

# Derecho y Sociedad

## 10 *Trabajos Jurídicos Varios*

Tulio Alberto Álvarez

Gilberto Atencio Valladares

Román J. Duque Corredor

Rafael García Pérez

Carlos García Soto

Andrés F. Guevara B.

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal

Eugenio Hernández-Bretón

Luis Enrique Mata Palacios

Ofelia Riquezes Curiel

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Diana Trías Bertorelli

Juan Miguel Matheus

Fernando Vizcaya Carrillo

Octubre

2011



supra montem posita  
2 octubre 1998

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

Derecho  
y Sociedad  
*10 Trabajos  
jurídicos varios*

Octubre 2011

# Derecho y Sociedad

## **Editorial**

Carlos García Soto

## **Derecho**

### **El Poder Popular: La transformación del Estado venezolano en función de una comunidad superior de participación**

Tulio Alberto Álvarez

### **Visión actual de los «aportes» consagrados en la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas**

Gilberto Atencio Valladares

### **El Estado de Derecho Democrático y el Estado Comunal Socialista**

Román J. Duque Corredor

### **Política y Religión: ejemplos de la revolución independentista venezolana**

Rafael García Pérez

### **El carácter servicial de la Administración Pública: el artículo 141 de la Constitución**

Carlos García Soto

### **La definición de divisa en la reforma de la Ley Contra los Ilícitos Cambiarios**

Andrés F. Guevara B.

### **Matrimonio y fidelidad conyugal en la Venezuela del s. XIX y principios del XX**

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal

### **El arbitraje internacional y la jurisdicción de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo**

Eugenio Hernández-Bretón

### **El profesor Alfredo Morles Hernández**

Eugenio Hernández Bretón

### **Comentarios al artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario: la Intermediación Financiera**

Luis Enrique Mata Palacios

### **La delegación legislativa en el marco constitucional venezolano**

Ofelia Riquezes Curiel

### **El positivismo jurídico en la obra de Luigi Ferrajoli**

Julio Rodríguez Berrizbeitia

### **La participación ciudadana en la elaboración de los Decretos Leyes delegados**

Diana Trías Bertorelli

# **Sociedad**

## **La primacía de la piedad patriótica**

Juan Miguel Matheus

## **Ética, valores y crisis sociales**

Fernando Vizcaya Carrillo

## Colaboran en este número

### **Tulio Alberto Álvarez**

Profesor titular en pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteávila y Universidad Santa María; y se desempeña como profesor en los doctorados de Historia y Derecho, además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. En cuanto a este artículo, es egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología, Magister en Historia y Doctor en Derecho, todas con mención *summa cum laude*.

### **Gilberto Atencio Valladares**

Doctorando en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de la Universidad Rafael Urdaneta.

### **Román J. Duque Corredor**

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

### **Rafael García Pérez**

Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Navarra.

### **Carlos García Soto**

Director de *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*.

### **Andrés F. Guevara B.**

Abogado, *summa cum laude* (UCAB, 2011). Comunicador Social, mención Periodismo (UCAB, 2007). Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Monteávila, cátedra de Comprensión y Comunicación.

### **Luisa Andreína Henríquez Larrazábal**

Profesora de Derecho Civil (Personas y Familia), Universidad Monteávila.

### **Eugenio Hernández-Bretón**

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

### **Luis Enrique Mata Palacios**

Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello, mención *summa cum laude* (2012). Asistente de cátedra de Derecho Mercantil II en la Universidad Católica Andrés Bello (2011-2013). Alumno de la Especialización de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello; pendiente presentación del Trabajo Especial de Grado (2011-2013). Alumno regular de la Maestría en Leyes (LL.M.) de la Universidad de Columbia en Nueva York (2013).

### **Ofelia Riquezes Curiel**

Abogada egresada Cum Laude de la Universidad Metropolitana, en Caracas, Venezuela, en el año 2010. Luego de haberse dedicado a la prestación de asesoría jurídica destinada a sectores de bajos recursos en la ciudad de Caracas, como parte del proyecto denominado TodoLegal, se desempeñó como abogada asociada en la firma Imery Urdaneta Calleja Itriago & Flamarique, en el área de Derecho Corporativo/Internacional. Culminó, en Septiembre de 2011, el Diplomado Internacional en Relaciones Internacionales, avalado por el Centro UNESCO Para la Formación en Derechos Humanos, Ciudadanía Mundial y Cultura de Paz; la Universidad Internacional Para Estudios Globales (Florida), y la Asociación de las Naciones Unidas en Venezuela. Actualmente cursa el Diplomado Internacional en Negociación y Resolución de Conflictos.

**Julio Rodríguez Berrizbeitia**

Abogado Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello (1976); Cursos de Doctorado en Derecho, Universidad de Salamanca, España (1977-1978); Maestría en Filosofía, Instituto Independiente de Investigaciones Filosóficas, Toulouse – Francia (1976-1977); Maestría en Administración Pública y Gerencia en Países en Vías de Desarrollo. Universidad de Harvard, Cambridge – Massachusetts, U.S.A (1983-1984); Certificado de Estudios Avanzados en Administración de Empresas (1984-1985); Universidad de New York, Nueva York, E.E.U.U. Programa Avanzado de Gerencia PAG III, Instituto de Estudios Superiores en Administración. Caracas, Venezuela (1989-1990). Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor de Filosofía Jurídica de la Universidad Monteávila.

**Diana Trías Bertorelli**

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Postgrado en la Universidad Central de Venezuela en Derecho Administrativo. Profesora de Pre y Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado en la Universidad Monteávila. Profesora de Postgrado en la Universidad Metropolitana.

**Juan Miguel Matheus F.**

Abogado magna cum laude por la Universidad Monteávila (Caracas, 2004). Master en Estudios Jurídicos (Universidad de Navarra, 2008). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional (Universidad de Navarra, 2009). Visiting Scholar de la Escuela de Derecho de George Washington University (Washington DC, 2009-2010). Visiting Scholar del Departamento de Ciencias Políticas de Georgetown University (Washington DC, 2010-2011). Doctor en Derecho Constitucional y Parlamentario (Universidad de Navarra, 2011). Premio Extraordinario de Doctorado por la mejor tesis doctoral defendida en 2012 (Universidad de Navarra). Profesor de Teoría Política y Constitucional de la Universidad Monteávila. Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Subdirector de la Revista Derecho y Sociedad. Columnista del diario El Universal.

**Fernando Vizcaya Carrillo**

Profesor de la Universidad Monteávila y de la Universidad Simón Bolívar.

# 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**

Carlos García Soto

**Director de la Escuela de Derecho**

Geraldine Cardozo Ríos

**Secretaria**

## CONSEJO ASESOR DE LA REVISTA DERECHO Y SOCIEDAD

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Antonio Gámez Escalona

Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola

Enrique Pérez Olivares +

Pedro A. Rengel N.

Arístides Rengel Romberg

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

**HECHO EL DEPÓSITO DE LEY**

**ISSN: 1317-2778**

**Diagramación:** Ediciones Paredes

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional,

Universidad Monteávila

**Impresión:**

# ÍNDICE

Editorial.....	17
----------------	----

## DERECHO

El Poder Popular: La transformación del Estado venezolano  
en función de una comunidad superior de participación

Tulio Alberto Álvarez.....	21
----------------------------	----

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.....	21
II. EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	22
III. REFORMA LEGISLATIVA DIRIGIDA A LA ESTRUCTURACIÓN DE UN PODER POPULAR.....	26
IV. ENTIDAD DEL PODER POPULAR DESDE LA PROPUESTA DE ESTADO COMUNAL – SOCIALISTA.....	28
V. CONCLUSIONES.....	31
VI. LISTA DE REFERENCIAS.....	31

Visión actual de los «aportes» consagrados en la Ley  
Orgánica contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias  
estupefacientes y psicotrópicas

Gilberto Atencio Valladares.....	35
----------------------------------	----

I. RESUMEN.....	35
II. INTRODUCCIÓN.....	35
2.1. «Aportes» de la LOCTICSEP.....	37
2.2. Entrada en vigencia.....	38
2.3. «Aportes» según el Reglamento y Providencias de la LOCTICSEP. Breves comentarios.....	40
III. CONCLUSIONES.....	43

El Estado de Derecho Democrático  
y el Estado Comunal Socialista.....

Román J. Duque Corredor.....	45
------------------------------	----

Política y Religión: ejemplos de la revolución  
independentista venezolana

Rafael García Pérez ..... 53

El carácter servicial de la Administración Pública:  
el artículo 141 de la Constitución

Carlos García Soto ..... 69

I. INTRODUCCIÓN ..... 71

II. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 103.1 DE LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA ... 72

III. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 141 DE LA CONSTITUCIÓN ..... 75

3.1. *Notas para su interpretación.* ..... 75

3.2. *Ámbito de aplicación del principio: el carácter servicial  
de toda la actividad administrativa* ..... 79

3.3. *La posición del Reglamento como manifestación  
del carácter servicial de la Administración* ..... 80

3.4. *El ejercicio de las potestades administrativas en interés ajeno:  
el interés general.* ..... 81

3.5. *El carácter servicial de la Administración Pública  
como criterio para el control judicial de su actividad* ..... 83

3.6. *Las consecuencias del principio* ..... 84

IV. LA RECEPCIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO ..... 85

La definición de divisa en la reforma de la Ley  
contra los Ilícitos Cambiarios

Andrés F. Guevara B. .... 87

I. INTRODUCCIÓN ..... 87

II. BASES CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA LIC. .... 88

III. CONCEPTO DE DIVISA EN EL DERECHO VENEZOLANO ..... 89

IV. CONCEPTO DE TÍTULO VALOR ..... 92

V. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO Y CRÉDITO COMO PARTE  
DE LOS TÍTULOS VALORES ..... 93

VI. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL ..... 94

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN ..... 96

Matrimonio y fidelidad conyugal en la Venezuela del s. XIX y principios del XX

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal . . . . . 99

I. RAZONES QUE PROPICIARON LA INSTAURACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO (1873) . . . . .	99
1.1. Razones ideológicas . . . . .	99
1.2. Razones personales de Guzmán Blanco . . . . .	105
II. EL DIVORCIO VINCULAR EN VENEZUELA (1904) . . . . .	108
III. EL CONCUBINATO EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XX . . . . .	113

El arbitraje internacional y la jurisdicción de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo

Eugenio Hernández-Bretón . . . . . 117

El Profesor Alfredo Morles Hernández

Eugenio Hernández-Bretón . . . . . 131

Comentarios al Artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario: La Intermediación Financiera

Luis Enrique Mata Palacios . . . . . 135

I. INTRODUCCIÓN . . . . .	135
II. LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA . . . . .	136
III. Intermediación Financiera bajo el Artículo 5 de la LISB . . . . .	140
3.1 De los fondos del público . . . . .	140
3.2 De la habitualidad . . . . .	144
3.3 De los propios fondos . . . . .	147
IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL . . . . .	150

La Delegación Legislativa en el Marco Constitucional Venezolano

Ofelia Riquezes Curiel . . . . . 151

I. INTRODUCCIÓN . . . . .	151
II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES . . . . .	152

## ÍNDICE

III. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA . . . . .	154
IV. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO . . . . .	157
El Positivismo Jurídico en la Obra de Luigi Ferrajoli	
Julio Rodríguez Berrizbeitia . . . . .	163
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	163
II. PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA . . . . .	165
III. REFLEXIONES SOBRE LA DEÓNTICA . . . . .	170
IV. EL DERECHO POSITIVO . . . . .	173
V. EL ESTADO DE DERECHO . . . . .	176
VI. LAS DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA . . . . .	179
VII. LAS FORMAS Y EL CONTENIDO DE LA DEMOCRACIA . . . . .	184
VIII. CONSIDERACIONES FINALES . . . . .	184
La participación ciudadana en la elaboración de los Decretos Leyes delegados	
Diana Trías Bertorelli . . . . .	187
I. Breve introducción del tema . . . . .	187
II. La participación ciudadana. Fundamento constitucional . . . . .	187
III. Medios de participación ciudadana en el ámbito político . . . . .	190
IV. La participación ciudadana en materia normativa . . . . .	190
V. La consulta popular pública y su manifestación particular en el proceso legislativo . . . . .	191
VI. Producción normativa de la Administración. Potestad normativa del Presidente de la República . . . . .	192
VII. La participación ciudadana dentro del ejercicio de la potestad del Presidente de la República para dictar Decretos Leyes . . . . .	194
7.1. Regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública . . . . .	194
VIII. CONCLUSIONES . . . . .	201

**SOCIEDAD**

La primacía de la piedad patriótica  
 Juan Miguel Matheus . . . . . 205

Ética, Valores y Crisis sociales  
 Fernando Vizcaya Carrillo . . . . . 209

I. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE . . . . . 211

II. LA PERSONA HUMANA . . . . . 212

III. LA ÉTICA . . . . . 213

IV. LOS VALORES . . . . . 215

V. LA CRISIS . . . . . 216

VI. EL BIEN COMÚN Y LAS DEFINICIONES DE JUSTICIA . . . . . 217

VII. LOS PRINCIPIOS. . . . . 218

VIII. CÓMO SE CONSIGUE LA ÉTICA. . . . . 219

IX. UNA PROPUESTA DE MOTIVACIÓN PARA CONDUCTAS CON VALORES . . 221

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN . . . . . 221

Referencias Bibliográficas. . . . . 222

## EDITORIAL

En este número 10 de *Derecho y Sociedad* hemos querido hacer un esfuerzo especial en invitar a los propios profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. El resultado está la vista. Varios profesores de la Universidad han entregado interesantes trabajos en el área jurídica, e incluso algunos sobre temas no estrictamente jurídicos, pero relacionados con el arte del Derecho. Profesores de otras Universidades también han publicado trabajos en este número.

Una de las consecuencias naturales de la labor del profesor es precisamente esa: dar a conocer desinteresadamente a los demás los propios hallazgos, producto de la labor de preparar las clases y de la investigación que se realice sobre puntos de interés. Es sabido cómo la labor del profesor que prepara sus clases continuamente da ocasión para la profundización de aspectos que se consideran particularmente interesantes.

Por supuesto, entre los beneficiarios de esas investigaciones se encuentran los alumnos, que pueden también estudiar a partir de esos descubrimientos realizados por sus profesores.

En Venezuela hay importantes temas jurídicos que pueden recibir mayor atención científica, con el objetivo de dar soluciones cónsonas con nuestras tradiciones jurídicas.

Mucho se avanza con cada libro o artículo que se publica, porque así quienes vienen detrás pueden comenzar sobre las conclusiones a las cuales han llegado otros. En *Derecho y Sociedad* hay un espacio que ponemos a la orden para ese esfuerzo común.

Carlos García Soto  
Director

# Derecho

# El Poder Popular: La transformación del Estado venezolano en función de una comunidad superior de participación

*Tulio Alberto Álvarez*<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. A manera de introducción. II. El marco institucional contenido en la Constitución de 1999. III. Reforma legislativa dirigida a la estructuración de un Poder Popular. IV. Entidad del Poder Popular desde la propuesta de Estado Comunal -Socialista. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

## I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El rechazo de sectores y grupos a la innovación y el cambio no es una actitud que pueda ser calificada como extraña al funcionamiento de la sociedad. Por una parte, la experiencia nos demuestra que existe un alto grado de justificación a tal resistencia porque el resultado de las iniciativas, plenas de improvisación y de segundas intenciones, generalmente refleja un saldo negativo; pero también, debo advertir, en el campo del derecho existe la tendencia a mantener el *status quo*, casi como se mantiene un dogma o se defiende una creencia.

El espíritu humano no es pasivo frente al derecho. No puede serlo porque mujeres y hombres reaccionan, por experiencia propia o ante la observación de su aplicación a los otros, de acuerdo a un determinado sentido de justicia que se encuentra sembrado en sus conciencias. Se trata de una valoración muy particular que no responde a definiciones o normas técnicas; es el sentido intuitivo del obrar honesto y del rechazo al mal o, si bien es cierto que tal conducta no es necesariamente la regla, el temor a la sanción. Es el sentido común actuante, tan distinto a la forma en que una buena parte de los juristas se aplican en el conocimiento del derecho sin estimar mejores posibilidades.

<sup>1</sup> Profesor titular en pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteavila y Universidad Santa María; y se desempeña como profesor en los doctorados de Historia y Derecho, además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. En cuanto a este artículo, es egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología, Magister en Historia y Doctor en Derecho, todas con mención *summa cum laude*.

En esa búsqueda por el ideal de Justicia muchas veces los mismos juristas quedan a la zaga de los aires que impulsan los cambios. No se acepta que el carácter mutable del derecho sea propio de una sociedad en evolución y la crítica de la racionalidad del derecho positivo es vista como un acto revolucionario. Pero no podemos asumir el riesgo de privilegiar, en todo momento y en todo lugar, una verdad ideal por sobre una realidad empírica en la que funcionan las instituciones y se desenvuelve la sociedad. Es el justo equilibrio tan esquivo a la solución de los conflictos sociales el deseo que motiva el desarrollo de la temática del Poder Popular.

Esta es la aclaratoria previa al desarrollo de una propuesta de organización que ha sido rechazada sin mayor debate o discusión. La idea de un Poder Popular, porque hasta la fecha no pasa de una propuesta sin ensayo, no es admitida con el valedero argumento de su inadecuación con el diseño organizativo previsto en la Constitución de 1999. Pero surge la duda, ¿ciertamente existe absoluta contradicción entre la propuesta de un Poder Popular y el proyecto inacabado de 1999? Si fuera así, ¿basta tal argumento como único criterio de rechazo?

## II. EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La definición previa de los elementos que componen el sistema bajo análisis es la clave para describir y explicar los fenómenos que constituyen el objeto de estudio de una política racionalizada por la ley constitucional. Además, la elaboración de un lenguaje común contribuirá no solo a la comprensión de los problemas sino que evitara controversias innecesarias por la desfiguración de los términos.

Partiendo del sistema como un conglomerado institucional, inter actuante, determinado por un fin, lo primero que debo advertir es el carácter particular del mismo. En efecto, aun cuando existen formas típicas de organización que constituyen modelos en torno a los cuales puede ser ubicado el sistema constitucional de cada país, el tremendo impacto de los condicionamientos sociales, políticos, económicos, históricos y los otros de orden meta jurídico, confieren una especificidad que, generalmente, se compendia en la Constitución. Por ello, cada Estado se constituye en un caso único, dispar y heterogéneo.

La institución, como elemento del sistema, tiene una doble acepción. La primera, la focaliza como organización que se desarrolla en un medio social con características de permanencia y estabilidad; aunque no tiene carácter inmutable, al contrario, la institución produce procesos de renovación por la tensión que origina como segmentaciones del espacio social. El otro sentido, menos concreto, la identifica como idea, obra o empresa, lo que implica una tremenda diversidad. Se incluyen en esta perspectiva las ideologías y la regulación normativa del comportamiento en sociedad, independientemente de la fuente de la que emane: jurídica, moral o religiosa.

Chevalier advierte que las formas instituidas singulares no constituyen más que un primer nivel de aproximación del hecho institucional por lo que el análisis debe necesariamente salir del campo cerrado de cada institución en aras de una visión de conjunto. Y lo hace para resaltar que las instituciones no son autónomas en lo que se refiere a la posibilidad de afectación por elementos externos ya que forman parte de un sistema estratificado y coherente. Así utiliza el término «*arquitectura institucional*» para resaltar la conexión de las formas instituidas, en sus propias palabras: «*Ellas [las instituciones] constituyen porciones o fragmentos indisociables, están indisolublemente ligadas las unas con las otras*». <sup>2</sup>

Lo cierto del caso es que todo orden está institucionalizado a través de procesos sociales y la regulación normativa es la lógica subyacente en el funcionamiento institucional. En palabras más simples, en toda sociedad, en forma natural, surgen normas regulatorias de comportamiento; así como el orden, en sí mismo, requiere de un principio de autoridad que lo mantenga. En la visión de sistema, la institución se convierte en la categoría básica de análisis. Constituye el punto de partida para desarrollar la vinculación existente entre poder o poderes [estructuras sobre las que se organiza el Estado como institución de instituciones], los órganos que conforman esos poderes, las funciones que cumplen y la diversidad procedimental que culmina en los diferentes actos que se inscriben en el ordenamiento jurídico. Si tomamos como ejemplo a la Constitución venezolana, aparece el siguiente esquema, en el nivel nacional:

Poderes	Órganos	
Legislativo	{	Asamblea Nacional
Ejecutivo		Presidencia, Vicepresidencia, Ministros y Otras Dependencias
Judicial		Tribunal Supremo de Justicia y Demás Tribunales
Ciudadano	{	Contraloría General de la Rep. Fiscalía General De La Rep. Defensoría del Pueblo
Electoral		{

<sup>2</sup> Jacques CHEVALIER, *L'Analyse Institutionnelle*, p. 18. Traducción del autor de este artículo.

El Poder Público encuentra una primera concreción de índole territorial, dada la forma de Estado federal consagrada en el texto fundamental. Puede entonces afirmarse la existencia de un Poder Público distribuido en su rama nacional, estatal y municipal. Ahora bien, esos órganos desarrollan funciones en ejecución de las atribuciones que les son conferidas. En un primer nivel, por la Constitución como texto esencial de organización política; y, adicionalmente, por la legislación orgánica que desarrolla y complementa el cuadro institucional de la República.

En efecto, la Constitución federal de 1999 consagra la diferenciación en su Título IV; específicamente en el artículo 136 que reza textualmente: « *El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado* ». En los albores del constitucionalismo, la conceptualización de las funciones adquirió un carácter dogmático y estructurante dado el antecedente ideológico que representó la obra de Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, al desarrollar en el Libro XI la doctrina de que todo buen Gobierno debía regirse por el principio de la división de poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Esta opinión se transformó en dogma al ser acogida por el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano: « *Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes, carece de Constitución* ». Y esto fue así por la confusión entre función y poder implícita en el principio, en aquel momento histórico; inclusive, la misma tripartición se presentaba con visos de inmutabilidad.

En el constitucionalismo actual, no es concebible una separación absoluta entre los poderes en razón de que la Constitución, como instrumento de organización, consagra un equilibrio singular, adaptado a cada realidad política. Al mismo tiempo, como instrumento de control del poder político, los mecanismos constitucionales son necesariamente recíprocos e interconectados. De manera que, si bien es cierto que era imprescindible producir el desmontaje del Estado absolutista, caracterizado por la acumulación de todos los poderes, la separación funcional fue un paso inicial que se correspondía con aquel momento histórico pero que hoy, ante la complejidad del quehacer estatal, rebasa la simplicidad de la tripartición.

Lo interesante es que las funciones deben redefinirse y considero que el aspecto procedimental puede ser un criterio. Las atribuciones de los órganos exceden lo funcional y producen un efecto expansivo que rompe el criterio tradicional. Así observamos, solo para ejemplificar, una función legislativa desarrollada esencialmente por el Poder Ejecutivo; unos órganos jurisdiccionales reglando

los procedimientos y definiendo un derecho objetivo; y un poder legislativo, a veces ausente, pero más enfocado en el control político y la integración de las fuerzas sociales. Pero la realidad es que los órganos ejercen funciones y que, a través de procedimientos, estas se traducen en actos.

<b>RAMAS P.P.</b>	<b>PODERES</b>	<b>ÓRGANOS</b>	<b>FUNCIONES</b>	<b>ACTOS</b>
<b>NACIONAL</b>	LEGISLATIVO	Asamblea Nacional	LEGISLATIVA	LEY
			CONTRALORA	Acto Parl. sin forma de Ley
	EJECUTIVO	Presidente, Vicepresidente, Ministros y otros Altos Funcionarios	Gobierno	Acto de Gobierno
			Administración	Acto Administrativo
	JUDICIAL	Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales	Jurisdiccional	Sentencia
	CIUDADANO	Fiscalía General de la República	Sistema de Justicia / Ministerio Público	
		Contraloría General de la República	Contralora	
		Defensoría del Pueblo	Sistema de Justicia / Defensa de Derechos Humanos	
	ELECTORAL	Consejo Nacional Electoral	Procesos Electorales Institucionales y de Sociedad Civil	
	<b>ESTADAL</b>	LEGISLATIVO	Consejo Legislativo	
EJECUTIVO		Gobernador		
CONTRALOR		Contralor del Estado		
<b>MUNICIPAL</b>	<b>LOCAL</b>	LEGISLATIVO	Concejo Municipal	
		EJECUTIVO	Alcalde	
		CONTRALOR	Contralor Municipal	
	DISTRITOS MOTORES DE DESARROLLO	Comunas	Parlamento Comunal, Consejo Ejecutivo, Otros Consejos: Planificación-Economía-Contraloría	

### III. REFORMA LEGISLATIVA DIRIGIDA A LA ESTRUCTURACIÓN DE UN PODER POPULAR

La Constitución de 1999 no contempla en su estructura un Poder Popular, ni siquiera lo menciona, como tampoco utiliza el término socialismo para definir el modelo económico ideal que debe promover el Estado venezolano. En cuanto al término comuna o lo comunal, si existe una referencia en el artículo 184.5 relacionándolo con la posibilidad de creación legislativa de *“mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo: (...) 5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas donde aquellas tengan participación”*. Todo esto en el marco de *“un Estado federal descentralizado”* que *“se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”*.

Lo que resulta claro es que, desde la perspectiva de la regulación constitucional, la ejecución de este mecanismo de descentralización a favor de las comunidades organizadas se enmarca dentro un sistema de distribución de competencias del Poder Público, en niveles territoriales, en los que solo se incluye el Nacional, Estatal y Municipal; lo que me lleva a concluir que lo comunal debe entenderse en el ámbito de la participación política, marca indeleble que imprimió el autor de la Constitución de 1999. No debería tratarse de la sustitución dirigida al vaciado competencial de Estados y municipios sino que, siguiendo la lógica del mecanismo de transferencia que estaba prevista en el artículo 137 de la Constitución de 1961, materializada con el agregado de la transferencia de servicios en la reforma del 28 de diciembre de 1989 y reeditadas en la disposición contenida en el artículo 157 de la Constitución de 1999, se circunscriba o limite a la transferencia de los servicios comunales.

El vaciado competencial entendido como nueva geometría del poder era parte sustancial de la Reforma Constitucional sancionada por la Asamblea Nacional en noviembre de 2007 que, de acuerdo con la propia síntesis de su exposición de motivos estaba dirigido a:

*-Desmontar la superestructura que le da soporte a la reproducción capitalista, tanto en el plano constitucional y legal, como en lo epistemológico y ético.*

*-Dejar atrás la democracia representativa para consolidar la democracia participativa y protagónica; donde se contemple la insurgencia del poder popular como hecho histórico necesario en la construcción de la sociedad socialista del Siglo XXI.*

*-Establecer un nuevo cuerpo normativo, filosófico y epistemológico que de cuenta de las nuevas relaciones de los seres humanos con su entorno para la preservación de la vida en el planeta.*

*-Crear un enfoque socialista nuevo “a la venezolana”, inventar, ingeniar, y construir de acuerdo a las enseñanzas de nuestros pueblos originarios, la afrovenezolaneidad y el aporte cultural de nuestros próceres.*

*-Fomentar la pluripolaridad internacional que trascienda la polaridad de la hegemonía imperial existente, a través de nuevos esquemas de integración política que conduzcan a la construcción de nuevos Bloques de Poder.*

*-Sentar las bases para la construcción de un nuevo modo de producción fundamentado en nuevas relaciones de producción, nuevas formas de propiedad, la democratización del capital que permita el control del poder popular en la producción y la distribución de los bienes y servicios.*

*-Inclusión del derecho fáctico de la propiedad social de todos los venezolanos y venezolanas, como forma de distribuir la riqueza colectiva de la nación incluyendo, en el proceso productivo a todos los sectores del país, haciendo uso razonable de los recursos naturales.*

*-Geometría del poder.*

*-Continuidad presidencial.*

Pero ese proyecto fue rechazado por el pueblo en el referéndum del 7 de diciembre de 2007. La alternativa a la derrota política fue utilizar el control institucional de manera que, en el momento final, a punto de fenecer el periodo constitucional 2005-2010, la Asamblea Nacional dictó apresuradamente una normativa que, no por ello, deja de presentar coherencia interna y sentido de sistematicidad en línea al fin perseguido. Esto al margen de consideraciones sobre la armonización con el marco constitucional, ya que el paquete de leyes tiene el mismo contenido y dirección de la reforma desechada. El menú incluyó la aprobación de los siguientes textos:

- ▶ **Ley Orgánica del Poder Popular.**
- ▶ **Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular.**
- ▶ **Ley Orgánica de las Comunas.**
- ▶ **Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal.**
- ▶ **Ley Orgánica de Contraloría Social.**

Previamente, en el 2006, se había sancionado la **Ley de los Consejos Comunales**, reformada y elevada al rango de ley orgánica, en el año 2009. Este esfuerzo estuvo complementado con la modificación de la **Ley Orgánica del Poder Público Municipal**, la **Ley de Reforma de la Ley de los Consejos Estadales de Planifi-**

cación y Coordinación de Políticas Públicas, la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública y, lo que resultó en usurpación de competencias a la nueva Asamblea Nacional que se instalaría el 5 de enero de 2011, una Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan.<sup>3</sup> Y es de prever que, una vez resuelto el tema electoral de las presidenciales, se ejecute un esquema acabado de transferencias de competencias y atribuciones de los Estados y municipios a las organizaciones del Poder Popular, en el supuesto en que se consolide la opción autoritaria ante la democrática.

#### IV. ENTIDAD DEL PODER POPULAR DESDE LA PROPUESTA DE ESTADO COMUNAL – SOCIALISTA

Lo quiero destacar como premisa básica de este artículo, el paquete legislativo anteriormente relacionado, constitutivo de la propuesta de Estado Comunal Socialista, se desarrolla como propuesta alternativa al Estado Constitucional regulado en la Constitución de 1999. Esta afirmación no pretende objetar la idea de una organización comunal como mecanismo de participación política; al contrario, valido todo esquema descentralizador que persiga acercar a las comunidades organizadas la solución directa de sus problemas.

Una de las claves que puedo utilizar para verificar la bondad de la propuesta está en su congruencia con el principio básico de efectiva representación política. Me explico. A pesar de todos los esfuerzos por desechar el principio de democracia representativa en una artificial contradicción con la democracia participativa, el sufragio sigue siendo un mecanismo inherente a la esencia de cualquier democracia, presente en la tradición constitucional venezolana desde la Constitución de 1811. La evolución política ha demostrado la necesidad de establecer mecanismos de participación pero, tal planteamiento, no puede borrar el hecho de que sin democracia representativa, considerada como obligado estadio y presupuesto histórico, puede verificarse una democracia participativa.

Aquí no caben manipulaciones verbales, la soberanía popular se ejerce directamente por el pueblo en la medida que funciona un mecanismo que refleje la toma de las decisiones políticas por parte de aquel; y, hasta el momento, a pesar de los avances de la tecnología, el voto libre sigue marcando la pauta. El Estado Comunal-Socialista queda al desnudo al basarse en una manipulación del artículo 5 de la Constitución ya que *“la soberanía reside intransferiblemente en el*

<sup>3</sup> En lo que se refiere a esta ley habilitante, quiero advertir que, aun cuando se eliminó el criterio contenido en la Constitución de 1961 que limitaba la materia de delegación a lo económico y financiero; y que en el artículo 203 de la Constitución de 1999 no existe expresamente establecido un parámetro temporal, considero que extender los poderes de la habilitación de una legislatura a otra es inconstitucional.

*pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público*”; pero, esto no significa la eliminación de la representación política en la conformación de los “autogobiernos comunales”. Si los miembros de esas instancias no acceden a la vocería por la vía democrática electoral, si no existe pluralismo y si, lejos de una real descentralización, existe un control del poder central sobre esas instancias, la careta democrática se cae irremediamente y se deja ver la desfiguración autoritaria.

La intencionalidad subyacente en la propuesta de Estado Comunal –Socialista se aleja del objetivo de promoción comunitaria y se constituye en estrategia de concentración de poder en el trayecto del autoritarismo al totalitarismo. El conflicto planteado se puede presentar esquemáticamente oponiendo los supuestos en la forma siguiente:

<b>PROPUESTA DE ESTADO POPULAR</b>		
ESQUEMA DE CAMBIO ESTRUCTURAL		MECANISMO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA
TRANSFORMACIÓN DE LA FORMA DE ESTADO CONSTITUCIONAL AL ESTADO COMUNAL –SOCIALISTA	<i>OBJETIVO</i>	IMPULSAR LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CON BASE A LA AUTOGESTIÓN
CONTRADICCIÓN CON LOS NIVELES TERRITORIALES ESTADAL Y MUNICIPAL	<i>BASE CONSTITUCIONAL</i>	AUTOGESTIÓN INMANENTE EN EL PREÁMBULO Y EL ARTÍCULO 70 DE LA CONSTITUCIÓN
REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	<i>PROCEDIMIENTO</i>	MECANISMO LEGISLATIVO CON BASE A LA REFORMA DEL PODER MUNICIPAL

Analícemos algunos de los elementos que reflejan el cortocircuito sistémico entre el paquete legislativo aprobado en el mes de diciembre de 2010 y el Estado Constitucional consagrado en la Constitución de 1999:

4.1. Anulación fáctica del municipio como nivel autónomo de organización territorial lo que se ve impulsado por la desnaturalización del mecanismo de

transferencia consagrado en el artículo 184 de la Constitución federal.<sup>4</sup> Basta con la enumeración tentativa de las instancias del Poder Popular para el “ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo” que edifican el Estado Comunal-Socialista, para tomar nota del problema: Consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales”.<sup>5</sup>

4.2. Como ya indiqué, no se define un método alternativo a la representación política para la conformación del autogobierno comunal, lo que implica contradicción con el artículo 6 de la Constitución federal. Y aquí cabe alegar que la normativa regulatoria de los Consejos Comunales establece en los artículos 4.6 y 11 que los voceros de esa instancia son electos por Asambleas de Ciudadanos con toda la carga de sospecha que implica el control del poder central sobre el proceso.

4.3. Contradicción lógica en el marco de un esquema de participación política que se dice inspirado en la búsqueda de niveles de consciencia en la organización del pueblo y el control ejercido por el poder central desde un ministerio con competencia en materia de participación ciudadana.

4.4. El paquete legislativo desfigura la forma política democrática, necesariamente pluralista, al incluir la definición de un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno en una sociedad socialista que ni siquiera aparece como enunciado general en el texto constitucional.

4.5. Contraste de las instancias del Poder Popular con las instituciones municipales y los mecanismos de participación política consagrados en el artículo 70 de la Constitución federal. Adicionalmente, debo recordar que tales instancias adquieren personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular de las Comunas de conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Popular lo que, unido a la circunstancia del vacío normativo sobre la elección de los voceros de tales instancias, refleja la vocación de la propuesta.

<sup>4</sup> Para profundizar la diferencia entre transferencia de competencia y transferencia de servicios recomiendo revisar los trabajos que publiqué sobre el tema: *La Intervención de Servicios en el Marco de la Reversión del Proceso de Descentralización*. Publicado en el N° 134 de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, correspondiente al año 2009 aunque apareció efectivamente en el mes de enero de 2010; *Ha Fallecido, Trágicamente, el Federalismo Venezolano*. “HUMANITAS”, *Revista de la Facultad de Teología de la UCAB*, N° 14 correspondiente a los meses julio-diciembre del año 2010 aunque apareció efectivamente en el mes de junio de 2011; y *Leyes sobre Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas* [Trabajo Colectivo]. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

<sup>5</sup> Por lo demás, aquí se puede encontrar la razón del diferimiento táctico en la ejecución del “paquete” ante la resistencia que desde el seno mismo del régimen se puede producir. La preponderancia de Alcaldías vinculadas al *Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV)* hace de los alcaldes militantes de ese partido eventuales víctimas de ese “gobernar obedeciendo” consagrado en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Popular; y estos pueden crear conflictos por el vaciado competencial, precisamente en una coyuntura electoral.

## V. CONCLUSIONES

5.1. La propuesta de Poder Popular contenida en el paquete legislativo anteriormente mencionado no se traduce en la transformación del Estado venezolano en función de una comunidad superior de participación.

5.2. Los mecanismos de transferencia de competencia previstos en el paquete legislativo no se corresponden con la transferencia de servicios contemplada a favor de las comunidades organizadas prevista en el artículo 184 de la Constitución federal.

5.3. No se puede promover la participación ciudadana a costa del proceso de descentralización a favor de Estados y Municipios.

5.4. Como su nombre lo delata, el Estado Comunal Socialista transfigura una forma de organización política, signada por el pluralismo y libertad de acuerdo con la dogmática del Constituyente de 1999, en un aparato ideologizado que favorecería el control total sobre la sociedad.

5.5. Lejos de promover formulas alternativas que permitan la revisión del funcionamiento del sistema político venezolano, las objeciones y sospechas que proyecta la propuesta de Estado Comunal Socialista constituye un muro de contención a cambios estructurales; además, una regresión del proceso de descentralización y desestatización necesarios para una profundización de la idea democrática.

5.6. La vía legislativa no es la idónea para establecer una modificación de la magnitud que implica el Estado Comunal Socialista. A esto se debe añadir que, de existir una Constitución económica delineada en la Carta Fundamental de 1999, la forma de producción socialista constituye una imposición ideológica inaceptable por otra vía que no sea la revisión de la Constitución.

5.7. En definitiva, aun queda pendiente una propuesta integradora y pluralista que implique la transformación del Estado venezolano en función de una comunidad superior de participación.

## VI. LISTA DE REFERENCIAS

Jacques CHEVALIER, *L'Analyse Institutionnelle*. En el trabajo colectivo *L'Institution* Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie. Paris: Presses Universitaires de France.

### Jurisprudencia Consultada:

[s.S.C. N° 1676-09] Sentencia de la Sala Constitucional N° 1676 de fecha 3 de diciembre de 2009, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño, caso: Declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de Ley de los Consejos Comunales. En el expediente N° 09-1369.

