díaz en el Consejo del Distrito Federal), y la Comisión redactora del proyecto del Estatuto Electoral desde marzo, en el que estuvo Lorenzo Fernández por COPEI.

En los meses de marzo y abril se dio la primera crisis, con el desarrollo del fenómeno del liderazgo del Teniente Coronel Hugo Trejo (“trejismo”) el cual realizó el primer intento de golpe contra la dictadura el 01 de enero del 58. En estos meses se dedicó a hacer declaraciones políticas públicas y en los cuarteles; logrando las simpatías de sectores populares pero especialmente militares; y a su vez la oposición de los sectores más conservadores de las Fuerzas Armadas y de todos los partidos salvo URD y extrañamente el PCV que no lo apoyó. El resultado fue la presión por parte de sus “enemigos políticos” para su “salida” del país a una embajada (Costa Rica); COPEI por su parte temía el peligro de su tendencia comunista³⁵; y en general todos repudiaron el trejismo como un intento de debilitar el necesario apoliticismo de los militares tal como las declaraciones de los dirigentes de los partidos a la prensa. El 1 de mayo, después de las medidas de la Junta de Gobierno para enviar a Hugo Trejo fuera; los partidos URD, AD y COPEI realizan un manifiesto común en que apoyan la medida basada en el principio siguiente:

La actividad política no se compadece con las funciones militares, postulado que se debe imponer sin vacilaciones, para hacer cumplir el principio constitucional y las leyes que establecen a la FAN como una institución profesional, impersonal, apolítica, y no deliberante, al servicio exclusivo de la Nación, sujeta a las leyes y garante de las libertades públicas y las instituciones democráticas³⁶.

En mayo ocurrirán dos hechos graves: el ataque por un grupo de estudiantes al vehículo donde venía el vicepresidente de los Estados Unidos: Richard Nixon (día 13) y la renuncia de los civiles de la Junta de Gobierno: Eugenio Mendoza y Blas Lamberti (día 18). En la primera

35 Helena Plaza, 1978, Ob.cit., p. 108.

36 “Declaración de URD, AD y COPEI sobre la situación nacional”, en: *El Nacional*, 02-05-1958, p. 46.

AD, URD y COPEI realizaron otra declaración conjunta en la que condenan los actos de violencia; e incluso el PCV y las organizaciones estudiantiles se disculpan. Caldera señala que tales acciones justificaban la idea de los seguidores de Pérez Jiménez, de que el país no podía gobernarse sino por la fuerza³⁷. Con respecto a la crisis del gabinete, las razones fueron el poco peso que tenían los civiles en las decisiones de la Junta de Gobierno (la Junta se reunía clandestinamente con el Alto Mando Militar), por lo que todos los partidos presionaron para que se ampliara; es así como Pedro Pablo Aguilar en nombre de COPEI exige la creación de ministerios sin cartera pero que sean otorgados a los civiles³⁸ y rechaza la propuesta de crear un consejo consultivo. La participación de los civiles era una exigencia no negociable por los partidos y Larrazabal terminará incorporando a 5 civiles al gabinete.

En todo el año se vivió rumores de golpe de Estado pero sólo ocurrieron dos intentonas: la del 22 de julio y la del 07 de septiembre en ambas participará el Ministro de Defensa General Jesús María Castro León (destituido a raíz del primer intento será expulsado y luego entrará de manera clandestina al país). En ambas los golpistas contaron con el apoyo de algunos sectores de las Fuerzas Armadas; pero recibieron la misma respuesta de los partidos, todas las organizaciones gremiales y parte importante de la población que se manifestó en contra e incluso pidió armas para combatir a los golpistas. En el primero, los militares rebeldes ofrecieron el gobierno a los empresarios (Eugenio Mendoza), COPEI (Rafael Caldera) y URD (Jóvito Villaba); pero estos rechazaron tal ofrecimiento y pasaron a negociar con los mismos su rendición³⁹. De estas insurrecciones la Junta de Gobierno salió fortalecida y se depuró la institución militar de grupos golpistas (en especial pérezjimenezistas), y el compromiso de la población y los partidos con la unidad se afianzó.

37 “Los partidos políticos condenan los actos violentos de ayer”, en: *El Nacional*, 14-05-1958, p. 46.

38 “Declaraciones de los partidos sobre la situación política”, en: *El Nacional*, 20-05-1958, p. 22.

39 Helena Plaza, 1978, Ob.cit., pp. 110 y 133

En relación a la candidatura de unidad de todos los partidos COPEI mantuvo esta tesis; pero los problemas giraron constantemente en torno a quién sería el candidato y desde mayo hasta octubre no se pudo lograr con un nombre; y el partido en su VII Convención Nacional celebrada en octubre lanzó la candidatura de Rafael Caldera. Este hecho generó fuerte preocupación en todas las fuerzas democrática al darse la posibilidad de revivir la experiencia de Gallegos: un Presidente débil por las divisiones que engendraría la campaña y la pertenencia partidista, por lo que se vieron en la necesidad de crear un mecanismo que salvara el “espíritu del 23 de enero” más allá de las elecciones: el Pacto de Puntofijo.

En el año de 1958 no se puede hablar de un partido que tenga mayor peso que otro en la defensa de la Junta de gobierno y el proceso de transición. Los cuatro ofrecieron su apoyo en momentos de fuerte crisis; y se guiaron siempre por el mantenimiento a toda costa de la unidad y la tregua política, sin detrimento de su especificidad ideológica y organizativa. COPEI en esto no fue menos que los otros, respondía a lo que había sido su original concepto de democracia.

IV. La reestructuración del partido y su convención nacional

El principal objetivo de COPEI en 1958 a nivel organizativo fue la recuperación de su estructura a nivel nacional con la animación de su vieja militancia; junto a la celebración de la VII Convención Nacional después de haber realizado las convenciones a nivel municipal y regional. Con este fin el 06 de febrero de 1958 se celebró un Directorio Nacional en el se amplió el Secretariado Nacional con 6 comisiones (Coordinación, Finanzas, Prensa, Relaciones Internacionales, Organización, Organismos Periféricos, Juventud)⁴⁰.