En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1676-31209-2009-09-1369.html>

[s.S.C. N° 1326-10] Sentencia de la Sala Constitucional N° 1326 de fecha 16 de diciembre de 2010, con ponencia de Francisco Antonio Carrasquero López, caso: Declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica del Poder Popular. En el expediente N° 10-1433.

En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1326-161210-2010-10-1433.html>

[s.S.C. N° 1327-10] Sentencia de la Sala Constitucional N° 1327 de fecha 16 de diciembre de 2010, con ponencia de Francisco Antonio Carrasquero López, caso: Declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular. En el expediente N° 10-1435.

En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1327-161210-2010-10-1435.html>

[s.S.C. N° 1328-10] Sentencia de la Sala Constitucional N° 1328 de fecha 16 de diciembre de 2010, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño, caso: Declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica de Contraloría Social. En el expediente N° 10-1437.

En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/201328-161210-2010-10-1437.html>

[s.S.C. N° 1329-10] Sentencia de la Sala Constitucional N° 1329 de fecha 16 de diciembre de 2010, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño, caso: Declara la Constitucionalidad del Carácter Orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. En el expediente N° 10-1434.

En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1329-161210-2010-10-1434.html>

[s.S.C. N° 1330-10] Sentencia de la Sala Constitucional N° 1330 de fecha 17 de diciembre de 2010, con ponencia de Arcadio de Jesús Delgado Rosales, caso: Declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de Ley Orgánica de las Comunas. En el expediente N° 10-1436.

En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>

**Legislación consultada:**

- Ley de los Consejos Comunales**, reformada y elevada al rango de ley orgánica, en el año 2009 publicada originariamente en la Gaceta Oficial N° 5.806 Extraordinaria de 10 de abril de 2006; y, posteriormente, en la Gaceta Oficial N° 39.335 de 28 de diciembre de 2009.
- Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009 Extraordinaria de fecha 17 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica del Poder Popular**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica de las Comunas**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica de Contraloría Social**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica del Poder Público Municipal**. Esta reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinaria del 28 de diciembre de 2010; modificando a la que había sido publicada en la Gaceta Oficial N° 39.163, de fecha 22 de abril de 2009; que, a su vez, sustituyó a la publicada en la Gaceta Oficial N° 5.806 extraordinaria de fecha 10 de abril de 2006; que había sustituido a la publicada en la Gaceta Oficial N° 38.421 el 21 de abril de 2005.
- Ley de Reforma de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinaria de 30 de diciembre de 2010.
- Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública**, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinaria de 30 de diciembre de 2010.

# Visión actual de los «aportes» consagrados en la Ley Orgánica contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

*Gilberto Atencio Valladares*<sup>1</sup>

**SUMARIO: I. Resumen. II. Introducción:** 2.1. *Aportes de la LOCTICSEP.* 2.2. *Entrada en vigencia.* 2.3. *«Aportes» según el Reglamento y Providencias de la LOCTICSEP. Breves comentarios.* **III. Conclusiones.**

## I. RESUMEN

Se presentan a continuación unas notas sobre la visión actual de los «aportes» previstos en la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOCTICSEP), especialmente sobre las diferentes implicaciones tributarias del Reglamento y Providencias de esta ley, dictadas recientemente. Igualmente, se alude a la aplicación de algunos principios constitucionales tributarios y principios tributarios constitucionalizados a los mencionados «aportes».

## II. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el año 2009, fue el año donde la Administración inició todos los cauces para lograr la recaudación efectiva de los erróneamente denominados «aportes» establecidos en la LOCTICSEP y, por esta razón, decidimos abordar este tema de manera somera para la presente obra, haciendo una descripción de las implicaciones tributarias más importantes del Reglamento y Providencias dictadas con ocasión de esta ley, tratando de aportar mínimamente en el estudio de esta materia, aunque debemos advertir que planteamos el *status* actual de la cuestión, dejando abierta la posibilidad para diferentes interpretaciones.

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de la Universidad Rafael Urdaneta. gilbertoatenciov@usal.es

Como punto previo, debemos señalar que nuestro análisis se centra en la adecuación de los «aportes» de la LOCTICSEP a los postulados fundamentales del Derecho Tributario. Por tanto, sólo realizamos un análisis técnico desde el punto de vista tributario, sin entrar en otro tipo de consideraciones. Vale la pena mencionar, que la finalidad de los «aportes» es digna, pero es necesario, ajustar estos tributos a los principios constitucionales tributarios y principios tributarios constitucionalizados, precisamente para no perder el propósito que cumplen los mismos en la sociedad.

En fecha reciente, entró en vigencia el «esperado» Reglamento Parcial de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sobre los aportes previstos en sus artículos 96 y 97<sup>2</sup> (en adelante, RLOCTICSEP), y decimos «esperado» porque hasta la fecha, existía –y sigue existiendo– una incertidumbre generalizada en el sector de los contribuyentes sobre el cumplimiento o no de los referidos «aportes», desde la publicación en Gaceta Oficial de la LOCTICSEP en el año 2005<sup>3</sup>.

En este mismo sentido, días antes de vencerse el ejercicio fiscal coincidente con el año calendario civil 2009, se dictaron las siguientes providencias, las cuales originaron serias dudas sobre el cumplimiento o no de los «aportes»:

- (i) Providencia N° 007-2009, mediante la cual se dictan las Normas y Procedimientos para la Inscripción de los sujetos pasivos y la Recaudación, Control y Fiscalización de los aportes previstos en los artículos 96 y 97 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
- (ii) Providencia N° 008-2009, mediante la cual se dictan las Normas para la declaración y liquidación de los aportes previstos en los artículos 96 y 97 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas<sup>4</sup>, correspondientes a los ejercicios fiscales 2006, 2007 y 2008.

Asimismo, recientemente, se dictó la Providencia mediante la cual se dictan las Normas relativas a las rebajas admisibles al aporte establecido en el artículo

<sup>2</sup> Decreto N° 6776, Reglamento Parcial de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sobre los Aportes previstos en sus artículos 96 y 97, publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.211, de fecha 01 de julio de 2009.

<sup>3</sup> Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.387, de fecha 05/10/2005, reimpresa por error material y publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.337, de fecha 16/12/2005.

<sup>4</sup> Ambas providencias fueron publicadas en *Gaceta Oficial* N° 39.336, de fecha 29 de diciembre de 2009, las cuales se citan textualmente, tal cual aparecen publicadas en *Gaceta Oficial*.

96 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y su Reglamento para la debida liquidación de los ejercicios gravables 2006, 2007 y 2008<sup>5</sup>.

### 2.1. «Aportes» de la LOCTICSEP

En la LOCTICSEP, específicamente, en el Título V: Prevención Integral Social, Capítulo II: Prevención Integral Social en Materia de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Alcohol y Tabaco, artículos 96<sup>6</sup> y 97<sup>7</sup>, se crearon los «aportes» en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en donde a pesar de la denominación, debemos ubicarlos como tributos<sup>8</sup>, especialmente como exacciones

<sup>5</sup> Publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.366, de fecha 11 de febrero de 2010.

<sup>6</sup> El artículo 96 de la LOCTICSEP, estipula lo siguiente: «Las personas jurídicas públicas y privadas que ocupen cincuenta trabajadores o más, destinarán el uno por ciento (1%) de su ganancia neta anual, a programas de prevención integral social contra el tráfico y consumo de drogas ilícitas, para sus trabajadores y entorno familiar, y de este porcentaje destinarán el cero coma cinco por ciento (0,5%) para los programas de protección integral a favor de niños, niñas y adolescentes, a los cuales le darán prioridad absoluta. Las personas jurídicas pertenecientes a grupos económicos se consolidarán a los fines de cumplir con esta previsión.

Las personas jurídicas a las que se refiere este artículo están obligadas a la correspondiente declaración, y pago anual dentro de los primeros quince días continuos siguientes a cada año calendario. El producto de este aporte estará destinado al órgano desconcentrado en la materia para la ejecución de los programas y proyectos que establece este artículo».

<sup>7</sup> Se señala en el artículo 97 lo siguiente: «Las personas jurídicas fabricantes de bebidas alcohólicas, tabaco y sus mezclas, como el chimó, o importadores de estas sustancias, están obligadas en función de su responsabilidad social, a destinar un aporte del dos por ciento (2%) de sus ganancias netas anuales a la creación, construcción, restauración, mantenimiento, fortalecimiento y funcionamiento de centros de prevención, desintoxicación, tratamiento rehabilitación y readaptación de personas consumidoras de alcohol, tabaco y sus mezclas, como el chimó, así como apoyo a programas de prevención social integral elaborados por el Ejecutivo Nacional. Este aporte especial será administrado por el órgano desconcentrado en la materia, quien trabajará de manera integrada con los ministerios con competencia en la materia. El incumplimiento de esta obligación será sancionado con multa equivalente a sesenta mil unidades tributarias (60.000 UT) y, en caso de reincidencia, con la suspensión de sus actividades por un lapso de un año.

Las personas jurídicas a las que se refiere este artículo están obligadas a la correspondiente declaración, y pago anual dentro de los primeros quince días continuos siguientes a cada año calendario. El producto de este aporte estará destinado al órgano desconcentrado en la materia para la ejecución de los programas y proyectos que establece este artículo».

<sup>8</sup> Sobre el carácter tributario y elementos de la obligación tributaria de los referidos «aportes», Vid. ROMERO-MUCI, H.: *Deconstruccionismo y la Huida del Derecho Tributario: "El Caso de las Contribuciones previstas en las Leyes Orgánicas de Ciencia, Tecnología e Innovación y Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas"*. En: WEFPE, C. VIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. *Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006. Pág. 241; CARMONA BORJAS, J.: *Aportes Previstos en la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Cabida en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, Naturaleza Jurídica y Términos de su Consagración*. En: WEFPE, C. VIII Jornadas...ob. cit., pg. 340; CARMONA BORJAS,

parafiscales. Claramente, estamos en presencia de tributos primordialmente no fiscales<sup>9</sup>, con una finalidad esencialmente disuasoria del tráfico y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Al tratarse de tributos, el basamento debemos ubicarlo necesariamente en el deber general de contribuir consagrado en el artículo 133 de la Constitución<sup>10</sup>. Ahora bien, la intención del legislador entendemos fue fundamentar estos «aportes» en los principios de solidaridad y responsabilidad social consagrados en el artículo 135 en nuestra carta magna<sup>11</sup>, cuestión a nuestro modo de ver errada desde el punto de vista de la dogmática tributaria<sup>12</sup>.

## 2. 2. Entrada en vigencia

Una situación de incertidumbre jurídica, violatoria del principio de seguridad jurídica<sup>13</sup>, está relacionada con el inicio de la recaudación de los tributos de la LOCTICSEP.

---

J.: *La Tributación en Venezuela en el Contexto de la Responsabilidad Social del Sector Empresarial*. En: GARCÍA NOVOA, C. y HOYOS JIMÉNEZ, C.: *El Tributo y su Aplicación: Perspectivas para el Siglo XXI*. Tomo II. Marcial Pons, Madrid, 2008. Pág. 2.436. HALVORSEN VILLEGAS, A.: *La Base Imponible en los Tributos Previstos en la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: Análisis sobre la Suficiencia de su Fijación*. En: WEFEE, C. *VIII Jornadas...* ob. cit., pg. 376.; RÚAN SANTOS, G.: *El Impacto Institucional de las Exacciones Parafiscales*, Ediciones Liber, Caracas, 2008, pg. 62.; ATENCIO VALLADARES, G.: *El Auge de los Tributos Atípicos en Venezuela. Casos: LOCTI y LOCTISEP*, Libro Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho. Capítulo Venezolano, en prensa.

<sup>9</sup> Sobre los fines no fiscales de los tributos, Vid. GIANNINI, A.D. (Trad. SAINZ DE BUJANDA, F.). *Instituciones de Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957. Pág. 64. Más recientemente, sobre los tributos primordialmente no fiscales, Vid. LAGO MONTERO, J.M.: *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, pg. 119. En la obra más reciente del catedrático GARCÍA NOVOA, señala sobre este tema, la admisión de la extrafiscalidad por los diferentes Tribunales Constitucionales, citando doctrina y sentencias de la Corte Costituzionale italiana, Tribunal Constitucional Alemán –*Bundesverfassungsgericht*– y Tribunal Constitucional Español. Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *El concepto de tributo*, Tax editor, Perú, 2009.

<sup>10</sup> Según el cual: «Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley».

<sup>11</sup> Al respecto, el artículo 135 de la Constitución Nacional estipula lo siguiente: «Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los o a las particulares según su capacidad...».

<sup>12</sup> GARCÍA NOVOA, menciona lo siguiente en relación a este cuestionado tema: «...resulta completamente erróneo el planteamiento de quienes fundamentan el tributo extrafiscal en el tantas veces citado principio de solidaridad y en la cláusula del Estado social». Reitera este planteamiento, al decir: «En suma, la extrafiscalidad del tributo es admisible por sí misma y no es preciso fundarla en el principio de solidaridad, lo que parece un juego dialéctico para eludir el control de la capacidad contributiva, más que otra cosa». Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *El concepto...*, ob. cit., pg. 334.

<sup>13</sup> El profesor GONZÁLEZ GARCÍA, en relación a este principio, mencionaba que: «...la vigencia efectiva del principio de certeza o seguridad jurídica del contribuyente en un ordenamiento exige

Ahora bien, con la entrada en vigencia del RLOCTISEP y las Providencias mencionadas, existen actualmente, por lo menos ocho posturas que podemos sistematizar, sobre el momento a partir del cual deben cumplirse con los referidos tributos: (i) Desde el año 2005, año de entrada en vigencia de la ley; (ii) Desde el año 2006, primer ejercicio fiscal de la ley, aplicando el artículo 8 del Código Orgánico Tributario (COT) y tomando en consideración la primera publicación en Gaceta Oficial en el mes de octubre de 2.005; (iii) Desde el año 2006, si se tienen en cuenta los avisos de prórroga<sup>14</sup>; (iv) Suspensión hasta nuevo aviso según las prórrogas publicadas; (v) Desde el año 2007, en caso de tomarse en consideración la publicación en Gaceta Oficial en el mes de diciembre de 2005 y la *vacatio legis*<sup>15</sup>; (vi) Desde el año 2009, a partir de la entrada en vigencia del Reglamento y las Providencias; (vii) A partir de enero de 2010, porque persistían dudas sobre el cumplimiento de estos tributos, hasta la entrada en vigencia de las Providencias que regulan en detalle los elementos de la obligación tributaria de los mencionados tributos; (viii) No existe obligación de cumplimiento, porque aún hay incertidumbre sobre los elementos de la obligación tributaria de los tributos establecidos en la LOCTICSEP, o bien, en caso de ser resueltos por las normas de rango sub-legal, necesariamente debía reformarse previamente la ley para cumplir con el principio de legalidad tributaria.

Esta última postura, parece la más acorde con los postulados fundamentales del Derecho Tributario. No deben fijarse con precisión en instrumentos de rango sub-legal, los elementos de las obligaciones tributarias, según el mandato constitucional consagrado en el artículo 317 de la Constitución Nacional, en consonancia con el artículo 3 del COT, en donde se establece claramente el principio de legalidad tributaria.

Sin embargo, es clara la tesis de la Administración, sobre la recaudación de los «aportes» desde el año 2006, al dictarse la Providencia 008-2009, donde se denota una intención de lograr la recaudación desde esta fecha, constatándose

---

*no sólo instrumentalizar cauces de participación ciudadana en la elaboración de las leyes tributarias (prescripción mínima y primera, consustancial al principio de legalidad), sino también hacer accesible o aprehensible esa certeza. Es decir, el principio de certeza deja de ser tal cuando por marasmo de las disposiciones o la imprecisión (por no decir incorrección) de los términos técnicos utilizados en su redacción se dificulta extraordinariamente saber en cada momento cual es la norma a aplicar o se corre el peligro de no aplicar de modo uniforme idéntica norma».* GONZÁLEZ GARCÍA, E.: *Los principios generales de la imposición y la codificación tributaria*. En: *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Tema 2: La codificación en América Latina*. Brasil, 2000. Pg. 1640.

<sup>14</sup> Aunque advertimos la falta de validez desde el punto de vista legal de los referidos avisos.

<sup>15</sup> Para un análisis más detallado de las diferentes posturas sobre el inicio de la recaudación de los «aportes» de la LOCTICSEP, antes de la entrada en vigencia del Reglamento y las Providencias, Vid. CARMONA BORJAS, J.C.: *Aportes Previstos en la...* ob. cit., pgs. 343-349.

una violación al principio de irretroactividad de las normas, al aplicar de manera retroactiva el RLOCTICSEP dictado en el año 2009 y las Providencias que regulan la materia publicadas en los años 2009 y 2010, a los ejercicios fiscales 2006, 2007 y 2008.

### 2. 3. «Aportes» según el Reglamento y Providencias de la LOCTICSEP. Breves comentarios

En el RLOCTICSEP, se establecen las modalidades, lineamientos y mecanismos para poder lograr la recaudación de los aportes creados en la ley<sup>16</sup>. En este sentido, la tendencia para el caso de este tipo de tributos, los cuales podemos calificar de atípicos<sup>17</sup>, es la tributación electrónica<sup>18</sup>.

Se consagran tres modalidades para poder cumplir con los tributos establecidos en la LOCTICSEP. Así, según el artículo 7 del RLOCTICSEP, los contribuyentes pueden:

- a) Realizar transferencias o depósito bancario a la Oficina Nacional Anti-drogas (ONA), en las cuentas o fondos autorizados.
- b) Realizar prestaciones de servicios o suministro de bienes o insumos relacionados con programas o proyectos aprobados por la ONA.
- c) Combinar las modalidades señaladas.

Por tanto, se trata de una obligación de carácter alternativo, en donde el contribuyente se libera cumpliendo con una obligación de dar (transferencias de fondos) o una obligación de hacer (prestaciones de servicios y suministro de bienes).

En otro sentido, hay una tendencia, cada vez mayor, de ampliar los elementos estructurales de los tributos, tales como sujetos activo y pasivo, hecho imponible, alícuota y base imponible, por medio de instrumentos de rango sub-legal. En

<sup>16</sup> Según el artículo 1 del Reglamento.

<sup>17</sup> Sobre esta clasificación de los tributos atípicos, Vid. RIVAS NIETO, E.: *Los Tributos Atípicos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona, 2006; ROMERO-MUCI, H.: *Deconstruccionismo y la Huida...*, ob. cit., pg. 227. CASTILLO CARVAJAL, J.C.: *Los Aportes de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación ¿Obligaciones Legales No Tributarias o Tributos Atípicos?* En: WEFER, C. *VIII Jornadas...ob. cit.*, pg. 540.

<sup>18</sup> Así, se otorga preferencia a la utilización de medios telemáticos, según el artículo 3 del RLOCTICSEP. Es necesario advertir que no deben ser sacrificados los principios constitucionales tributarios y principios tributarios constitucionalizados, en aras de lograr una mayor eficiencia a través de la tributación electrónica. Los medios y dispositivos de tecnología de información y comunicación, en donde se establecen las modalidades de cumplimiento de los tributos, no deben alterar los elementos estructurales de las obligaciones tributarias.

este sentido, una duda generalizada<sup>19</sup> que se ha presentado en relación a estos «aportes», está relacionada con la base imponible de los mismos, debido a que en los artículos 96 y 97 de la LOCTICSEP, se consagra de manera confusa que la base imponible está representada por la «ganancia neta anual». CARMONA BORJAS, en un interesante estudio, hace referencia a la necesidad de llenar el vacío que presenta la ley. Al respecto, citando el artículo 4 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, establece que *«son enriquecimientos netos los incrementos de patrimonio que resulten después de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones permitidos en dicha ley, constituyendo la base imponible sobre la cual se aplica la tarifa gravable, con miras a determinar el importe del tributo»*. También refiere, la posibilidad de tratarse de la renta neta financiera, *«empleada por aquella a efectos del gravamen de los dividendos»*<sup>20</sup>.

A nuestro modo de ver, la duda sobre la ganancia a la cual hace referencia el legislador, persiste con la entrada en vigencia del RLOCTICSEP y las Providencias señaladas. En este sentido, observamos que en el artículo 6 del RLOCTICSEP, se establece un deber formal para los contribuyentes de información sobre la «ganancia neta anual» ante la Unidad Administrativa encargada de la Oficina Nacional Antidrogas (ONA), quien se apoyará en el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) para el conocimiento de la «ganancia neta anual» correspondiente. Sin embargo, en el artículo 9 del RLOCTICSEP, se menciona que los contribuyentes *«deberán presentar ambas utilidades netas contables antes del impuesto sobre la renta, de forma separada mediante los formularios físicos o electrónicos que a tal fin elabora la Oficina Nacional Antidrogas (ONA)»*. En este mismo sentido, se consagra en el artículo 4 de la Providencia 007-2009, que *«la base imponible de los aportes especiales es la ganancia neta anual sujeta al cálculo del impuesto sobre la renta»*. También, aquí podemos extraer varias posturas existentes actualmente: (i) Ganancia neta antes del impuesto sobre la renta; (ii) Ganancia neta después del impuesto sobre la renta; (iii) Ganancia neta sujeta al gravamen sobre dividendos.

Hemos de advertir que la opinión de la ONA, a través del Fondo Nacional Antidrogas (FONA), es que la base imponible está constituida por la ganancia neta contable antes del Impuesto sobre la Renta. Ahora bien, consideramos que no es al Poder Ejecutivo a quien le corresponde definir con precisión la base imponible

<sup>19</sup> HALVORSSEN realiza una interesante salvedad en el tema: *«...Para aquellos contribuyentes de los tributos previstos en los artículos 96 y 97 de la Loticsep que pertenezcan a los sectores de mercado de capitales, seguros, financiero y bancario, y por lo tanto, sujetos a normas contables de aplicación coactiva que permitan determinar su “ganancia neta anual”, la base imponible estaría suficientemente fijada por las referidas normas, a los efectos de dar cumplimiento al principio de reserva de ley en materia tributaria»*. HALVORSSEN VILLEGAS, A.: *La Base Imponible...ob. cit.*, pgs. 390-391.

<sup>20</sup> CARMONA BORJAS, J.C.: *Aportes previstos en la...ob. cit.*, pgs. 341-342.

de este tributo, sino al legislador, en virtud del principio de legalidad tributaria, con lo cual, somos del criterio que la posibilidad de exigir a los contribuyentes el pago de estas obligaciones, debe transitar necesariamente el cauce de una reforma legal, en donde se definan con claridad «todos» los elementos esenciales del tributo, entre los cuales se encuentra, obviamente, la base imponible, como base de medición del mismo<sup>21</sup>. El principio de legalidad tributaria, reconocido constitucionalmente, en el artículo 317 de nuestra carta magna, ha sido una gran conquista de los contribuyentes. No es dable, que todavía encontremos vicios en nuestro ordenamiento jurídico, donde se irrespete este principio.

Por otro lado y enfocándonos más en los aspectos operativos que consagra el RLOCTICSEP, para el caso de los proyectos de prevención laboral que se encuentran dirigidos a los trabajadores y el entorno familiar de los aportantes, se establece que podrán ser elaborados por el «Comité de Prevención Integral Social», los cuales deben estar conformados por los trabajadores, debidamente capacitados y certificados por la ONA o por las organizaciones gubernamentales registradas, señalándose la obligatoriedad de certificación de los referidos proyectos<sup>22</sup>.

Igualmente, hay que resaltar que el lapso legal para declarar y pagar estos «aportes», representado por los quince días siguientes a cada año calendario, es un lapso utópico<sup>23</sup> de cumplir desde el punto de vista pragmático por parte de los contribuyentes y los actos administrativos que se deriven de la recaudación de los «aportes» pueden adolecer de vicios de nulidad absoluta, al tratarse de actos de «imposible e ilegal ejecución»<sup>24</sup>. En la Providencia 007-2009, se señala que «los aportes se causarán anualmente y deberán ser declarados y liquidados por ante el Fondo Nacional Antidrogas, dentro de los primeros quince días siguientes a cada año calendario». Sin embargo, no hay una referencia clara en la LOCTICSEP, en el Reglamento y en las Providencias, sobre los contribuyentes cuyo ejercicio económico no coincide con el año calendario civil, cuestión que bajo nuestra óptica, debe ser interpretado como quince días siguientes al vencimiento del ejercicio fiscal correspondiente y, de esta manera, debemos entender los lapsos establecidos en la Providencia 008-2009, en virtud del principio de igualdad en materia tributaria.

<sup>21</sup> El numeral 1, del artículo 3 del Código Orgánico Tributaria, estipula claramente lo siguiente: «Sólo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias:

1. Crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo».

<sup>22</sup> Vid. Artículo 5 del RLOCTICSEP.

<sup>23</sup> HALVORSSEN VILLEGAS, señala al respecto: «Finalmente, debemos resaltar que luce excesivamente corto el período para declarar y pagar los tributos previstos en los artículos 96 y 97 de la Loticsep». Vid. HALVORSSEN VILLEGAS A.: *La base imponible...ob. cit.*, pg. 394.

<sup>24</sup> Según el artículo 240, numeral 3 del Código Orgánico Tributario.

Esperamos en un futuro una reforma de la ley, en la cual se puedan aclarar todas estas situaciones y formas de actuación improvisadas desde el punto de vista de la dogmática tributaria, y, de esta manera, no se pierda la finalidad que deben cumplir los tributos consagrados en los artículos 96 y 97 de la LOCTICSEP.

### III. CONCLUSIONES

- (i) El Reglamento y las Providencias de la LOCTICSEP consagran desde el punto de vista operativo la forma de cumplimiento de los «aportes» consagrados en esta ley.
- (ii) Existen dudas sobre el ejercicio fiscal a partir del cual se debe iniciar la recaudación de los aportes de la LOCTICSEP.
- (iii) La fijación de la base imponible de manera incidental en el Reglamento y de forma directa, aunque confusa en las Providencias de la LOCTICSEP, ha causado una gran incertidumbre en el sector de los contribuyentes y consideramos que la posibilidad de exigir el cumplimiento de estos aportes, debe transitar por el cauce de una reforma a la ley, dado que el Reglamento y las Providencias, no son los instrumentos idóneos para establecer con precisión, la base imponible del tributo, sino que debe ser previsto en una ley, en virtud del principio de legalidad tributaria.
- (iv) El plazo para el pago de los aportes de la LOCTICSEP, previsto hasta el 15 de enero de 2.010, es tan breve, que los actos administrativos que se deriven de la Administración, para exigir el cumplimiento de esta obligación, pueden adolecer de vicios de nulidad absoluta, al ser imposibles en su ejecución.

# El Estado de Derecho Democrático y el Estado Comunal Socialista

*Román J. Duque Corredor*<sup>1</sup>

1. Debo partir de una distinción entre el pensamiento jurídico socialista de inspiración democrática, que postula el Estado democrático de Derecho, y el pensamiento socialista jurídico del totalitarismo, cuya máxima representación, es el Estado totalitario, entre otros, del sistema jurídico nacionalsocialista alemán, del sistema jurídico comunista soviético y del sistema jurídico comunista cubano.
2. El primero existió bajo la Constitución de Weimar de 1919 y la Ley fundamental de Alemania de 1949, y de las Constituciones que surgieron bajo el abrigo del concepto de Estado de Derecho, como la Ley fundamental Alemana de 1949. Y los segundos bajo Constituciones que definen el Estado bajo una concepción ideológica socialista y del llamado centralismo democrático del marxismo leninismo-estalinista.
3. Por supuesto, que nombres como los de Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Herman Heller, Georges Gurvicht y Leon Duguit nos suenan familiares, puesto que de ellos nos llegó la inspiración socialista democrática del Estado de Derecho y social. Este concepto, como lo sabemos, no solo implica la incorporación de derechos sociales al ordenamiento jurídico, junto con la supremacía de la Constitución, la separación equilibrada de los poderes, la democracia electiva y representativa, el sistema de partidos, y el principio de la legalidad, sino que todo el Estado ha de estar orientado por la idea de lo social en lo económico y en lo político dentro de un ambiente de libertad.
4. El Estado surgido de revoluciones, definido por socialismo totalitario, como socialista, consiste en el ejercicio del poder, siguiendo los principios ideológicos del comunismo, con sus variantes: del marxismo leninismoestalinista, del maoísmo, del troskismo y del castrismo, que implica económicamente la propiedad estatal o colectiva o cooperativa de los medios de producción y de la tierra; y políticamente el ejercicio del poder por medio de asambleas o consejos del poder popular reconocidos por el Poder Central y por los órganos delegados que se deriven de ellas, bajo regímenes de partido único.

<sup>1</sup> Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

5. Y, como socialismo del siglo XXI, aparece un sistema jurídico que surge de asambleas constituyentes y de las leyes y actos de los poderes constituidos que mediante la interpretación de la Constitución que consagra el Estado social de Derecho, pretende por mecanismos formales crear un Estado socialista, basado en los mismos principios ideológicos del marxismo totalitario, cuyo poder se ejerce por asambleas populares y sus órganos delegados, llamados poder popular, bajo un esquema vertical y jerárquico de centralismo autocrático y personalista, basado en mismo grupo o partido dominante que restringe la libertad de acción de los que no están dispuestos a formar parte de esos grupos.
6. La diferencia entre los Estados socialistas históricos y el Estado del socialismo del Siglo XXI es el origen revolucionario de aquéllos y el origen formal de Derecho de este último. Sin embargo, ambos, unos a través de gobiernos revolucionarios y otros mediante mecanismos formales del Estado de Derecho, interpretan la historia como lucha de clases regida por el materialismo histórico o dialéctico, que llevan hasta la interpretación jurídica, para construir un Estado socialista o asambleario centralizado y personalista. Es decir, que a través de los mecanismos del Estado social de Derecho llevan a la realidad los postulados políticos y económicos del Estado socialista histórico.
7. El precedente histórico-jurídico del socialismo del Siglo XXI, lo fue el nacionalsocialismo alemán, que después de triunfar en elecciones utilizó la Constitución de Weimar de 1919, que tenía una inspiración del Estado social de Derecho, para construir un Estado ideológico totalitario y de culto personal. Vale la pena recordar este precedente del III Reich del nacionalsocialismo alemán para compararlo después con el socialismo del siglo XXI.
8. En efecto, conseguido el triunfo electoral Hitler se propuso conquistar el poder dentro del marco trazado por la Constitución de Weimar de 1919. *“Hemos alcanzado el objetivo. Comienza la revolución alemana”*, dijo Goebbels, el 20.01.1933. Hitler es designado Jefe de Gobierno, como Canciller. El 23 de marzo de ese mismo año el Reichstag sesiona. Antes los mandatos de algunos diputados electos habían sido anulados y otros encarcelados para que no asistieran a las sesiones. El objeto de la sesión era la aprobación de la Ley de Plenos Poderes o “Ley de Habilidadación”, solicitada por el Reich. La solicitud de Habilidadación se fundaba en los artículos 48 y 76 de la Constitución de Weimar. El Parlamento Alemán, estaba dominado por más de dos tercios de ambas Cámaras por el Gobierno de Hitler, como lo exigía el artículo 78 de la Constitución de Weimar, para la aprobación de estas leyes que destruyeron el propio sistema constitucional, basándose en una norma de la Constitución que permitía su reforma por la mayoría de los dos tercios de dichas Cámaras al traspasar esta potestad al Jefe del Gobierno.

9. En efecto, en la primera reunión del Reichstag el 12 de marzo de 1933, Goering, reelegido Presidente, propuso *una ley de plenos poderes*, y con anterioridad se había aprobado una modificación del reglamento de la Cámara. La exposición de motivos, presentada por el propio Hitler, intitulaba el proyecto “*ley para la supresión de la miseria del pueblo y del Reich*”. Según su artículo 1º, el poder legislativo pasaba del Reichstag al gobierno. El artículo 2º ampliaba los plenos poderes hasta comprender la reforma a la Constitución. El artículo 3º transfería del Presidente del Reich al Canciller la promulgación de las leyes que le correspondía dictar al Parlamento alemán. El artículo 4º confería la firma de tratados al gobierno, y el artículo 5º establecía la vigencia de la ley por cuatro años, que correspondía a la duración de la legislatura.
10. La ley fue aprobada por 444 votos a favor y 94 en contra; más de los dos tercios requeridos. “*Hora somos amos del Reich constitucionalmente*”, dijo Goering. La segunda ley permitió el control de los Länder, que pasaron a ser gobernados por gobernadores designados por el Reich. Sobre la base de estas reformas se dictaron leyes que consolidaban el poder en Hitler. La ley del 1º de diciembre de 1933 sobre la unidad del partido y del Estado declaró al partido nazi y a sus organizaciones como de derecho público y con representación en el gobierno, a través de grupos de trabajadores, empresarios, industriales y juventudes hitlerianas y de milicias. Una serie de leyes terminaron de controlar los Länder y se abolió, a partir del 14 de febrero de 1934 el Reichstag que era su Cámara representativa a nivel del Reich<sup>2</sup>. El Parlamento Alemán, dominado por más de dos tercios de ambas Cámaras por el Gobierno de Hitler, como lo exigía el artículo 78 de la Constitución de Weimar, destruyó el propio sistema constitucional basándose en una norma de la Constitución que permitía su reforma por la mayoría de los dos tercios de dichas Cámaras al traspasar esta potestad al Jefe del Gobierno, que estableció el III Reich como un Estado corporativo personalista.
11. La destrucción constitucional del Reich se justificó en el Derecho de la razón de Estado, que encarnaba el Führer que era quien dictaba el Derecho. Carl Schmitt aportó la base teórica de que ese Derecho del Führer se origina en la misma fuente donde nace el Derecho del pueblo<sup>3</sup>. Ante el socialismo democrático que se oponía a las leyes de plenos poderes, el socialismo totalitario argumentaba que tales leyes estaban previstas en la Constitución, y que ésta tenía una inspiración socialista, por el contrario, el jefe del partido socialdemócrata, Otto Wels, sostuvo que “*La Constitución de Weimar no*

<sup>2</sup> STEINERT, Marlis, *Hitler y el Universo Hitleriano*, Vergara, Grupo Zeta, Barcelona, 1ª edición, (septiembre 2004), pp. 237, 244, 245, 246, 247, y 248.

<sup>3</sup> Citado por STEINERT, Marlis, *Op. cit.*, pp. 259-260.

*es una constitución socialista. Y nosotros como socialistas seguimos fieles a los principios del Estado de Derecho, de la igualdad de derechos y de derecho social, que allí están inscritos*<sup>4</sup>.

12. ¿Y, que decían otros socialistas avanzados europeos, ante el procedimiento utilizado por el nacionalsocialismo alemán? El socialismo democrático francés, uno de los más avanzados, también se distanció de la interpretación jurídica ideológica del socialismo totalitario. Por ejemplo, León Blum, en “Le Populaire” de París del 26 de marzo de 1933, decía “(...) Ya hemos visto varios 18 de brumario y 2 de diciembre, es decir, asambleas expulsadas o disueltas por la fuerza. ¿Se vio alguna que pronunciase su propia anulación? Este suicidio, este harakiri de una asamblea soberana, inmolándose apenas nacida ante el altar del Dictador, que no habría usado su soberanía más que para despojarse de ella, que no habría vivido más tiempo de suprimirse a sí misma. ¡Qué espectáculo! Y por más que busco, repito, no veo ningún ejemplo en el que las instituciones parlamentarias hayan sido sometidas jamás a una burla tan atroz”<sup>5</sup>.
13. Ahora bien, que se puede pensar de lo que ha acontecido en Venezuela, después de la Constitución de 1999, que consagra el Estado democrático social de Derecho como modelo político jurídico, que como se dijo no solo implica la incorporación de derechos sociales al ordenamiento jurídico, junto con la supremacía de la Constitución, la separación equilibrada de los poderes, la democracia electiva y representativa, el sistema de partidos y el principio de la legalidad, sino que todo el Estado ha de estar orientado por la idea de lo social en lo económico y en lo político. Y que en el caso nuestro consagra como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y, en general, la ética y el pluralismo. Estos valores impiden que se aplique en la interpretación del Derecho, el materialismo histórico o dialéctico, de la lucha de clases para construir un Estado socialista de corte asambleario, jerarquizado y personalista. Por el contrario, esos valores sirven para deslegitimar las leyes que los contradigan.
14. ¿Cuál ha sido el proceso seguido por el socialismo del Siglo XXI en Venezuela? En primer lugar, una asamblea constituyente, desequilibrada por la falta de una adecuada representación nacional, al margen de la Constitución de 1961 aprueba una Constitución, que consagra el Estado democrático social de Derecho, pero que no define al Estado como Estado socialista, ni

<sup>4</sup> HERRERA, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Universidad Externado de Colombia, 2002, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 24, p. 154.

<sup>5</sup> Citado por STEINERT, Marlis, *Obra citada*, pp. 248 y 249.

tampoco como sus propósitos o fines los de esta ideología. Sin embargo, a través de los llamados actos constituyentes se intervienen todos los poderes constituidos y se suspenden las elecciones municipales. Y, con posterioridad a la aprobación por referéndum de la nueva Constitución, en diciembre de 1999, la asamblea constituyente vuelve a dictar otros actos de intervención y disolución de los poderes públicos y crea un poder legislativo nacional y estatal ad hoc, somete los Alcaldes y Concejos municipales electos por el pueblo bajo el control del llamado “Congresillo”; eliminó la Corte Suprema de Justicia y designa los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia; al Defensor del Pueblo, Contralor y Fiscal, y designó los integrantes del Consejo Nacional Electoral y dictó un Estatuto Electoral. Ese mismo Tribunal Supremo de Justicia legitimó los actos constituyentes. Sin duda, fue un régimen transitorio propio que apuntaba a un Estado socialista, sólo que se dejaron espacios para las libertades públicas.

15. En ese orden de ideas de destacar la utilización de los mecanismos constitucionales para introducir un modelo ideológico de Estado, un aspecto resaltante es el tema del proyecto de la reforma constitucional de 2007, que pretendía sustituir el Estado de Derecho por un Estado socialista centralizado, basado en los principios ideológicos del poder popular del socialismo comunista, a través de una geopolítica territorial, sin la convocatoria a un proceso constituyente, y, que sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia se negó a controlar argumentado motivos puramente procesales para desestimar las acciones de amparo ejercidos en contra del proyecto de reforma y de su aprobación por parte de la Asamblea Nacional. Asimismo, otro de esos mecanismos de mutación constitucional del Estado democrático lo fue la propuesta de enmienda para introducir la reelección indefinida, propia de los Estados personalistas, a pesar de su rechazo en el referéndum en contra de la reforma constitucional, que sin embargo, fue legitimada por la Sala Constitucional.
16. A lo anterior se agregan las interpretaciones de la Sala Constitucional del federalismo como un régimen de competencias concurrentes y no exclusivas de los estados y municipios; de la no prevalencia de los tratados internacionales de derecho humanos y de la no ejecutabilidad de las decisiones de los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos, de la no limitación material de las llamadas leyes habilitantes, de la no estabilidad de los jueces y de la limitación de la libertad de expresión por delitos de opinión, de la inhabilitación política y de no reconocimiento de inmunidad parlamentaria de diputados electos, que también son caminos para el establecimiento de un Estado autocrático centralizado y personalista.

17. Puede agregarse dentro de los mecanismos propios del socialismo del siglo XXI, la utilización de la propia Constitución para la eliminación progresiva del Estado social de Derecho, por la sustitución de la estructura horizontal de la separación de poderes, por otra estructura no contemplada en la misma Constitución, como el Poder Popular, que es propia del Estado socialista, que se sobrepone a la voluntad expresada en procesos electorales; como, por ejemplo, al desconocer esta misma voluntad expresada en la elección del Alcalde Metropolitano y al despojarlo de sus competencias a favor de un órgano del Poder Nacional. O la eliminación, por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de órganos del poder local, como las Juntas Parroquiales, electas por el voto universal y directo para sustituirlas por grupos cerrados y delegados no representativos de todos los electores, que se asimilan a las asambleas populares del esquema de centralismo autocrático del Estado socialista, basado en un mismo grupo o partido y de un culto personal al Jefe de gobierno, a quien se atribuye la representación del poder popular, que restringe la libertad de acción de los que no están dispuestos a formar parte de esos grupos.
18. Las llamadas leyes del poder popular, que el pueblo rechazó al rechazar la reforma constitucional en el referéndum de 2007, son un ejemplo más patente del socialismo del siglo XXI, como modelo de instaurar el Estado socialista autoritario, utilizando la Constitución que no consagra un Estado de una ideología, sino por el contrario, el Estado social de Derecho, que no obstante su inspiración social no contempla un poder público fundado en asambleas populares, bajo un esquema de centralismo autocrático, basado en mismo grupo o partido, que, como dije, restringe la libertad de acción de los que no están dispuestos a formar parte de esos grupos. Y que como Estado democrático va en contra del Estado Comunal, proclamado en la exposición de motivos de dichas leyes, que se inspira en comunas o agrupaciones de comunas, propias de las estructuras de poder de los Estados socialistas históricos, que se entrelazan con el esquema económico del socialismo leninista-estalinista, para imponer lo colectivo sobre lo individual. Y, que además, por la naturaleza comunal centralizada y jerarquizada y excluyente, atenta contra el principio de la libre representación y participación ciudadana que solo existe cuando se trata de sociedades libres y plurales, porque se condiciona su ejercicio a la construcción de una sociedad y una economía socialista, al contrario del objetivo supremo de la Constitución, proclamado en su Preámbulo, como lo es el establecimiento de una sociedad democrática pluralista.
19. Ese mismo modelo se pretendió instaurar en las Universidades, al preverse en la Ley de Educación Universitaria, como estructura de gobierno y de gestión

universitaria, una gestión colectiva de toda la comunidad universitaria y del poder popular, a través de consejos y comités, con participación de voceros de las organizaciones del poder popular, y de su integración a estructuras del gobierno central, como los Distritos Motores de Desarrollo y a los Ejes Comunales, y como parte de una organización vertical y jerarquizada bajo la rectoría del Ministro del ramo. Para ello se contemplaba una asamblea de transformación universitaria, como una surte de constituyente, y la suspensión de los procesos electorales de los órganos de cogobierno universitario, para que se elaborara un reglamento general de la universidad respectiva, también como una suerte de constitución, y que elegiría sus voceros, y cuyos órganos de gobierno respectivos se designarían por un reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional. Estructura esta que se preveía para fortalecer el poder popular y para la construcción de una sociedad socialista. En otras palabras, ni más ni menos que es convertir las universidades en asambleas de ese poder popular centralizado como parte del proceso de construcción de la sociedad capitalista y del modelo productivo socialista<sup>6</sup>.

20. La gran pregunta, que podríamos hacernos como se la hace el Profesor Pedro de Vega, es, ¿ si en esto casos de utilización de mecanismos jurídicos para cambiar un modelo de Estado contemplado en la Constitución, cabe legalmente hablar de la existencia de golpe de Estado constitucional?<sup>7</sup>. Al respecto, se piensa que, el concepto de Constitución no es ideológico sino axiologicamente consensuado a través de principios comunes irrevocables, por lo que cualquier reforma debe verse limitada por el sistema de valores cuya garantía y protección la Constitución atribuye a su ordenamiento jurídico. La hipótesis de poderes constituyentes y de poderes constituidos en Estados democráticos para la destrucción del Estado constitucional es incompatible con esos valores. Es inconcebible la destrucción total de un sistema constitucional desde el ejercicio de su propia legalidad. Y que cuando el concepto de Constitución no es meramente político sino que se define por sus valores y principios como un modo de vivir de la sociedad, la reforma esta limitada por ese sistema axiológico que consagró el propio constituyente. Y que no puede afectar los valores y principios que legitiman el Estado constitucional democrático.
21. En este contexto, la interpretación de la Constitución, por el legislador y por el poder judicial, debe guiarse por los valores que se asignen al orde-

<sup>6</sup> Ley de Educación Universitaria sancionada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2010 ([www.asambleanacional.gob.ve](http://www.asambleanacional.gob.ve)).

<sup>7</sup> DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Temas Claves de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 5ª reimpresión, 2005, pp. 291 a 296.

namiento jurídico y por los fines que se atribuyan al Estado, de manera de no involucionar en cuanto a la tradición republicana se refiere y al respeto de los derechos humanos. La cuestión fundamental es que los Estados democráticos no pueden nunca emplear sus poderes públicos para eliminar los valores y principios legitimadores del sistema político de la democracia, cuyo sustento es el Estado Constitucional, es decir, el Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos. De lo contrario, no solo se comete un fraude constitucional, sino que se da un golpe contra la Constitución.

22. Fue, por ello, que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el documento de propuestas a la Nación, presentado el 10 de noviembre de 2010, denominado *La reconstrucción institucional del país*, ante el evidente estado de cosas inconstitucional anterior, concluyó, que es necesario resolver el problema esencial de la vigencia y eficacia del pacto social contenido en la Constitución, mediante una reconstrucción de la institucionalidad del país, para la consolidación del Estado democrático social de Derecho y de Justicia que para la Nación venezolana postula la Constitución; para lo cual la conformación de una opinión pública organizada de defensa de esos valores es fundamental para proteger la democracia en contra del Estado Comunal del socialismo del Siglo XXI.

## Política y Religión: ejemplos de la revolución independentista venezolana\*

*Rafael García Pérez*<sup>1</sup>

Excmo Sr. Decano,  
Ecxmas autoridades académicas,  
Profesores del claustro académico,  
Queridos alumnos,  
Señoras y Señores.

Quisiera que mis primeras palabras fueran de agradecimiento a la Junta directiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Monteávilas por su invitación a pronunciar la lección inaugural de este curso. Constituye para mí un verdadero honor dirigirme a ustedes en una ocasión como ésta y más todavía en un año tan señalado para su país como el que estamos viviendo.

Hace doscientos años, Venezuela proclamó su independencia de la monarquía española e inició su andadura en la historia como nación. El camino recorrido desde entonces no ha estado exento de obstáculos y dificultades, de avances y retrocesos. A pesar de todo ello, resulta posible afirmar que Venezuela ha logrado alcanzar en estas veinte décadas de existencia la madurez propia de las grandes naciones. El generoso ofrecimiento realizado a un profesor español para pronunciar una conferencia en América sobre la independencia americana, en un aniversario como el que estamos celebrando, son una buena muestra de ello. No creo que hace cien años esto hubiera sido posible (y no lo digo lógicamente porque entonces ni ustedes ni yo habíamos nacido).

Las dificultades del tiempo presente no pueden hacernos olvidar, sino más bien al contrario, la presencia en estos doscientos años de historia constitucional de una búsqueda constante de la justicia y de la libertad; una búsqueda a veces manifiesta; otra muchas escondida en los vaivenes del acontecer histórico más superficial. Precisamente en este momento de la historia, el estudio de vuestros orígenes como nación resulta más necesario que nunca. Un estudio que abandone

\* Lección Inaugural pronunciada en la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas de la Universidad Monteávilas en noviembre de 2011 para el año lectivo 2011-2012.

<sup>1</sup> Llano, 2001, 28.

definitivamente el trabajo de mitificación de los tiempos fundacionales, más propio de la historiografía nacionalista del siglo XIX, ya sea en la forma de historicismo político bolivariano, como Castro Leiva lo definió hace algunos años, o en otra cualquiera de sus formas; un estudio que, por el contrario, sea capaz de restituir al pasado su auténtica dimensión de pasado, devolviendo al presente la capacidad de decidir en libertad su futuro. Desde esta perspectiva, la historiografía constitucional puede cumplir uno de sus cometidos fundamentales: erigirse en un horizonte de posibilidades abiertas y potencialmente fecundas, firmemente arraigadas en una sólida tradición política. Sólo de esta manera la historiografía seria y rigurosa podrá evitar que tan noble dedicación sea prostituida por aquellos que pretenden hacer de la Historia un mero instrumento al servicio del poder político de turno.

La celebración del bicentenario de las independencias americanas, en mi caso de los inicios constitucionales españoles en el Cádiz de 1812, debería traducirse, pues, no sólo en un incremento de nuestros conocimientos históricos sino sobre todo en un incremento de nuestra cultura constitucional. No podemos olvidar que la percepción que un pueblo tiene de su pasado forma parte de su misma comprensión como pueblo. Condiciona así no sólo su unidad y crecimiento interior, sino también su relación con el resto de las naciones.

La tarea, sin embargo, no es sencilla. Las revoluciones atlánticas, de las que las hispanas forman parte, dieron lugar con todas las matizaciones que se quieran a una nueva manera de ver el mundo. Implantaron en modos diversos y con ritmos también diferentes en función de las distintas áreas geográficas, una nueva cultura política y social cuyas raíces ideológicas cabe situar en el pensamiento ilustrado; una cultura moderna que todavía sigue condicionando nuestra manera de ver el pasado.

Es cierto que el panorama cultural en occidente ha cambiado mucho en las últimas décadas. Sin embargo, y a pesar de la larga crisis de la modernidad, de las proclamas postmodernas y de la generalización de conductas y preocupaciones sociales que no se corresponden ya con el paradigma moderno, se puede afirmar que los presupuestos antropológicos propios del pensamiento moderno gozan todavía de buena salud. En cualquier caso, no han sido aún reemplazados por otros radicalmente diferentes. En este sentido, ha escrito el profesor Llano –parafraseando a Arnold Gehlen– que “puestos a definirnos como generación, tendríamos que decir de nosotros que somos postilustrados. Respecto a la Ilustración, somos practicantes, pero no creyentes”.<sup>2</sup> En el tema que nos ocupa, la toma de conciencia de la encrucijada cultural en que nos encontramos reviste

<sup>2</sup> GADAMER, 1977, 360.

una particular importancia, pues nuestra manera de ver el mundo, nuestra escala de valores, nuestra concepción de la historia, e incluso muchos de los significados que atribuimos a palabras claves forjadas en el discurso constitucional de la Independencia es una herencia cultural de la época que pretendemos estudiar.

De aquí que la historiografía constitucional centrada en la época de las independencias se halle en muchos casos condicionada por los presupuestos del mismo objeto que estudian. A pesar de su pretendida objetividad, ha intentado elaborar una historia de la revoluciones atlánticas (francesa, angloamericana y latinoamericana, fundamentalmente) asumiendo de manera acrítica la imagen que la historiografía revolucionaria y sus herederos dieron de sí mismos, aceptando sus valores y compartiendo sus premisas y también sus conclusiones.

Especialmente en el tema que hoy nos ocupa, la relación de la religión con el nuevo orden constitucional independiente, esta interpretación que la modernidad constitucional ofreció de sí misma ha impedido durante décadas su correcta comprensión. No en vano, la modernización se ha definido tradicionalmente, más en Europa que en América, como un proceso irreversible de secularización. Por ello, la primera precaución metodológica que debemos adoptar es tomar conciencia de nuestros prejuicios modernos. La comprensión, como ha escrito Gadamer, “debe pensarse menos como una acción de la subjetividad que como un colocarse dentro de un proceso de transmisión histórica, en el que el presente y el pasado se hallan en continua mediación”.<sup>3</sup> Por ello, ser consciente de las propias precomprensiones constituye una condición necesaria para estudiar cualquier periodo histórico, y particularmente aquél que está en la misma génesis de nuestra manera de pensar actual.

Esta actitud crítica ha comenzado ya a dar sus primeros frutos. En el estudio de la historia, la crisis de los paradigmas historiográficos modernos, del positivismo y nacionalismo decimonónico o del estructuralismo y del marxismo del siglo XX, ha permitido el surgimiento de nuevos relatos históricos, menos totalizantes, pero también menos contaminados por aprioris objetivistas. En esta línea cabe destacar la nueva historia política, iniciada para el estudio de las independencias americanas por el prematuramente desaparecido François-Xavier Guerra y su escuela de la Universidad de Paris I, o para la historia revolucionaria francesa por François Furet, cuya obra ejerció una influencia decisiva en Guerra.

También desde otros ámbitos disciplinares, la postmodernidad –en el mejor sentido de la expresión– ha irrumpido con fuerza, poniendo en tela de juicio algunos dogmas tenidos por indiscutibles durante mucho tiempo. Quizá el más señalado de ellos, también por lo que a nuestro tema se refiere, sea el que

<sup>3</sup> Sermón en la instalación del Primer Congreso Nacional, 4 de julio de 1811. J. Infante.

identifica modernidad y secularización. No me refiero principalmente, aunque también, al papel cada vez más relevante que la religión está adquiriendo en la vida pública occidental. Una manifestación clara de ello fue la presencia en el funeral del ahora Beato Juan Pablo II de mandatarios de los cinco continentes. Otra muestra, menos gráfica si quieren, pero igualmente significativa de este cambio de percepción es el título del libro que el director de la revista más influyente del mundo, *The Economist* (John Micklethwait) publicó en 2009: *God is back*.

Pero no son sólo a estas y a otras muchas demostraciones de la dimensión pública de las religiones a lo que me quiero referir. Pienso fundamentalmente en el replanteamiento que un sector de la sociología norteamericana y francesa ha llevado a cabo en los últimos años del concepto mismo de secularización. Como ha puesto de relieve, entre otros, José Casanova, profesor de la Universidad de Georgetown, la secularización no puede ya ser entendida como un proceso irreversible de privatización y posterior declive de la religión en el mundo occidental. La secularización –si queremos seguir utilizando este nombre–, cabe definirla, por el contrario, como un proceso de diferenciación de las confesiones religiosas y los Estados, que ha llevado a la religión, también institucionalmente, a ocupar un nuevo lugar, igualmente público, en el seno de la sociedad civil.

De esta manera, el interés por la religión como factor de configuración de los espacios públicos en las sociedades modernas ha crecido. En el ámbito de la historiografía es posible afirmar que no cabe una adecuada comprensión de la formación de los modernos órdenes políticos prescindiendo del factor religioso. No resulta casual, por ello, que el último trabajo que François-Xavier Guerra elaboró, póstumamente publicado, llevase por título “Políticas sacadas de las Sagradas Escrituras. La referencia a la Biblia en el debate político (siglos XVII a XIX)”. El propio autor explicaba las razones que le llevaron a emprender este estudio, tan alejado por su temática de todo lo que había realizado con anterioridad:

“El punto de partida de esta reflexión –aclaraba Guerra– fue el constatar la abundancia de las referencias a la Biblia en los debates políticos durante la Independencia de la América hispana. Una buena parte de la literatura (...) anti-independentista y anti-republicana (...) en todo el continente está basada en la argumentación bíblica (...). Pero más sorprendente es observar –apuntaba este historiador francés– que los escritos republicanos e independentistas responden también en el mismo registro, pero en sentido contrario”. Los dos ejemplos que Guerra traía a colación eran los de vuestro compatriota Juan Germán Roscio y el del inglés Thomas Paine. Por otra parte, como demostró hace ya algunos años Elliz Sandoz, el libro más citado en las obras y discursos de los Founding Fathers norteamericanos no fue el Segundo Tratado del Gobierno de Locke, ni el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, sino La Biblia.

La mera constatación de este dato nos pone en el camino adecuado para tratar de comprender el papel que la religión y sus fuentes de autoridad desempeñaron en el primer constitucionalismo americano. Las tradiciones religiosas en el continente americano eran distintas: una protestante, en Norteamérica, con sus diversas manifestaciones; la otra católica, en el mundo latinoamericano, unitaria, pero no uniforme. En ambos casos, la religión actuó como instancia última de legitimación de todo el orden político, aunque el modo en que esto se llevó a cabo y sus consecuencias institucionales fueran diferentes.

Dado que el tiempo del que dispongo es limitado voy a centrar la atención en nuestro ámbito, el de los territorios que conformaban la monarquía española, para fijarme muy brevemente en tres aspectos, en mi opinión claves, de esta relación genética entre religión y orden constitucional en las independencias:

1. El primero de ellos ha sido ya apuntado por Guerra: se refiere al papel de la religión como instancia legitimadora del nuevo orden político.
- 2 El segundo es la incidencia de la religión católica en la definición de las nuevas naciones.
3. El tercero y último será la comprensión de los derechos desde esta perspectiva católica.

Vamos pues con el primero de estos puntos.

A cualquier constitucionalista actual que se asome a las obras redactadas por los padres de las primeras Constituciones americanas, o a los debates parlamentarios que las precedieron no puede dejar de llamarle la atención el empleo frecuente de argumentos directamente religiosos, o extraídos de textos de esta naturaleza, para fijar posiciones que hoy definiríamos como netamente políticas. Es precisamente esta clara separación entre lo religioso y lo político, propia de la mentalidad moderna, lo que nos dificulta la comprensión histórica. Es, en definitiva, este *a priori* interpretativo el que ha llevado a muchos historiadores a entender el discurso religioso de los principales actores políticos como una argucia de las élites para ganarse el favor del vulgo y atraerlo a la causa patriota. Sin embargo, esta interpretación, además de no adecuarse en términos generales a las fuentes documentales y, por tanto, prescindir de las más elementales reglas metodológicas de las ciencias históricas, presupone una concepción extemporánea de la religión. Ésta no constituía en aquel tiempo una esfera más de la actividad humana, un ámbito de libertad yuxtapuesto a otros como la economía, el derecho o la literatura. La religión era percibida y vivida como el horizonte existencial donde los demás ámbitos de la convivencia humana se integraban y adquirirían sentido. La religión, muy en particular la católica, constituía para la inmensa mayoría de los habitantes de los territorios americanos, así como de

la península ibérica, la instancia última capaz de explicar y dotar de unidad la peregrinación del hombre sobre la tierra, desde el nacimiento hasta la muerte.

Como ha escrito Voegelin “la sociedad humana no es un mero hecho, o un suceso del mundo exterior que pueda ser estudiado por un observador como si fuese un fenómeno natural (...). Es en conjunto como un pequeño mundo, un “cosmión” iluminado desde dentro con la significación que le dan los seres humanos, quienes continuamente lo crean y lo sustentan como modo y condición de auto-realización” (Voegelin, N MCP, 47).

Desde esta perspectiva, los aportes de la hermenéutica moderna suponen un punto de partida inmejorable para el estudio del primer constitucionalismo latinoamericano en general, y para la profundización en las relaciones entre religión y orden constitucional en particular. En efecto, como ha sido puesto de manifiesto por pensadores como Gadamer o Ricoeur, cualquier desvelamiento de sentido presupone una precomprensión determinada por un concreto horizonte hermenéutico que condiciona al intérprete, integrado en el marco de una tradición. En las primeras décadas del siglo XIX el núcleo de esta tradición desde la que operaban los actores políticos era la religión católica. Ella era su *telos* constitutivo; el único capaz de engarzar el resto de dimensiones de la vida humana en un mundo vital portador de significados originarios. Y ello no sólo era así para el pueblo en general, sino también para la inmensa mayoría de las élites. No había otra fuente última a la que acudir para fundamentar el nuevo orden político que se quería construir.

Por ello no resulta en absoluto sorprendente, aunque a Guerra sí se lo pareciera, que la religión se presentara como un elemento poderoso de legitimación tanto de la independencia como del nuevo orden constitucional.

Los ejemplos que se pueden aducir en este sentido son numerosos, tanto en Venezuela, como en el resto de los territorios que en su día integraron la monarquía española. La declaración de independencia venezolana, conocida por todos ustedes, promulgada en el nombre de Dios todopoderoso es suficientemente clara a este respecto. Después de exponer las razones que en derecho justificaban ante el mundo el paso que iban a dar, y antes de proceder a declarar su independencia, los representantes de las Provincias Unidas de Venezuela ponen “por testigo al Ser Supremo de la justicia de nuestro proceder y de la rectitud de nuestras intenciones, implorando sus divinos y celestiales auxilios, y ratificándole, en el momento en que nacemos a la dignidad, que su providencia nos restituye el deseo de vivir y morir libres, creyendo y defendiendo la santa, católica y apostólica religión de Jesucristo, como el primero de nuestros deberes”.

Es conocida la participación de Roscio en la elaboración de este singular texto. Él mismo publicaría el más brillante manifiesto sobre la libertad de los pueblos

basado en las Sagradas Escrituras. Su *Triunfo de la libertad sobre el despotismo* constituye, sin duda, una clara muestra de las posibilidades argumentativas que los textos sagrados ofrecían para la fundamentación intelectual del nuevo orden constitucional. De todos son conocidas estas palabras incluidas en la introducción:

“Pequé, Señor, contra ti, y contra el género humano, mientras yo seguía las banderas del despotismo. Yo agravaba mi pecado quando en obsequio de la tiranía me servía de vuestra santa palabra”. Al desagravio de su “pecado” dedicaría Roscio esta magnífica proclama. Ciertamente, la lógica que detrás de sus palabras se escondía no dejaba de ser bastante tradicional. Si durante varios siglos, los textos sagrados habían sido utilizados para la justificación trascendente de un determinado orden político, el del Antiguo Régimen, ahora serían puestas al servicio de otro orden político igualmente terrenal: el de las nuevas repúblicas católicas. En su testamento redactado en Filadelfia en 1818, Roscio hacía profesión religiosa y política a un mismo tiempo: “Primeramente declaro y confieso que profeso la religión Santa de Jesucristo, y como más conforme a ella, profeso y deseo morir bajo el sistema de gobierno republicano, y protesto contra el tiránico y despótico gobierno de la monarquía absoluta, como el de España”.

En este maridaje entre religión y política radica una de las señas de identidad más relevantes del primer constitucionalismo latinoamericano. En este sentido, Roscio no fue una excepción en el panorama revolucionario de su tiempo. Planteamientos de fondo similares, aunque quizá menos elaborados, pueden encontrarse en las obras de Fray Servando Teresa de Mier en México, Fernández de Sotomayor en Nueva Granada, Gregorio Funes en Argentina o Egaña en Chile, por citar sólo algunos de los autores más conocidos. Se puede hablar, por tanto, de la eclosión en el primer tercio del siglo XIX de una auténtica teología política, de signo contrario a la que había justificado durante siglos las monarquías de Antiguo Régimen, pero embebidas de la misma lógica político-religiosa. En 1820 el religioso bonaerense Francisco de Paula Castañeda escribía en un periódico fundado por él mismo, que su objeto era “demostrar (...) que el Evangelio no es solo un libro divino, sino también un libro político que arregla y dirige admirablemente las costumbres, no solo de los individuos entre sí, sino también de las naciones con respecto a Dios y a sí mismas” (Saranyana, 335).

El dominio de España en estos primeros años por parte de unos ejércitos calificados por muchos como impíos y sacrílegos permitió también dotar de contenido religioso las aspiraciones autonomistas primero e independentistas después de los territorios americanos. La defensa de la fe, primera obligación de toda comunidad política, exigía no sólo rechazar las ofertas de los emisarios de Napoleón en América, sino incluso cortar relaciones con la metrópoli, de

manera que el triunfo allí de las fuerzas del mal no contaminase la pureza de la religión en el nuevo Continente. A todo esto se unía, la fama de licencioso del último ministro de Carlos IV, el favorito Godoy.

En otros casos, la legitimación religiosa del nuevo orden era canalizada a través de una concepción Providencialista de la Historia. Detrás de los acontecimientos vividos en América desde la entrada de Napoleón en España se vislumbra la mano providente de Dios. La libertad de los pueblos americanos respondía, en definitiva, a una causa superior que ninguna voluntad humana podía detener. Así, la Constitución quiteña de 1812, en su preámbulo, apelaba expresamente a la Providencia como principal agente de la reasunción de la soberanía en el pueblo de Quito. En el propio himno de Venezuela, escrito en 1810, esta apelación al cielo se expresa con singular fuerza, aunque poéticamente sea un texto mejorable –confío en que nadie se ofenda, los españoles ni siquiera tenemos letra en el himno–: “Gritemos con brío, ¡Muera la opresión!”, Compatriotas fieles, la fuerza es la unión. Y, desde el Empíreo el Supremo Autor un sublime aliento al pueblo infundió. Unida con lazos que el Cielo formó, la América toda existe en Nación. Y si el despotismo levanta la voz, seguid el ejemplo que Caracas dio”. Podrían traerse aquí a colación otros muchos ejemplos extraídos tanto de los textos constitucionales, como de las obras de los más importantes teóricos de la independencia. La misma reacción popular al terremoto acaecido en Caracas en la Semana Santa de 1812 da idea de lo profundo que esta concepción providencialista de la historia había calado en la cultura de la época.

La dimensión legitimadora desempeñada por el catolicismo en la construcción del nuevo orden constitucional se aprecia también en el desarrollo mismo de las actuaciones que llevaron a cabo los congresos constituyentes. Como había sucedido durante siglos, las principales manifestaciones públicas del poder aparecían revestidas de una liturgia político-religiosa que expresaba esta íntima conexión entre ambas esferas, o más bien, la fundamentación trascendente que del orden temporal entonces se profesaba.

El relato de la instalación del Congreso General de Venezuela el 2 de marzo de 1811, publicado en la Gaceta de Caracas tres días después, resulta suficientemente significativo al respecto. Algo similar ocurrió en otras latitudes. También en España con motivo de la elaboración de la Constitución gaditana y, sobre todo, de su juramento. En Caracas, los representantes de las provincias se dirigieron a la Iglesia catedral para prestar juramento. En la puerta les esperaba el obispo y cuatro canónigos que dieron agua bendita al Presidente del Congreso. En el interior del templo se encontraban reunidos todos los cuerpos civiles, militares y literarios.

El Prelado celebró la misa revestido de pontifical. Tras el Evangelio el canciller procedió a leer la fórmula del juramento. En esta se incluía la obligación de “mantener pura e ilésa, é inviolable nuestra Sagrada Religion, y defender el Misterio de la Concepción inmaculada de la Virgen Nuestra Señora”. También la fuerza militar representada por el Comandante General y el Gobernador militar prestó juramento de no reconocer en el territorio otra soberanía que la del Congreso y defender el Misterio de la Inmaculada Concepción.

Concluidos los juramentos, según narra la Gaceta, el prelado entonó el Veni Creator y terminó la Misa, a la que siguió el canto del Te Deum. A continuación una diputación del cabildo catedralicio se acercó al presidente del Congreso y le dio agua bendita.

Esa misma tarde, el Congreso dictó un decreto en respuesta a las felicitaciones que el obispo, Narciso Coll y Prat, les había dirigido. En el decreto, los representantes de las provincias aseguraban al Prelado “la certeza y verdad de los sentimientos Catolicos y Religiosos que le animan” y afirmaban que ni “Venezuela ni sus legítimos representantes permitiran que se mancille con la mas leve nota, ni acto profano, la Religion que ha jurado defender pura é ilesa” y que mira “como el fundamento y apoyo mas seguro que debe fixar su Constitucion”. (...) “La religión cristiana –continuaba el decreto- es la que distingue y contiene los Gobierno justos, en la barrera impenetrable del despotismo, y la unica que hace conocer los deberes de un hombre para con Dios, para con los Magistrados, para con sus conciudadanos, para con sus subditos, para con uno mismo. Esta religión santa –concluía el Congreso- que es el principal garante de la justa causa que defiende Venezuela es la que profesa su legítima Asamblea”.

La religión aparecía así como el fundamento último del orden político que sucedería a trescientos años de sometimiento a las autoridades españolas. Además, era presentada como una fuente de virtudes cívicas. Su cultivo produciría –como decía el congreso venezolano en el citado decreto- “Magistrados íntegros y sabios, honrados padres de familia, fieles esposos, obedientes hijos y criados y prudentes y virtuosos ciudadanos”. Podría en este sentido hablarse de la formación en América de un republicanismo católico cuyo estudio está todavía en buena medida por hacer.

En Chile, el sermón al congreso reunido en 1811 fue pronunciado por Fray Camilo Enríquez. En su alocución trató, entre otras cosas, de aquietar las conciencias católicas de los diputados allí presentes:

“Esta augusta ceremonia –exponía el fraile revolucionario-, en que la alta representación del estado da principio a sus sesiones por la invocación del padre de las luces, es una manifestación solemne del íntimo convencimiento en que está la nación chilena de que su conducta en las actuales circunstancias (...) es

conforme a la doctrina de la religión católica y la equidad natural, de que emanan los eternos e inalienables derechos con que ennoblecí a todos los pueblos del mundo el soberano autor de la naturaleza...”<sup>4</sup>.

Se puede así afirmar que la religión desempeñó en estos años una función pre-constituyente, en la medida en que delimitaba el marco dentro del cual la voluntad de las Naciones en construcción podían moverse. A diferencia de lo que sucedería en Francia, los poderes constituyentes americanos se concibieron a sí mismos limitados por un orden católico previo. La lectura tanto de las primeras constituciones, como de los debates que las acompañaron su elaboración dejan pocas dudas al respecto.

Conectamos así con el segundo de los aspectos propuestos: la conceptualización católica de la nación.

Es una constante en las primeras constituciones latinoamericanas la confesionalidad del Estado. La religión católica se presenta no sólo como la propia del Estado sino como uno de los principales motivos de su existencia. Así, la Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica de 1819, en su artículo primero, recogiendo lo dispuesto anteriormente en el Estatuto Provisional de 1815 y en el Reglamento provisorio de 1817 rezaba (nunca mejor dicho):

“Art. 1: La Religión Católica Apostólica Romana es la religión del Estado. El Gobierno le debe la más eficaz y poderosa protección y los habitantes del territorio todo respeto, cualquiera que sean sus opiniones privadas.

Art. 2: La infracción del artículo anterior será mirada como violación de las leyes fundamentales del país”.

De manera similar se pronunciaban las primeras Constituciones de los demás naciones en formación: las de Cundinamarca y Venezuela de 1811, la de Cádiz de 1812, la de Apatzingan, en México, de 1814, la de Costa Rica de 1821, la de Chile de 1822, la peruana de 1823, la mexicana de 1824, la de Guatemala de 1825, la nicaragüense de 1826 o la de Bolivia de 1826, introduciendo los constituyentes en este último caso una enmienda al proyecto propuesto por libertador que no había previsto nada al respecto. También en algunas de ellas, como la chilena de 1822, los actos contra la religión eran definidos como atentados contra las leyes fundamentales del Estado. Como es sabido, la expresión “leyes fundamentales” fue acuñada en Francia en el último tercio del siglo XVI para referirse a aquella esfera del derecho del reino absolutamente indisponible tanto para el rey como para sus súbditos. El sintagma se utilizaría cada vez con mayor profusión hasta generalizarse en el siglo XVIII y entrar a formar parte de esa cultura política compartida en el mundo euro-atlántico. Por tanto, situar la catolicidad del Estado

<sup>4</sup> Sermón en la instalación del Primer Congreso Nacional, 4 de julio de 1811. J. Infante.

y la protección de la religión entre las leyes fundamentales equivalía a emplaazarla fuera incluso del propio poder constituyente, es decir, fuera del alcance de determinación de la voluntad humana.

El constitucionalismo concebido en palabras de Fioravanti como la recuperación de la noción de límite al poder en el horizonte de los modernos también se tradujo en los países americanos en el reconocimiento de unos derechos. Estos, sin embargo, no se predicaron sólo del individuo abstractamente considerado, sino principalmente de éste en cuanto dotado de un determinado *status*. Es el caso, por ejemplo, de los derechos de participación política. Tampoco en el ámbito angloamericano o en el francés, los derechos fueron atribuidos a los individuos sin más especificaciones. En el caso de los países latinoamericanos, además, la concepción católica de la nación y de sus integrantes se tradujo en la determinación de algunos derechos concretos. Así sucedió con aquellos relacionados con la libertad de expresión o, más claramente aún, con la libertad de cultos. En ambos casos, la naturaleza católica de la república imponía exigencias de contenido o de extensión. Así, el art. 181 de la Constitución venezolana de 1811 establecía como límites del derecho de imprenta “la tranquilidad pública, el dogma, la moral cristiana, la propiedad, el honor y estimación de algún ciudadano”. Por su parte, el art. 16 de la Constitución de Cundinamarca de ese mismo año (4 abril) garantizaba, siguiendo un orden que no parece casual, los sagrados derechos de la religión, la propiedad, la libertad individual y la libertad de imprenta. Sin embargo exceptuaba de las reglas que regulaban esta última libertad los escritos obscenos o que ofendiesen el dogma. En este sentido establecía como expresamente excluida de la libertad de imprenta “la edición de los libros sagrados, cuya impresión no podrá hacerse sino conforme a lo que dispone el Tridentino”.

Las propias Cortes de Cádiz en su decreto IX de 10 de noviembre de 1810 por el que se establecía la libertad de Imprenta habían dispuesto que todos los escritos sobre materia de religión quedaban sujetos a la censura previa de los respectivos ordinarios, de acuerdo con lo dispuesto en el Concilio de Trento. En Chile, el Reglamento de Libertad de Prensa de 20 de abril de 1811 encomendaba al gobierno la obligación de velar “a fin de que no se introduzcan opiniones peligrosas que puedan adulterar su doctrina (de la religión católica), no solamente recogiendo los impresos y castigando a los delincuentes, sino también impidiendo el uso de la prensa” (Duve, 224). Contrariamente a lo que hoy podríamos pensar, no se consideraba entonces que se estuviese limitando ningún derecho, pues éste no podía incluir en ningún caso la facultad de atentar contra la religión. Como decía el Reglamento, la libertad de prensa encontraba su límite en el “abuso de la libertad”, de manera particular –precisaba– “cuando se compromete la religión católica”.

También la libertad de establecimiento de extranjeros en suelo americano se vio condicionada en muchos casos por motivos religiosos. La Constitución venezolana de 1811, en su artículo 169 disponía la seguridad de la persona y propiedades de los extranjeros que se estableciesen en ese Estado siempre y cuando respetasen la religión católica, la soberanía del país y a las autoridades constituidas. En sentido parecido se expresaba el Pacto social fundamental interino de Costa Rica de 1821 en su artículo cuarto. El problema de la tolerancia religiosa se planteó desde el primer momento en todos los países americanos, recibiendo diferentes soluciones. En cualquier caso, las medidas adoptadas no pasaron del ámbito de la mera tolerancia, tal y como ésta era entendida por el derecho canónico, es decir, como la aceptación de un mal menor. También es cierto que en estos países no existía, como en el Norte, una pluralidad de confesiones religiosas que impusiera la libertad de cultos como la única solución políticamente viable. E incluso en este caso, la libertad religiosa no fue la misma para todos.

En el fondo, esta limitación de derechos era consecuencia de la obligación que el Estado había asumido de proteger la religión católica. Este régimen iría evolucionando a lo largo del siglo en la medida en que las esferas política y religiosa fueran diferenciándose de una manera más clara.

No cabe pensar, sin embargo, que la catolicidad actuara sólo como factor limitador de derechos. Por un lado, sirvió en muchas Constituciones para fundamentar los derechos que en ellas se recogían. En este sentido, la Constitución de la República de Tunja de 1811 (23 de diciembre) iniciaba el título preliminar sobre la “Declaración de los derechos de los hombres en sociedad” afirmando que “Dios ha concedido igualmente a todos los hombres ciertos derechos naturales, esenciales e imprescriptibles”. Sin embargo, la religión también imponía deberes y estos –según rezaba el capítulo segundo– “se hallan encerrados en la pureza de la religión y de las costumbres”. Pocas líneas después, se sintetizaba esta doctrina de los deberes en el precepto evangélico “Haz constantemente a los demás el bien que quieras recibir de ellos” (Saranyana, 234).