Desde marzo hasta septiembre se realizaron las Convenciones Regionales con asistencia de los dirigentes nacionales, preparando así la

40 Pedro Pablo Aguilar y José Pérez Díaz, “COPEI decidió hace cinco años orientar su trabajo hacia 1957”, en: *El Nacional*, 09-02-1958, p. 33.

Convención Nacional que se celebraría en octubre. El resto de los partidos había ya celebrado sus convenciones: AD en agosto y URD en septiembre. Se inició la de COPEI el 03 de octubre y duraría hasta el día 07, en la misma el Comité Nacional describió la lucha del partido durante la dictadura y en especial su política de unidad y olvidar viejos agravios, es así como afirma Caldera: “no vacilamos en aparecer al lado de nuestros adversarios de ayer, para cumplir la pedagógica función de enseñar que por sobre las divergencias ideológicas, políticas o personales, hay el deber de buscar y afianzar el bien común”⁴¹.

Se acordó crear una “Escuela de Formación Política para dirigentes socialcristianos”, se designó el nuevo Comité Nacional ratificando en parte el anterior; como Presidente a Pedro del Corral, 1° vicepresidente a Lorenzo Fernández, 2° vicepresidente a Patrocinio Peñuela, y Secretario General se ratifica a Rafael Caldera; y se lanzó su candidatura presidencial⁴².

La toma de decisiones a nivel nacional se da en el llamado Comité Nacional, que es el principal órgano del partido por sus funciones (establece la línea política, entre otros) y la frecuencia de sus reuniones (semanal). En el mismo, para 1958, posee una fuerte influencia el Secretario Nacional: Rafael Caldera (líder fundador) como ha sido desde un principio; y esto no cambiará hasta muchos años después. En palabras, tanto de Hilarión Cardozo como Pedro Pablo Aguilar⁴³ se confirmó este hecho; pero a su vez la capacidad de Caldera de escuchar primero todas las opiniones para luego tener la última palabra, la cual sirve de compendio del “sentir” del partido, por lo que nunca se daban contradicciones internas. Mucho menos se dieron confrontaciones en el año 58 en que los militantes sintieron la necesidad del carisma y guía del fundador en momentos tan difíciles por su inestabilidad. Este año a lo interno de COPEI se dio en un ambiente de plena armonía y escucha del líder máximo, y de los que se sacrificaron en la lucha contra la dictadura.

41 Paciano Padrón, Ob.cit., p. 156.

42 Paciano Padrón, Ob.cit., p. 163.

43 *Entrevistas a Hilarión Cardozo, y Pedro Pablo Aguilar*. Caracas: Julio de 2008.

Las tendencias internas para el año de 1958, según Ricardo Combellas no existieron hasta los sesenta⁴⁴, pero consideramos ya se observaban el “calderismo” (Rafael Caldera) por supuesto, y el “herrerismo” (Luís Herrera Campins). Se puede observar en la lucha por la candidatura única; Caldera siempre sostuvo este principio pero Luís Herrera, aunque respetaba la línea del partido, declaró desde un principio que “el problema no está en el candidato sino en el programa a realizar”⁴⁵. Este ejemplo expresa lo que luego serán tendencias claras, a las que se unirán otras en la próxima década.

V. Los aportes de COPEI al pacto de Puntofijo y el Programa mínimo

No se tiene la certeza si la formulación del Pacto de Puntofijo se dio cuando los líderes de AD, URD y COPEI estaban exiliados en Nueva York en enero de 1958, pero lo que si es cierto es que los principios del mismo se estuvieron planteando en todas las declaraciones de los partidos inspiradas por el llamado “espíritu del 23 de enero” (unidad y tregua). En octubre no se estaba inventando nada nuevo, aunque si se puede señalar que en la llamada “Mesa de los partidos” (reuniones que se daban con bastante frecuencia) que se celebró el 02 de junio, URD presentó un pacto para formar un gobierno de integración⁴⁶. Este Pacto diseñado por URD se parece mucho a lo que luego será Puntofijo, debido a que sostiene: 1) defender por todos los medios la democracia, 2) respeto del carácter institucional de la FAN, 3) Programa básico (crear instituciones democráticas, administración pública limpia, incorporación de la mujer, reforma agraria, economía no feudal ni colonial, industrialización, electrificación, planificación sin perjudicar la iniciativa privada, erradicar analfabetismo, asistencia social, erradicar pobreza), 4) candidatura de unidad. Este plan fue aceptado por el resto de los partidos en los tres

44 Ricardo Combellas, Ob.cit., p. 211.

45 Luís Herrera Campins, “Es hora de que la burguesía se defina en nuestra política”, en: *El Nacional*, 11-02-1958, p. 31.

46 “En la mesa de los partidos: Pacto para formar gobierno de integración propuso URD”, en: *El Nacional*, 03-06-1958, p.1.

primeros puntos, y en la formación de un gobierno de unidad más no necesariamente una candidatura única, aunque reconocen que es lo ideal. En declaraciones posteriores, Jóvito Villalba señaló que este pacto debía incorporar a los partidos, los sindicatos y las fuerzas económicas.

El aporte de COPEI fue, no sólo apoyar y estimular la firma de dicho Pacto, sino insistir en no cometer los errores del pasado; lo cual se lograría si ningún partido aspirara a tener el control hegemónico de los cuerpos deliberantes, si el elector entiende que votar por el candidato de unidad es votar contra la dictadura, aspirar siempre a encontrar lo que nos une como nación, la unidad no es uniformidad, la definición de un programa común (sus planteamientos fueron similares al presentado por URD), y la candidatura única⁴⁷.