Desde otro punto de vista, la religión sirvió también para ampliar el espectro de aquellos que podían beneficiarse de las libertades constitucionales. El tema ha sido estudiado para México por Annino, pero sus conclusiones son perfectamente extrapolables a la mayor parte de los territorios latinoamericanos. El acceso a las nuevas libertades, tanto en México como en Cádiz fue más amplio que en otros países porque el requisito básico no era otro que la identidad católica de ciudadanos y naturales. Tanto unos como otros compartían su condición básica de miembros del cuerpo de Cristo, de la Iglesia. Como señala Annino, y cito textualmente “El nuevo ciudadano liberal hispánico, de hecho, era tal no por ser propietario o por los impuestos que pagaba, como en Francia, Inglaterra y

Estados Unidos, sino por el reconocimiento de su estado de vecindad por parte de la comunidad parroquial al momento de votar. Los requisitos eran la residencia, un modo honesto de vivir, ser pater familias, y por ende, hijo legítimo de un matrimonio legal, o sea, celebrado según el derecho canónico”.

La calidad católica de la nueva ciudadanía se pone de manifiesto con especial claridad en la regulación de los procesos electorales, previstos en algunos territorios en el mismo texto constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la primera Constitución aprobada en el mundo hispánico, la de Cundinamarca de 1811. En su título octavo dedicado al procedimiento electoral dispone que el padrón de electores será confeccionado por el alcalde de cada parroquia junto con el cura. Una vez determinados los electores concurrirán todos a la iglesia donde se celebrará la misa del Espíritu Santo, “después de la cual –ordena el texto constitucional– hará el párroco una exhortación enérgica” recordando la estrecha obligación de elegir con discernimiento “y al fin entonará el himno *Veni Creator Spiritus*”. A continuación irán todos a la casa de donde salieron y procederán a la votación, no sin antes jurar ante el alcalde de la siguiente forma:

“Juráis a Dios por esta señal de la cruz y los Santos Evangelios que tocáis, proceder en la presente elección con imparcialidad y desinterés, sin conducirnos por odio ni amor, mirando solamente el bien general, sufragando por las personas más honradas, de más probidad y discernimiento para conocer a los hombres, sin que os muevan las recomendaciones o sugerencias de otros, ni mira alguna de ambición o colusión”. A que todos responderán: Sí juro. EL presidente añadirá: “si así lo hicieréis, Dios os ayudará y protegerá vuestra causa, y si no, os lo demandará” y todos responderá: Amén”.

El mismo procedimiento, con misa del Espíritu Santo, alocución del clérigo y canto del *Veni Creator* se preveía para las elecciones de partido, es decir, de segundo grado y para las elecciones en la capital de la provincia.

Una liturgia similar, con misa y arenga del cura incluidas, establecía la Constitución de Apatzingan de 1814 en su artículo 64 y ss., aunque en lugar del *Veni Creator* se disponía el canto del *Te Deum* como himno de acción de gracias.

Por su parte, la Constitución quiteña de 1812, quizá la más intransigentemente católica de las elaboradas en este tiempo en América, establecía entre las causas de exclusión para formar parte del Congreso el ser “sospechoso en materia de Religión”, además de otras como ser enemigo de la causa común, deudor del fisco o natural de otro país.

En este nuevo contexto político, tan católico como el de la monarquía absoluta que se abandonaba, con un actor como la Iglesia dotado de un indiscutible protagonismo en el espacio público institucional no era pensable la formación

de un poder político con vocación totalizante. No era posible el nacimiento de un Leviatán, como el alumbrado por la Revolución Francesa. En los países latinoamericanos no se dio esa “rebeldía totalitaria” que con tanta agudeza ha descrito Francisco Plaza en su último libro: *El silencio de la democracia*. No pretendo afirmar que la presencia de dos instituciones públicas sobre un mismo territorio fuera pacífica. Más bien todo lo contrario. La historia del siglo XIX es testigo de las dificultades que la coexistencia de la Iglesia y el Estado plantearon. Las disputas en torno a la cuestión del patronato fue sólo una de ellas. Su análisis excede, sin embargo, del arco temático que nos hemos marcado. Además, no quiero abusar de la paciencia del auditorio.

Termino ya.

Constituye un lugar común en la historiografía afirmar que cada generación escribe su propia Historia. No es que los acontecimientos del pasado deban ser reinventados o, menos aún, utilizados para servir intereses partidistas. Se trata más bien de aprovechar la oportunidad que el paso del tiempo ofrece de abordar viejos temas desde nuevas perspectivas. Ello exige no sólo rescatar fuentes documentales olvidadas o centrar la atención en otros temas de estudio escasamente atendidos por la historiografía anterior. Supone, sobre todo, someter a crítica nuestros propios prejuicios. En el momento presente, la superación de los estrechos márgenes de la racionalidad ilustrada está permitiendo descubrir el protagonismo que la religión, en nuestro caso la católica, desempeñó en la formación de un modelo constitucional hispano; un modelo similar en algunos aspectos, pero muy distinto en muchos otros, del que triunfó en Francia o en los Estados Unidos. El papel desempeñado por la religión fue sólo una de sus características distintivas. Existen otras que no hemos podido tratar, como la concepción jurisdiccional del poder o la conservación de una estructura social corporativa.

El bicentenario de los inicios constitucionales de nuestras respectivas naciones puede ser una buena oportunidad para repensar nuestras tradiciones. Y para ello resulta imprescindible partir de la cultura política de los principales actores del constitucionalismo hispano, de sus tradiciones, así como de los poderes y estructuras sociales entonces imperantes. Se evitará así incurrir en una de las limitaciones más características de la historia constitucional de nuestros países: reducir su estudio a un mero juego de influencia de ideas desencarnadas, realizado a partir del contraste con textos constitucionales u obras filosófico-políticas extranjeras, principalmente francesas y norteamericanas. Se olvida así que los textos no viven en la historia sino a través de las diferentes lecturas que de ellos se hacen, y que éstas no son ajenas a la tradición cultural y a la situación histórica concreta en que se realizan, es decir, a lo que antes hemos llamado su horizonte hermenéutico.

No niego en modo alguno la existencia patrones comunes en el ámbito euro-americano, ni mucho menos la necesidad de trascender las historias nacionales para estudiar el fenómeno constitucional con una perspectiva más amplia. Lo que me parece metodológicamente incorrecto es prescindir de los intérpretes concretos, de los actores políticos que llevaron a cabo esta revolución, emplazados siempre en el seno de una tradición desde la cual era posible leer esos textos extranjeros o nacionales y construir otros propios.

Se evitará también de esta manera caer en la tentación, bastante frecuente, de partir de un modelo ideal de constitución liberal, donde la igualdad es perfecta y las libertades individuales absolutas –modelo que no existió en ningún país (tampoco en los Estados Unidos)– para juzgar desde ese paradigma celestial los constitucionalismos hispanos, que con este punto de partida siempre se presentan defectuosos y limitados. La historia del constitucionalismo europeo y americano fue mucho más compleja, no sólo en su realización práctica, sino en su misma conceptualización teórica. El papel reservado en el nuevo orden político a los diferentes grupos étnicos o religiosos, a las mujeres o a los económicamente dependientes es sólo un ejemplo de ello.

Durante más de un siglo, la historiografía marxista interpretó la Revolución Francesa como una revolución burguesa. Se justificaba de esta manera, a partir de una concepción materialista y dialéctica de la Historia, la revolución bolchevique de 1917, que tanto sufrimiento causó al pueblo ruso y a la humanidad en general. En Francia, la celebración el bicentenario de su Revolución coincidió con una renovación radical de las explicaciones tradicionales de cuño marxista. La obra de historiadores como François Furet, Mona Ozouf o Denis Richet permitió despojar a la Revolución de los mitos y leyendas que una ideología autoritaria pretendidamente científica había tejido en torno a ella.

En la noche del 9 al 10 de noviembre de 1989, apenas unos meses después de la celebración en París de los actos conmemorativos del bicentenario de la Revolución Francesa, el muro de Berlín, símbolo de la ignominia y de la opresión ejercida por los regímenes comunistas en Europa, era asaltado y demolido piedra a piedra por una juventud ávida de verdad y libertad.

Deseo vivamente que también en América, las celebraciones de los bicentenarios de las independencias sirvan no sólo para revisar, como se hizo en Francia, la propia historia, sino sobre todo para derribar, también aquí, tantos muros que de una manera quizá menos visible, pero no por ello menos real, siguen dividiendo a los pueblos americanos y, más en particular, a los ciudadanos de esta magnífica nación que es Venezuela.

Muchas gracias.

# El carácter servicial de la Administración Pública: el artículo 141 de la Constitución\*

*Carlos García Soto*<sup>1</sup>

**SUMARIO: I. Introducción II. La fórmula del artículo 103.1 de la Constitución de España. III. La fórmula del artículo 141 de la Constitución: 3.1. Notas para su interpretación; 3.2. Ámbito de aplicación del principio: el carácter servicial de toda la actividad administrativa; 3.3. La posición del Reglamento como manifestación del carácter servicial de la Administración; 3.4. El ejercicio de las potestades administrativas en interés ajeno: el interés general; 3.5. El carácter servicial de la Administración Pública como criterio para el control judicial de su actividad; 3.6. Las consecuencias del principio. IV. La recepción legal del principio.**

---

\* Cuando este trabajo ya se encontraba en prensa, fue publicado el libro de José Ignacio Hernández G., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, que habrá que tomar en cuenta sobre este tema.

<sup>1</sup> Director de *Derecho y Sociedad*. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*.

## I. INTRODUCCIÓN

La Sección Segunda del Capítulo I del Título IV de la Constitución tiene el significativo rótulo “De la Administración Pública”. Expresa referencia a esta institución, que sólo incidentalmente se mencionaba en la Constitución de 1961<sup>1</sup>. Tal Sección Segunda contiene los artículos 141, 142 y 143, de los cuales el 141 constituye la norma jurídica fundamental sobre el carácter y los principios de la Administración Pública en nuestro ordenamiento jurídico. Con todo, el artículo 141 de la Constitución no definirá qué deba entenderse por Administración Pública.

La fórmula del artículo 141 puede dividirse en tres partes: en primer lugar, señala expresamente que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas; en segundo lugar, advierte que la Administración Pública se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, y, en tercer lugar, somete plenamente la actividad de la Administración Pública a la Ley y el Derecho.

Nuestra intención con este trabajo es referirnos al primero de los aspectos señalados: el carácter servicial de la Administración Pública<sup>2</sup>. Carácter servicial que se establece a favor de los ciudadanos, y que preside toda la actividad administrativa, como luego se verá.

La influencia del artículo 103.1 de la Constitución de España es notable en la fórmula del artículo 141<sup>3</sup>, si bien con una diferenciación: en la fórmula acogida

<sup>1</sup> Véase Hildegard Rondón de Sansó, “*Ad imis fundamentis*”. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2006, pp. 117-118. En referencia a la Constitución de 1961, Allan R. Brewer-Carías destacaría, en todo caso, como el establecimiento de “diversas normas sobre el funcionamiento de la Administración Pública, constituye un “reflejo del proceso de constitucionalización del derecho administrativo” (*Instituciones Políticas y Constitucionales. El régimen histórico-constitucional del Estado*, tomo I, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1996, p. 427).

<sup>2</sup> Sobre los orígenes dogmáticos del carácter servicial de la Administración Pública, véase Alejandro NIETO, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 76, enero-abril, 1975, pp. 19-21; Alejandro NIETO, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coordinador), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría. La Corona. Las Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración Pública*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2.185-2.225; José Luis VILLAR PALASÍ, *Curso de Derecho Administrativo. Introducción. Teoría de las normas y grupos normativos*, tomo I, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 61-67.

<sup>3</sup> Véase José ARAUJO-JUÁREZ, “Consideraciones sobre el cambio institucional de la Administración Pública en la Reforma Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 112 (estudios sobre

por la Constitución de España se señalará que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales.

Para el Derecho Administrativo, no será necesario insistir en ello, el artículo 141 de la Constitución resulta verdaderamente capital, desde que, en apretada síntesis, establece los principios constitucionales que deben gobernar la actividad administrativa. Aspecto resaltado por José Ignacio Hernández G., para advertir que la “noción *vicarial* de la Administración, reconocida en el artículo 141 del Texto de 1999, que es, a no dudarlo, una de las más importantes normas constitucionales que sientan los pivotes del Derecho Administrativo”<sup>4</sup>. En nuestra opinión, tales principios deben ser criterios de estricta observancia en la actividad administrativa y la legislación y jurisprudencia que incidan, directa o indirectamente, sobre el Derecho Administrativo. A resaltar tal necesidad intentará este trabajo.

## **II. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 103.1 DE LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA**

La fórmula del artículo 103.1 de la Constitución de España recoge expresamente el carácter servicial de la Administración Pública, vinculándolo con una noción de notable tradición para el Derecho Administrativo, como lo será la del interés general. Señala esa norma que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Alejandro Nieto resaltará cómo esa fórmula vincula a la Administración Pública con el interés general, para decir que “El sorprendente paralelismo que media entre las posturas jurídico-administrativas del siglo XIX (...) y la dicción del artículo 103.1 sugiere de inmediato la idea de que la Constitución <<ha vuelto a las fuentes>> para identificar la Administración Pública con los intereses generales. Pero por otro lado también puede entenderse que la Constitución se ha limitado aquí a positivizar un principio que resulta completamente obvio en el pensamiento europeo del siglo XX. Hoy nadie se atrevería a afirmar lo contrario o a introducir la más mínima salvedad en esta proposición. El artículo 103.1 expresaría así el <<modelo ideal>> de una Administración democrática, que otras Constituciones no han considerado necesario incorporar a

---

la reforma constitucional), octubre-diciembre 2007, pp. 170-171; José Ignacio HERNÁNDEZ G., “La administración paralela como instrumento del Poder Público”, en *Revista de Derecho Público*, N° 112 (estudios sobre la reforma constitucional), cit., p. 175.

<sup>4</sup> “La participación de los administrados en la actividad y funciones administrativas”, en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, Funeda, Caracas, 2005, p. 190.

su texto en razón cabalmente a su obviedad”<sup>5</sup>. Se entiende, así, que la actividad de la Administración Pública debe orientarse al servicio del interés general, lo que supone que tal actividad tenga como fin realizar ese servicio<sup>6</sup>.

Notar pues, cómo el artículo 103.1 de la Constitución de España señala un expreso carácter servicial a la Administración Pública, carácter servicial que Lorenzo Martín-Retortillo Baquer ha identificado con un carácter medial, como instrumento para lograr determinados fines: “Otro de los pilares que puede jugar aquí un enorme papel es el del carácter medial de la Administración Pública, la idea, tan cierta, que no obstante precisa ser recordada con insistencia, de que la Administración no debe ser considerada nunca como un fin en sí misma. Ni la Administración, ni, por supuesto, el grupo de funcionarios que la sirven de soporte –ni, por lo mismo, cualquiera de los posibles núcleos organizados–”<sup>7</sup>.

El antecedente directo de la norma se encuentra en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Estado, que señalará que “La Administración, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general”. Su formulación en el artículo 103.1 de la Constitución de España tendría los orígenes que se verán de seguidas.

El artículo 101.1 del Anteproyecto no traía consigo la fórmula en estudio. Su redacción, en efecto, era la siguiente:

“1. La Administración pública se ordena de acuerdo con los principios de descentralización y desconcentración y actúa coordinadamente para el cumplimiento de sus funciones en los respectivos ámbitos territoriales de su competencia”.

<sup>5</sup> “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, cit., p. 2.255. Resaltar cómo, al plantearse la justificación y límites de la actividad administrativa, Luis Jornada de Pozas ya había señalado como premisa que a partir de la consideración del hombre, era necesario concluir que “En cuanto a los fines, el Estado y la Administración son para él y no al contrario” (“El problema de los fines de la actividad administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 4, enero-abril, 1951, p. 25).

<sup>6</sup> Véase Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 89; Luciano PAREJO ALFONSO, “La eficacia, principio de la actuación de la Administración”, en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 125-127, y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Artículo 103”, en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (Directores) y Mercedes Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniesta (Coordinadores), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer. España, Madrid, 2008, pp. 1.682-1.683.

<sup>7</sup> “La participación en la Administración Pública. Principios y límites”, en *Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 2000, pp. 227-228.

La enmienda N° 633 al Anteproyecto de Constitución del Grupo Parlamentario Vasco, propondría la siguiente redacción:

“La Administración pública se ordenará de acuerdo con los principios de descentralización y desconcentración, eficacia y objetividad, sirve a los fines colectivos sometida a la ley y al Derecho, y actúa coordinadamente, para el cumplimiento de sus funciones, en los respectivos ámbitos territoriales de su competencia”.

La enmienda sería justificada en los términos siguientes:

“La enmienda tiende a completar el texto, que es excesivamente programático, tanto en conformar como un mandato la ordenación de los principios rectores de la Administración pública cuanto que en la exigencia de eficacia y objetividad de aquéllos”.

En la Comisión Constitucional del Senado, el señor Joaquín Hurtado Simón, en nombre de la UCD, presentaría una enmienda “in voce”, “exclusivamente para sustituir la palabra <<colectivos>> por <<generales>>”<sup>8</sup>. La enmienda sería aprobada.

Con todo, a nuestra manera de ver, la enmienda propuesta por el señor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer en la misma Comisión Constitucional del Senado, refleja muy bien el principio al cual se quería dar rango constitucional:

“La Administración, como organización de servicio a la comunidad y a los ciudadanos que la integran, lleva a ejecución la ley y presta y asegura los servicios públicos exigidos para el cumplimiento de los fines de esta Constitución que las leyes imponen bajo los principios de diligencia, eficacia y sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

La enmienda sería presentada bajo la siguiente justificación:

“No entraré en detalles sobre cuál es el alcance de cada uno de estos principios, pero sí diré que las notas más destacadas que caracterizan hoy día a la Administración Pública son el principio de legalidad rigurosamente entendido, el principio de la Administración prestadora de servicios, el principio de sometimiento plano a la ley, pero también hay que considerar que la Administración es un ente instrumental que está al servicio de la comunidad y de los ciudadanos, lo mismo que el planteamiento de sometimiento a la norma es llevar a ejecución la ley. Esta alusión a la diligencia, esta alusión a la imparcialidad, hacen que entendamos que la fórmula propuesta es una fórmula pensada, equilibrada, en la que nada sobra, pero que mantiene un cierto equilibrio con la idea esencial de que la Administración Pública es un ente al servicio de los ciudadanos. Nada más”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Boletín Oficial de las Cortes, N° 50, de 6 de septiembre de 1978, p. 2.356.

<sup>9</sup> Boletín Oficial de las Cortes, N° 50, de 6 de septiembre de 1978, p. 2.352.

Paradójicamente, si bien no aprobada esa enmienda, la propuesta de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sería la idea a la cual atendió el artículo 141 de nuestra Constitución, con mucha mayor fortuna, en nuestra opinión, tal y como inmediatamente se verá.

### III. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 141 DE LA CONSTITUCIÓN

#### 3.1. *Notas para su interpretación*

La Exposición de Motivos de la Constitución señala con toda rotundidad: “por definición, la función ejercida por la Administración Pública está sujeta al servicio público o interés general, por ende debe estar al servicio de la ciudadanía sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones”.

La fórmula acogida por el artículo 141 de la Constitución aludirá a esta idea, al reconocer que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas. La norma señala el carácter servicial en referencia directa a los ciudadanos y ciudadanas, carácter servicial que la Exposición de Motivos contempla como una consecuencia de la sujeción de la Administración Pública al servicio público o interés general.

Ha sido pacífico reconocer que la fórmula del artículo 141 de la Constitución constituye un principio, en concreto, de tipo constitucional<sup>10</sup>. Principio que, como quedara señalado, en nuestra opinión debe informar la actividad administrativa y la legislación y jurisprudencia que incidan directa o indirectamente en el Derecho Administrativo.

Para un sector de la doctrina, es preciso distinguir el carácter servicial de la Administración de su carácter subordinado o vicarial, en el entendido que la Administración es “un Poder Público, pero instrumental o subordinado o vicarial para el logro del bien común. En este sentido, el precepto constitucional 141 establece expresamente que la Administración Pública actúa ‘*con sometimiento*

<sup>10</sup> Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, *Derecho Administrativo. Principios del Derecho Público, Administración Pública y Derecho Administrativo, Personalidad jurídica en el Derecho Administrativo*, tomo I, Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, Bogotá-Caracas, 2005, p. 200; Gustavo BRICEÑO VIVAS, “Principios generales que rigen el comportamiento de la Administración, de acuerdo con la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública”, en Fernando Parra Aranguren (Editor), *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, p. 358; José Ignacio HERNÁNDEZ G., “El objeto del procedimiento administrativo y la vis expansiva del Derecho Administrativo venezolano”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 723; Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, “*Ad imis fundamentis*”. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)*, cit., p. 119.

*pleno a la ley y al derecho*<sup>11</sup>. Carácter subordinado o vicarial que se vincularía, de esa manera, con el sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho que el mismo artículo 141 realiza. En nuestra opinión, cabe aquí considerar, a los solos efectos de este trabajo, como equivalentes términos que, a no dudarlo, tienen un marcado significado ambiguo: el carácter al que aludimos como propio de la Administración es el servicial, subordinado o vicarial. Términos distintos, pero que a los efectos de lo expuesto pueden ser considerados como equivalentes, con los matices de rigor.

Hildegard Rondón de Sansó, a partir de su consideración de la Administración Pública como “una figura subjetiva que no se identifica con ninguno de los Poderes del Estado, constituyendo el **instrumento o aparato** a través del cual, los mismos realizan las funciones de atención de las necesidades públicas en forma inmediata y directa”, concluirá que la fórmula del artículo 141 de la Constitución “nos parece completamente equivocada por cuanto la Administración Pública, está **indirectamente** al servicio de los administrados, ya que la relación directa de éstos es con el Poder Ejecutivo o con el núcleo organizativo del cual ella forma parte. En efecto, como señaláramos, la Administración Pública es el aparato del Poder que ejerce la función administrativa, por lo cual su destino y objeto inmediato son el servicio de tal Poder y, sólo en forma mediata, el de los administrados”<sup>12</sup>. Carácter servicial mediato, que no inmediato, de la Administración Pública a los ciudadanos, puesto que se asume a ésta como una figura al servicio del Poder Ejecutivo o del núcleo organizativo del que forme parte.

Sin embargo, la fórmula del artículo 141 supone, en nuestra opinión, que el carácter servicial debe ser referido, tanto en el plano dogmático, como en el de la actividad administrativa, de modo inmediato, directo, a los ciudadanos. Dos razones nos llevan a tal conclusión.

En primer lugar, la literalidad del precepto, que se limita a reconocer una realidad que se entiende ya dada: la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos. La fórmula no se construye, propiamente, como un fin al cual debe tender la actividad de la Administración Pública, sino como un carácter esencial a ella, que, sin embargo, como luego se verá, debe gobernar esa actividad. La fórmula del artículo 141 de la Constitución es de una rotundidad bastante expresiva, puesto que la intención de la norma es, simplemente, reconocer una realidad que se considera ya dada, como se señaló: el carácter servicial de la Administración Pública se entiende como una nota que caracteriza la actividad de

<sup>11</sup> José ARAUJO-JUÁREZ, *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, p. 59.

<sup>12</sup> “*Ad imis fundamentis*”. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)*, cit., pp. 116 y 119.

la Administración Pública, lo que alude a que tal carácter servicial es esencial a la Administración Pública, y que esa norma se restringe a reconocer tal carácter para todo el ordenamiento, sabido el rango normativo supremo de toda norma constitucional. Lo ha advertido José Ignacio Hernández G.: “La Administración, señala ese artículo, *está* al servicio de los ciudadanos. Es paradigmática la expresión empleada en la norma; ella proclama que la Administración *actúa* servicialmente. No se trata, entonces, de un mandato categórico: el constituyente no expresó que la Administración debía estar al servicio de los ciudadanos; por el contrario, afirmó que ella *siempre actúa* conforme a tal objetivo”<sup>13</sup>.

En segundo lugar, la Administración Pública no es concebida en nuestro ordenamiento constitucional con un carácter servicial al Poder Ejecutivo o a otro núcleo organizativo. Conforme al artículo 137 de la Constitución, nuestro ordenamiento constitucional reconoce un único Poder Público, que puede ser entendido a nuestros efectos “como la potestad constitucional que habilita a las personas estatales para actuar como sujetos de derecho y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular”<sup>14</sup>. Pues bien, desde una perspectiva orgánica, los órganos y entes de la Administración Pública actúan como órganos de personas jurídicas estatales (los órganos a los que se refiere el artículo 15 de la Ley Orgánica de Administración Pública<sup>15</sup>) o como personas jurídicas estatales no territoriales (los entes a los que también se refiere el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública) que ejercen ese Poder Público<sup>16</sup>. Con todo, tal Poder Público, según el artículo 136 de la Constitución, “se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”, Poder Público Nacional que, a su vez, “se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”<sup>17</sup>. Es en atención a esta división constitucional del Poder Público

<sup>13</sup> “La participación de los administrados en la actividad y funciones administrativas”, cit., p. 190.

<sup>14</sup> Allan R. BREWER-CARÍAS, “La Administración Pública”, en Enrique Pérez Olivares y José Ignacio Hernández G. (Coordinadores), *El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 53. Véase, en el mismo sentido, José ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2008, pp. 84-85.

<sup>15</sup> Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinaria del 31 de julio de 2008.

<sup>16</sup> El artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública reconoce a las misiones, que “son aquéllas creadas con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población”. Sin embargo, la Ley Orgánica de la Administración Pública no regula tales misiones, salvo en su artículo 131 en la cual se atribuye al Presidente de la República en Consejo de Ministros la potestad para su creación. Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, “El sentido de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Público*, N° 112 (estudios sobre la reforma constitucional), cit., pp. 159-161.

<sup>17</sup> La Sección Segunda sobre “De la Administración Pública”, se encuentra en el Capítulo I sobre “De las disposiciones generales”, del Título IV sobre “El Poder Público” de la Constitución.

que se entiende, en términos generales, la identificación, desde una perspectiva orgánica, de la Administración Pública con el Poder Ejecutivo. Advertir, en todo caso, que en nuestro ordenamiento jurídico no toda la actividad que realiza la Administración Pública, considerada desde una perspectiva orgánica, puede ser considerada como administrativa, ni toda la actividad administrativa puede ser reconducida a la Administración Pública desde una perspectiva orgánica<sup>18</sup>.

La jurisprudencia acogería el principio del carácter servicial de la Administración Pública.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido al principio. Señalará en su sentencia N° 10 de 25 de febrero de 2000:

“Pues bien, en relación con este alegato del solicitante, cabe destacar que ciertamente el invocado artículo 62 constitucional confiere el derecho a los ciudadanos y ciudadanas a la participación en la formación ejecución y control de la gestión pública, esto es, la función que le corresponde realizar a los órganos que integran la Administración Pública, tal como aparece definida en el artículo 141 de la Constitución, es decir, como complejo orgánico encargado de realizar la función pública (satisfacción y tutela de los intereses generales)”.

Y en su sentencia N° 5.082 de 15 de diciembre de 2005:

“Con fundamento en el referido artículo, se consagra constitucionalmente la existencia de una jurisdicción especializada para el enjuiciamiento de la Administración Pública, en virtud de la especialidad de su finalidad la cual se constata en la satisfacción del interés público, tal como lo dispone el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Por su parte, se señalará en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 16 de marzo de 2000 que el artículo 141 de la Constitución:

“Debe ser interpretado como lo ha hecho en el derecho comparado el catedrático Jesús González Pérez, para quien interpretando la Constitución española, ‘La idea de servicio a los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública. Autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para los intereses públicos. La Administración pública –dice el art. 103.1 de la Constitución– sirve con objetividad los intereses generales. Lo que constituye un mandato para todos y cada uno de los que realizan una actividad administrativa. Consiguientemente, los programas de Ética Pública se elaboran sobre la idea de servicio, tratando de imbuir la idea de que el funcionario está al servicio de la colectividad. Y los conflictos –y las medidas para prevenirlos y darles solución adecuada– constituyen uno de los temas generales de los congresos sobre Ética pública”.

18 Sobre esta problemática, véase Allan R. BREWER-CARÍAS, “El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela”, en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, volumen I, enero-diciembre, 1983, pp. 685-704 y Allan R. Brewer-Carías, “La Administración Pública”, cit., pp. 67-69.

En la sentencia de la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de agosto de 2000 se advertiría que el artículo 141 de la Constitución constituye un “mandamiento” sobre la Administración Pública:

“Esta Corte considera, que la Administración, en el presente caso, pudo haber eliminado la cerca con fundamento a lo dispuesto en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra un mandamiento dirigido a la administración pública de que actúe al servicio de los ciudadanos e inspirada en principios de honestidad, eficacia, participación, celeridad, eficiencia y transparencia”.

### 3.2. *Ámbito de aplicación del principio: el carácter servicial de toda la actividad administrativa*

La fórmula del artículo 141 resulta aplicable a toda la actividad de la Administración Pública, “como nota esencial de su régimen jurídico”<sup>19</sup>, bien sea el Derecho Privado o el Derecho Administrativo, según la clasificación al uso. Sin embargo, haciendo abstracción del régimen jurídico aplicable a esa actividad, o la forma jurídica –de Derecho Privado o de Derecho Público– que se utilice para realizar tal actividad, toda la actividad de la Administración Pública es actividad administrativa y se encuentra sujeta al carácter servicial de la Administración Pública<sup>20</sup>. En nuestra opinión, no otra conclusión podría derivarse de la fórmula del artículo 141 de la Constitución, que no utiliza tales distinciones, al señalar tal carácter servicial de la Administración Pública. Incluso, recordar cómo fue señalado que la fórmula del artículo 141 se limita a reconocer una realidad que da por supuesta: la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos.

Cabe hacer otra precisión: cuando el artículo 141 de la Constitución señala que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos, tal fórmula no sólo tiene en cuenta a los órganos de la Administración Pública que se encuentran en la estructura del Poder Ejecutivo, sino que se aplica igualmente a aquella actividad administrativa que realizan órganos que, desde un punto de vista precisamente orgánico, no pueden ser considerados como Administración Pública. Así, cuando

<sup>19</sup> José ARAUJO-JUÁREZ, *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, cit., p. 59. Véase, en el mismo sentido, José ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, cit., pp. 144-145.

<sup>20</sup> Véase José Ignacio HERNÁNDEZ G., “El objeto del procedimiento administrativo y la vis expansiva del Derecho Administrativo venezolano”, cit., p. 724. Véase la referencia con respecto al ordenamiento jurídico español en Alejandro NIETO, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, cit., pp. 2.225-2.226. Un sector de la doctrina ha calificado este fenómeno como el “Derecho Administrativo privado”, entendiéndose por tal “la sujeción a los derechos fundamentales y los principios generales del Derecho administrativo respecto de la actividad en régimen jurídico-privado de los entes que crea la Administración para el cumplimiento de funciones administrativas” (Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo privado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1996, p. 103).

en el artículo 141 de la Constitución se hace referencia a la Administración Pública, ésta debe ser entendida no sólo en un sentido orgánico, sino material, referido a la actividad administrativa que pueden realizar otros órganos del Estado.

### 3.3. *La posición del Reglamento como manifestación del carácter servicial de la Administración*

Una manifestación, en el plano de las fuentes del Derecho Administrativo, especialmente significativa de este carácter servicial de la Administración Pública es la posición del Reglamento. Sabido es cómo el Reglamento se encuentra subordinado a la Ley, que no puede contradecir. El Reglamento, en tanto norma jurídica dictada por la Administración Pública, es una norma que se entiende subordinada a la Ley, porque se considera que la Ley es el producto normativo del soberano, de los ciudadanos, cuya voluntad se expresa a través de las Leyes que dicta el Poder Legislativo, y que corresponde a la Administración Pública ejecutar<sup>21</sup>. Concluirá por ello Eduardo García de Enterría, en un plano general, que “el Reglamento no es en modo alguno la comunidad, sino un ente servicial y secundario de la misma o, si se prefiere, una organización instrumental de gestión, carente de soberanía, más bien obligada a justificarse a cada momento por el respeto a los límites y atribuciones legales que pautan su actuación y por la persecución del fin servicial al que se debe”<sup>22</sup>.

Como se comprenderá, ello se inscribe en la perspectiva más amplia del carácter subordinado que se entiende de la Administración Pública frente a la legislación, especialmente estudiada desde la perspectiva del principio de legalidad, según el cual la Administración Pública sólo puede actuar si ha sido habilitado para ello por la Ley (artículos 137 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica de Administración Pública). A ello se referirá Sebastián Martín-Retortillo Baquer, para señalar que “Si la Administración es ejecución, aun constituyendo en la división seccional que del Estado se hace un orden autónomo que implica unos poderes propios y una competencia general que se ejercita en virtud de

<sup>21</sup> Véase Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, Iustel, Madrid, 2004, pp. 106-107.

<sup>22</sup> *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 36. “La Administración Pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad –que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad–, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada” (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 34-35. Véase igualmente Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 88.

la propia Constitución y al margen de toda delegación legislativa, es innegable que aparece lógicamente como subordinada. Subordinada precisamente a ese orden superior que ella ejecuta y que está constituido por la Legislación. En esta sencilla consideración podemos encontrar *in nuce* una formulación primaria, escueta, del principio de legalidad, que en este caso debe entenderse no sólo como exigencia de que la Administración debe siempre ajustarse a la ley, sino también en cuanto requiere una ley previa, precisamente aquella que ella ejecuta. Esto es, la función administrativa debe fijarse *ut et nunc*, desde la perspectiva que la ejecución de una ley anterior, en cierto sentido autorizante, facilita<sup>23</sup>. Por lo demás, a no otra conclusión cabe llegar a partir de la fórmula de los artículos 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de Administración Pública, que someten plenamente a la Administración Pública a la Ley y el Derecho, según previera también el artículo 103.1 de la Constitución de España. Corolario de ese sometimiento pleno a la Ley y el Derecho, resulta la objetividad como principio de la actividad de la Administración Pública<sup>24</sup>, según el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública: la voluntad de la Administración Pública está sujeta a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, sujeción que, con todo, resultará de diversos grados, según la potestad ejercida sea mayormente reglada o discrecional.

#### 3.4. *El ejercicio de las potestades administrativas en interés ajeno: el interés general*

Una de las consecuencias que se deriva del carácter servicial de la Administración Pública es que el ejercicio de las potestades administrativas se realiza, siempre, en interés ajeno: el interés general constituye el fin de toda potestad administrativa, fin que le otorga a ésta un carácter esencialmente heterónomo. Aserto tradicional en el estudio de la actividad administrativa, resulta particularmente importante al estudiar el carácter servicial de la Administración Pública.

Ahora bien, más allá de la perspectiva según la cual la Administración Pública se encuentra al servicio de los ciudadanos, recordar que la Administración Pública también se encuentra sujeta, que no subordinada, al Poder Político. Como ha señalado Allan R. Brewer-Carías, existe “una dependencia de la Administración frente a la instancia política; o en otros términos, que no existe

<sup>23</sup> “Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español”, en *Revista de Administración Pública*, N° 26, mayo-agosto, 1958, p. 35.

<sup>24</sup> Véase Luis MORELL OCAÑA, “El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública”, en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (Coordinador), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, tomo I (I. Consideraciones generales. II. El procedimiento administrativo), Civitas, Madrid, 1993, pp. 147-150.

una independencia administrativa frente a la instancia política, en el sentido de que la Administración no debe tener una filosofía propia, sino que debe estar regida por la misma filosofía política que tiene el poder político que opera en una determinada sociedad”<sup>25</sup>, si bien la Administración Pública cuenta con la autonomía técnica suficiente y con sus propias reglas internas de jerarquía para tomar las decisiones que mejor se correspondan con sus fines. Aceptada esa dependencia, sin embargo, advertiremos cómo una de las consecuencias que se derivarían del carácter servicial de la Administración Pública será la objetividad, que proscribire su sujeción a ideologías políticas. Por ello, la regla aplicable sería la siguiente: la Administración Pública se encuentra sujeta al Poder Político, en tanto “instancia política”, pero no a ideología política alguna. Su sujeción es objetiva, neutral, al Poder Político, pero no puede ser subjetiva o parcial a favor de alguna ideología política, aún de aquella que se corresponda con la orientación política del Gobierno, entendiendo en este sentido al Gobierno a partir de una perspectiva neutral, que no parcial relativa a un gobierno determinado<sup>26</sup>. A ello responde una consideración elemental: la Administración Pública no representa a los ciudadanos<sup>27</sup>, sino que, precisamente, les sirve, y es aquí donde radica su

<sup>25</sup> *Fundamentos de la Administración Pública*, tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 143.

<sup>26</sup> Es bajo ese contexto, en el que, a nuestra manera de ver, han de entenderse las advertencias realizadas por Alejandro Nieto, quien señalará que la fórmula del artículo 103.1 de la Constitución de España “rechaza también que la Administración Pública esté al servicio, no ya de un Partido político (lo que parece obvio), sino al del Gobierno y aun del Estado. Porque si bien es verdad que <<el Gobierno dirige la Administración civil y militar>> (art. 97), esta dirección no significa que la Administración haya de servir al Gobierno: a quien sirve –el tenor del artículo 103 no ofrece lugar a dudas– es a los intereses generales. Con lo cual se hace emerger el problema de la posible discordancia entre estos intereses generales y la voluntad de un Gobierno parcial, indebidamente manejado por los Partidos políticos o por los grupos económicos y sociales” (“La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, cit., p. 2.226). Aspecto este al que se había referido tempranamente la doctrina en España: señalaría Segismundo Royo-Villanova que “La Administración no puede desvincularse de la Política. Aunque se quiera concebir a la Administración como una función ejecutiva de la ley, ha habido que reconocer que para la Administración, a diferencia de la Justicia, la aplicación de la ley es sólo un medio, un límite de la función administrativa; su fin es la satisfacción directa e inmediata de las necesidades del Estado, como unidad en sí mismo, o del pueblo, esto es, satisfacer los intereses colectivos comprendidos entre los fines del Estado” (“La Administración y la Política”, en *Revista de Administración Pública*, N° 10, enero-abril, 1953, pp. 11-12).