Al final, el proceso de aprendizaje del trienio, la dictadura y el año 58 (en especial al temor de que el gobierno electo fuera derrocada por un golpe, posibilidad real), más la incapacidad de poseer un candidato de unidad; llevó a que los principales partidos (AD, URD y COPEI) a firmar el llamado Pacto de Puntofijo (llamado así por ser el nombre de la quinta donde vivía Caldera y que los periodistas decidieron bautizarlo al dar la noticia; en palabras de Caldera “Puntofijo es el nombre del sitio más alto de la carretera vieja de San Felipe a Nirgua, de donde se contemplan a plenitud los arrobadores valles del Yaracuy”⁴⁸, y no Punto Fijo en el Estado Falcón como siempre se ha llamado de manera equivocada por error de los periodistas también). No conocemos las partes que redactó COPEI del texto, pero algo sí es cierto: el hecho que fue fiel al mismo en el primer gobierno de la democracia y estimuló el consenso siempre; e incluso, en tiempos tan lejanos del mismo como el año de 1992 cuando la democracia sufrió dos golpes de Estado, se vio a los dirigentes de COPEI dándole apoyo al gobierno tal como expresaba y exigía Puntofijo.

47 Rafael Caldera, “Charla del Dr. Rafael Caldera: la unidad y el candidato”, en: *El Nacional*, 07-09-1958, p. 42.

48 Rafael Caldera, 2000, *Los causahabientes De Carabobo a Puntofijos*, p. 71.

No es objetivo del presente estudio explicar el Pacto de Puntofijo pero sí el hecho que las exigencias de respeto a: la Iglesia, la libertad de enseñanza, la pluralidad y las minorías, que habían sido principios de COPEI desde su fundación y bandera durante el trienio adeco; fueron incluidos entre los principios tanto del Pacto como del posterior “Programa mínimo común” e incluso en la Constitución Nacional de 1961: en la que se eliminaron los aspectos conflictivos especialmente con COPEI, adoptando los postulados que este había planteado originalmente en la Asamblea Constituyente de 1946: la libertad de enseñanza y la negativa al establecimiento del Estado Docente, la no constitucionalización del patronato eclesiástico (que luego pasó a su eliminación con la firma del “Modus vivendi” ese mismo año), y la redacción en el derecho de propiedad⁴⁹; por citar los más importantes. A su vez, la visión reformista en lo relativo a la justicia social también fue asumida por los otros partidos; y el rechazo a la participación del PCV en la firma del pacto era una vieja prédica de COPEI y la Iglesia.

Conclusiones

Una línea coherente de pensamiento y acción ha inspirado, tanto las decisiones como la práctica política copeyana, de cara al logro de la transición a la democracia tanto en 1957-58 como en sus antecedentes: desde la célula de COPEI que fue su participación en la generación del 36 con la UNE, como su lucha electoral y política en tiempos de democracia adeca (trienio) y en la dictadura militar. Nos atrevemos a afirmar que el partido COPEI, como institución y liderazgo colectivo; fue el que menos cambió su forma de comprender la democracia y los métodos para su implantación en el país. Prueba de esto son los principios establecidos en su ideario, y las acciones que llevaron a cabo desde su fundación hasta el año 58, incluyendo este importante año. Un buen ejemplo fue que en su VII Convención Nacional (octubre de 1958) no consideraron cambiar su doctrina e ideario.

49 Naudy Suárez, Ob. cit., pp. 90-92.

Nunca se ha dejado de afirmar el proceso de aprendizaje político que tuvieron que pasar los partidos en Venezuela durante los trece años anteriores al 23 de enero de 1958, para lograr así la consolidación en el tiempo de un régimen de libertades públicas y elecciones frecuentes. El aprendizaje se ha dicho, fue a partir de los fracasos, del error; para luego iniciar la búsqueda y meditación de nuevos “modelos” y concepciones de democracia. En esa búsqueda de la clase partidista (en especial AD), nuestro estudio ha querido resaltar el ejemplo que dio COPEI con su línea política (democracia plural, consensual y reformista); el cual sirvió de inspiración en tiempos de exilio, y camino a seguir en la construcción de las bases de la nueva institucionalidad durante el 58 con el Pacto de Puntofijo y la Constitución del 61.

En esta primera aproximación, nos habría gustado profundizar aun más en lo relativo a la toma de decisiones a lo interno del partido y, el peso que tuvo en la organización la experiencia del exilio durante la década militar. Son áreas de investigación que están por ser exploradas; y que tiene en las actas, publicaciones y cartas de COPEI de la época y sus militantes una fuente primordial que esperamos que no se haya perdido.

Fuentes

1. Bibliográficas

ÁLVAREZ, Ángel (2004), “COPEI: La triste historia de un partido sin vocación de poder”; en Ángel Álvarez y José Enrique Molina, *Los partidos políticos venezolanos en el siglo XXI*, Caracas: Vadell hermanos.

HERRERA CAMPINS, Luís (1957), “Los caminos cívicos del sufragio universal”, en: Simón Alberto Consalvi, 2007, *1957 El año en que los venezolanos perdieron el miedo*. Caracas: El Nacional.

CALDERA, Rafael (1999). *Los causahabientes - De Carabobo a Puntofijo*, Caracas: Panapo.

El partido Socialcristiano COPEI y la lucha por la democracia en Venezuela.
El año de 1958 como compendio de una tradición política

CÁRDENAS, Rodolfo José (1988). *COPEI en la Constituyente: la tentación totalitaria de AD*. Madrid.

CASTRO LEIVA, Luis (1988), *El dilema octubrista 1945-1987*, Caracas: Cuadernos Lagovén.

COMBELLAS, Ricardo (1985). *COPEI Ideología y liderazgo*, Caracas: Ariel.

GIMÉNEZ LANDÍNEZ, Víctor (1982). “Los socialcristianos antes de COPEI”; en: *Los copeyanos*, Caracas: Centauro.

PADRÓN, Paciano (1981). *COPEI, documentos fundamentales*. Caracas: Centauro.

PADRÓN, Paciano (1982). *Siembra de democracia: COPEI a través de sus Convenciones Nacionales*. Caracas: Centauro.

PLAZA, Helena (1978), *El 23 de enero de 1958 y el proceso de consolidación de la democracia representativa en Venezuela*, Caracas: Garbizu & Todtmann.

RIVIERA OVIEDO, José Elías (1977). *Los socialcristianos en Venezuela. Historia e ideología*. Caracas: Centauro.

SUÁREZ, Naudy (1982). “Los socialcristianos en el Trienio 1946 a 1948”, en: *Los copeyanos*, Caracas: Centauro.

YÉPEZ BOSCÁN, Guillermo (1990). *COPEI sustancia e identidad*.

2. Hemerográficas

ARZOBISPADO DE CARACAS. *La Religión*. Caracas (periódico oficial de la Iglesia Católica en Venezuela, de frecuencia diaria. Se revisó el año 1958).

CENTRO GUMILLA. *Revista SIC*. Caracas (publicación bimensual, se revisó el año 1957 y 1958).

El Nacional. Caracas. (periódico de circulación nacional, de frecuencia diaria. Se revisó el año 1958).

3. Testimoniales

(2008). *Entrevista a Valmore Acevedo*. Caracas, Venezuela (realizada por Carlos Balladares el 23 de julio de 2008).

(2008). *Entrevista a Pedro Pablo Aguilar*. Caracas, Venezuela (realizada por Carlos Balladares el 19 de julio de 2008).

(2008). *Entrevista a Hilarión Cardozo*. Caracas, Venezuela (realizada por Carlos Balladares el 16 de julio de 2008).

(2008). *Entrevista a Enrique Pérez Olivares*. Caracas, Venezuela (realizada por Carlos Balladares el 16 de julio de 2008).

4. Terciarias o de Referencias

CONGRESO DE LA REPÚBLICA / INSTITUTO AUTÓNOMO BIBLIOTECA NACIONAL Y DE SERVICIOS DE BIBLIOTECA (1983). *Fuentes para el estudio del 23 de enero de 1958*, Caracas: IABNSB.

SUÁREZ, Naudy (2000), "Caldera Rodríguez, Rafael" en FUNDACIÓN POLAR, *Diccionario multimedia de Historia de Venezuela*, Caracas (versión en CD ROM).

5. Electrónicas (on line)

BETANCOURT, Rómulo y Miguel OTERO SILVA (1929), *En la huella de la pezuña*. Recuperado en Abril, 16, 2008, <http://webar->

El partido Socialcristiano COPEI y la lucha por la democracia en Venezuela.
El año de 1958 como compendio de una tradición política

ticulista.net.free.fr/asg200717030918+Antonio-Sanchez-Garcia+Romulo-Betancourt+Naudy-Suarez-Figueroa.html

La pasión por argumentar (La clave de la vida Democrática, en base a una epístola moral de Séneca ¹)

Fernando Vizcaya Carrillo

*La vulgaridad en la elocuencia, ligada al poder,
y a las riquezas, engendra la locura.*

Werner Jaeger. *Aristóteles*

Sumario

- I. La motivación que mejora la transmisión.
- II. Las condiciones de la eficacia.
- III. La formación “remota” en el Político.
- IV. La preparación continua

1 Séneca. *Epístola Moral* n. 40 “La Elocuencia deseable en el filósofo”.

A pesar de la gran cantidad de recursos tecnológicos que han enriquecido las diversas técnicas didácticas en los últimos años, la figura personal del político, en su discurso explicador, y motivador, sigue siendo indispensable para la transmisión eficaz del contenido. La necesidad imperante de tener buenos oradores, como característica específica del servidor público –inevitable por un parte y deseable por otra–, nos pone en disposición de poder aportar algunas ideas, sacadas de años de experiencia docente y de contacto con alumnos de postgrado también.

Para este trabajo de investigación sobre algunos aspectos de la didáctica de la transmisión, me apoyaré en una de las “Epístolas morales” de Séneca, además de algunos artículos recientes sobre la labor del profesor, procurando abarcar varios aspectos de su actuación. El retorno a un clásico como lo es Séneca, no surge de una simple intuición intelectual, sino que es producto de lectura y reflexión sobre sus textos. Leer esos autores de la antigüedad no es necesariamente una fuente directa para solucionar problemas de la modernidad, pero puede ser el punto de partida para discutirlos y así evitar puntos muertos como la oposición de individualismos o ideas y planteamientos ya hechos en aquella época, y que resultaría superfluo tratar de volver a pensarlos. Otra razón de ir a los clásicos es que el hecho de serlos verifica la revisión y análisis de su obra por muchos años y por autores diferentes, dándoles una pertinencia y validez, en la cual me quisiera apoyar.

Antes de comenzar a reflexionar sobre el tema, vale la pena situarnos en el género real de una epístola. No es una carta (*literae*) la cual tenía la característica de ser dirigida a una persona con lo cual, era de índole secreta y respondía a una circunstancia de la vida personal de quien escribía. En cambio la epístola (*epistulae*) estaba dirigida a una persona o comunidad, pero con la intención de ser divulgada a un amplio número de personas, con un tema o avisos determinados para esa colectividad. El género que usaba Séneca eran las epístolas, pues tenían en el fondo una intención didáctica, es decir de transmisión, de explicación a una comunidad.

I. La motivación que mejora la transmisión

Al comienzo de una epístola, Séneca recoge partes de una carta enviada por Lucilio. Este le escribe a su maestro lo siguiente:

“Me escribes que escuchaste al filósofo Serapión cuando arribó a este litoral: «acostumbra a amontonar las palabras con gran rapidez sin pronunciarlas distintamente, antes bien las apretuja y agolpa, pues le acuden muchas más de las que puede proferir un solo hombre»” (p.252).