<sup>27</sup> Sobre la “inadecuación del concepto de representación política para explicar la posición de los administradores”, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 65-68, quien señalará: “la posición de los gobernantes no puede explicarse con la técnica de la representación política. Este concepto, tanto en la naturaleza de las cosas como en el texto mismo de la Constitución, está reservado a las Cámaras legislativas, cuyo producto típico, la Ley, es el único que en las organizaciones políticas puede presentarse como expresión de la voluntad general. Los gobernantes

legitimidad<sup>28</sup>: “la Administración misma, en cuanto organización, no tiene carácter representativo de la sociedad, a la que simplemente sirve”<sup>29</sup>.

### 3.5. *El carácter servicial de la Administración Pública como criterio para el control judicial de su actividad*

Hemos señalado la necesidad de considerar que el carácter servicial de la Administración Pública es aplicable a la entera actividad de ésta. Pues bien, una consecuencia, en el plano procesal, de tal conclusión, será que tal carácter servicial deberá ser considerado como un criterio para el control judicial de la actividad de la Administración Pública. El artículo 141 de la Constitución, como sabemos, da por supuesta una realidad: la Administración Pública, en el ordenamiento jurídico venezolano, está al servicio de los ciudadanos. Por ello, la actividad de la Administración Pública que no pueda ser reconducida, directa o indirectamente, al servicio de los ciudadanos, podrá ser objeto de control judicial a partir del artículo 141 de la Constitución, en tanto principio constitucional<sup>30</sup>. A la misma consecuencia habrá que llegar a la luz de los artículos 259 de la Constitución y 5, párrafo 1º, numeral 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En realidad, sólo si tal carácter servicial puede ser un criterio de control judicial de la actividad de la Administración Pública, ese principio podrá tener un juego propio, ante su eventual desconocimiento por aquélla. Control judicial que, con todo, deberá atender a las diferencias cualitativas conocidas entre las potestades regladas y las potestades discrecionales, cuyo ejercicio, como es sabido, deberán siempre atender, directa o indirectamente, a un fin de interés general. Diferencias cualitativas que, definitivamente, serán susceptibles de mayor o menor control judicial.

---

son, simplemente, gestores, subordinados a esa voluntad general formalizada, y su posición se expresa mucho más simplemente, en esa idea de Locke: están en una relación fiduciaria con el pueblo, por la cual éste, titular de la cosa pública, confía su gestión a las personas que él elige; pero el objeto de esa gestión sigue siendo propiedad del pueblo y sus fines no son otros que los intereses del propio pueblo” (p. 116). Véase igualmente Gustavo BRICEÑO VIVAS, “Principios generales que rigen el comportamiento de la Administración, de acuerdo con la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública”, cit, p. 358.

<sup>28</sup> Lo advertiría José Araujo-Juárez, para quien “siendo que a la Administración Pública le incumbe cumplir las leyes y actuar los fines constitucionales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, debemos concluir que su legitimidad no reside en que sea representativa, sino en su carácter servicial (*“La Administración Pública está al servicio”*, dice el citado Artículo 141 de la Constitución), en su instrumentalidad al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones”. (*“Consideraciones sobre el cambio institucional de la Administración Pública en la Reforma Constitucional”*, cit., p. 173).

<sup>29</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española. Estudios de ciencia administrativa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 144-145.

<sup>30</sup> Sobre tal consecuencia en el ordenamiento jurídico español, véase Alejandro Nieto, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, cit., pp. 2.293-2.253.

### 3.6. *Las consecuencias del principio*

Atendiendo a lo expuesto, tales serían las consecuencias que se derivan del carácter servicial de la Administración, según la fórmula del artículo 141:

En primer lugar, el ámbito de aplicación del principio se refiere a toda la actividad de la Administración Pública, según el criterio interorgánico propio de nuestro sistema. Incluso, a aquella en la cual el régimen jurídico aplicable sea preponderantemente el Derecho Privado.

En segundo lugar, el carácter servicial de la Administración Pública, en relación con la consecuencia anteriormente señalada, supone que no existe actividad “privada” de la Administración Pública: toda la actividad administrativa está destinada al servicio de los ciudadanos<sup>31</sup>.

En tercer lugar, por el carácter servicial de la Administración Pública, las potestades administrativas se ejercen en interés ajeno, según ha sido tradicional reconocer desde la teoría general de la actividad administrativa, que refiere toda esa actividad al interés general.

En cuarto lugar, el procedimiento administrativo, en tanto cauce para el ejercicio de la actividad administrativa, está sujeto al servicio de los ciudadanos (artículos 6 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 4 de la Ley de simplificación de trámites administrativos).

En quinto lugar, la organización administrativa debe tener como fin de su estructura y funcionamiento el servicio de los ciudadanos (artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

En sexto lugar, las formas de actuación unilaterales y bilaterales de la Administración Pública, deben considerarse al servicio de los ciudadanos.

En séptimo lugar, la posición de la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos es la propia de la subordinación al servicio de éstos<sup>32</sup>, lo que no es incompatible con su especial posición jurídica de la Administración Pública en la mayoría de las relaciones jurídico-administrativas.

En octavo lugar, el carácter servicial de la Administración Pública supone un contenido instrumental con respecto al Estado, dado que “ella es el vehículo por medio del cual el Estado entra en relación con los particulares para la gestión del interés público”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Véase Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., pp. 212-213.

<sup>32</sup> Véase José Ignacio HERNÁNDEZ G., “La administración paralela como instrumento del Poder Público”, cit., p. 177.

<sup>33</sup> Idem.

En noveno lugar, el carácter servicial de la Administración Pública alude a la objetividad como principio por el cual su actuación busca servir a los ciudadanos y no a ideologías políticas.

En décimo lugar, el carácter servicial que hacia los ciudadanos debe tener la Administración Pública es un criterio de control judicial de la actividad de ésta.

En undécimo lugar, la legislación y la jurisprudencia con incidencia directa o indirecta sobre el Derecho Administrativo, deben tener como criterio el carácter servicial de la Administración Pública.

#### IV. LA RECEPCIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de la Administración Pública aludirá expresamente al carácter servicial de la Administración Pública: al hacer referencia a la necesidad de realizar cambios en las estructuras públicas con el objeto de consolidar el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, advierte que esa Ley se concibe, “con el objeto de actualizar y transformar el ordenamiento que regula la Administración Pública, y a fin de que ésta oriente su actuación al servicio de las personas, en atención a los principios de legalidad, economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad”. Tal objeto sería precisado por la misma Exposición de Motivos, en los términos siguientes:

“En igual sentido, se reforma lo referente a la administración al servicio de los particulares regulado por la Ley vigente, toda vez que tal visión pudiera generar concepciones erradas, referidas a que la Administración Pública está al servicio de particularidades individuales y no a la satisfacción de las necesidades del colectivo, incorporando el proyecto el principio de la administración pública al servicio de las personas, lo cual redundaría en la integralidad del instrumento legislativo.

A tal efecto, se establece que la Administración Pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social, debiendo asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella. Además, tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, para con ello cumplir el mandato Constitucional”<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Notar que en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001 se utilizaba el término “particulares”, “en el sentido de ‘administrados’, sin que ello pudiera interpretarse que se trataba de privilegiar intereses privados” (Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública”, en *Ley Orgánica de la Administración Pública. Decreto Ley N° 6.217 de 15-07-2008*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, p. 22).

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Administración Pública recogerá expresamente el principio, para señalar que la Administración Pública está al servicio de las personas. Nótese, pues, cómo se utiliza una expresión distinta a la recogida por el artículo 141 de la Constitución, pero que a nuestros efectos pueden ser consideradas como equivalentes. La norma advertirá igualmente que la actuación de la Administración Pública “estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social”, como una concreción, en tanto fin de la actividad administrativa, de su carácter servicial.

El artículo 5 de la Ley de simplificación de trámites administrativos también adopta el carácter servicial de la Administración Pública, en la medida en la que se señala expresamente que “su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas”.

El Capítulo III del Título III de la Ley de simplificación de trámites administrativos, se dedicará expresamente a “La Administración Pública al Servicio de los Ciudadanos”. El artículo 35 señalará que el funcionario es, ante todo, un servidor público. Como servidor público, su actividad debe dirigirse eficientemente a las personas. Así, el artículo 35 de la Ley de simplificación de trámites administrativos reitera el uso del término personas, como lo hicieron los artículos 5 de la Ley Orgánica de Administración Pública y de la misma Ley de simplificación de trámites administrativos. Por lo demás, ese servicio eficiente a las personas debe procurar la plena satisfacción del interés colectivo.

# La definición de divisa en la reforma de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios

*Andrés F. Guevara B.*<sup>1</sup>

**SUMARIO: I. Introducción. II. Bases constitucionales para la interpretación de la LIC. III. Concepto de divisa en el derecho venezolano. IV. Concepto de título valor. V. La noción de documento y crédito como parte de los títulos valores. VI. Revisión jurisprudencial. VII. A modo de conclusión.**

## I. INTRODUCCIÓN

En febrero de 2003 se promulgó el Convenio Cambiario N° 1<sup>2</sup> (“Convenio N° 1”) mediante el cual se establece el régimen para la administración de divisas de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Banco Central de Venezuela<sup>3</sup> (“Ley del BCV”). Esta disposición señala que los convenios cambiarios “podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad”.

Fundamentándose en ello, el Convenio N° 1 incluye entre sus considerandos una disposición según la cual el régimen de administración de divisas obedece, entre otros, al hecho de que la “disminución de la oferta de divisas de origen

<sup>1</sup> Abogado, *summa cum laude* (UCAB, 2011). Comunicador Social, mención Periodismo (UCAB, 2007). Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Monteávila, cátedra de Comprensión y Comunicación.

<sup>2</sup> *Convenio Cambiario N° 1*, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.653 de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 19 de marzo de 2003.

<sup>3</sup> *Ley del Banco Central de Venezuela*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.419 de fecha 7 de mayo de 2010. Textualmente señala el artículo 124 de la ley lo siguiente: “Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital”. Para el momento en que se sanciona el Convenio Cambiario No. 1 el texto citado correspondía al artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela vigente para la fecha (Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.606 de fecha 18 de octubre de 2002).

petrolero y la demanda extraordinaria de divisas, ha afectado negativamente el nivel de las reservas internacionales y el tipo de cambio, lo cual podría poner en peligro el normal desenvolvimiento de la actividad económica en el país y el cumplimiento de los compromisos internacionales de la República Bolivariana de Venezuela”<sup>4</sup>.

En concordancia con las regulaciones mencionadas y para asegurar el debido cumplimiento del régimen para la administración de divisas, el legislador venezolano sancionó la Ley contra los Ilícitos Cambiarios (“LIC”)<sup>5</sup>. La última reforma de la LIC incluye una definición de divisa que incorpora a los títulos valores que estén denominados en moneda extranjera o que puedan ser liquidados en moneda extranjera.

El artículo 2 numeral 1 de la LIC define divisa de la siguiente manera:

*Divisa: Expresión de dinero en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios y cualquier modalidad, distinta al bolívar, entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela, así como también títulos valores que estén denominados en moneda extranjera o puedan ser liquidados en moneda extranjera*<sup>6</sup>.

La presente comunicación tiene por objeto determinar la pertinencia de considerar a los títulos valores como divisas y precisar si dicha posición adoptada por el legislador venezolano es acorde a los fundamentos doctrinales del derecho mercantil.

## II. BASES CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA LIC

La Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela garantiza el derecho a la libertad económica y a la autonomía privada de los individuos en el desarrollo de sus negocios jurídicos<sup>7</sup>. Este razonamiento se desprende de la interpretación concordada de los artículos 112 y 20 del texto constitucional, disposiciones según las cuales todas las personas pueden dedicarse libremente a

<sup>4</sup> *Convenio Cambiario N° (...)*

<sup>5</sup> *Ley contra los Ilícitos Cambiarios*, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.975 de fecha 17 de mayo de 2010.

<sup>6</sup> Resaltado nuestro.

<sup>7</sup> *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999; reimpressa por “errores materiales” en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000 y posteriormente enmendada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.908 de fecha 19 de febrero de 2009.

la actividad económica de su preferencia, teniendo el derecho de desenvolverse libremente sin más limitaciones que aquellas establecidas en la Constitución y las leyes.

Estos derechos a la libertad económica y la autonomía privada se enmarcan dentro de un *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*, que propugna entre sus *valores superiores* a la libertad. Esta afirmación es de suma importancia puesto que todas “las normas de la Constitución venezolana deben ser interpretadas *de conformidad con los valores superiores del artículo 2 de la Constitución de 1999*”<sup>8</sup>.

Siendo el derecho a la libertad económica un derecho fundamental, provisto en consecuencia de una protección jurídica reforzada<sup>9</sup>, cualquier ordenación y limitación de la autonomía privada derivada del Estado social, debe estar acompañada por una serie de garantías jurídicas que respeten a la autonomía privada<sup>10</sup>. Entre estas garantías se incluyen: (i) que la limitación a la autonomía privada se fundamente en el principio de reserva legal; (ii) que la limitación asegure el contenido esencial del derecho a la libertad económica y a la autonomía privada y (iii) **“toda afección a la libertad económica debe respetar un conjunto de garantías materiales, que parten del postulado según el cual la libertad es la regla y la limitación la excepción”**<sup>11</sup>. Es decir, “que la restricción a la libertad económica, además de ser expresa y de interpretación restrictiva, no debe ir más allá de lo necesario para asegurar la protección del bien jurídico tutelado”.

De este modo, puesto que la LIC es una ley supeditada a lo dispuesto en la Constitución, que además tiene por objeto establecer los supuestos de hecho que constituyen ilícitos cambiarios así como sus respectivas sanciones, aspectos estos que inciden inexorablemente en los negocios jurídicos, en la autonomía privada de las personas y en el derecho fundamental de la libertad económica, dicha norma debe estructurarse e interpretarse respetando las garantías propias del Estado de Derecho, en especial el principio *pro libertate* como regla y no como excepción.

### III. CONCEPTO DE DIVISA EN EL DERECHO VENEZOLANO

Expuesta la definición de divisa de la LIC y desarrolladas las bases constitucio-

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ, José I. *Código de Comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada*, En: Bicentenario del Código de Comercio Francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p. 245.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 250-251. Resaltado nuestro.

nales para su interpretación, se hace necesario determinar si dicha definición se adecua al ordenamiento jurídico venezolano. El Banco Central de Venezuela (BCV) incorpora en su glosario electrónico la siguiente definición de divisas:

**Divisas.** *Todas las monedas diferentes a las que tienen curso legal de un país determinado. Este término se aplica a los billetes y monedas extranjeras, a los depósitos en bancos e instituciones financieras internacionales, transferencias, cheques y letras*<sup>12</sup>.

De la definición del BCV se destacan los siguientes aspectos: (i) se trata de una moneda; (ii) es una moneda diferente a la del curso legal de un país determinado; (iii) el término “divisas” también se aplica a cheques y letras, elemento muy importante por cuanto los cheques y las letras son títulos valores por excelencia.

Rodner, por su parte, sostiene que en Venezuela “se utiliza indistintamente el término ‘moneda extranjera’ y ‘divisa’ para referirse a cualquier moneda diferente a la moneda de curso legal en Venezuela”<sup>13</sup>. De lo expuesto por este autor, la divisa sería (i) una moneda diferente al bolívar, que es la moneda de curso legal en Venezuela<sup>14</sup>.

Conviene recordar que de acuerdo con el artículo 449 del Código de Comercio<sup>15</sup> venezolano la obligación en moneda extranjera se define como aquella “clase de moneda que no tenga curso en el lugar de pago”. En nuestro ordenamiento, además, existen otras normas que han desarrollado el concepto de divisa. Sin embargo su explicación trasciende los objetivos de este estudio<sup>16</sup>.

Con un enfoque más lingüístico, la Real Academia Española (RAE) define a la palabra “divisa” de la siguiente forma: “Moneda extranjera referida a la unidad del país de que se trata”<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Banco Central de Venezuela. *ABC Económico*. [Diccionario electrónico] Banco Central de Venezuela. Disponible en: <http://www.bcv.org.ve/c1/abceconomico.asp#D> [Consultado en 2012, marzo 10]

<sup>13</sup> RODNER, James-Otis, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Segunda Edición, Caracas, 2005, p. 242.

<sup>14</sup> Así lo establece el artículo 318 de la Constitución de 1999 al disponer que “(...) la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar (...)”. Esta disposición se reafirma en el artículo 106 de la Ley del BCV.

<sup>15</sup> *Código de Comercio de Venezuela*, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 475 de fecha 21 de diciembre de 1955.

<sup>16</sup> Ver por ejemplo los casos de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, entre otras.

<sup>17</sup> Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésimo segunda edición. [Diccionario electrónico] Real Academia Española. Disponible en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=divisa](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=divisa) [Consultado en 2012, marzo 10]

De las definiciones expuestas, parece claro que el concepto de divisa incorpora dos aspectos fundamentales. Primero, se trata una moneda. Segundo, esta moneda no tiene curso legal en un territorio determinado. Esta definición de divisa se aproxima a la concepción clásica del dinero<sup>18</sup>, según la cual dinero es lo que el Estado define como tal y, en el caso venezolano, dinero sería un sinónimo de moneda de curso legal<sup>19</sup>. Tanto la Ley del BCV como el Código de Comercio parecieran adoptar la concepción clásica en su articulado.

Sin embargo, la doctrina plantea a su vez la existencia de una concepción más amplia del dinero, en la que no necesariamente la moneda de curso legal y el dinero serían sinónimos<sup>20</sup>. En adición a esta idea inicial, una concepción amplia del dinero incorporaría dentro de las obligaciones pecuniarias “cualquier valor representativo del dinero”<sup>21</sup>.

Estos postulados parecieran acercarse a lo que Heinz Riehl y Rita Rodríguez definen como “*money*” o “*near-money*” cuando señalan lo siguiente: “*Money or near-money is nothing more than a financial paper representing a sum of money that one person (or enterprise) owes to another. In the case of currency, that is, cash in your pocket, it is the government that owes the money to you as the bearer of currency*”<sup>22</sup>.

Estos autores reconocen una concepción amplia del dinero compuesta por la relación acreedor-deudor (obligación) que, en el caso concreto de la moneda, tiene como deudor al Estado y acreedor a aquellos que sean propietarios del papel-moneda.

Una concepción amplia del dinero no consideraría a la moneda como un bien, sino como un elemento fiduciario determinado y garantizado por el Esta-

---

<sup>18</sup> Para una aproximación jurídica al concepto de dinero ver NUSSBAUM, Arthur, *Teoría Jurídica del Dinero*, Revista de Derecho Privado, Imprenta Helénica, Madrid, España, 1929. Nussbaum define al dinero como “aquellas cosas que, en el comercio, se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo (x veces) de una unidad ideal” (p. 29).

<sup>19</sup> Ver RODNER, James-Otis, *El dinero (...)* ob.cit... pp. 201 y 202.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 202. Este postulado se diferenciaría de la definición que presenta Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre en su Curso de Obligaciones, quienes definen las obligaciones pecuniarias como aquellas que tienen “como objeto el pago de una suma de dinero, que se ejecuta mediante la transferencia de moneda” (p. 279), partiendo así de una concepción clásica del dinero. Ver MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Tomo I*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2007.

<sup>22</sup> RIEHL, Heinz y RODRÍGUEZ, Rita: *Foreign Exchange and money markets*, McGraw-Hill Book Company, United States of America, 1983, p. 5.

do<sup>23</sup>, pero que iría más allá de la moneda de curso legal. La definición de divisa expuesta en la LIC pareciera acercarse a este postulado.

En este sentido, será necesario determinar si los títulos valores y su definición jurídica pueden incluirse dentro de la concepción amplia del dinero manejada en la LIC.

#### IV. CONCEPTO DE TÍTULO VALOR

La doctrina clásica ofrece los fundamentos esenciales para aproximarnos al concepto de título valor. Vivante define al título de crédito como “*un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo*”<sup>24</sup>. De la definición expuesta por Vivante se extraen las consabidas características de los títulos valores: (i) literalidad; (ii) autonomía; (iii) el título como *documento necesario* para ejercitar el derecho (“incorporación”)<sup>25</sup>.

Con la expresión *valores mobiliarios* Ripert designa a los “títulos negociables que representan los derechos de socios o prestamistas a largo plazo”<sup>26</sup>. Este autor reconoce la naturaleza jurídica de los títulos valores como bienes muebles<sup>27</sup>, incluyendo el billete al portador firmado por el Banco de Francia transformado en moneda<sup>28</sup>. La conclusión es clara: el dinero es un título valor.

La doctrina española se inclina por definir al título valor como “el documento esencialmente transmisible necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él mencionado”<sup>29</sup>. Sánchez Calero también considera al título valor como una cosa mueble destinada a su circulación o transmisión, a la que se aplican normas inspiradas en el régimen de transmisión de las cosas muebles en lugar de las normas propias de la cesión de los derechos de crédito<sup>30</sup>.

Como exponente de la doctrina venezolana, Morles Hernández define título valor de la siguiente manera: “Es un documento en el cual el nacimiento del derecho puede o no estar vinculado a la elaboración del documento (...), pero el *ejercicio* del derecho está necesariamente vinculado a la existencia del docu-

<sup>23</sup> Ver MADURO LUYANDO, *ob. cit.*... p. 280.

<sup>24</sup> VIVANTE, Cesar: *Tratado de Derecho Mercantil*, Volumen III, Editorial Reus, Madrid, 1936, p. 136.

<sup>25</sup> *Ídem*.

<sup>26</sup> RIPERT, Georges. *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Volumen III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 11.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, Vigésima Edición, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 4.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 5.

mento. Conforme a una tesis tradicional, en el título valor, el derecho es accesorio del título. En consecuencia, el poseedor legítimo del documento es el titular del derecho. Quien tiene el título tiene el derecho y no hay derecho sin título<sup>31</sup>.

La definición desarrollada por Morles Hernández es cónsona con las ideas expuestas por Vivante y Sánchez Calero. De sus definiciones se extraen dos elementos que constituyen el concepto de título valor: (i) se trata de un documento; (ii) el documento implica el ejercicio de un derecho.

## V. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO Y CRÉDITO COMO PARTE DE LOS TÍTULOS VALORES

Se hace necesario precisar de este modo qué se entiende por documento. Así, documento es una *cosa representativa* del mundo<sup>32</sup>. Se trata, pues, de “un instrumento en donde conste algo que constituya un esfuerzo intelectual sobre su contenido y su inscripción”<sup>33</sup>. En el documento existe una declaración intelectual del hombre que se constituye en contenido, independientemente del acto de creación del medio de representación<sup>34</sup>.

El título valor contendría una representación de la realidad. Realidad que se constituye en un derecho de crédito. Derecho de crédito entendido como una relación jurídica en la que existen dos sujetos perfectamente determinados, “que autoriza a uno de los términos subjetivos (pretensor, acreedor) exigir a otro (obligado, deudor) una determinada prestación positiva o negativa a la cual, en el curso ordinario de las cosas, no estaría obligado”<sup>35</sup>.

Si bien aceptamos que no existe una teoría general del derecho real que se encuentre normativamente consagrada en Venezuela<sup>36</sup>, y que de hecho no sea posible clasificar todos los derechos patrimoniales en los grandes grupos de derechos reales y derechos de obligaciones<sup>37</sup>, la estructura del título valor no puede desligarse de los principios fundamentales de los derechos de crédito.

---

<sup>31</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo III, Quinta Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p. 1.585.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 1.584.

<sup>33</sup> RIVERA MORALES, Rodrigo: *Las pruebas en el derecho venezolano*, Tercera Edición, Editorial Jurídica Santana, San Cristóbal (Estado Táchira, Venezuela), 2004, p. 475.

<sup>34</sup> *Ídem*.

<sup>35</sup> KUMMEROV, Gert: *Bienes y derechos reales*, Quinta Edición, Editorial McGraw Hill, Caracas, 2002, p. 116.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>37</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Estudios sobre derecho de cosas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, p. 141.

Los derechos de crédito conforman la columna vertebral de las obligaciones. Concretamente, en el caso de las divisas se estaría frente a una obligación en moneda extranjera. Valga decir, una relación de crédito en la cual se pueden encontrar al menos seis situaciones de hecho diferentes<sup>38</sup>: (i) la moneda objeto de la prestación tiene un curso legal diferente de la moneda de curso en el lugar de pago<sup>39</sup>. (Esta es la concepción a la cual parecen apegarse las leyes venezolanas); (ii) cuando la moneda objeto de la prestación tiene un curso legal diferente de la Ley que rige la relación contractual<sup>40</sup>; (iii) la moneda objeto de la prestación tiene curso legal diferente a la moneda de curso legal en el domicilio del deudor<sup>41</sup>; (iv) la moneda objeto de la prestación tiene curso legal diferente a la moneda de curso legal en el domicilio del acreedor<sup>42</sup>; (v) las obligaciones pecuniarias entre sujetos con domicilio o residencia diversas<sup>43</sup> y (vi) cuando la obligación en moneda extranjera nazca de un contrato que implique un pago internacional. Es decir, un contrato cuyo objeto comprenda el flujo de bienes o valores a través de fronteras<sup>44</sup>.

De lo expuesto, no cabe duda de que el título valor es un documento cuya existencia en el plano jurídico viene justificada por su carácter documental supeditado a una relación jurídica acreedor-deudor.

## VI. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

Nuestra revisión de las decisiones de los tribunales venezolanos en relación con la interpretación del concepto de *divisa* o *moneda extranjera* no arroja resultados que permitan esclarecer qué entiende el sentenciador por las mencionadas palabras. No obstante, algunos puntos relativos a nuestro tema de estudio merecen precisarse.

En 1999, la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) se acoge a la doctrina de Rodner en cuanto al cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera. En efecto, señala la CSJ lo siguiente:

En ese sentido, la doctrina patria especializada en la materia, con irrecusable acierto, expresa:

<sup>38</sup> RODNER, James-Otis: *Las obligaciones en moneda extranjera*, Editorial Sucre, Caracas, 1983, pp. 59-60.

<sup>39</sup> *Ídem*.

<sup>40</sup> *Ídem*.

<sup>41</sup> *Ídem*.

<sup>42</sup> *Ídem*.

<sup>43</sup> *Ídem*.

<sup>44</sup> *Ídem*.

“Para el cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera se debe distinguir si la moneda extranjera está expresada como moneda de cuenta (moneda de contrato o moneda alternativa), o como moneda de pago. Cuando la moneda se fija como moneda de cuenta, ella fija un medio para definir el ‘**quantum**’ de la obligación en una moneda extranjera, pero el deudor se puede liberar entregando el equivalente de la moneda extranjera en moneda de curso legal en el lugar del pago (...) / Cuando la moneda extranjera se establece como moneda de pago el deudor (...) sólo se libera entregando la suma en moneda extranjera (...) En estos casos el deudor no puede pretender liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal (...) / En Venezuela la Ley del Banco Central como norma de derecho común establece una presunción salvo (estipulación) en contrario, que toda obligación en moneda extranjera, opera como una estipulación de moneda de cuenta (...) no bastará el simple interés del acreedor para leer una cláusula en moneda de pago; la Ley del Banco Central requiere una ‘convención especial’, lo cual implica un lenguaje suficientemente claro que de él se derive la intención de las partes que el deudor se libere entregando precisamente una cantidad de signos monetarios extranjeros” (Otis Rodner, James; *Las Obligaciones en Moneda Extranjera*, Caracas, 1983, pp. 89, 115 y 117)<sup>45</sup>.

En esta decisión la CSJ no aborda el concepto de divisa. En su lugar, se limita a desarrollar los fundamentos que deben regir el cumplimiento de una obligación en moneda extranjera distinguiendo dos supuestos: moneda extranjera como (i) moneda de cuenta o (ii) moneda de pago.

Dicho razonamiento facilita la comprensión del cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera, pero no dilucida qué entiende el máximo Tribunal por divisa o moneda extranjera.

Este criterio, sin embargo, se mantiene hasta fecha reciente, tomando a la moneda extranjera como concepto definido *a priori* y sujeto simplemente a su instrumentalización. De este modo, el Tribunal Supremo de Justicia reconoce que las normas cambiarias “se considera que la inserción de las políticas cambiarias no invalidó **las contrataciones pactadas en moneda extranjera pagaderas dentro del territorio de la República**, sino que modificó su cumplimiento. De tal modo que en estos casos la moneda que inicialmente fue estipulada como moneda de pago pasa a ser una moneda de referencia en función del cambio oficial establecido para la fecha de realizarse el pago”<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> *Caso: José Ribeiro Rodrigues vs. Transportes Aéreos Portugueses S. A.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ponencia del magistrado Andrés Octavio Méndez Carvallo, de fecha 10 de agosto de 1999.

<sup>46</sup> *Caso Motores Venezolanos, C.A. (MOTORVENCA) vs. Banco de Venezuela, S.A. Banco Universal* Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, 2 de noviembre de 2011.

El máximo Tribunal sostiene que con el control de cambios la moneda extranjera como moneda pago se sustituye como moneda de cuenta, tomando como base la tasa de cambio oficial fijada por el BCV. Recientemente, este criterio se ha reconocido incluso para el pago de daños y perjuicios moratorios en moneda extranjera<sup>47</sup>. Sin embargo, nada dice el Tribunal sobre qué entiende por divisa.

Otro grupo de sentencias no abordan siquiera tema de las obligaciones en moneda extranjera sino que se limitan de manera reiterada a otorgar una justificación teleológica al control de cambios y a la restricción de la libre convertibilidad de la moneda. Fundamentan el control de cambios en virtud de la necesidad de “coadyuvar a promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social”<sup>48</sup>.

Ninguno de estos conceptos jurídicos indeterminados arroja base alguna en cuanto a la definición de divisa. Cabe acotar, adicionalmente, que en su mayoría las decisiones revisadas toman como base la LIC previa a su modificación del 17 de mayo de 2010, obviando por completo la definición de divisa incorporada en dicha reforma.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Previo a la reforma de la LIC, existió un mercado privado de permuta de títulos valores con fines cambiarios, cuya operatividad y vigencia se extiende desde la aparición del control de cambios en el año 2003 hasta la mencionada reforma<sup>49</sup>. Posteriormente, con la reforma de la LIC, dicho mercado privado de permuta se prohíbe expresamente y se sustituye por un mercado público de títulos valores con fines cambiarios<sup>50</sup>.

Este tránsito del mercado privado al mercado público de títulos valores obedece a la incorporación que hace el legislador al incluir dentro de la definición de divisas de la reforma de la LIC a los “títulos valores que estén denominados en moneda extranjera o puedan ser liquidados en moneda extranjera”.

<sup>47</sup> *Caso: Calzados Twist, C.A. vs. Sans Gene, C.A.* Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, ponencia de la jueza Evelyn D'Apollonia Abraham, del 22 de febrero de 2012.

<sup>48</sup> *Caso José Guerra, Orlando Ochoa P., Jesús Rojas D. y Oscar García*, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ponencia de la magistrada Luisa Estrella Morales, 16 de noviembre de 2010.

<sup>49</sup> ROMERO MUCI, Humberto. *Análisis diacrónico de las transacciones de permuta de títulos valores en el régimen cambiario venezolano <aspectos tributarios>*, En Revista de Derecho Tributario, Número 129, primer trimestre 2011, Editorial Legis, Caracas, p. 11.

<sup>50</sup> *Ídem*.

Sin embargo, “la lectura textual aislada (**sincrónica**), descontextualizada, mecánica y hasta obtusa de algunas reglas del control de cambio, ha sido causa de muchos errores de conceptualización jurídica”<sup>51</sup>, incluyendo la definición de divisa desarrollada en la reforma de la LIC.

El error fundamental del que adolece la reforma de la definición de divisa de la LIC estriba en la desafortunada redacción que desarrolla el postulado jurídico. Se trata ante todo de un problema de técnica legislativa.

La definición de divisa de la LIC es redundante. En primer lugar enumera como formas de expresión de dinero en forma enunciativa (mas no restrictiva) a (i) monedas metálicas; (ii) billetes de banco; (iii) cheques bancarios; (iv) cualquier modalidad distinta al bolívar como moneda de curso legal. Seguidamente, procede a mencionar a (v) los títulos valores denominados en moneda extranjera o que puedan ser liquidados en moneda extranjera.

Como se mencionó *supra* tanto los billetes y los cheques<sup>52</sup> se aproximan a la definición de título valor. El legislador además reconoce la posibilidad de que estos se encuentren expresados en moneda extranjera (“distinta al bolívar”, como moneda de curso legal). ¿Por qué entonces el legislador después de mencionar una especie de título valor procede a desarrollar el vocablo “títulos valores en moneda extranjera o que puedan ser liquidados en moneda extranjera” bajo una acepción más general, de género?

El legislador debió partir de la concepción general de título valor y luego, de ser el caso, enumerar los títulos valores que se considerasen necesarios. En este sentido, si la intención del legislador era prohibir expresamente el mercado permuta privado de títulos valores, pudieron haberse incluido en la definición de divisa aquellos títulos valores emitidos por (i) la República; (ii) sus entes descentralizados; (iii) cualquier otro ente que hubiesen sido denominados en moneda extranjera o que puedan liquidarse en moneda extranjera. Dicha inclusión obedecería a la realidad económica del país y a la práctica comercial que se ha venido gestando en la república desde la implementación del control de cambios.

De esta forma, consideramos que técnicamente los títulos valores denominados en moneda extranjera o que puedan ser liquidados en moneda extranjera sí pueden considerarse como divisas. Nuestro razonamiento partiría de una concepción amplia del dinero, tomando como base al dinero de curso legal<sup>53</sup> incorporando medios de pago distintos a las monedas y billetes. Una concepción del dinero faci-

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>52</sup> Así se colige de la lectura concordada de los artículos 489 y 491 del Código de Comercio venezolano.

<sup>53</sup> Ver RODNER, James-Otis, *El dinero (...)* ob. cit... p. 79.

litaría las operaciones de la práctica comercial siempre y cuando estas se funden y respeten los derechos a la libertad económica, la propiedad y la autonomía privada.

Teleológicamente, sin embargo, la LIC parece ir en otra dirección<sup>54</sup>, engranando con un planteamiento diferente del sector financiero conformado por dos características sobresalientes: (i) la acentuación del signo intervencionista del Estado que es propio de la actividad financiera y (ii) el cambio radical del principio de derecho privado según el cual las personas pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido<sup>55</sup>, puesto que ahora “los agentes económicos únicamente pueden realizar los actos que la ley autorice”<sup>56</sup>.

Se trata, sin más, de una aproximación intelectual errada entre la relación dialéctica de forma y materia, medios y fines en la que la “primacía del formalismo jurídico, asociada al rigorismo del normativismo y a la tendencia formalista del método jurídico en el que se identifica el ‘**derecho con la ley**’, diluye el valor del material del derecho y opaca la sustancia económica, creando situaciones de iniquidad que frustran la realidad”<sup>57</sup>.

De este modo, no encontramos indubitablemente ante un abuso del *nomen iuris* por parte del legislador, quien niega los fundamentos de la economía partiendo de su presunta infalibilidad olvidando así una dura verdad: los legisladores también se equivocan. No son dioses ni ángeles resguardando el paraninfo de la legalidad.

---

<sup>54</sup> Por su extensión, excede a los objetivos de este estudio realizar un examen pormenorizado sobre la constitucionalidad y finalidad de la LIC.

<sup>55</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, p.14

<sup>56</sup> *Ídem*.

<sup>57</sup> ROMERO-MUCI, Humberto, *Discurso de incorporación del doctor Humberto Romero-Muci a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006, p.21

# Matrimonio y fidelidad conyugal en la Venezuela del s. XIX y principios del XX

*Luisa Andreína Henríquez Larrazábal*<sup>1</sup>

**SUMARIO: I. Razones que propiciaron la instauración del matrimonio civil obligatorio (1873): 1.1. Razones ideológicas. 1.2. Razones personales de Guzmán Blanco. II. El divorcio vincular en Venezuela (1904) III. El concubinato en las primeras décadas del siglo XX.**

## I. RAZONES QUE PROPICIARON LA INSTAURACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO (1873)

### *1.1. Razones ideológicas*

El movimiento secularizador del matrimonio en Europa ya había comenzado mucho tiempo antes (mediados del siglo XVI) con la Reforma protestante. Además, había colaborado con este hecho el regalismo en países que siguieron siendo católicos y en donde la Ilustración y la Revolución francesa habían marcado impronta.

El regalismo se había servido de una postura ecléctica entre la doctrina católica y las tesis protestantes<sup>2</sup>. Por su parte, las ideas de la Ilustración y la Revolución francesa sostenían que el matrimonio primeramente era un contrato civil, por tanto sólo correspondía al Estado su regulación<sup>3</sup>.

Dentro de los autores franceses que sustentan que el matrimonio es un contrato civil está Pothier, quien influyó en la génesis de la doctrina y las leyes venezolanas. Pothier sigue al galicanismo llevándolo hasta sus últimas consecuencias, especialmente en su libro *Du contrat de mariage* (1768). Agrega que los reyes tienen derecho a crear leyes sobre el matrimonio: para impedirlo respecto a algunas personas (impedimentos dirimentes); para establecer su forma o para

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Civil (Personas y Familia), Universidad Monteávila.

<sup>2</sup> M. LÓPEZ-ALARCÓN y R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 25.

<sup>3</sup> Cfr. L. CRESPO DE MIGUEL, *La secularización del matrimonio (intentos anteriores a la revolución de 1868)*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 7-8.

declarar su nulidad cuando fuesen celebrados en contravención a las leyes civiles, al igual que ocurre con los demás contratos. Para Pothier declarar nulo un matrimonio no es inmiscuirse en el sacramento, pues éste no desaparece, sólo que impide que nazca el sacramento porque la materia de éste es el contrato, que al ser nulo no le sirve de base. Su doctrina contrato civil-materia sacramento ha sido el sillar de la secularización del matrimonio en diversos países americanos<sup>4</sup>.