Sobre esa experiencia, que relata Lucilio, podríamos ofrecer también nosotros algunas anécdotas. No obstante, podemos detenernos y revisar algunas palabras que usó esa persona. *“Amontonar palabras con gran rapidez”*, significa de algún modo un uso apresurado de contenidos académicos sin importar mucho la posible comprensión de esos significados, ni la posible interpretación de los oyentes sobre esos temas que se están exponiendo. Se puede percibir un cierto irrespeto a las personas que están atendiendo las clases. Parece también que no cuida mucho su pronunciación *“...sin pronunciarlas distintamente, antes bien las apretuja y agolpa...”*, ni tampoco, aparentemente, su entonación. En el fondo de esa actitud se percibe claramente la poca competencia docente, incluso la poca intención de transmisión consciente. Parecería que se hace algo *“para salir del paso”* y eso, no puede ser la condición ordinaria del docente. Ese tipo de elocuencia no *“da a luz”* nuevos pensamientos, simplemente se afirma, ratificando algunas cosas. El pensamiento, cuando aparece, siempre matiza, ve detalles, y a diferencia de la actividad política, siempre busca el otro lado de la cuestión, no se detiene en formulas hechas, da la oportunidad de expresar al otro su perspectiva. Realmente la eficacia didáctica surge y está garantizada por la activa operatividad de ese arte del maestro, que surge del matrimonio fecundo entre la personalidad de esa persona con el método operativamente válido.

Responde Séneca lo siguiente:

“Semejante actitud no la apruebo en un filósofo, cuya pronunciación igual que la vida, debe ser también ordenada; ahora bien, nada de cuanto se precipita y apresura evidencia un orden. De ahí que en Homero ese discurso arrebatado y sin interrupción, que llega de improviso como la nieve, se pone en boca del orador joven; en la del viejo fluye el otro apacible y mas dulce que la miel” (p.252).

La dicción del político, debe tener, como la música, unos tonos, un ritmo y todo ello acompañado por varios factores: el conocimiento de las personas de esos alumnos, por la importancia de la materia y la profundidad² del tema expuesto en ese momento, y también, por el uso de los medios de apoyo para la transmisión que se usan. Es decir, las palabras se captan según la competencia retórica de la persona, que se refleja y acepta, y por tanto puede ser fecunda, o por el contrario, esa falta de competencia no produce la condición vehicular del mensaje y es rechazada por el auditorium de ciudadanos. Para lograr el éxito en esa actividad, quizá la primera condición es que ese discurso o dicción esté ordenada³. Seneca demuestra esa falta de armonía al decir que “...*nada de cuanto se precipita y apresura evidencia un orden...*”. Ese aspecto estético –si lo pudiéramos llamar de esa forma–, en la acción docente va dando textura a su exposición, sentido y forma. Sin esa condición difícilmente se puede transmitir con eficacia real, incluso me atrevería a decir que la concatenación de argumentos o ideas sin orden, puede rayar en lo falso.

¿Qué motiva a una persona mejorar su forma de hablar? En el principio de la acción de transmisión estará la ilusión de transmitir contenidos, de ayudar a otros con su saber, de ayudar a otros a llegar a la verdad. Sin embargo, sabemos que no es sufriente eso para lograr con éxito una

2 Naval, Concepción. *Educación ciudadanos*, p. 254.

3 “Piaget consideró la lógica como una parte esencial de la organización del pensamiento, y en esto, el concepto de operación era fundamental. Plantea que los rasgos intrínsecos de la lógica están en las actividades del sujeto. Las operaciones del pensamiento derivan de las acciones que ejecutamos con objetos del mundo externo”. Hardgredas, David. *Música y desarrollo Psicológico*.

transmisión. La experiencia nos lo dice constantemente. Quizá la madurez de la persona, que adulta se conduce más por su pensamiento que por formas o actitudes sentimentales, sea una de esas condiciones importantes. La concepción profesional de su acción hará que la actuación ordinaria y constante sea buena porque estará ordenada en el tiempo y no será precipitada e improvisada.

Por otra parte, uno de los aspectos propios de su labor, la elocuencia, se mejora de muchas maneras, desde los recursos de ejercicios fonéticos con un terapeuta, hasta la lectura constante y seleccionada, que mejora el vocabulario. Ser maestro significa enriquecerse para enriquecer, perfeccionarse para perfeccionar, hacerse cada vez más libre para poder darle autonomía a los demás.

II. Las condiciones de la eficacia

Se ha escrito mucho y quizá con reiterada insistencia en la necesidad de una eficacia docente para la transmisión. No obstante, quizá no se ha hecho con la debida sistematicidad para producir un efecto realmente adecuado a la necesidad imperiosa de ese aspecto. Posiblemente no hemos adquirido la conciencia plena o profunda de la importancia de esa comunicación en la enseñanza. La combinación de persona, intencionalidad y técnica retórica produce unos efectos que pueden llegar a ser educadores (en el sentido del nivel más profundo del término), porque el impacto de una persona a otra estriba en esa relación integral del conocimiento (contenidos, imágenes, emocionalidad). No es lo mismo una máquina, ni una grabación o una sesión de vídeo. La cercanía de la persona implica una influencia profunda y decididamente importante. Debemos tener en cuenta lo que escribía Rafael Echeverría (1997) *“El lenguaje no solo nos permite describir la realidad, el lenguaje crea realidades. La realidad no siempre precede al lenguaje, éste también precede a la realidad”*. Esa elocuencia que se reclama en un buen docente, significa profundidad, penetración en la realidad y arte para hacer la transmisión. Por así decirlo, es el suelo conceptual donde apoyarse debidamente y hacer los constitutivos del aprender.

Durante años se habla y escribe, en los medios universitarios, de aspectos retóricos que atañen a la transmisión de contenidos, sobre los cuales vale la pena volver a traer al presente para reflexionar sobre ellos, y quizá ofrecer una manera adecuada de trabajar. Sobre ellos podemos distinguir una preparación remota y una ordenación próxima de las sesiones académicas de clases o seminarios.

Obviamente un graduado universitario tiene una preparación anterior a su ejercicio profesional. Los diversos cursos aprobados en su carrera universitaria, las correcciones de sus profesores y las primeras experiencias públicas, seguramente han dado un perfil en esa persona, el cual no se “produce de la noche a la mañana”. Esa preparación en su conjunto, no es sino la búsqueda del bien de la persona en función de su actividad personal diaria profesional. Comenta Concepción Naval lo siguiente: *“El bien del intelecto se alcanza mediante el ejercicio de las funciones teóricas del aprender y comprender, es el término de la enseñanza y de la experiencia. El bien de la voluntad, en cambio, es una resultante del hábito”*. En este punto nos encontramos con un problema que resulta patente a la gente que reflexiona sobre la acción docente, y es que con una alta frecuencia se niega el defecto o, peor aún, se justifica como algo que es propio de la persona y en la cual está hecha profesionalmente. Esta actitud no es nueva, quizá radique en la misma naturaleza humana que no está suficientemente libre de algunos defectos, entre ellos lo que hemos llamado soberbia y que básicamente consiste en producir ceguera personal ante situaciones y maneras de pensar y de actuar.

Comentaba en otra carta Séneca lo siguiente:

“Porqué nos engañamos? Nuestro mal no procede del exterior; se halla dentro de nosotros, radica en nuestras mismas entrañas y la causa de que difícilmente alcanzamos la salud está en desconocer que padecemos la enfermedad. Y caso de que comencemos la curación ¿Cuándo destruiremos la fuerza poderosa de tantas enfermedades? Pero ahora, ni siquiera buscamos al médico, el cual tendría menos trabajo si atendiese un vicio incipiente (...) Pero de la misma manera que las virtudes, una vez conseguidas no pueden perderse, y que resulta fácil

*su salvaguarda, así se hace costoso iniciar el camino hacia ellas*⁴
(p. 293).

La ordenación próxima que mencionábamos en párrafos anteriores, no es otra cosa que jerarquizar y conformar un sistema con todos esos aspectos que estructuran la transmisión de una clase, la enriquecen en su forma y le dan sentido y finalidad. En ese sentido comenta en esa epístola el maestro:

“Pues así como no quiero que el discurso fluya gota a gota, así tampoco que vaya lanzado; ni que fuerce a aguzar los oídos, ni los abrume tampoco. Porque también la pobreza y languidez de estilo mantiene de por sí menos atento al auditorio a causa del fastidio que produce una lentitud llena de pausas; con todo se graba mejor la idea que uno está aguardando que aquella que le coge desprevenido. En suma, todos afirman que los maestros transmiten enseñanzas a sus discípulos, pero no se transmite lo que escapa a la atención” (p.253).

Una de las vías que conocemos, –desde los tiempos socráticos–, es que la puerta del aprendizaje se sitúa en el asombro por la belleza, es decir, la admiración por el orden percibido en la naturaleza del entorno o de la construcción racional. Si eso es así, la necesidad de una preparación por la práctica del orador, sobre todo en la figura del docente, es una condición de eficacia y profesionalismo que no se puede dejar de lado y mucho menos despreciar en el diseño de los distintos programas de formación para docentes.

La primera cosa que debe cuidar una persona que obtenga puestos públicos es preparar, en tiempo adecuado, las disertaciones, foros o reuniones con comunicadores sociales. Aparentemente es muy obvia esta cuestión, sin embargo, vale la pena repetirla. Calcular el tiempo necesario para la transmisión, para la comprensión y asignación de trabajos o tareas que ayuden a profundizar esos temas. Sólo de esa manea se produce la Instrucción (*in struere*) «construir dentro» como nos recuerda la

4 Séneca. *Epístola Moral* n. 51 “Reconocer los defectos y confiar en corregirlos”.

etimología. Los griegos determinaban como *Kairós* el tiempo adecuado –el bien en el tiempo– a preparar la sabiduría propia de una persona, su formación intelectual y física incluso. Lo que llamamos planificar en este momento, más la determinación habitual de preparar agendas de trabajo diarias y de mayor tiempo, se establece con el movimiento del espíritu que lleva a darle la valoración justa al circunstancia y a su importancia en los demás. En el fondo son actos de justicia, que están insertados en el trabajo ordinario de una persona.

Ya en clase, la *instrucción* con base a informaciones e instrucciones es absolutamente necesaria para esa eficacia. Esas instrucciones deben hacerse de manera clara, corta y asegurándose que llegan a los oyentes. Sigue la carta de Séneca instruyendo:

“Advierte además que el discurso empeñado en la verdad debe mostrarse sin adornos y sencillo; aquél que gusta al pueblo no contiene verdad alguna. Pretende conmover a la turba y embelesar con su ímpetu al oyente irreflexivo, no se presta a un examen, se esfuma. ¿Cómo, pues, será capaz de dirigir, lo que no puede ser dirigido? ¿Y qué decir si este discurso que se propone curar los espíritus debe penetrar en nuestro interior? Los remedios no aprovechan si no se insiste en ellos” (p.253).

La mejor manea de asegurarse que las instrucciones llegaron, que hubo transmisión de información es hacer preguntas referentes al tema que se está tratando o a la tarea que se ha asignado. Cuando se pone en movimiento algo⁵, además se incluye la motivación (lo que mueve, de muchas formas) a una acción, pensada antes por el docente y prevista para lograr un objetivo y unas metas de aprendizaje.

5 Escribe Naval: “Una práctica es cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma, mientras se intenta lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente” (Ob. Cit. p. 113).