Desde las primeras décadas del siglo XIX y hasta principios del XX se respira el aire de la Ilustración en Venezuela<sup>5</sup>. En pocos años se extiende el racionalismo, el movimiento bíblico protestante y la francmasonería<sup>6</sup>. Las Universidades alimentan las ansias de modernidad y con ella de revolución de las ideas. La ciencia pretende librar el pensamiento del dogma y regir la sociedad. El objetivo es rechazar toda moralidad que no proceda de la razón<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 14-15. En 1786, Francisco Antonio de Elizondo, miembro del Consejo de Su Majestad y Fiscal Civil de la Real Chancillería, publicó un libro dedicado al Conde de Florida-blanca, en el que salvaguardaba la potestad civil para establecer impedimentos matrimoniales. Según él, los Reyes pueden establecer impedimentos porque el matrimonio es un contrato; y, por su parte, la Iglesia tiene potestad privativa sobre el sacramento. Así pues, concluía que «las leyes dictadas por los Soberanos, no tocan en modo alguno a la sustancia del sacramento del matrimonio, sino que socorren a la necesidad del contrato» (*Ibidem*, pp. 10-11).

<sup>5</sup> El mismo Francisco de Miranda, el 5 de julio de 1811, reconocía ante la Asamblea, que en ninguna ciudad de Estados Unidos –que conocía bastante bien– «había más luces e ilustración que en Caracas» (cfr. P. DE LETURIA, *Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamérica II* [Época de Bolívar 1800-1835], publicaciones de la Sociedad Bolivariana de Venezuela, Caracas, 1959, p. 79).

<sup>6</sup> El periódico *Iris de Venezuela* en su edición del 8 de mayo de 1823 afirmaba, a un pueblo eminentemente católico y sacudido por las devastadoras guerras de independencia, que el origen de la masonería estaba en los mismos principios evangélicos. El editor sabía que se dirigía a un pueblo principalmente católico, por eso no tenía reparos en asegurarle que la masonería había contado con «infinitos eclesiásticos, ya seculares, ya regulares, de ejemplar virtud, santos mismos canonizados por la Silla Apostólica, un Papa e innumerables Cardenales». Siendo Venezuela para ese momento un país seriamente herido por la guerra de independencia, la masonería no tenía visos de herejía. Era aceptable –propagaba el periódico– «una asociación de hombres que se reúnen para hacer el bien a sus semejantes, contribuyendo cada cual según sus medios para ello, y guiándose por los principios fundamentales de la Religión que son los de la caridad, sin poner en cuestión los dogmas de la fe, pues cada cual puede atenerse a los que quiera». *Iris de Venezuela*, 69. Caracas 8 de mayo de 1823, 4 (G. OCANDO YAMARTE, *Historia político-eclesiástica de Venezuela [1830-1847]*, Tomo I, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 46-47).

<sup>7</sup> El periódico *El Venezolano* en su sección *Variedades*, editada el 9 de septiembre de 1822, presentaba el texto de Tracy quien sostenía que la religión era algo privado: «El “espíritu de las leyes” en este punto, debía limitarse “a no ofender ni forzar las opiniones religiosas de ningún ciudadano, y hacer que ninguna de ellas tenga la menor influencia en los negocios civiles”. Toda religión consistía “en algunas opiniones especulativas llamadas dogmas”. Los principios morales, aún siendo irrepreensibles tendrían “el inconveniente de que les daría por bases ciertas opiniones por lo menos inciertas, en vez de fundarlas en la sana razón y en motivos firmes y constantes”» *El Venezolano*, 14. Caracas 9 de septiembre de 1822, 3 (*Ibidem*, p. 45).

Antonio Leocadio Guzmán, padre de Guzmán Blanco y fundador del Partido Liberal, es uno de los abanderados en la difusión de estas nuevas tendencias: no se pueden establecer las instituciones modernas sin cambiar la mentalidad de los ciudadanos. Para transformar todos los hábitos, costumbres y concepciones heredadas de España se propone cambiar la educación y formación hasta los estratos psicológicos más profundos y las mismas bases de la cultura colonial. A la Iglesia se la *utiliza* para imponer el dominio político del Estado, pero sin concesiones a cambio. Así se explican los enfrentamientos entre católicos y liberales en los campos de la educación, de la organización familiar, del matrimonio, de las cuestiones religiosas y de las relaciones sociales<sup>8</sup>. Los primeros combaten duramente la masonería, que contraataca solicitando al Congreso de 1867 la sanción del matrimonio civil; sin embargo, ésta no se decretará sino unos años más tarde con el apoyo que Guzmán Blanco dará a las ideas anticlericales masónicas.

El sectarismo contrario a toda religión incitado por la masonería se amparó en los principios liberales de los intelectuales de la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo en la libertad de conciencia y en la igualdad ante la ley, para facilitar los matrimonios de los no católicos<sup>9</sup>. En torno a la Ley de Matrimonio Civil surgen diversos acontecimientos unos seguidos de otros.

8 La reforma liberal triunfó militarmente con el gobierno de Antonio Guzmán Blanco (1870-1888), conocido oficialmente como *el ilustre americano*. Se catalogó por su ofensiva radical contra la institución eclesiástica dejando marcada huella en el futuro de ésta. La debilitó como institución política, económica y social. Las creencias del pueblo se vieron seriamente afectadas al reducirse drásticamente el clero, disminuir la instrucción religiosa y expandirse la literatura anticlerical. Sin embargo, esto no aniquiló las prácticas fervientes del pueblo católico. La Iglesia perdió el poco respaldo constitucional y legal que tenía en los antiguos regímenes y se vio absolutamente sometida al dictador, cometiéndose un sin fin de infracciones a la ley de patronato eclesiástico (cfr. R. MARTÍNEZ DE CODES, *La Iglesia Católica en la América Independiente (siglo XIX)*, Mapfre, Madrid, 1992, p. 215).

<sup>9</sup> Al matrimonio se le atribuye la condición de negocio jurídico; se separan la ley y la religión en favor de preservar la libertad de las conciencias individuales. Ejemplo de ello son los comentarios de Dominici, jurista venezolano de esta época, quien considera que «el que los contrayentes deban regular su unión primeramente por la legislación civil está acorde con los principios de igualdad, porque así católicos y no católicos estarán en las mismas condiciones ante la ley. No como sucedía con las disposiciones antiguas en la que los individuos que pertenecían a credos diferentes al cristianismo no podían celebrar matrimonio legal porque el único válido era el preestablecido por la Iglesia Católica. Cuando se casaban católicos y protestantes, se tenían que solicitar dispensas y si el matrimonio era entre cristianos y judíos, cuando no seguían lo preceptuado por la Curia romana, debía el judío pasar por los trámites de una conversión que no siempre era sincera» (A. DOMINICI, *Comentarios al Código civil venezolano [reformado en 1896]*, Tomo I, “Rea”, Caracas, 1962, pp. 131-132).

Considera este autor que para ser coherentes con las prescripciones constitucionales que velan por la libertad de pensamiento y de conciencia, el legislador prefirió dejar a potestad de la ley las formalidades del matrimonio civil, pues «reconocer como legal el matrimonio hecho conforme á (*sic*) los ritos de cada secta ó religión, tiene todos los inconvenientes que proceden de la obser-

En 1838, las distintas logias masónicas venezolanas luchan por los derechos civiles, la abolición de la esclavitud, la libertad de culto, la instrucción pública, el matrimonio civil y los registros civiles de nacimientos, matrimonios y defunciones. En 1867 las logias solicitan ante las Cámaras Legislativas la instauración del matrimonio civil y de los registros civiles, pero tal petición es denegada. Tendrán que esperar a que Guzmán Blanco llegue a la presidencia para lograr por Decreto estos objetivos en enero de 1873<sup>10</sup>.

Meses antes, el 17 de junio de 1872, Guzmán Blanco autoriza al Ejecutivo nacional para organizar el Distrito Federal decretando dentro de las atribuciones y deberes de la Corte Suprema: «Conocer de las causas que le atribuye la ley de patronato eclesiástico» (Ley II, art. 5º) y dentro de las atribuciones del Juez de Primera Instancia: «Conocer en primera instancia de las demandas de divorcio de los heterodoxos, y de las de aquellas partes que según los dictámenes de su conciencia prefieran la jurisdicción civil» (Ley V, art. 2º)<sup>11</sup>.

El 12 de septiembre de 1872, se declara a la Iglesia incompetente en los juicios sobre la legitimidad del matrimonio. Se trata de un texto del Ministro de Relaciones Exteriores (Antonio Leocadio Guzmán), en respuesta al jefe mu-

---

vancia y aplicación de diversas legislaciones en una misma materia y en un mismo país, y reducir la observancia del matrimonio civil sólo a (*sic*) las personas que no profesaren el culto católico equivale a (*sic*) establecer divisiones entre los ciudadanos, que son y deben ser iguales ante la ley» (*Ibidem*, pp. 131-132). Sobre este comentario de Dominici consideramos que la pretendida separación del sacramento y del contrato en el matrimonio, más que ser un respeto a la igualdad, lesiona diametralmente la libertad religiosa del ciudadano, quien tiene derecho a decidir no sólo la fe que desea profesar si no también su práctica pública o privada.

<sup>10</sup> Parte de la razón que les movió a hacer esta solicitud a las Cámaras Legislativas fue que en 1858 José Ruiz, hermano masón de la logia Protectora de las Virtudes n° 1 de Barcelona, estando en Barquisimeto en agonía de muerte, había recibido varias visitas del padre Andrés Domínguez con el fin de que éste abjurase de la masonería y así pudiese recibir el sacramento de la Unción. El masón no renegó, y por su parte, el sacerdote no autorizó que sus restos fuesen sepultados en el cementerio público de Barquisimeto. Esto irritó en gran extremo a los masones. La Gran Logia decide nombrar una comisión para lograr un acuerdo con la Iglesia, que al final no se consiguió. Esta imposibilidad de solución fue la que les llevó en 1867 a solicitar al Congreso una Ley que permitiera el ejercicio de los derechos con independencia de los ministros de la Iglesia. Y, por tanto, se instaurase el matrimonio civil y los registros civiles, exigiendo que se excluyera a la Iglesia y al poder espiritual de estos asuntos, competencia del Estado. Desde su punto de vista, lo lógico era que exigieran sus derechos por ser venezolanos no por ser católicos. Sin embargo, esta solicitud fue negada por parte de las Cámaras Legislativas, alegando precisamente que la mayor parte de la población venezolana era católica. Al final tuvieron que esperar que Antonio Guzmán Blanco, masón, asumiera la presidencia y decretara el matrimonio civil y la creación de los registros civiles (cfr. E. REVERÓN, *Influjos masónicos en la instauración del matrimonio civil en Venezuela [1867-1873]*, Editores Masones Unidos, Caracas, 1990, pp. 3-28).

<sup>11</sup> Cfr. N. NAVARRO, *El arzobispo Guevara y Guzmán Blanco. Documentación relativa al conflicto entre la Iglesia y el Estado habido en Venezuela bajo el gobierno de estos dos personajes (1870-1876)*, Tipografía Americana, Caracas, 1932, p. 92.

nicipal de Puerto Cabello, quien se preocupa por la legalidad y moralidad de la autorización hecha por el Cónsul de los Estados Unidos sobre matrimonios entre sus ciudadanos y venezolanos. El documento es una muestra del laicismo imperante. Para el Ministro Guzmán las nupcias son un asunto personal de los cónyuges, sobre el cual apenas pueden intervenir el Estado, la Iglesia, la voluntad paterna y la sociedad<sup>12</sup>.

Con fecha 15 de diciembre de 1872, el Delegado Apostólico, Mons. Santanché, da cuenta de las acciones del gobierno contra la Iglesia al Secretario de Estado. El 31 de enero de 1873 se establece pena de exilio contra el que viole las Leyes de Matrimonio y Registro Civil. Poco tiempo después, el 12 de febrero de 1873, el Obispo de Mérida Mons. Juan Hilario Boset publica una carta pastoral sobre el Matrimonio Civil<sup>13</sup>. En ella se resiste a dicha Ley por ser contraria a la ley divina, reforzando su oposición con la Encíclica *Mirare Vos* de Gregorio XVI de 1832<sup>14</sup> y con las palabras que Pío IX dirigió el 19 de septiembre de 1871 al Rey de Italia:

<sup>12</sup> La consulta del Jefe Municipal de Puerto Cabello está fechada el 6 de septiembre de 1872, los datos de la misma son: «Jefatura Municipal. Núm. 238. Puerto Cabello, año 9º de la Ley y 14º de la Federación». Transcribo textualmente un extracto de la carta que el Ministro Guzmán envía a dicho jefe el 12 de septiembre de 1872 por el interés histórico que representa: «La legitimidad o ilegitimidad de los matrimonios es asunto que pertenece exclusivamente al juicio de los contrayentes, en todo lo que les concierne como partes, salvo los impedimentos de edad e incesto. Ni la jurisdicción civil, ni la eclesiástica, ni la paterna misma, después de la mayoría de los hijos, están ni pueden ni deben estar autorizadas para unir de por vida a un hombre con una mujer ni a una mujer con un hombre, en pleno dominio de sí mismos, con el lazo conyugal, que es y debe ser indisoluble y que sirve de fundamento a la familia, piedra sillar del edificio social. Recíprocamente, tampoco pueden ni deben impedir al hombre ni a la mujer, mayores de edad, de libre voluntad, y sin impedimentos legales, que quieran unir y unan su suerte para vivir y procrear en familia, contrayendo matrimonio. En cuanto al concepto religioso, desde nuestros principios y nuestras leyes fundamentales han establecido como dogma cardinal la libertad de conciencia y la de cultos, el juicio de la legitimidad del contrato pertenece igualmente a la conciencia religiosa de los contrayentes, que es tan independiente de las demás conciencias, como lo es también de aquellas que censuran su proceder. [...] La manera escogida por cada uno para declarar su voluntad de contraer el nudo matrimonial, no puede calificarse por la autoridad de escandalosa, cuando no encierra hechos que escandalicen como contrarios a la moral pública, y sólo porque difiera en la elección de la entidad ante quien se pronuncie por los contrayentes el sí espontáneo, y libre, que los uno para siempre ante la sociedad» (E. PINO ITURRIETA, *Ideas y mentalidades de Venezuela*, Academia Nacional de la Historia, n.º 179, Caracas, 1998, pp. 243-244). También véase N. NAVARRO, *El arzobispo Guevara y Guzmán Blanco...*, cit., pp. 119-123.

<sup>13</sup> Cfr. L. CASTILLO LARA, *Personajes y sucesos venezolanos en el archivo secreto vaticano (siglo XIX)*, Tomo I, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1998, pp. 490, 511.

<sup>14</sup> Dicha Encíclica expresaba: «No admita en modo alguno, nada que se oponga a los sagrados cánones o a los decretos de los concilios. Pues, las uniones que se realicen contra la disciplina de la Iglesia tienen fatal resultado, deben implorar la protección de Dios» (P. VILLEGAS, *El obispo J. H. Boset ante la ley del matrimonio civil*, Trujillo 2004, p. 32).

«Una ley civil, que suponiendo para los católicos se pudiera separar el sacramento del contrato, pretendiese reglamentar su validez, contradice la doctrina de la Iglesia, usurpa sus derechos inalienables y, en la práctica, pone en un mismo rango el concubinato y el sacramento del matrimonio, sancionando el uno y el otro, como igualmente lejítimos (*sic*)»<sup>15</sup>.

Con la autoridad que le otorga su ministerio dispone:

«Primero: Acatando los VV. Curas la ley del matrimonio civil, que acaba de promulgarse, instruirán a los fieles en la necesidad de elevar ese contrato a Sacramento, celebrándolo a presencia de la Iglesia por medio de la asistencia del propio Párroco, y de dos o tres testigos. Segundo: Nada ha de omitirse antes de la celebración del matrimonio, de cuanto se ha practicado hasta aquí, como la exploración de voluntades, examen de la doctrina cristiana, proclamas, dispensas de impedimentos dirimentes e impedientes, así públicos como ocultos, y la confesión sacramental para recibirlo dignamente. Y tercero: en el caso que un católico desoyendo la autoridad de la Iglesia, prescindiendo de los remordimientos de su conciencia y las frecuentes exhortaciones de su Párroco, resolviere vivir en el matrimonio civil, sin elevarlo a Sacramento; entonces, no podrá ni a la hora de la muerte, recibir sacramento, muriendo en este caso impenitente»<sup>16</sup>.

La epístola hiere en extremo a Guzmán Blanco, que intensifica las medidas contra el clero y reafirma que el Estado es soberano y la Iglesia no puede estar por encima de él. Decreta entonces la expulsión del prelado<sup>17</sup>. El 20 de mayo del mismo año, Santanché envía nuevamente al Secretario de Estado una co-

<sup>15</sup> N. NAVARRO, *El arzobispo Guevara y Guzmán Blanco...*, cit., p. 198.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>17</sup> El Decreto de expulsión del Obispo, fechado el 19 de marzo de 1873, decía así:

«Antonio Guzmán Blanco.

»Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos. En uso de las facultades que me confirió el Congreso Plenipotenciarios de la Unión, de las cuales conservo aún las gubernativas y administrativas.

»Considerando

»Que el reverendísimo señor doctor Juan Hilario Boset, Obispo de Mérida, en su Pastoral dada en Maracaibo el 12 de febrero último, y publicada en las Iglesias de aquella ciudad el 24 del mismo mes, desautoriza abiertamente la ley del 1.º de enero del corriente años sobre matrimonio civil y tiende a extraviar la opinión de los pueblos sobre la eficacia de los actos civiles.

»Decreto

»Art. 1.º Se extraña al Revmo. Sr. Dr. Juan Hilario Boset, Obispo de la Diócesis de Mérida, quedando por consiguiente privado de toda jurisdicción dentro del país.

»Art. 2.º El Ministro del Interior y Justicia queda encargado de comunicar este Decreto para su ejecución.

»Dado, firmado de mi mano y refrendado por el Ministro del Interior y Justicia en el Palacio Federal de Caracas a 19 de marzo de 1873.- Año 10.º de la Ley y 15.º de la Federación. (Firmado) GUZMÁN BLANCO» (cfr. P. VILLEGAS, *El obispo J. H. Boset ante la ley del matrimonio civil*, cit., p. 47).

municación notificando el Decreto del gobierno de expulsión de Boset. Pero el Obispo, de 74 años de edad y delicado de salud, no llega a Curaçao, su destino, pues muere en el camino. Sin embargo, el clero venezolano no se amilana ante esta situación: hace ver a sus fieles que el matrimonio civil no es más que un amancebamiento público y en diversos lugares el mismo pueblo no acata la Ley de Matrimonio Civil<sup>18</sup>.

### 1.2. Razones personales de Guzmán Blanco

Si bien el Presidente Guzmán Blanco al decretar la Ley de Matrimonio Civil obró movido por las razones señaladas, de carácter ideológico, no es menos cierto que también influyeron en su decisión razones personales, por entender que la Iglesia había lesionado injustamente los sentimientos de Urbaneja, su tío político.

El que Guzmán Blanco decidiera establecer el matrimonio civil obligatorio se debió en parte a que Diego Bautista Urbaneja (Ministro del Interior y Justicia), una vez enviudado pretendiera casarse con su hijastra (la hija de su difunta esposa) y para ello acudiera al Obispo Mons. Silvestre Guevara y Lira, Arzobispo de Caracas y Venezuela, solicitando la debida dispensa<sup>19</sup>. Por su parte, Guzmán Blanco llegaría a presionar fuertemente a Obispos y a la Santa Sede para obtener la dispensa del impedimento de su tío Ministro.

La denegación de la dispensa irrita en extremo al Ministro de Interior y Justicia, quien el 28 de noviembre de 1872 dirige una carta réplica a la Pastoral de Guevara de 24 de septiembre del mismo año, en la que le advierte que no le es lícito casarse con su hijastra. En esa réplica argumenta que su situación es muy distinta al adulterio. Expone la doctrina de diversos teólogos para probar que su impedimento de afinidad en primer grado en línea recta es de los dispensables y sostiene que el matrimonio en ningún grado de afinidad en línea recta se opone al fin primario ni al secundario del matrimonio. Según él, entre el padrastro y la hijastra:

«[N]o se da relación alguna de natural superioridad entre los así afines que se opongan al debido orden de unión, como se dá (*sic*) entre padres e hijos. Porque

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 35-50.

<sup>19</sup> Debemos reconocer al Arzobispo de Caracas, Mons. Silvestre Guevara y Lira su valentía y su constante celo por proteger la doctrina católica en esos duros momentos de la historia de Venezuela. Durante el período anterior de anarquía y devastación supo ejercer el liderazgo de la Iglesia venezolana y mantener la armonía con todos los gobiernos. Fue él quien «actuó como ministro de la dictadura de Páez ante la Santa Sede para obtener el establecimiento de un concordato, el cual fue firmado por el Cardenal Antonelli, secretario de Estado de Pío IX, en septiembre de 1862, y ratificado por el dictador en marzo de 1863. El Congreso, máxima autoridad para enmendar tal ley, lo objetó aduciendo que el convenio no estaba en armonía con la ley de patronato» (R. MARTÍNEZ DE CODES, *La Iglesia Católica...*, cit., p. 217).

la relación de natural superioridad, de la cual nace la natural reverencia debida al superior, sólo existe entre aquellas personas que dan y reciben el ser natural por la generación natural, cuales son los padres y no los afines en el primer grado en línea recta»<sup>20</sup>.

Acude en el extranjero a un ministro protestante para contraer matrimonio. Al regresar queda aislado de la buena sociedad y considerado por todos como un hombre de mala vida, como un público incestuoso.

A este punto es importante hacer notar que la disciplina en vigor sobre el sacramento del matrimonio era la del Concilio de Trento, la cual establecía en el Canon 3º:

«Si alguno dijere que sólo los grados de consanguinidad y afinidad que están expuestos en el Levítico pueden impedir contraer matrimonio y dirimir el contraído; y que la Iglesia no puede dispensar en algunos de ellos o estatuir que sean más los que impidan y diriman, sea anatema».

Por su parte, el Capítulo V del Decreto de reforma sobre el matrimonio, que se titulaba Ninguno contraiga en grado prohibido; y con qué motivo se ha de dispensar en estos, prescribía:

«Si presumiere alguno contraer a sabiendas Matrimonio dentro de los grados prohibidos, sea separado de la consorte, y quede excluido de la esperanza de conseguir dispensa: y esto ha de tener efecto con mayor fuerza respecto del que haya tenido la audacia no sólo de contraer el Matrimonio, sino de consumarlo. Mas si hiciese esto por ignorancia, en caso que haya despreciado cumplir las solemnidades requeridas en la celebración del Matrimonio; quede sujeto a las mismas penas, pues no es digno de experimentar como quiera, la benignidad de la Iglesia, quien temerariamente despreció sus saludables preceptos. Pero si observadas todas las solemnidades, se hallase después haber algún impedimento, que probablemente ignoró el contrayente; se podrá en tal caso dispensar con él más fácilmente y de gracia. No se concedan de ningún modo dispensas para contraer Matrimonio, o dense muy rara vez, y esto con causa y de gracia. Ni tampoco se dispense en segundo grado, a no ser entre grandes Príncipes, y por una causa pública».

El impedimento de afinidad en primer grado de línea recta con consumación del matrimonio que la originaba, aunque dispensable, difícilmente se dispensaba. Ni siquiera se incluía entre las facultades extraordinarias del confesor en peligro de muerte. Además, la dispensa correspondía otorgarla a la Santa Sede no al Arzobispo Guevara, pues no tenía potestad para ello. De modo que no se explica la molestia de Urbaneja ni la consiguiente reacción de Guzmán Blanco, quien con visos de dictador decide reaccionar ofensivamente imponiendo a partir de ese momento el matrimonio civil obligatorio.

<sup>20</sup> N. NAVARRO, *El arzobispo Guevara y Guzmán Blanco...*, cit., pp. 431-437.

El Presidente pretende desconocer la jurisdicción eclesiástica y dejar sin valor civil el matrimonio canónico, como manera de paliar socialmente la irregular situación de su tío. El 1 de enero de 1873 instituye la completa y absoluta secularización de los esponsales y del matrimonio, castigando a los transgresores de la Ley de matrimonio civil con el exilio perpetuo. Además, se atribuye la potestad de dispensar el impedimento que nace de la afinidad en línea recta<sup>21</sup>.

Seis años antes del Decreto del matrimonio civil obligatorio, Guzmán Blanco había celebrado su boda eclesiástica con Ana Teresa Ibarra, mujer de la alta sociedad caraqueña, con la asistencia del Arzobispo Mons. Guevara y Lira<sup>22</sup>. El 14 de febrero de 1873, un mes después de la entrada en vigencia del Decreto, para cumplir con su propia Ley de Matrimonio Civil, se casa de nuevo con ella, a las cuatro y media de la tarde, en la Casa Municipal del Distrito Federal, en presencia del Presidente del Concejo Dr. Jesús María Paúl y del Secretario General José Fermín Carreño:

«Aunque son casados, como lo han comprobado con la presentación del Acta de su matrimonio, quieren y es su voluntad casarse civilmente conforme a la ley de matrimonio civil vigente»<sup>23</sup>.

Son testigos del acto prácticamente los mismos que los de la boda eclesiástica: Antonio Leocadio Guzmán, el General Andrés Ibarra, Santos Barba de Urbaneja y Anastasia Urbaneja de Ibarra<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Código civil de 1873. Título IV De los esponsales y del matrimonio. Sección 2ª Del matrimonio y su celebración.

Artículo 89: «El Presidente de la República puede dispensar el impedimento que nace de la afinidad en línea recta, el que nace de la adopción miéntras (sic) dura ésta y el que nace de la tutela ó curatela; y los Presidentes de los Estados, el que existe entre los tíos y sobrinos de cualquier grado, entre los primos hermanos y entre los cuñados. En el Distrito Federal el Gobernador dispensará estos últimos impedimentos».

<sup>22</sup> 13 de junio de 1867. «En la ciudad de Caracas, a trece de mil ochocientos sesenta y siete, el Ilustrísimo Señor Arzobispo Doctor Silvestre Guevara, habiendo procedido la exploración de voluntades, y demás requisitos legales, dispensadas las tres proclamas por el mismo Señor Arzobispo, presencié el matrimonio que por palabras de presente contrajeron en el Oratorio de su Señoría Ilustrísima, el General Antonio Guzmán Blanco, hijo legítimo de los señores Antonio Leocadio Guzmán y Carlota Blanco, y Ana Teresa Ibarra, hija legítima de Andrés Ibarra y Anastasia Urbaneja, ambos de esta feligresía. Fueron testigos el Mariscal Juan Crisóstomo Falcón, representado por el Señor Antonio Leocadio Guzmán, y los Generales Andrés Ibarra y Jacinto R. Pachano, y las Señoras Carlota Blanco y Anastasia Urbaneja de Ibarra, de que certifico.-Doctor Pedro L. Lovera [Libro 15 de Matrimonios, al folio 151. Curato de Catedral. Caracas]» (R. CASTELLANOS, *Guzmán Blanco íntimo*, Ediciones Librería Historia, Caracas, 1969, pp. 18-19).

<sup>23</sup> Cfr. G. MORÓN, *Los presidentes de Venezuela*, cit., p. 124.

<sup>24</sup> Cfr. R. CASTELLANOS, *Guzmán Blanco íntimo*, cit., pp. 297-298.

El duro enfrentamiento de Guzmán Blanco contra la Iglesia se debió a otros aspectos, que por escaparse del objetivo primordial de este trabajo no los expongo<sup>25</sup>. Sin embargo, conviene hacer cierta alusión al intento que tuvo éste de remover a Guevara y Lira, autonombrándose de hecho cabeza de la Iglesia venezolana y del Estado, y amenazando con establecer una Iglesia nacional separada de Roma. El 3 de junio de 1873, el Congreso, a instancias del dictador, emitió un decreto declarando vacante el arzobispado. El mitrado se negó a renunciar, razón por la que el Presidente se empeñó aún más en su propósito de crear una Iglesia nacional. Para evitar males mayores, mediante un delegado apostólico el arzobispo terminó por renunciar a su cargo. Así se renovaron un poco las relaciones entre la Santa Sede y el gobierno venezolano; no obstante, la Iglesia perdió la lealtad y devoción del pueblo. Continuó vigente la legislación anticlerical a través de los masones, quienes tuvieron el poder y fueron respaldados por Guzmán Blanco<sup>26</sup>.

En abril de 1876 el autócrata inaugura la Logia masónica que él mismo había mandado construir. Al mes siguiente amenaza con un cisma para crear una Iglesia venezolana. Los siguientes gobiernos aumentan el roce con la Iglesia: Cipriano Castro introduce el divorcio en el Código civil de 1904; Juan Vicente Gómez toma represalias contra Obispos que han criticado la situación social, como fue el caso de Mons. Salvador Montes de Oca, segundo Obispo de Valencia (Estado Carabobo), quien fue obligado a abandonar el país concretamente por sus críticas al concubinato<sup>27</sup>.

## II. EL DIVORCIO VINCULAR EN VENEZUELA (1904)

La secularización del matrimonio introdujo en un lapso de tiempo breve la posibilidad de la ruptura del vínculo conyugal<sup>28</sup>. El Código civil de 1904 legalizó

<sup>25</sup> Si se desea un estudio más profundo sobre la situación Iglesia-Estado venezolano en la época de Antonio Guzmán Blanco véase R. ORTEGA-LIMA RUIZ, *Visión de las relaciones Iglesia-Estado durante la época guzmancista en Venezuela (1870-1898)*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1996.

<sup>26</sup> Cfr. R. CASTELLANOS, *Guzmán Blanco íntimo*, cit., pp. 219-221.

<sup>27</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 467.

<sup>28</sup> Bajo la Presidencia de Cipriano Castro se sanciona la Ley del divorcio en la legislación venezolana. Movido por la ideología laicista impulsa al grupo de legisladores de entonces: Pedro Vicente Mijares, Tomás Garbiras, Inocente de J. Quevedo, Pedro Tomás Lander, Antonio J. Iturbe, H. Rivero Saldivia, a presentar al Congreso de 1904 un informe sobre la Ley del divorcio. Castro tiene interés en continuar la reforma civil iniciada en el Código de 1873 por considerar que es conveniente al progreso social de Venezuela. El Arzobispo de Caracas, Juan Bautista Castro, critica duramente la Ley clamando en nombre de los hogares cristianos, con la acotación de que «es el único hogar venezolano», y exigiendo una reconsideración en «nombre de vuestros hijos, de vuestras esposas y de vuestras patrióticas y honradas convicciones». Además exige que el Poder Ejecutivo no interfiera en las deliberaciones del Congreso (cfr. M. PICÓN SALAS, *Los días de Cipriano Castro*, Latinoamericana, Lima, 1968, pp. 182-183).

el divorcio vincular en su artículo 151<sup>29</sup>. Se inicia primeramente bajo la apariencia de *castigo* o *sanción* a razón de la violación de los deberes conyugales por parte de alguno de los cónyuges; abriendo paso a otra que es la del divorcio como *solución* de conflictos y remedio oportuno, adoptada más adelante por el legislador de 1916<sup>30</sup>.

Ya desde los s. XVIII y XIX se fue despojando al matrimonio progresivamente de su concepción institucional para ser entendido más bajo un plano contractual y afectivo, siendo indispensable este último requisito para la buena marcha de la vida conyugal<sup>31</sup>.

La introducción del divorcio *quoad vinculum* da lugar a grandes polémicas. No se tienen datos propiamente de los debates parlamentarios de 1904, sino de las respuestas suscitadas en esa época o próximas a ella de juristas venezolanos y de la jerarquía eclesiástica. Los comentarios más cercanos a la sanción de la Ley del divorcio son los que hace Urbaneja al Código civil de ese año<sup>32</sup>. El abogado aprueba la introducción del divorcio y recrimina a los legisladores de 1896, que no lo hicieron «por contemporizar con la tradición y los escrúpulos de orden religioso», aunque les reconoce el haber suprimido la definición de matrimonio como perpetuo e indisoluble, pues aclara:

«[E]l matrimonio válido puede disolverse, no sólo por la muerte de uno de los cónyuges, sino por el divorcio declarado por sentencia firme».

El autor lanza una definición personalísima del matrimonio señalando:

«[E]s la unión del hombre y de la mujer para satisfacer las necesidades fisiológicas de la reproducción de la especie y prestarse asistencia mutua».

Sostiene que la validez de esa unión la da el cumplimiento de las solemnidades legales y que el divorcio disuelve el vínculo jurídico creado por acuerdo legal entre los contrayentes para satisfacer esas necesidades de reproducción y ayuda recíproca.

Al poco tiempo de la sanción de la Ley del divorcio, el Episcopado venezolano dirige una pastoral colectiva al clero y fieles de las Diócesis, con la intención de que fuese leída en todas las iglesias el primer domingo después de su recepción.

<sup>29</sup> Código civil de 1904. Artículo 151: «El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio declarado por Sentencia firme».

<sup>30</sup> Cfr. H. NAVA DE VILLALOBOS, *El divorcio de hecho en la legislación venezolana (Artículo 185-A del Código civil)*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1984, p. 15.

<sup>31</sup> El antecedente del divorcio vincular se encuentra en el Código civil francés de 1804, art. 227: «Le mariage se dissout: 1.º Par la mort de l'un des époux; 2.º Par le divorce légalement prononcé».

<sup>32</sup> A. URBANEJA, *Comentarios...*, cit., pp. 57-58.

Su exposición era sencilla, bastante clara para que fuera entendible por todos los fieles de la Iglesia Católica. No debía quedar ninguna duda de la indisolubilidad del matrimonio.

Aclaraban que la disolubilidad del contrato natural o matrimonio contraído entre personas no bautizadas sólo se daba en el caso previsto como privilegio paulino:

«[En cambio], la indisolubilidad del matrimonio cristiano, que nunca puede ser sino un sacramento, queda consagrada con un sello divino, que no es posible romper: así lo dijo Jesucristo: “No separa el hombre lo que Dios ha unido”. Una vez perfeccionado el matrimonio, nadie puede llevar mano destructora á (*sic*) ese vínculo, ya hecho indisoluble; nadie, ni aun la misma Iglesia, no obstante los poderes admirables que recibió de su Divino Fundador»<sup>33</sup>.

Asimismo, hacían notar cómo justamente la indisolubilidad del matrimonio devuelve la dignidad a la mujer y da un sentido más elevado a esta unión, en nada parecido al de épocas anteriores<sup>34</sup>.

Entre 1912-1915 se crea una Comisión revisora de los Códigos civiles y de Comercio, la cual presenta una exposición de motivos al Ministro de Relaciones Interiores abordando este tema. Urbano, uno de los juristas exponentes, propone la supresión del divorcio vincular porque es contrario a la naturaleza del matrimonio:

«Éste [el matrimonio], por los graves deberes que impone, y en los cuales está interesada la sociedad, no puede estar sujeto a que el vínculo que él crea sea roto por otra causa que por la muerte... El matrimonio perpetuo da a los contrayentes la seguridad de su situación e inspira la fidelidad y la contracción al cumplimiento de los deberes conyugales y paternos; el matrimonio susceptible de ruptura por divorcio aleja la confianza y da paso a ideas y pasiones que van directamente contra el amor que ha de unir a los esposos y que es preciso se mantenga vivo en su espíritu para el cumplimiento de sus altos deberes. (...) El divorcio es contrario a las creencias del pueblo venezolano, que es católico»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> EPISCOPADO DE VENEZUELA, *Pastoral colectiva acerca del matrimonio cristiano*, cit., p. 7

<sup>34</sup> Referían que las épocas anteriores se habían caracterizado por el «envilecimiento y degradación para los cónyuges, de vergüenza y ruina para los hijos, de deshonra y disolución para los pueblos. Preciso era poner una barrera infranqueable al desbordamiento de pasiones inmundas que manchaban el hogar, dada la facilidad del repudio, la legalidad de la disolución, la justificación del adulterio. Ahí está la historia de las naciones paganas, para las que, así como no hubo sociedad dignamente constituida, tampoco hubo familia en cuyo seno se reconocieran los altos fines señalados por Dios al matrimonio, y sin los cuales éste se pervierte y desaparece en el fango de las concupiscencias» (*Ibidem*, p. 8).

<sup>35</sup> La exposición de Urbano está fechada el 15 de febrero de 1915. Código civil de Venezuela, *Antecedentes, Comisiones codificadores...*, cit., p. 23.

Esta intervención es combatida y negada unánimemente, destacándose en esta ocasión la actuación de Arismendi<sup>36</sup>.

Durante esos años surgen comentarios doctrinales a favor del divorcio, como solución a las desavenencias conyugales que hacen imposible la vida en común<sup>37</sup>. Pero también se hacen sentir los postulados en contra, nuevamente a través del episcopado venezolano. Al aprobarse civilmente el divorcio en Venezuela crecen las dudas en la población católica sobre la indisolubilidad del vínculo, especialmente en aquellos que llamándose católicos profesan ideologías de origen masónico y liberal. Para la tercera década del siglo XX existen en los venezolanos –en su mayoría católicos– divergencias fundamentales entre el concepto civil y el concepto religioso de la institución matrimonial. Es por ello que en 1930, mediante carta pastoral, los Obispos recuerdan el carácter esencial de la indisolubilidad del vínculo conyugal, una vez consumado el matrimonio. No hay en él disolución sino sólo con la muerte de uno de los consortes<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Por el interés histórico que representa transcribo textualmente su exposición: «Pienso con mi ilustre y malogrado Dominici, que el divorcio *quoad vinculum*, no se opone en nada a las creencias católicas, porque esa ley no se aplica al dogma, al matrimonio religioso ni al sacramento, sino al matrimonio civil, y ella se impone como una consecuencia de la libertad de cultos que garantiza nuestra Constitución... No obstante sostener la Iglesia la perpetuidad del vínculo conyugal, ésta... va al mismo fin que los partidarios del divorcio *quoad vinculum*, por la llamada teoría de las nulidades... El matrimonio puede naturalmente subsistir, cuando responde a la función social a que está destinado, y conserva todas las condiciones necesarias a su existencia; pero cuando los elementos que constituyen la familia se hacen evidentemente incapaces para cumplir la función que les está señalada, la sociedad interviene para suprimir este estado patológico del organismo familiar, restituyendo su plena libertad de acción a cada uno de los esposos, ya que su unión forzada en estos casos daña no solamente a ellos mismos, sino que es causa de graves perturbaciones y desórdenes para todo el organismo social... Como el divorcio tiende a la protección social y se inspira en los principios de justicia y de libertad, debe ser conservado en el Código civil» (*Ibidem*, p. 24).