La *demostración* de los objetivos o de los contenidos a conseguir en las diversas sesiones que se planifican con esos alumnos, es el paso siguiente. Una demostración en clase debe constar de varios elementos. Un primer aspecto a cubrir es la necesidad, implícita en la motivación creada por el docente, de verificación de lo dicho. Es decir, las demostraciones son el espacio adecuado para la formación del espíritu científico. Un segundo elemento sería el de asegurar que la explicación sea lo más clara y gráfica posible, debe de-mostrar lo que se ha dicho de otra manera. Esto requiere una serie de condiciones en el docente que no se dan al azar, son producto de una formación de años, sin prisas y oportunamente. Esas facultades se han desarrollado oportunamente, es sensible a la estética y a la moral, puede apreciar la naturaleza y la fuerza del pensamiento matemático, puede leer poesía e interpretar historia, sacar consecuencias y enriquecer su bagaje intelectual. La demostración que se le pide en clase está asentada básicamente es ese espíritu que tiene una vida anterior, a la simple intención de la demostración en clase, ante unos alumnos y sobre un tema ya determinado por su planificación escolar. Es mucho más que eso, es la vida proyectada.

Advertir a los alumnos, en varios momentos de la sesión, se requiere para mantener la atención y “reforzar” el entendimiento de los contenidos en los alumnos. Esa advertencia no es otra cosa que el uso de las debidas exhortaciones para reconseguir el hilo de la explicación. Estas las debe hacer el profesor con detenimiento, sentido pedagógico y acierto. Escribe atinadamente Simón Rodríguez: *“Enséñese a hablar la lengua de los castellanos; enséñese a vivir según los preceptos de la filosofía social y fácil será pintar la boca con las letras y la moral con las obras”*. La advertencia es una corrección adecuada a personas y situaciones, por lo tanto, debe estar mediada por actos de la virtud de la prudencia. El docente no tiene como misión “avisar” de algo malo, sino formar a sus alumnos. Uno de los instrumentos es la advertencia, esta se clarifica cuando se hace a persona en especial, con su nombre, buscando la finalidad de obtener una mejora en alguno de los aspectos que se han detectado y que se avisa para su corrección. No es un regaño, sinónimo de tratar de corregir un rumbo que no es el adoptado por el maestro.

En el transcurso de la acción de enseñanza, se producen errores. Estos pueden ser por muchas causas, no obstante, el maestro debe *corregir*, con tino y oportunidad a los alumnos. Esas correcciones, estarán en los ámbitos que se han determinado como de los objetivos a lograr. Este aspecto tiene que ver especialmente con lo que se ha llamado últimamente Inteligencia Emocional. Es decir, las diversas particularidades que tienen que ver con nuestras emociones y su impacto en las demás personas de nuestro entorno.

Alabar es la última de las sugerencias pedagógicas que se hacen para esa acción adecuada a los alumnos. Esa motivación que viene de confiar en los demás, tiene una importancia especial en la consecución de fines y metas intermedias en la labor docente. Quizá en la base de la prosecución de unos estudios o de un trabajo que se le ha encomendado a una persona, está el factor motivacional en ella, y que siempre es externo a él. En algunas etapas de la educación formal, este aspecto didáctico es de mayor importancia, por ejemplo en los años de la pubertad y de la adolescencia. Esa edad que está llena de inseguridades y desorientaciones, producidas por múltiples factores, que acompañan al joven en su vida, tanto personal, como comunitaria. Y esto último entendido como el grupo de educación formal, y su grupo familiar.

III. La formación “remota” en el Político

Uno de los muchos problemas en el ejercicio social es el uso de la voz. Su importancia es evidente, sin embargo, raramente se forman en las escuelas pedagógicas o de educación en ese instrumento vital para esa profesión. Esto trae consecuencias físicas que bajan el rendimiento de esa persona, al disminuir su capacidad de voz.

En el entendido que la actividad de responsabilidad social es básicamente una transmisión de información en su primera fase, la posibilidad de hablar con corrección, tanto en el tono como en la intensidad, es vital para esa actividad. Sigue comentando Séneca a su amigo:

“¿Entonces qué?, ¿no elevará el tono alguna vez?”. ¿Por qué no? Pero quedando a salvo la dignidad moral que le quita esa expresión violenta y sobreabundante. Que posea gran vigor, pero moderado; que sea una corriente perenne, no un torrente. Difícilmente permitiría yo al orador tal velocidad en una dicción incapaz de retroceder y que procede sin normas. ¿Cómo, de hecho, podrá seguirle de cerca el juez que, en ocasiones, es hasta inexperto e ignorante?” (p.254).

La enseñanza al alumno de ciencias políticas, debe necesariamente incluir destrezas personales que afinen el instrumento por excelencia, que es el mismo docente. En ese sentido, por ejemplo, enseñar y cultivar el uso de la voz. Ese aprendizaje –que no es teórico– resulta absolutamente indispensable y que no se agota en el simple ejercicio repetitivo de esa capacidad, porque la transmisión de significados que se mueve a mayor profundidad de la simple información de contenidos, tiene mucho que ver con las diferentes inflexiones de voz. Comenta Chomsky:

“En el estudio del lenguaje procedemos en abstracto al nivel de la mente, y también esperamos ganar terreno en la comprensión de cómo las entidades construidas a este nivel de abstracción, sus propiedades y los principios que las gobiernan, pueden explicarse en términos de propiedades del cerebro”⁶.

Precisamente este apoyo teórico nos da la fuerza para la propuesta de cambiar en algunos aspectos el programa de formación de docentes, y convertir ese diseño del currículum en una combinación de aspectos teóricos y muchos de carácter práctico. Por ejemplo, las sesiones de teatro en ese nivel, en varios semestres y la obligación de aprender a interpretar un instrumento musical, puede generar esas destreza tan necesarias para la vida pedagógica.

Por otra parte, no existe contradicción en cuanto al volumen de conocimientos que deben adquirir esos alumnos. El empeño que se pone en ello siempre ofrece buenos frutos, porque permite, al haber adquirido

6 Chomsky, Noam. *El Lenguaje y los problemas del conocimiento*, p. 18.

esa destreza, un mayor tiempo de dedicación al estudio de la disciplina en cuestión, a la cual se dedica teóricamente ese profesor. Nos apoya Chomsky nuevamente:

*“Una destreza puede mejorar sin que se altere el conocimiento (...) la capacidad de usar el lenguaje de un individuo mejora, pero no su conocimiento. Así mismo, la destreza puede quedar dañada o desaparecer, sin pérdida del conocimiento. Cuando una persona pierde la capacidad de hablar lo que queda es un sistema de conocimiento, un sistema cognitivo de la mente/cerebro”*⁷.