<sup>37</sup> Tal es el caso de Lope Bello en 1913. Se pregunta cómo sería la afrenta del hombre que tuviera que compartir su lecho, su pan y su abrigo con la mujer adúltera. Su respuesta es un elogio a la ley del divorcio porque es la que viene a librar de ese agravio. Piensa que es una ley sabia y que es «la ética del matrimonio civil y la salvaguarda del nombre» (LOPE BELLO, *El matrimonio civil y la ley del divorcio*, Imprenta Cooper, Puerto Cabello, 1913, p. 7). La portada de este libro tiene el sello de la Gran Logia masónica.

Por su parte, Nemecio López llegó a comentar que «el divorcio es una ley misericordiosa y buena, ley civil que definitivamente da satisfacción a los intereses de la humanidad, de la familia y del Estado. Por el divorcio se rompen y destrozan ataduras inicuas!». Además, considera que «la mujer en el matrimonio moderno forma un complemento necesario; ha dejado de ser la bestia de carga para transformarse en la compañera de su marido y éste en su protector, porque así lo impone la moderna moral social y los fueros de la conciencia, consecuentes hoy con los principios de igualdad y libertad» (N. LÓPEZ, *El adulterio en sus efectos penales y civiles*, cit., p. 51 y 53).

<sup>38</sup> Dado el impacto que el divorcio vincular había tenido en la sociedad de entonces, los Pastores de la Iglesia se sienten movidos a orientar espiritualmente a causa de los escándalos que la

Esto lleva a la jerarquía eclesiástica a recalcar que la puesta en vigencia de esta normativa no cambia en nada la concepción del matrimonio canónico:

«El vínculo del sacramento es irrompible, por lo tanto toda manera de divorcio lo deja intacto, no pudiendo otra alianza contraída en tales condiciones ser reconocida por la Iglesia y privándose por consiguiente, quienes la efectúan, de los beneficios espirituales que Ella dispensa a sus hijos fieles»<sup>39</sup>.

Por otra parte, procuran despertar la conciencia de los fieles para que resguarden la esencia del matrimonio:

«[Consideran] de vida o muerte para Venezuela el mantener en auge y defender la doctrina divina de la indisolubilidad del matrimonio», pues ésta «es una nación nueva que (...) necesita profesar y practicar en todo su rigor las máximas austeras de la moralidad privada y pública para no perecer víctima de una corrupción precoz»<sup>40</sup>.

---

prensa había realizado informando sobre la ligereza con que se solicitaban las rupturas matrimoniales. Se preguntaban: «¿Qué es lo que nos revela esa constante información de la prensa sobre tales escándalos? Los divorcios se piden con la misma ligereza con que los matrimonios se fraguan; y éstos sólo tienen por causa un capricho mundano, una afición momentánea, una pasión teatral, un ansia desapoderada de lujo o de dinero, una mira infame de explotación de los vicios ajenos. Por lo cual, saciado el apetito, es preciso desligarse para nuevas aventuras. Mas, claro está que esos caprichos, o mejor dicho, pecaminosos enlaces, pues tal vez en su mayor número carecen de la condición esencial para la validez del matrimonio, no pueden servir de argumento contra la indisolubilidad del vínculo» (EPISCOPADO VENEZOLANO, *Carta pastoral sobre el matrimonio y la instrucción religiosa*, cit., p. 9).

En cuanto al número de divorcios para esta época, no ha sido posible obtener datos oficiales. La ficha técnica de estadística de divorcio proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística refiere que: «Aunque el primer Anuario Estadístico de Venezuela oficial data desde 1877, en el cual se encuentran datos de los registros de nacimiento, defunciones y matrimonios, específicamente de la serie de los años 1874-1876, no es sino hasta el año 1964 cuando se publica datos de los divorcios registrados, correspondientes a la serie 1957-1963 (...), es por ello que a partir de este año, existe la disponibilidad en medio impreso de los divorcios registrados en Venezuela de manera oficial».

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 7. En la misma época el Papa Pío XI, en la Encíclica *Casti Connubii*, de 31 de diciembre de 1930 exhorta a la indisolubilidad y la fidelidad citando a San Agustín: «...que aun cuando se casen las mujeres y tomen esposas los varones con el fin de tener hijos, no es lícito repudiar a la esposa estéril para tomar otra fecunda. Y si algún varón así lo hiciere, será reo de adulterio, así como la mujer si se une a otro, ante la ley del Evangelio; no ante la ley de este siglo, la cual concede, una vez que se ha hecho el repudio, celebrar nuevas nupcias con otros cónyuges, como también atestigua el Señor que concedió Moisés a los israelitas a causa de la dureza de su corazón» (n. 24). Y más adelante, comentando los beneficios de la indisolubilidad del matrimonio hace alusión a la importancia de la castidad fiel: «Se establece, además, un fuerte baluarte para defensa de la castidad fiel contra los incentivos de la infidelidad que pueden provenir de causas externas o internas; se cierra la entrada al temor celoso de si el otro cónyuge permanece o no fiel en el tiempo de la adversidad o de la vejez, gozando, en lugar de este temor, de seguridad tranquila...» (n. 25).

<sup>40</sup> La carta sigue exhortando a guardar las enseñanzas sobre el matrimonio cristiano, recordando que «es un sacramento y que la unión por él consagrada es indisoluble». Además, los Obispos

Insisten que ante los conflictos matrimoniales el cristiano no puede ver en el divorcio el remedio<sup>41</sup>.

### III. EL CONCUBINATO EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XX

Es vista la institución familiar como el elemento más o menos tangible y al alcance de la mano para reordenar una sociedad tan desarticulada. El hogar representa lo único seguro y estable dentro de ese entorno deteriorado<sup>42</sup>. Sin embargo, en la autocracia de Gómez –régimen autoritario y coactivo– la dinámica familiar del venezolano se caracteriza por el mando indiscutido del hombre como jefe de familia y la asignación del rol de la mujer como apoyo doméstico. Esta situación persiste aunque el marido o concubino esté preso, escondido o exiliado. En época previa al *gomecismo*, la mujer era influyente en la sociedad; pero a partir de entonces, siguiendo el modo de comportamiento del conductor del país, el hombre es el que tiene todas las prerrogativas.

Si siempre ha habido machismo en la cultura venezolana, el tiempo de Gómez se cataloga por la sobrevalorización de la figura masculina<sup>43</sup>. Los hijos son *jurisdicción* del padre, de quien aprenden el cultivo de la tierra, a montar caballo, a cuidarse del peligro, a tener un vocabulario desenfadado propio *de hombres* y a conquistar mujeres. Se les enseña a su vez a ser responsables con sus hijos, a no desatenderlos; pero no está en su código ético como inmoral el hecho de ser infieles consuetudinarios. Por su parte, las niñas aprenden de su madre las tareas del hogar con el casi único destino del matrimonio o el concubinato<sup>44</sup>.

El machismo imperante en el venezolano queda reflejado con desparpajo por el caraqueño Ascanio Rodríguez en la conferencia que pronuncia en 1925 ante un grupo de letrados:

«Nuestro pueblo es esencialmente polígamo y en este sentido nadie será capaz de desmentirme, pudiendo decir aquí con Jesús: el que se encuentre sin pecado que

---

advierten que «toda la historia de veinte siglos está allí diciéndoos que la humanidad cristiana no tuvo jamás necesidad del divorcio para elevarse a la cumbre de la perfección social y que rara será la dificultad o conflicto surgido en un hogar entre esposos cristianos, que no puedan superarse mediante el ejercicio de las virtudes que nuestra Religión inspira» (*Ibidem*, p. 8).

<sup>41</sup> Por ello reafirman que lo que se necesita «es esa sabiduría de la vida que sólo las máximas del Evangelio infunden; lo que se necesita es que la tradición moral del Cristianismo no sea suplantada por los devaneos y necedades de la más abominable mundanidad; lo que se necesita, en fin, es una vida verdaderamente cristiana vivida por los que se llaman cristianos» (*Ibidem*, p. 9).

<sup>42</sup> Cfr. M. de LEONARDI, *Evolución psicosocial de la familia venezolana*, en Ministerio de Estado para la participación de la mujer en el desarrollo, *Venezuela: Biografía inacabada. Evolución social 1936-1983*, Banco Central de Venezuela (Año Bicentenario del Libertador), Caracas, 1983, p. 189.

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 191-192.

<sup>44</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 193.

arroje la primera piedra. Todos tendrán una mujer que goza de la preferencia, sea que se la considere la mujer legítima, por haberse celebrado contrato matrimonial público, o que sea simplemente la madre de los hijos, reconocidos y tratados como tales. (...) Se exige a la mujer la fidelidad más absoluta, aunque el hombre no la practica jamás».

Y más adelante asegura sin ninguna duda:

«[P]ara la mujer o esposa, el valor de su hombre o marido está en relación directa de la cotización que su propia condición de hombre haya adquirido con el mercado de las mujeres. La mujer ama más al marido mientras más amado ha sido de las damas y mientras más mujeres ha tenido».

En este sentido opina que lo lógico es que los padres preparen a la mujer a la realidad matrimonial, haciéndoles entender que:

«[E]l hombre nunca se contenta de poseer sólo una mujer: es ésta una condición del macho a que el hombre está sometido fatalmente. (...) El hombre es siempre, por lo menos bígamo, cuando no pudo o no le cupo ser polígamo. Si esta afirmación no es ampliamente válida para hombres de otras latitudes y nacionalidad, sí lo es para el venezolano»<sup>45</sup>.

Es usual que el concubinato conviva a la par del matrimonio. Es la unión mayormente empleada por las personas de un estrato social medio o bajo (en su mayoría campesinos o artesanos). Sin embargo, también recurren a él personas de la alta sociedad o de condición económica acomodada cuando, no pudiendo desligarse del cónyuge, lo abandonan y deciden convivir con otra persona. Esto especialmente sucede en el caso del varón y la manceba.

Era relativamente frecuente que el hombre de clase alta tuviese dos familias paralelas: la legal, con la mujer con quien se había casado canónicamente y de la que tenía hijos legítimos; y la de hecho, con la manceba, de la que procreaba hijos adulterinos. Para el caso del hombre de clase media o baja era usual que tuviese una concubina estable de la que tenía descendencia y ocasionalmente de otras con las que *augmentaba* el número de hijos que le ayudarían más adelante a asegurar su subsistencia con el manejo y el mejoramiento del cultivo de la tierra o del negocio<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> J. B. ASCANIO RODRÍGUEZ, *Consideraciones acerca de la unión matrimonial en Venezuela*, Casa de especialidades, Caracas, 1925, pp. 13, 18 y 22. Se trata de una conferencia que pronuncia el 15 de enero de 1925 en el salón de actos de la Escuela de Música y Declamación de Caracas; cuarta de la serie proyectada por la «Sociedad de estudiantes de medicina».

<sup>46</sup> Comenta Ramón J. Velázquez en la entrevista hecha por De Leonardi, que el capítulo XI del Tratado para el cultivo de la caña de azúcar en las vegas del río Morere se titulaba: «De la necesidad de tener hijos naturales para asegurar buenos mayordomos». Y continúa el historiador diciendo que «uno de los más ricos terratenientes del Táchira, gran caficultor, cuando sus hijos naturales tenían unos cinco años, los llevaba al almuerzo dominical en casa de su esposa, llamaba a los hijos que tenía con ésta, les presentaba los otros niños y les decía: “ustedes son hermanos,

Se trataba de uniones ilegales pero duraderas, con un padre cuya figura estaba claramente definida y una madre sometida a su autoridad<sup>47</sup>.

Durante el período en que el dictador Gómez estuvo en el poder (1908-1935) la figura del concubinato tomó mayor auge o si se quiere visos de legalidad. No se sabe con exactitud las mujeres que tuvo este caudillo, pero sí que nunca se casó y que llegó a tener más de setenta hijos. Obviamente, ante este modelo, que justamente era el que dirigía la República, lo de menos era el tipo de unión sobre el que se constituía una familia –matrimonio o concubinato–, lo importante era que la presencia de la mujer fuera garantía de la estabilidad del hogar y la permanencia de los nexos allí formados.

La mujer, educada para tener hijos y formar un hogar, socialmente se igualaba al pasar a ser madre, porque con independencia de que fuese a través del matrimonio o del concubinato, adquiriría la estimación de todos. Su misión –como vimos en el epígrafe anterior– era salvar la colectividad de la debacle en que se encontraba sumergida, y la mejor vía era a través del crecimiento numérico de la sociedad y la educación en valores de la misma. Siendo éstas las obligaciones de la mujer para con el núcleo familiar, la concubina no se diferenciaba de la casada, porque lo que importaba era formar una familia, no cómo se formaba<sup>48</sup>.

En Venezuela no han existido propiamente controles o estadísticas que informen el número de uniones concubinarias. El dato que se puede obtener es más bien somero e indirecto, producto de la inscripción de los hijos matrimoniales o extramatrimoniales. El censo de 1873, aunque bastante incompleto, suministra algunas cifras que indican la extensión de las uniones ilegítimas. Concretamente entre 1874-1876 el 52,79% de los nacimientos fueron ilegítimos<sup>49</sup>. Arcaya refiere que para 1908 se inscriben 70.548 niños de los cuales 49.084 son naturales, dentro de los que cabe –porque no se especifica– que pudieran ser producto de uniones concubinarias, esporádicas, adúlteras, etc. Esto da el resultado de un 70% de filiación no matrimonial<sup>50</sup>. También es interesante tener en cuenta que para 1904 la tasa de nupcialidad era de un 25%<sup>51</sup>; esto es, 2,6 matrimonios por cada mil habitantes. En general, el número de matrimonios en toda Venezuela entre 1906

---

se tienen que ayudar, conózanse y quíeranse<sup>3</sup>; era una gran parentela, todos empeñados en trabajar, acrecer la heredad y asegurar su poder» (*Ibidem*, p. 196).

<sup>47</sup> Cfr. M. MONTERO, *La estructura familiar y su influencia en la formación de estereotipos sexuales*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Humanidades y Educación, Escuela de Psicología, Caracas, 1982, p. 166.

<sup>48</sup> Cfr. M. DE LEONARDI, *Evolución psicosocial de la familia venezolana*, cit., pp. 190-191.

<sup>49</sup> Cfr. M. MONTERO, *La estructura familiar y su influencia...*, cit., p. 169.

<sup>50</sup> Cfr. A. GONZÁLEZ F., *El concubinato*, Buchivacoa, Caracas, 1999, p. 62.

<sup>51</sup> Cfr. J. ABAD, *Matrimonio y fecundidad en Venezuela*, Trípode, Caracas, 1975, p. 58.

y 1935 oscila entre 6.000 y 17.000 al año. Es una cantidad irrisoria, considerando que para esos mismos años la tasa de natalidad mueve entre 80.000 y 90.000 niños al año<sup>52</sup>. El porcentaje hace entrever que sí existían familias constituidas: padre, madre e hijos, en las que se asumen funciones y responsabilidades familiares, pero presumiblemente la mayoría de las uniones no son matrimoniales.

---

<sup>52</sup> Matrimonios en Venezuela de 1906 a 1909: año 1906 (6.246); año 1907 (6.052); año 1908 (6.050); año 1909 (6.004) (cfr. MINISTERIO DE FOMENTO. *Anuario estadístico de Venezuela 1965*, Caracas, 1967, p. 39). Para un detalle más específico del número de nacimientos y de matrimonios desde 1910 hasta 1935 cfr. MINISTERIO DE FOMENTO. *Anuario estadístico de Venezuela 1974*, Tomo II, Caracas, 1975, p. 7.

# El arbitraje internacional y la jurisdicción de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo\*

*Judex extra territorium est privatus, Codex Justinianus, 10,32,53 (Honorius)*

*Eugenio Hernández-Bretón*<sup>1</sup>

**SUMARIO:** Introducción. I. Fuentes del Derecho Internacional Privado Marítimo. II. Jurisdicción de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo. III. Sistematización de los criterios generales y especiales atributivos de jurisdicción. IV. Derogabilidad y exclusividad. V. Admisibilidad del arbitraje. VI. Jurisdicción y embargo preventivo de buques. VII. Manifestación de voluntad respecto de la jurisdicción y las condiciones generales de contratación. VIII. Relación entre forum non conveniens y litispendencia internacional. Conclusión.

---

\* Texto de la conferencia dictada el 14 de octubre de 2011 en el Foro “Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas”, organizado por el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>1</sup> Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

1. El tema de la jurisdicción de tribunales venezolanos y del arbitraje internacional en materia de “relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua”, que es la materia objeto de la Ley de Comercio Marítimo (artículo 1), corresponde, junto al tema del Derecho aplicable a dichas situaciones jurídicas, a dos de los más importantes sectores de la materia de estudio del Derecho Internacional Privado Marítimo. De tal forma, el artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo acepta la noción amplia del Derecho Internacional Privado Marítimo al fijar las fuentes de esa rama del Derecho.
2. Particularmente, la aplicación de eso que hemos llamado Derecho Internacional Privado Marítimo se efectuará respecto de las materias objeto de la Ley de Comercio Marítimo “que tengan relación con ordenamientos jurídicos extranjeros”. Para tales efectos, el artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo establece la jerarquía de las fuentes para regular esos casos. En tal sentido, se habrá de acudir, en riguroso orden, primero a las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. El propio texto de tal lista hace evidente la influencia que ha tenido en la misma la disposición equivalente del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (“LDIP”).
3. Ahora bien, el propósito de esta comunicación es examinar el tema de la jurisdicción de tribunales venezolanos y del arbitraje internacional a la luz de la Ley de Comercio Marítimo, razón la cual vamos a prescindir del examen de las soluciones del Derecho Internacional Público sobre la materia, para así pasar de inmediato a las regulaciones contenidas en la propia Ley de la materia.
4. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los temas del comercio marítimo y de la navegación por agua en la medida y en los casos en que estén dados los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en la normativa venezolana aplicable. Tales regulaciones no se agotan en el mero texto de la Ley de Comercio Marítimo sino que, por su naturaleza, se ven complementadas por la LDIP. Hay que destacar que, en esta materia, la actuación del legislador y del juzgador se limita a afirmar o a negar la jurisdicción de los propios tribunales nacionales.

5. En todo caso, el tema de la jurisdicción de tribunales venezolanos y del arbitraje internacional no está regulado sistemáticamente en la Ley de Comercio Marítimo, sino que las normas relevantes se encuentran dispersas a lo largo del texto de esa Ley. La tarea que asumimos, entonces, es la de sistematizar los criterios atributivos de jurisdicción utilizados en dicha Ley y examinar el grado de admisibilidad del arbitraje en dichos asuntos propios del comercio marítimo y de la navegación por agua.
6. Entremos en el tema. Las normas centrales en la materia son las recogidas en los artículos 10, 11, 12, 13, 94, 100, 332 y 333 de la Ley de Comercio Marítimo, y en ellas concentraremos nuestra exposición. A la antes señalada ausencia de regulación sistemática se une la circunstancia de cierta imprecisión terminológica por parte del legislador, al usar impropriamente -en algunos casos- los términos jurisdicción y competencia lejos del específico significado técnico que a dichas expresiones les reconoce la doctrina nacional. Valga recordar que mientras que el término jurisdicción se refiere a la potestad soberana que corresponde al conjunto de órganos del Poder Público de cada Estado soberano de conocer y decidir asuntos entre privados con fuerza de cosa juzgada, la noción de competencia, y en especial de competencia por razón del territorio, se refiere a la unidad de medida de la jurisdicción, y en el caso destacado de competencia territorial, a la unidad de medida por el territorio, la cual concreta el ejercicio de la jurisdicción en un individual y particular tribunal del Estado con jurisdicción, utilizando para ello el criterio del territorio o de ubicación de las personas, las cosas o de realización los actos y hechos jurídicos. Hecho este recordatorio, prosigamos.
7. La norma central a los fines de esta tarea de sistematización de las regulaciones de la Ley de Comercio Marítimo es la contenida en su artículo 12. En primer lugar, la Ley de Comercio Marítimo reconoce la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos según lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la LDIP.
8. El artículo 39 de la LDIP, se ha dicho, reconoce implícitamente el criterio general del domicilio del demandado en territorio venezolano en los casos en que tal criterio esté establecido “en la ley”. Como regla general, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción si el demandado, cualquiera sea la naturaleza de la acción, está domiciliado en Venezuela para la fecha de la presentación de la demanda. La noción de domicilio a utilizar en estos casos ha de ser, para las personas físicas la establecida en los artículos 11 y ss. de la LDIP. De tal suerte, como regla general, el domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia

habitual, según dispone el artículo 11 de la LDIP. No discutimos más el asunto, sino que remitimos a la literatura especializada. Para el caso de las personas jurídicas han de aplicarse los criterios usuales del artículo 203 del Código de Comercio para las sociedades mercantiles y los artículos 27 y ss. del Código Civil para las demás personas jurídicas. Estos son criterios aceptados sin discusión entre nosotros.

9. Pero, el citado artículo 39 de la LDIP también atribuye jurisdicción a los tribunales nacionales aun en los casos en que el demandado no esté domiciliado en Venezuela, siempre que estén dados los criterios atributivos de jurisdicción de los artículos 40, 41 y 42 de esa misma Ley. Sin embargo, dado el texto del artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo y la naturaleza de las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua, esa referencia del artículo 39 ha de limitarse tan solo al artículo 40 de la LDIP. Este artículo consagra los criterios especiales atributivos de jurisdicción en materia de acciones de contenido patrimonial, que son propias del comercio marítimo y de la navegación por agua.
10. El artículo 40 de la LDIP consagra cuatro criterios especiales de jurisdicción, a saber: (i) la ubicación de los bienes en territorio nacional, (ii) el hecho de que la obligación, contractual o no, se haya contraído en Venezuela o sea cumplidera en Venezuela, o derive de hechos verificados en nuestro país, (iii) la citación personal del demandado en el territorio nacional y (iv) la sumisión expresa o tácita de las partes a la jurisdicción venezolana. Igualmente, en este caso no entraremos en ulteriores análisis sino que referimos a los interesados a la bibliografía especializada.
11. Además de los casos anteriormente listados, el artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo más que establecer otros criterios especiales de jurisdicción enumera una serie de materias que caen bajo la jurisdicción venezolana. Así, también tendrán jurisdicción los tribunales venezolanos –referidos en el texto de ese artículo bajo la expresión de “Jurisdicción Especial Acuática”– para el conocimiento de las acciones que se intenten “con motivo de las disposiciones que regulan el comercio marítimo, la navegación por agua, la exploración y explotación de recursos ubicados en el espacio acuático nacional, así como las acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentran y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático

nacional” (artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo), y “que tengan relación con ordenamientos jurídicos extranjeros” (artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo).

12. Los tribunales venezolanos o “Tribunales de la Jurisdicción Especial Acuática”, según dice el artículo 13 de la Ley de Comercio Marítimo, también serán “competentes” –en el sentido de que tendrán jurisdicción– para conocer de todo juicio en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, aun cuando el propietario no esté domiciliado en Venezuela y el buque no esté en aguas jurisdiccionales nacionales, siempre que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción para decretar un embargo preventivo de buques. Se trata de un *forum arresti*. Tales casos son: que se trate de garantizar el pago de un crédito marítimo o que se trate de garantizar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte, y esto último aun cuando las partes se hubieren sometido a árbitros o a tribunales extranjeros, y sin que tengan jurisdicción sobre el fondo del litigio (artículos 13, 94.2 y 100 de la Ley de Comercio Marítimo). Sobre esto, volveremos más adelante.
13. Además de los criterios que determinan la jurisdicción de tribunales venezolanos, enunciados en los artículos 12 y 13 de la Ley de Comercio Marítimo y en los artículos 39 y 40 de la LDIP, se establecen ciertos criterios especiales de jurisdicción en los casos de abordaje ocurridos en aguas jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Ellos están listados en el artículo 332 de la Ley de Comercio Marítimo. Según su texto, los criterios especiales allí listados se establecen “además” de aquellos criterios ya fijados en otra parte en el ordenamiento jurídico nacional. Ahora bien, la jurisdicción venezolana en materia de abordaje se ejercerá especialmente (i) cuando uno de los buques sea de matrícula nacional, (ii) cuando uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva y (iii) cuando después del abordaje uno de los buques haga su primera escala o arribe directamente a puerto venezolano.
14. Los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en la Ley de Comercio Marítimo y en la LDIP son, en regla general, de carácter concurrente y no exclusivo, salvo disposición legal expresa en contrario, de acuerdo de voluntades entre las partes o de “una razón técnica concluyente”. El carácter concurrente de la jurisdicción venezolana abre la posibilidad de que se presenten casos de litispendencia internacional y de *forum non conveniens*, los cuales se mencionarán más adelante.

15. De manera similar, como regla general, los criterios atributivos establecidos en la Ley de Comercio Marítimo y en la LDIP asignan a los tribunales venezolanos una jurisdicción derogable mediante acuerdo entre las partes, salvo disposición legal expresa en contrario (artículos 10 y 11 de la Ley de Comercio Marítimo y 47 de la LDIP).
16. La distinción entre jurisdicción exclusiva y jurisdicción inderogable, o entre jurisdicción concurrente y jurisdicción derogable conduce a un muy espinoso problema dentro de la sistemática procesal internacional venezolana. La cuestión debatida –y aún no cerrada en doctrina y jurisprudencia– es si las manifestaciones de jurisdicción inderogable hechas por el legislador venezolano son, igualmente, casos de jurisdicción exclusiva, o si los casos de jurisdicción exclusiva lo son a la vez de jurisdicción inderogable.
17. Los argumentos expuestos han sido de diversa naturaleza. Sin embargo, la cuestión es que la inderogabilidad lo que estatuye es que el solo pacto entre las partes no es capaz de sustraer el conocimiento de una causa que corresponde a los tribunales domésticos, y sin que *per se* sean criterios que expresan exclusividad de la jurisdicción venezolana. La inderogabilidad viene a salvaguardar la posibilidad de que los tribunales venezolanos siempre puedan conocer del asunto, aun a pesar del pretendido acuerdo derogatorio de las partes. Se excluye, pues, el efecto negativo del pacto entre partes respecto de la jurisdicción venezolana. La exclusividad de la jurisdicción lo que expresa es la voluntad del legislador nacional de excluir la posibilidad de la litispendencia internacional (artículo 58 de la LDIP) y de excluir la eficacia de una eventual sentencia extranjera en materia respecto de la cual los tribunales domésticos reclaman jurisdicción exclusiva (artículo 53.3. de la LDIP). Hasta aquí este tema.
18. El artículo 10 de la Ley de Comercio Marítimo se une a los supuestos de inderogabilidad del artículo 47 de la LDIP y viene a establecer la inderogabilidad de la jurisdicción venezolana en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano. En estos casos no hay posibilidad de que contractualmente las partes excluyan mediante acuerdo la jurisdicción que le corresponde a los tribunales venezolanos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Comercio Marítimo y 39 y 40 de la LDIP. Para otros contratos, sin embargo, no rige la prohibición y, de tal manera, podría derogarse en esos otros casos la jurisdicción venezolana.
19. A tenor de la segunda de las fuentes del Derecho Internacional Privado Marítimo establecidas en el artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo,

valga recordar “las normas de Derecho Internacional Privado venezolanas”, tampoco se admitirá la derogación convencional de la jurisdicción venezolana en los casos listados en el artículo 47 de la LDIP, a saber: controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en territorio nacional, materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Para los demás casos en que si se admita la derogación convencional de la jurisdicción venezolana, la misma podrá “declinarse” –dice la Ley de Comercio Marítimo en su artículo 11, en el sentido de derogarse, creemos– “a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje”, pero ello solamente “una vez producido el hecho generador de la acción”. Se trata de una precaución adicional del legislador a fin de asegurar cierta igualdad de condición negociadora de las partes involucradas en el asunto y evitar la imposición de una cláusula derogatoria por la parte contractualmente fuerte. La idea subyacente parece ser que una vez producido “el hecho generador de la acción”, la condición negociadora de las partes es más paritaria. Lamentablemente, este artículo ha sido obviado por la jurisprudencia del TSJ en Sala Políticoadministrativa. En la decisión del caso *Astivenca v. Oceanlink Offshore III AS y otros*, de fecha 21 de mayo de 2009, si bien se citó el artículo y se pretendió aplicar el mismo, sin embargo, se perdió la oportunidad para aclarar razonadamente el ámbito de esa disposición. La sentencia en cuestión menciona que la derogatoria es permitida siempre que no se trate de jurisdicción exclusiva, “por ejemplo”. En el criterio de la Sala jurisdicción exclusiva y jurisdicción inderogable o indeclinable son sinónimas, pero hay otros casos de jurisdicción inderogable. Estos últimos no se identifican en la sentencia. Cabe preguntarse si el artículo 10 de la Ley en comento fija uno de esos supuestos de jurisdicción inderogable. En la sentencia en cuestión tampoco se discutieron los requisitos de procedencia de la derogatoria, en particular lo relativo a la oportunidad para la misma. Pero respecto de la cláusula arbitral “que su previsión anticipada en ninguna forma invalida la cláusula de arbitraje”. Y esto no parece haberse afirmado tomando en cuenta el texto del artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo. Según su texto, el artículo en cuestión parece eliminar la posibilidad de cláusulas de jurisdicción o de arbitraje *ex-ante*, es decir al momento de celebrar el contrato en cuestión pero antes de que surja “el hecho generador de la acción”. Este asunto, sin embargo, no fue objeto de mención alguna por el TSJ.

20. Ahora bien, para el caso en que se permita la derogación y para el caso de la sumisión a tribunales venezolanos bien vale la pena hacer unas conside-

- raciones acerca de la forma que deben revestir dichos acuerdos a la luz de la jurisprudencia venezolana. En Venezuela, la cuestión de la forma de las cláusulas de jurisdicción en los contratos por adhesión o condiciones generales de contratación ha recibido un tratamiento particular por parte de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ-SPA”).
21. Si bien en el caso conocido como “*El Gran Blanco, C.A.*”, decidido el 30.5.2000, el problema trataba de la derogación y no de la sumisión a tribunales venezolanos, el análisis es igualmente aplicable a esta última. En el caso en estudio se indicó que para el conocimiento de embarque, si bien se trata de un tipo de contratación, no menos cierto es que el mismo se define como un contrato de adhesión en donde queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes. En el contrato de adhesión, tal como lo ha marcado la doctrina y la jurisprudencia, las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido determinado por el primero.
  22. A ello añadió el TSJ-SPA que si bien es permisible que las partes regulen por contrato lo relativo a la jurisdicción, ello “*no puede aceptarse*” en “*los contratos de adhesión en donde no participan ambas partes en la redacción de las cláusulas...*”. Esto lo apoya en el artículo 26 de la Constitución de 1999, que consagra “*los ideales de acceso a la justicia*”. A tal efecto, indicó que para los conocimientos de embarque como contratos por adhesión el modelo a seguir para la admisión y forma de tales cláusulas era la contenida en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998. Allí, concretamente, se exige que para los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente. Se trata de un control meramente formal de la libertad de la voluntad del adherente.
  23. Lo anterior, para el Tribunal, brinda una suficiente seguridad de que la cláusula en examen sea “*el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan sólo de uno de ellos.*” La cuestión jurídica de la forma de la cláusula es vista como una garantía de la eficacia y validez de la misma. La Sala expresó “*...consentir que la cláusula de exclusión de la jurisdicción venezolana en los contratos de adhesión,..., impiden a sus nacionales,... satisfacer sus pretensiones y alcanzar la justicia por imposición contractual del emitente del contrato, desvirtúan tal postulado constitucional y desarticulan todo el sistema judicial que pende de sus principios.*”
  24. De tal manera, la derogación de la jurisdicción venezolana permitida por el artículo 47 de la Ley de DIP o por los artículos 10 y 11 de la Ley de

Comercio Marítimo sólo es procedente mediante contratos de adhesión cuando la cláusula de derogación conste por escrito y la voluntad de derogar se manifieste en forma expresa e independiente.

25. Así, la derogación convencional de la jurisdicción se permitirá *“mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos.”*
26. Como se indicó anteriormente, la situación normativa existente para esa fecha ha cambiado en el presente a raíz de la entrada en vigencia de la Ley de Comercio Marítimo. Es de mencionar que el tema de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión no fue discutido en la citada sentencia del TSJ-SPA en el caso *Astivenca v. Oceanlink Offshore III AS y otros*, de fecha 21 de mayo de 2009.
27. En particular, se trata aquí de precisar hasta qué punto los usos, prácticas y costumbres mercantiles internacionales tienen relevancia para determinar si ha habido sumisión a tribunales nacionales o la derogación de su jurisdicción. El tema ha ocupado y continúa ocupando muchas páginas en Europa y en otras partes del mundo. Se trata de examinar la fuerza obligatoria que puede tener la denominada *“lex mercatoria”* en el perfeccionamiento y forma de las cláusulas de sumisión.
28. En este sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 2 de diciembre de 1998, *Seguros Avila, C.A. v. Thos & Jas Harrison Ltd. y otras*. Sin embargo, en sentido contrario se expresó la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Políticoadministrativa, 30.5.2000, *Seguros Caracas v. Thos & Jas Harrison y otro*, la cual aunque dictada antes de la entrada en vigencia de la LDIP el 6 de febrero de 1999, se refiere al aspecto particular que hemos destacado anteriormente.
29. Se expresa en esa sentencia que *“es aceptado internacionalmente que los conocimientos de embarque establezcan las condiciones por las cuales se va a regir el traslado de la mercancía a su puerto de destino, siendo tales cláusulas “prima facie” válidas, de obligatorio cumplimiento por las partes integrantes (sic) del contrato. El conocimiento de embarque da fe de las obligaciones asumidas por cada parte y de las condiciones por las cuales se regirá. Los conocimientos de embarque, de acuerdo a la costumbre internacional (fuente principal del derecho (sic) Marítimo), son redactados por el transportador y firmados tan solo por su capitán o en su defecto por su agente marítimo, siendo en la práctica costumbre aceptada que no lo firme*

*el cargador, ni mucho menos, el consignatario o titular de los derechos de la carga. De donde la aceptación por estos últimos de los términos y cláusulas del conocimiento de embarque se perfecciona, en principio, desde el mismo momento en que es aceptada la mercancía al costado del buque.”*

30. De tal manera se dará cumplimiento al requisito de la escritura, pero se estará en contradicción con la sentencia *El Gran Blanco, C.A.*, antes citada. Verdaderamente, acoger el criterio de esta última en desmedro de la uniformidad universal esgrimida por la sentencia *Thos & Jas Harrison Ltd* de 1998 ha colocado en situación comprometida. Pasamos ahora a otros temas.
31. Para el caso de que las partes se hayan sometido a la jurisdicción de tribunales extranjeros o a un tribunal arbitral respecto de un crédito marítimo, aunque dicho crédito esté sometido a un Derecho extranjero, no se excluye la jurisdicción de tribunales venezolanos a fin de ordenar el embargo preventivo de un buque a fin de garantizar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte (artículos 13 *in fine* y 94.2 de la Ley de Comercio Marítimo). Sin embargo, los tribunales venezolanos que acuerden la medida no tendrá jurisdicción para resolver sobre el fondo del litigio cuando las partes se hayan sometido válidamente a árbitros o a tribunales extranjeros (artículos 13 *in fine* y 100 de la Ley de Comercio Marítimo).
32. Los artículos 13 y 94.2 de la Ley de Comercio Marítimo brindan la oportunidad de exponer algunas consideraciones en torno al tema de las relaciones entre el Poder Judicial –o los tribunales ordinarios– y el arbitraje comercial, en particular en cuanto a la posibilidad de que jueces venezolanos decreten medidas cautelares en auxilio de un compromiso arbitral en materia marítima comercial.
33. Los inmediatamente antes citados artículos dan jurisdicción a tribunales venezolanos para decretar el embargo preventivo de buques de cualquier bandera y que se encuentren en territorio venezolano con ocasión de la demanda de cumplimiento de un crédito marítimo sujeto o no dicho crédito al Derecho venezolano, todo con el fin de garantizar la ejecución del eventual laudo arbitral. Tal jurisdicción de tribunales venezolanos –como ya se ha dicho– está dada aun para el caso de que entre deudor y acreedor se haya pactado una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros o una cláusula de arbitraje y sin que se extienda al conocimiento y decisión del tema de fondo. Lo anterior consagra un supuesto de auxilio, ayuda o cooperación al desarrollo del arbitraje por parte de tribunales ordinarios, sin

que se pretenda que los tribunales arbitrales formen parte del Poder Judicial venezolano. Ese auxilio, ayuda o cooperación es conforme al mandato constitucional de promover el arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, mandato dirigido a todas las autoridades públicas del país y establecido en el artículo 258 de la Constitución. En particular, este auxilio del Poder Judicial al arbitraje ha tenido reconocimiento expreso por parte de la Sala Constitucional del TSJ, en especial en sentencia de 3 de noviembre de 2010 en el caso *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore III AS y otros*.