Vamos obteniendo, como consecuencia, una serie de factores y aspectos que influyen a la formación de esa persona. Conocimientos y destrezas adecuadas y pertinentes a su saber hacer profesional. Sin embargo, se enlazan inevitablemente esos aspectos. Y debe ser así puesto que lo que se quiere formar es una persona en todas sus dimensiones. De esta manera, los conocimientos implican una manera de ser un carácter específico. Comenta Morín:

“Todo conocimiento contiene necesariamente:

- a) una competencia (aptitud para producir otros conocimientos);*
- b) una actividad cognitiva (cognición) que se efectúa en función de esa competencia;*
- c) Un saber (resultante de esas actividades)”*⁸.

IV. La preparación continua

Solamente de manera equilibrada y secuencial, se puede formar a un servidor pública de manera adecuada. El tiempo es necesario para ello. No obstante, se requiere además un hábito importante de cultivar y mantener en él que es el del estudio. Sin ese hábito, difícilmente se mantendría la competencia deseada y la elocuencia, que quisiéramos mantener, se convierte en repetición de frases y lugares comunes, que

7 Ídem, p. 18.

8 Morín, Edgar. *El conocimiento del conocimiento*, p. 20.

no transmiten mayor cosa. Podríamos decir que la tarea del docente no tiene reposo porque debe mantenerse “al día”, tanto en significados como en las mismas palabras o jerga que se usa en esos momentos, porque de alguna manera son producto del cambio de valores válidos para cada circunstancia. Confirma estas ideas Morin: “*Continuamente se rectifica, se completa, se matiza. El lenguaje de la ciencia está en un estado de revolución semántica permanente*”⁹.

Quiere decir que una de las condiciones de lograr y mantener esa elocuencia, es la preparación interior del docente, su vida del espíritu, es decir, sus hábitos de trabajo e intelectuales, con los que conforma y guía su vida profesional. Parte de ello es la humildad con que acoge los consejos y asume las diversas experiencias que se le presentan y las convierte en sabiduría. En ese sentido continuaba Séneca su epístola:

“Es posible que se presente alguien tan necio como aquél que, mientras nuestro orador iba arrastrando una palabra tras otra como si las dictase y no declamase, le recriminó: «Dinos: ¿es que en verdad dices algo?». Porque la rápida elocución de Quinto Haterio, el orador más célebre de su tiempo, quiero que se mantenga a gran distancia del hombre juicioso: jamás vaciló, jamás se detuvo” (p.255).

Se nota claramente la advertencia, el modelo a no imitar, aunque tenga una gran habilidad demagógica y por tanto falsa a imitar en su manera.

Y este es quizá uno de los problemas más comunes: la imitación sin discriminación. Sobre todas las cosas porque es la vía más fácil de hacer un trabajo. Es lo que hemos visto y oído durante largos años de preparación académica en el o formal. Los años de primaria y bachillerato, los años de pregrado deben ser por tanto, de una actitud crítica y de adquisición de nuevos conocimientos, pues de otra manera, se convierte en una repetición de errores (por no ser original) e imitación de algunas actitudes buenas y generalmente pasadas o inoportunas, pues corresponden

9 Ídem, p. 229.

a formas y caracteres diferentes y con una frecuencia muy específica, a pasados tiempos. Esto quiere decir, que si se imita completamente a un profesor u orador, se usarán giros idiomáticos, frases hechas y maneras que corresponderán a otros años anteriores, con otros intereses y significados sociales.

Bibliografía

Chomsky, Noam. (1992) *El Lenguaje y los problemas del conocimiento*. Editorial Visor.

Echeverría, Rafael. (1997) *Ontología del Lenguaje*. Ediciones Dolmen.

Hargreaves, David. (1998) *Música y Desarrollo Psicológico*. Editorial GRAO Barcelona.

Morín, Edgar. (1988) *El conocimiento del conocimiento*. Ediciones Cátedra. Barcelona.

Naval, Concepción. (1995) *Educación Ciudadanos*. EUNSA. Pamplona.

Platón. (1963) *Obras*. Ediciones Aguilar. Madrid.

Rodríguez, Simón. *Sociedades Americanas*. Biblioteca Ayacucho.

Séneca. (1994) *Cartas Morales a Lucilio*. Editorial Gredos. Madrid.

Derecho y Sociedad **12**

La insolvencia de la persona física (natural) y su impacto
en la insolvencia corporativa

Rafael Álvarez-Loscher

“No he venido a abolir la Ley, sino a darle cumplimento”:
Una visión sobre el aporte del cristianismo al humanismo universal
de Justicia integral

Tulio Alberto Álvarez

El régimen español de entidades de tenencia de valores extranjeros:
una opción tributaria atractiva para la inversión venezolana

David Felipe Arellano De Figueiredo

Introducción a la evolución de las garantías procesales
en la historia constitucional venezolana

Carlos García Soto

Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano,
casos paradigmáticos y “nuevas” dimensiones

Jorge I. González Carvajal

Derecho y Sociedad: Las funciones del Derecho

Henrique Meier

El Principio *expressio unius est exclusio alterius* en el artículo 185
del CC y la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad

Fernando Sanquírigo Pittevil

Esbozo histórico del presidencialismo constitucional venezolano
en el Estado Independiente y Autónomo (1811-1864)

Carlos E. Weffe H.

El partido Socialcristiano COPEI y la lucha por la democracia
en Venezuela. El año de 1958 como compendio de una tradición política

Carlos Miguel Balladares Castillo

La pasión por argumentar (La clave de la vida democrática,
en base a una epístola moral de Séneca)

Fernando Vizcaya Carrillo

ISSN 1317-2778



9 771317 277003