34. De tal suerte resulta que la existencia de una cláusula arbitral en asuntos marítimos si bien excluye la jurisdicción de tribunales venezolanos para conocer del fondo del asunto, no la excluye –entonces– para decretar medidas cautelares, en particular embargos preventivos de buques, a pesar de que entre las partes litigantes exista una cláusula arbitral vinculante y ello aun cuando el procedimiento arbitral no se haya iniciado para la fecha de la solicitud de la medida cautelar. Es de resaltar –una vez más– que todo lo anterior es con la finalidad de garantizar la ejecución del eventual laudo arbitral.
35. Ni la Ley de Comercio Marítimo ni la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 prevén norma que establezca un término o lapso para presentar la demanda arbitral, en caso de que no se la hubiere presentado antes de solicitar y decretar el embargo preventivo de buques, ni tampoco establecen las consecuencias de no hacerlo. Tal vacío podría llenarse aplicando los criterios fijados por el TSJ en Sala Constitucional en su decisión en el caso *Astivenca* antes citado.
36. De los criterios fijados en el caso *Astivenca* decidido por la Sala Constitucional solo quisiera referirme a dos en particular, relativos a los lapsos para activar el procedimiento arbitral en caso de no haberlo hecho previamente. Paso a continuación a hacer referencia a los mismos.
37. Una vez acordada la cautelar, dentro de los 30 días continuos siguientes el solicitante debe acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones necesarias para poner en marcha el procedimiento arbitral. Vencido dicho lapso sin que el solicitante lo acredite, el tribunal que haya acordado la medida revocará de oficio la cautelar decretada y condenará en costas al solicitante. Además, en este caso el solicitante será responsable de los daños y perjuicios que haya causado a la persona perjudicada por la medida acordada.
38. En todo caso –señala la sentencia *Astivenca*–, la cautelar decretada “decaerá automáticamente” si el panel arbitral no se ha constituido luego de transcurridos 90 días contados desde la “efectiva ejecución” de la medida

cautelar en cuestión. Para este caso la sentencia no señala si hay responsabilidad civil del solicitante. Este tema debe ser abordado con cuidado, pues muchas y diferentes circunstancias pueden haber determinado que el tribunal arbitral no se haya constituido dentro del lapso señalado. Aplicando criterios elementales en materia de responsabilidad civil, solo adelantamos que la responsabilidad del solicitante dependerá de la medida en que su conducta haya contribuido a causar daños a la otra parte. Dejamos para otra oportunidad la profundización en este tema.

39. El artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo regula la variante venezolana de la doctrina del *forum non conveniens*. La posibilidad de que discrecionalmente declinen su jurisdicción los tribunales venezolanos se admite en materia de abordaje y sólo los siguientes casos (i) cuando uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva; (ii) después del abordaje uno de los buques haga su primera escala o arribe eventualmente a puerto venezolano, y (iii) cuando la jurisdicción venezolana corresponda según el criterio de la citación personal del demandado en el territorio de la República.
40. En tales casos, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado.
41. Para tales efectos, los tribunales venezolanos tomarán en cuenta la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera con el fin de tomar su decisión. Procesalmente, la solicitud de *forum non conveniens* se propondrá y tramitará en la forma de una cuestión previa de declinatoria de jurisdicción.
42. Si bien el *forum non conveniens* presenta similitudes con la litispendencia internacional regulada en el artículo 58 de la LDIP, importantes diferencias surgen entre ellas dos. En primer lugar, la litispendencia es de obligatorio respeto en tanto se den sus presupuestos, mientras que el *forum non conveniens* es de aplicación discrecional por el juez según las circunstancias. En segundo lugar, la prevención o anterioridad en la citación no juega papel alguno en el *forum non conveniens*, mientras que tal requisito constituye el elemento principal para resolver los temas de litispendencia internacional. Rige la máxima: la citación determina la prevención. Por otra parte, la declinatoria de jurisdicción con ocasión de la litispendencia se declarará

siempre que la jurisdicción venezolana sea concurrente, mientras que el *forum non conveniens* solo se declarará en los tres casos listados en el artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo. Por último, es indispensable para que se declare con lugar el *forum non conveniens* que se le otorguen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado extranjero. La declaratoria con lugar de la litispendencia internacional no se hace depender del otorgamiento de tales garantías.

43. Con en el examen anterior hemos tratado de presentar una panorámica de las principales disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo en materia de jurisdicción de tribunales venezolanos y de arbitraje comercial internacional que sirva para orientar a tribunales y prácticos en la solución de los casos de Derecho Internacional Privado Marítimo.

## El Profesor Alfredo Morles Hernández

*Eugenio Hernández-Bretón*

Para quienes nos iniciamos en el estudio del Derecho Mercantil bajo las enseñanzas del Profesor Doctor Alfredo Morles Hernández es un verdadero honor estar aquí presentes para compartir en estas Jornadas en su homenaje. Aun cuando vengo a dirigirles estas palabras de salutación en nombre de la Universidad Monteávila, la cual co-patrocina académicamente estas Jornadas, no puedo dejar escapar ciertas reminiscencias personales que me acercan al Profesor Morles.

Cuando nos iniciamos en el estudio del Derecho Mercantil, el Profesor Morles ocupaba el cargo de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Su fama de severo y exigente profesor de Derecho Mercantil I era pública y notoria entre los estudiantes. Ante esa expectativa nos encontramos con el Profesor Morles. Las primeras clases que nos dictara el Profesor Morles nos impresionaron marcadamente. Su densa exposición y el dominio de la materia eran sus características. Pero tal vez lo que a mi más me llamo la atención fue el conocimiento –que yo llamaría- enciclopédico del Derecho Mercantil del Profesor Morles. La profusión de referencias y citas de los diversos autores venezolanos, latinoamericanos, norteamericanos y europeos nos asombraban. Nos preguntábamos: ¿Cómo alguien puede saber tanto de Derecho Mercantil?

Su discurso como expositor fue siempre pausado y sus explicaciones siempre fueron muy completas, exhaustivas. Para ese entonces no había publicado su hoy en día muy famoso *Curso de Derecho Mercantil*, ya en cuatro tomos, así que teníamos que estar muy atentos con los apuntes de clase y la lectura de otros muchos textos complementarios que nos recomendaba. De tal manera, poco a poco, cada semana fuimos iniciándonos en el estudio del Derecho Mercantil. No dejó de ser una verdadera experiencia cada vez que el Profesor Morles tomó la tarima profesoral para hacernos las exposiciones de clases correspondientes. La materia crecía y crecía, cada vez más materia se acumulaba, pero en vez de simplemente sumarse parecía multiplicarse. Y entonces llegó, como inevitablemente tuvo que llegar, la oportunidad del primer examen parcial. Recuerdo las semanas –y no solo días– que dedicamos a prepararnos para la prueba, las

noches en vela y, por fin, la prueba. Examen escrito, varias preguntas. Salimos del examen sin esperar otro resultado: Alguien quien tanto nos había dado, quien mostraba tal cúmulo de sapiencia, tenía que exigirnos mucho. Y así fue. No voy a hablarles de los resultados del examen, que son aproximadamente los que ustedes se imaginan, y de lo cual puede dar testimonio mi compañera de curso Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, coautora, junto con su padre el Doctor Manuel Acedo Mendoza, del conocido libro *La Sociedad Anónima*, pero sí les digo que aquello nos resultó aleccionador: Nunca el conocimiento acumulado es suficiente, siempre hay más por estudiar y más por aprender. Nunca el trabajo hecho dispensa del que está por hacerse.

Una vez graduado de abogado, he tenido la ocasión de compartir profesional y académicamente con el Profesor Morles, quien con sus dictámenes y opiniones sobre complicados temas del Derecho Mercantil, me recuerda una y otra vez su caudal inagotable de conocimientos en la materia y, prácticamente, me sienta nuevamente en los bancos de las aulas universitarias para continuar estudiando y aprendiendo de sus enseñanzas. Allí sigue siendo un maestro.

Los trabajos y las enseñanzas del Profesor Morles no se limitan al Derecho Mercantil puro, su obra sobre mercados de capitales es fundamental entre nosotros. Además, el Profesor Morles también tiene una amplia experiencia dentro del mundo práctico del comercio y sus instituciones. Entre 1980 y 1987 fue Presidente de la Bolsa de Caracas. Fue su liderazgo el que impulsó el crecimiento y auge de la misma.

El Profesor Morles dejó su impronta como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, auspiciando la creación del Centro de Investigaciones Jurídicas, que tan buenas publicaciones ha fomentado. Su labor como codificador no pasa desapercibida, muy especialmente su trabajo como Presidente de la Comisión de Reforma del Código de Comercio; Código hoy sentenciado a purgar una pena desconocida, y probablemente a ser conocida tan solo luego de cumplida.

Como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el Doctor Morles ha probado su capacidad de gestión y de promotor de la cultura jurídica en nuestro país, especialmente entre 2005 y 2007, cuando ejerció exitosamente la presidencia de esa corporación.

Estas Jornadas en homenaje al Profesor Morles son testimonio de la labor docente y profesional de nuestro homenajeado. Varios de los expositores son discípulos directos del Profesor Morles y otros más lo son a través de sus escritos. Nuestra Universidad Monteávila participa con el Profesor Faustino Flamarique, destacado profesor de Derecho Económico.

Para las autoridades de la Universidad Monteávila, especialmente para su Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, es motivo de orgullo participar junto con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y con el Escritorio Salaverría Ramos Romero & Asociados, de esta tan hermosa tierra del estado Anzoátegui, en estas Jornadas en honor de tan distinguido y apreciado profesor, quien ha sido consecuente colaborador con nuestra Universidad como conferencista invitado. Quiera Dios darle muchos años al Profesor Morles para que nos continúe asombrando con sus conocimientos y que Venezuela siga aprovechando sus méritos. ¡A su salud, Profesor Alfredo Morles Hernández!

Día de Nuestra Señora de Monserrat  
y día del Sacerdote de 2007.

# Comentarios al Artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario: La Intermediación Financiera

*Luis Enrique Mata Palacios*<sup>1</sup>

*“Solamente aquél que construye el futuro  
tiene derecho a juzgar el pasado.”*

Friedrich Nietzsche

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La intermediación financiera. III. Intermediación Financiera bajo el Artículo 5 de la LISB: 3.1 De los fondos del público. 3.2 De la habitualidad. 3.3 De los propios fondos. IV. A modo de reflexión final

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace una década hemos notado un incremento sustancial de los indicadores de liquidez M1 y M2<sup>2</sup>. Aunado a ello, el control de cambios vigente en la República desde el 2003 ha forzado a las grandes compañías a, bien mantener sumas importantes de Bolívares producto de sus utilidades (*i.e.* vista la imposibilidad de efectivamente pagar dividendos a sus accionistas en divisas), o a invertirlos en el mercado nacional. Así, las compañías con montos de Bolívares excedentarios a los requeridos para su giro ordinario, han optado, entre otros, por otorgar préstamos, hacer inversiones, financiar proyectos en Bolívares, incluso ajenos a su objeto ordinario, a los fines de proteger –medianamente– sus intereses contra los efectos devastadores de una montante inflación y devaluaciones anuales. De este modo, estas nuevas fuentes de financiamiento nos han obligado a reflexionar sobre la definición de intermediación financiera contenida

<sup>1</sup> Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello, mención summa cum laude (2012). Asistente de cátedra de Derecho Mercantil II en la Universidad Católica Andrés Bello (2011-2013). Alumno de la Especialización de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello; pendiente presentación del Trabajo Especial de Grado (2011-2013). Alumno regular de la Maestría en Leyes (LL.M.) de la Universidad de Columbia en Nueva York (2013).

<sup>2</sup> Vid. [www.bcv.org.ve/excel/1\\_3\\_1.xls](http://www.bcv.org.ve/excel/1_3_1.xls)

en el artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (“LISB”)<sup>3</sup> como una actividad regulada, pues en caso de que las operaciones y/o transacciones previamente referidas constituyeren alguna de las previstas en el supuesto de la norma a ser comentada disparará un régimen regulatorio y sancionatorio especializado.

## II. LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

El artículo 2 ordinal 14 del Código de Comercio<sup>4</sup> prevé que “*son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de algunos de ellos solamente (...) 14. las operaciones de banco y las de cambio*”. Dicho artículo permite colegir que los sujetos del negocio de bancos son empresarios y que “(i) *el negocio de los bancos, para el banquero, es acto objetivamente mercantil* y (ii) *el negocio de bancos, para el banquero, es una dinámica empresarial*”<sup>5</sup>. Las operaciones bancarias referidas son generalmente “*operaciones de crédito realizadas por una empresa bancaria en masa y con carácter profesional*”<sup>6</sup>; es decir, esencialmente, comprende el recoger o centralizar capitales dispersos y disponibles para luego redistribuirlos entre quienes necesitan capital. No obstante, debemos advertir que tanto en la doctrina nacional como comparada encontramos pluralidad de definiciones propuestas en este sentido<sup>7</sup>. Ahora bien, es de interés recordar

<sup>3</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 39.627, del 5 de marzo de 2011.

<sup>4</sup> Publicado en Gaceta Oficial N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

<sup>5</sup> RONDÓN HAAZ, Pedro, *La propiedad de los depósitos bancarios. La decisión 1.178 2009 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, en Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, Universidad Católica Andrés Bello, Volumen III, 2012, pg. 319.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968, pg. 20.

<sup>7</sup> Cfr. Entre otros: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Tomo I, Caracas, 2007, pg. 641: quien señala que “*los bancos realizan una actividad tradicional por la cual son más conocidos del público: prestar el servicio de caja a sus clientes, a través del recibo de sus fondos en depósito, el pago de sus órdenes (contenidas generalmente en cheques) y el cobro de sus créditos (representados igualmente en cheques a su favor)*.” EHREMBERG, citado por RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios su significación en América Latina*, 5ta Edición, Legis, Colombia, 2002, pg. 160 “*en verdad la expresión operación de banca sólo es un gran global: comprende aquellas operaciones de las que cada una en particular, por sí sola, basta para calificar de empresa mercantil su ejercicio y al empresario, de comerciante, de banquero*”. Para RONDÓN HAAZ, *op. cit.* Por otra parte, Bolaffio pone el acento sobre la interposición en el crédito *vid.* BOLAFFIO, León, *Derecho Comercial Parte General: Leyes y Usos Comerciales, Actos de Comercio*, tomo 1, Ediar, Soc. Anon. Buenos Aires, pg. 451; RUIZ VELEZ-FRÍAS, FLORIÁN Y ROBLES POMPA, Julio, *Los Bancos y sus Operaciones*, 5A Edición, Tecnibán, 1976, pg. 29 “*el negocio de Banca consiste, pues, en dar adecuado empleo al dinero que los clientes depositan, buscando la máxima productividad para estas inversiones, ya que de ellas dependen en gran parte los resultados de la explotación bancaria*”; sin embargo, la noción de intermediación financiera pareciera estar dotada de mayor amplitud que la simple intermediación en el crédito, *vid.* Quintero, José, *Los Delitos Financieros*, en *Los Delitos Económicos II Jornadas Centenarias del colegio de Abogados del Estado Carabobo*, Carabobo, 1996, pg. 19.

que, “predominantemente, pero no exclusivamente, los empresarios banqueros acometen la realización de su actividad de intermediación financiera mediante su interposición entre los agentes económicos excedentarios o de ahorro y los agentes económicos deficitarios o de gasto, para lo cual reciben de los primeros excedencias monetarias y, posteriormente, las colocan o invierten en manos de los segundos, necesitados de circulante”<sup>8</sup>. En este sentido, la LISB regula a la intermediación financiera y prevé que para acometer tal actividad se requiere de un acto-condición<sup>9</sup> que habilita el ingreso mediante su contenido autorizatorio al ordenamiento sectorial<sup>10</sup> y establece los presupuestos y condiciones bajo las cuales el sujeto regulado podrá desarrollar la actividad sectorizada en lo adelante<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> RONDÓN HAAZ, *op. cit.* pg. 321. En este sentido, *vid.* GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios*, 2da edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1975, pg. 5 “*en efecto, los bancos dan a crédito aquello mismo que ellos recibieron de crédito. Son mediadores en el crédito, es decir, negociantes que median entre los que necesitan dinero para su negocios y los que desean colocar su dinero de manera fructífera.*” Para MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y comercial*, EJEA, Argentina, Buenos Aires, Volumen VI, 1971 pg. 126 “*los bancos es ciertos que practican diversas operaciones de crédito; pero, en definitiva, todas ellas se condensan en el siguiente esquema: recoger dinero, realizando operaciones pasivas y proporcionar dinero, mediante diversas operaciones activas.*” BARBOSA, Luis y CASTAÑO, Marlene, *Contrato Bancarios*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, pg. 63 “*mediante operaciones de intermediación en el crédito, el banco transfiere en forma de préstamos los capitales que acumula.*” RICO LÓPEZ, *Banca Comercial Venezolana: Una metodología para su Análisis*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pg. 13 “*(...) al captar los fondos generados por numerosas unidades económicas canalizándolas hacia otras unidades económicas que los requieren para atender sus obligaciones (...)*”.

<sup>9</sup> Según enseña el Profesor Héctor Turuhpial en su curso de Derecho Bancario dictado en Caracas en la Especialización de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello.

<sup>10</sup> Respecto de los ordenamientos sectoriales *vid.* GIANNINI, Máximo, *Derecho Administrativo*, MAP, Volumen I, Madrid, 1991, pg. 108 “*Desde el punto de vista jurídico, los ordenamientos sectoriales están constituidos por empresarios que desarrollan una cierta actividad; para desarrollarla éstos necesitan una disposición administrativa inicial que las normas configuran bien como autorización bien como concesión. Mediante dicha disposición éstos son inmersos en el ordenamiento cuya organización está constituida por órganos del Estado (pero podría estar constituida por un ente a propósito). Dichos órganos tienen poderes normativos internos (y así dan vida a la normativa interna de los ordenamientos), poderes de dirección y de ordenación (más o menos intensos), y poderes de control preventivos y represivos (...)*”.

<sup>11</sup> Sentencia N° 1.441 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 08 de agosto de 2007) “*(...) se constata la relación de sujeción especial existente entre las entidades bancarias y la SUDEBAN, ello como consecuencia del interés general involucrado en las operaciones desplegadas por dichas instituciones, es decir, la actividad de intermediación financiera ejercida, y su incidencia en el ámbito económico del país. Se trata entonces de un sector fuertemente regulado, correspondiendo por Ley a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras la inspección y control de los bancos y otras instituciones financieras, así como la protección de los intereses de los depositantes que utilicen los servicios de dichas entidades.*” Adicionalmente, en este sentido, *vid.* sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en (i) Sala Accidental, N° 00569 del 6 de mayo de 2009, caso Banco

Para Giral tal autorización se requiere “*dado el carácter de servicio público de la actividad bancaria*”<sup>12</sup>.

El artículo 5 de la LISB reza:

“*Artículo 5. Intermediación financiera*

*Se entiende por intermediación financiera a la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las Leyes de la República.*”

Es precisamente el precitado artículo lo que será objeto del presente trabajo. Sin embargo, debemos advertir que dicho artículo debe ser leído en concordancia con (i) el artículo 7 numeral 1 *eiusdem*, el cual prevé que “*toda persona natural o jurídica que realice actividades de intermediación o de servicios financieros auxiliares, requiere de autorización previa de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de acuerdo con las normas establecidas en la presente Ley. En consecuencia, aquella que carezca de esta autorización, no podrá: 1. Dedicarse al giro propio de las instituciones bancarias, y en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, especies o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos o inversión en títulos valores, bajo cualquier modalidad contractual.*”; (ii) el artículo 11 de dicha Ley, según el cual “*se entiende por Banco Universal a las instituciones que realizan todas las operaciones de intermediación financiera y sus servicios conexos, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la presente Ley*”; y (iii) el encabezamiento

---

Venezolano de Crédito vs SUDEBAN, (ii) Sala Político-Administrativa, N° 01692 del 29 de octubre de 2003, caso Promotora Viseca, C.A. vs JEF; y (iii) Sala Constitucional N° 2164 del 14 de septiembre de 2004.

<sup>12</sup> GIRAL, José Alfredo, *La intermediación financiera*, en Revista de Derecho Mercantil Año VII, Nos. 18-19, Caracas, 1995, pg. 41. En este sentido, la ley vigente, en su artículo 8 prevé que “*las actividades reguladas en la presente Ley constituyen un servicio público y deben desarrollarse con estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3 de la presente Ley y con apego al compromiso de solidaridad social.(...)*”. Ahora bien, debemos advertir que el precitado artículo no será objeto de análisis en el presente trabajo. Para una mejor comprensión sobre el particular, *vid.* HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor, *La Actividad de Servicio Público y La Regulación Bancaria*, en: II Jornadas de Derecho Administrativo, Funeda, Caracas, 2005 y MUCI FACCHIN y MARTÍN PONTE, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pg. 26 ss. Igualmente, *cfr.* con la Exposición de Motivos de la ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1970, la cual establecía: “*En efecto, el criterio adoptado por la Ley General de bancos y Otros Institutos de Crédito es que el servicio de intermediación en el crédito comercial, hipotecario, de inversión, etc. constituye una actividad de servicio público que se presta por autorización o delegación del Estado*”. Sobre la actividad bancaria como un servicio público *vid.* ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Bancario*, Porrúa, S.A. México, 1991, pg. 147.

del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional (“LOSFIN”)<sup>13</sup>, el cual caracteriza a la intermediación financiera como la captación de recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o de cualquier forma, a fin de utilizar dichos recursos en operaciones de crédito e inversión financiera.

A propósito de lo anterior, es necesario advertir, que la intermediación financiera como la define el precitado artículo 5, no es la única actividad que pueden realizar los bancos. Ello se desprende de la lectura de dicho artículo 5, es decir, al definir la intermediación como “*la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste (...)*” la LISB no prevé que es la actividad *exclusiva* de las instituciones bancarias (pero sí de forma excluyente), tan es así que debe concurrir (i) la realización de la actividad por parte de las instituciones bancarias y (ii) que “*consista en (...)*”, luego al faltar el segundo elemento (objetivo) descrito, es decir, que la actividad no consiste en la conducta allí descrita, la misma no se reputará como intermediación, aún cuando fuere desarrollada lícitamente por una institución bancaria, como los *servicios conexos*. En este sentido, Morles Hernández, señala que “*aquí es necesario llevar a cabo una interpretación coordinada de esta disposición [refiriéndose al artículo 5 de la LISB] con las declaraciones contenidas en los artículos 7, 11, 53 y 60. En efecto, de conformidad con el artículo, las personas que estén autorizadas para realizar actividades de intermediación pueden dedicarse al giro propio de las instituciones bancarias, que no es otro que la realización de operaciones de banco (...) todo ello se resume en captar o recibir en forma habitual dinero del público; en recibir especies monetarias en depósito o en cualquier otra forma; en colocar tales recursos en forma de crédito o inversión en títulos valores, y en prestar servicios accesorios o conexos cuya diversidad es variable. El artículo 11 dispone que son las instituciones del sector bancario que realizan todas las operaciones de intermediación financiera y sus servicios conexos, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la presente Ley. El artículo 53 autoriza a los bancos a utilizar cualquier modalidad de intermediación propia de la actividad bancaria*”<sup>14</sup>.

Adicionalmente, es menester analizar el artículo 5 de la LSIB en concordancia con el artículo 214 de la LISB, el cual prevé el tipo penal de captación indebida<sup>15</sup>. Esto se justifica, en tanto que la definición de intermediación financiera constituye una de las actividades sancionadas por el tipo en cuestión. Así, el artículo 214 reza:

<sup>13</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.578 del 21 de diciembre de 2010.

<sup>14</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pg. 40.

<sup>15</sup> Previsto, a modo de referencia, en legislaciones latinoamericanas como “*captación masiva y habitual de dineros*” en Colombia; “*instituciones financieras ilegales*”, en el Perú; “*banca paralela*” en Panamá; “*captación ilegal de fondos del público*”, en El Salvador.

*“Artículo 214. Captación indebida*

*Serán sancionados con prisión de ocho a doce años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual, o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.” (subrayado nuestro).*

Es decir, el artículo tipifica un delito económico, al sancionar a los “bancos de hecho”, a quienes sin ser instituciones bancarias realicen intermediación financiera. Y es que *“en efecto, la función e intermediación financiera constituye el objeto y razón fundamental del sector financiero y esa gestión se desnaturaliza por la presencia en el mercado de individuos y personas jurídicas que sin infraestructura adecuada, carentes de solidez económica, y desde luego, sin contar con la autorización de la Superintendencia de Bancos se dedican a captar del público sumas de dinero y practicar intermediación financiera, actividad que es regulada por el Estado altamente intervencionista en este aspecto.”*<sup>16</sup>

### III. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA BAJO EL ARTÍCULO 5 DE LA LISB

La intermediación financiera, según los términos previstos en el artículo 5 de la LISB, refiere a la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la captación de recursos para el otorgamiento de créditos o inversiones. En este orden de ideas, el artículo 5 de la LISB contempla (i) un elemento subjetivo, en cuanto la actividad es realizada por instituciones bancarias<sup>17</sup> y (ii) un elemento objetivo, entendido como (a) la captación de fondos bajo cualquier modalidad con la finalidad de otorgar créditos; y (b) la captación de fondos con el objeto de colocarlos en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las Leyes de la República. Como resulta evidente, ambos casos parten de la noción de *captación de fondos*.

#### 3.1 De los fondos del público

Para Cancino, *“captar dineros del público significa incorporar, coger, recibir caudales provenientes de un conglomerado de ciudadanos”*<sup>18</sup>. Explica Giral que una interpretación histórica de la *captación de recursos*, debe entenderse como la

<sup>16</sup> PÉREZ DUPUY, María Inmaculada, *El Delito de Captación Indebida*, en: Derecho Penal: Ensayos, Colección de Estudios Jurídicos / 13, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pg. 431.

<sup>17</sup> La LISB prevé como instituciones bancarias a los bancos universales (artículo 11); bancos microfinancieros (artículo 12) e instituciones bancarias regionales (artículo 17). Por otra parte, adviértase que el artículo 5 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras prohíbe expresamente a las empresas de servicio especializado dedicarse a la intermediación financiera.

<sup>18</sup> Citado por PÉREZ DUPUY, María Inmaculada, *op. cit.* pg. 435.

captación de fondos del público a través de operaciones pasivas<sup>19</sup>. En similar sentido, advierte Acedo Mendoza que el término *captar* refiere la obtención de recursos del público a través de operaciones pasivas<sup>20</sup>.

Lamentablemente, ni la LISB ni la normativa prudencial en la materia, definen expresamente qué debe entenderse por *público* o *fondos del público*, por lo que entendemos que el legislador deja a criterio del juez determinar quiénes conforman al *público*<sup>21</sup>. No obstante, es claro que la noción de público denota, necesariamente, a más de una persona natural o jurídica. Seguidamente, señalamos algunas consideraciones que brindan cierta luz sobre qué debe entenderse por “público”, a saber:

- (i) El Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo<sup>22</sup>, dictado por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“Sudeban”) trata de forma independiente a las (a) captaciones del público (Código de Cuenta 210.00) y (b) obligaciones por otros financiamientos obtenidos, entre ellas las provenientes de instituciones financieras o/no nacionales o del exterior hasta o por más de 1 año (Código de Cuenta 240.00 y ss). Con base en lo anterior, entendemos que (a) no todo dinero recibido por una institución financiera es considerado captación del público; y en consecuencia, (b) la captación no se identifica con contratos de financiamiento. En este sentido, señala Quintero que el concepto de financiamiento *“incluye ordinariamente algo más que el crédito mismo, como por ejemplo, la inversión permanente o temporal, la especulación monetaria y las garantías del crédito”*<sup>23</sup>. Lo expuesto anteriormente nos permite excluir de la noción de *público* a instituciones bancarias, financieras o financieristas.

<sup>19</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 43. Y agrega *“esta definición sería consistente con la historia legislativa de la norma, toda vez que desde la ley del año 1961 hasta las leyes de los años 70, la obtención de fondos era definida a través de una enumeración de operaciones pasivas, a saber, depósitos a la vista, a plazo o de ahorro que se realizaban con el público”*.

<sup>20</sup> ACEDO MENDOZA, Carlos, *Instituciones Financieras*, Ediciones Mc. Graw-Hill, Sexta Edición, Caracas, 1990, pg. 95.

<sup>21</sup> Al respecto QUINTERO, Jesús R, *El delito de intermediación ilícita y la teoría del dominio del hecho*, en. *Delitos Bancarios: Seis Ensayos Hermenéuticos*, Editores Paredes, Caracas, 1997, pg. 139 *“es preciso destacar que cuando se alude a la captación de recursos del público para su inversión o colocación como característica de la intermediación financiera, se hace referencia únicamente al origen o fuente de estos fondos y no se puede afirmar, como erróneamente lo han hecho los tribunales bancarios en algunos de sus pronunciamientos estrafalarios que las captaciones de los bancos que son resultados de sus operaciones pasivas pertenecen a los acreedores de dichos fondos”*.

<sup>22</sup> Su última reforma fue publicada en Gaceta Oficial N° 40.009 del 17 de septiembre de 2012.

<sup>23</sup> QUINTERO, Jesús R, *op. cit.* pg. 141.

- (ii) En el contexto del mercado de valores, la antigua Comisión Nacional de Valores (actual Superintendencia Nacional de Valores ["SNV"]), en ausencia de una norma que permitiera delimitar parámetros sobre qué debe considerarse como *oferta privada de valores* –y en consecuencia no sujetas al control y regulación de la SNV– adoptó criterios prácticos (aún cuando debían ser evaluados caso por caso), que permitían calificar a una oferta de valores como privada o pública. Tales criterios toman en cuenta lo siguiente:
- a. El número de personas a quien se dirige la oferta. Si la oferta es hecha a un número sustancial de personas, entonces será considerada como pública; por supuesto que a mayor cantidad de oferidos, más nos aproximaremos a una oferta pública.
  - b. El medio a través del cual se hace la oferta. Cualquier promoción de la oferta nos acerca a la catalogación de oferta pública. Al respecto debemos apuntar que el artículo 206 de la LISB incluye como infractores o infractoras del artículo 5 (*intermediación financiera*) a “*las personas naturales o jurídicas que ofrecen a través de medios escritos o electrónicos, asesorías o intermediaciones como mecanismos para la obtención de productos financieros, como tarjetas de crédito, aprobación de créditos y otros*”. Adicionalmente, el artículo 7 de la LISB señala que se requiere autorización de Sudeban para “*efectuar anuncios o publicaciones en los que se afirme o sugiera que practica operaciones y servicios que le están prohibidos*”.
  - c. La identificación de la clase de oferidos. Si la oferta es hecha de forma general e indiscriminada dentro de cierta clase, o si por el contrario es hecha de forma particular a un número definido de personas.

En los casos en que se cumplieran con los mencionados parámetros, la SNV determinó que (a) la oferta calificaría como privada, y en consecuencia (b) no requería la autorización previa de la SNV. Desde un punto de vista práctico, consideramos que los criterios referidos *supra* pueden aplicar de forma análoga a la *captación de recursos del público*, pues en caso de que los fondos provengan de un número limitado de personas bien naturales o jurídicas, mal podremos pronunciarnos por considerarlas como *público*.

- (iii) A modo de referencia, hemos encontrado en el derecho comparado (*i.e.* en la legislación colombiana), una norma que establecía parámetros objetivos a los efectos de definir la noción de *público* dentro del contexto de intermediación financiera. En efecto, el Decreto 2920 de 1982 utilizaba la expresión masiva y habitual. El artículo preveía que “*(...) se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y*

*habitual cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones contraídas con más de 20 personas (...) o por más de 50 obligaciones, siempre y cuando (a) el valor de dichas obligaciones, en uno u otro caso, sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o (b) que estas situaciones de endeudamiento hayan sido resultado de ofertas públicas o privadas a personas innominadas*". Así, nótese que aún cuando la mencionada norma contempla la expresión *público*, sólo considera que la intermediación se hace de forma masiva si se han contraído obligaciones con más de 20 personas. Según refiere Pérez Dupuy, "la norma no dio resultado en Colombia, pues refieren los autores que se ingeniaron nuevos mecanismos para evadir las limitaciones legales, tales como acudir a la interpuesta persona o a la figura del mandato"<sup>24</sup>. Sin embargo, más allá de la eficacia de dicha norma, consideramos rescatable el parámetro objetivo relativo a la publicidad de la captación de fondos.

- (iv) Adicionalmente, encontramos en la sentencia C-135/09 de la Corte Constitucional de Colombia referencias al escrito radicado el 29 de enero de 2009, mediante el cual intervino Edmundo del Castillo (*i.e.* Secretario Jurídico de la Presidencia de la República de Colombia) para defender la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008<sup>25</sup>, lo siguiente: "*En esa medida para poder demostrar la responsabilidad administrativa o penal era necesario acreditar: (i) el elemento subjetivo, según el cual para que se verifique la conducta sancionable los dineros recibidos deben provenir de terceros y no de personas que estén vinculadas íntimamente con el captador o que tengan una relación de confianza con el receptor de los dineros; (ii) el elemento objetivo exige que los dineros sean recibidos a título de mutuo, de mandato, de operaciones de reporto, o de cualquier otro negocio jurídico sin que exista la obligación por parte del captador de suministrar al depositario de los recursos bienes o servicios como contraprestación del dinero recibido; (iii) un elemento cuantitativo de conformidad con el cual el pasivo para con el público del captador estuviera compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones contraídas directamente o a través de interpuesta persona, o que el captador hubiera celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario; (iv) un elemento cuantitativo y operacional de conformidad con el cual se requiere que las operaciones de captación de recursos sobrepasa el 50% del patrimonio líquido del captador o receptor de los dineros.*" (subrayado nuestro).

<sup>24</sup> PÉREZ DUPUY, *op. cit.* pg. 436

<sup>25</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-135-09.htm>

De lo anterior, es necesario rescatar que (a) los terceros de quienes se captan los fondos deben ser personas no vinculadas íntimamente con el captador o que tengan una relación de confianza con el receptor de los fondos, pues en ese caso los fondos no provendrían de un público indeterminado o indiscriminado y (b) se establece –nuevamente– un parámetro objetivo (*i.e.* numérico) para determinar cuando la captación es realizada de forma masiva. Adicionalmente, nótese como los criterios mencionados en este párrafo se compadecen con aquéllos referidos en los puntos (ii) a y b anteriores, los cuales son aplicados por la SNV.

### 3.2 De la habitualidad

Según señala Giral, la “*Ley de Bancos* [refiriéndose a la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras publicada en Gaceta Oficial No. 4.641 Extraordinario del 2 de noviembre de 1993] *se distingue de su historia legislativa en el requisito de “habitualidad”. De esta manera, para el legislador venezolano de 1993, la captación puede ser habitual o no, dependiendo del tipo de intermediación de que se trate, lo cual es radicalmente distinto a lo previsto por las leyes de los años 70*”<sup>26</sup>. En efecto, consideramos que tal afirmación conserva su vigencia bajo la LISB. Aún cuando es evidente que el artículo 5 de la LISB al describir a la *intermediación financiera*, no hace alusión a la *habitualidad* de la operación, es menester señalar que el numeral 1 del artículo 7 de la LISB prevé que se requerirá autorización de Sudeban para “*captar o recibir en forma habitual dinero de terceros*”; de igual forma el artículo 214 de la LISB prevé como uno de los elementos objetivos del tipo la “*captación de recursos del público de manera habitual*”<sup>27</sup>. En consecuencia, aún cuando la definición legal de intermediación financiera contenida en el artículo 5 de la LISB no exija el requisito de habitualidad no puede obviarse el mismo, pues la captación habitual de recursos (como un supuesto de intermediación financiera) es, en definitiva, la actividad sujeta a autorización, so pena de sanciones.

La habitualidad en un *sentido lato* supone un hacer con continuación o por hábito, es decir, un modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes. Ahora bien, la definición provista no arroja

<sup>26</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 44.

<sup>27</sup> Ahora bien, el artículo 214 de la LISB sanciona a quienes “*practiquen la intermediación financiera, la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual*”. Al respecto observamos que (i) el artículo 5 de la LISB –que define la *intermediación financiera*– no exige su habitualidad; (ii) el artículo 214 sanciona a quienes practiquen la intermediación financiera (entendemos que según el artículo 5); (iii) adicionalmente el artículo 214 sanciona a quienes capten recursos de manera habitual del público; ergo entendemos que (iv) aún cuando la captación no habitual pudiere constituir intermediación financiera, sólo será punible cuando dicha captación fuere habitual.

ninguna certeza sobre cuántos actos deben repetirse a los fines de demostrar *habitualidad* en la forma de proceder. En este sentido, en la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009, la Corte de Apelaciones de Trujillo, en el caso *Jaime Lewin Rubensteyn*, sostuvo que para considerarse captación habitual, la conducta “*debe ocurrir de manera consecutiva y permanente, es decir, que no solo basta con la determinación casual o eventual de la captación, sino que el acto sancionable, se debió efectuar, en innumerables ocasiones y por un lapso considerable en su extensión*”.<sup>28</sup> Asimismo, el criterio de habitualidad se configura cuando la conducta se extiende de forma recurrente por períodos prolongados de tiempo.<sup>29</sup> Ahora bien, en la decisión de fecha 4 de noviembre de 2009, en el caso *Yunaska España Boyer Caña*, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, concluyó que puede considerarse que la conducta califica como habitual cuando ocurre frente a un grupo masivo de personas.<sup>30</sup> En este último caso, la Corte de Apelaciones confunde la noción de *público* con la *habitualidad*; pues ambos elementos podrían, o no, coincidir.

La captación de recursos descrita anteriormente, de conformidad con el artículo 5, debe ser destinada bien a (i) otorgar créditos; y/ o (ii) colocarlos en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado. La LISB innova al establecer en su artículo 60 qué debe considerarse como créditos:

*“Artículo 60. Créditos y plazos*

*A los efectos de la presente Ley, se consideran como:*

*1. Crédito: todas aquellas operaciones en moneda nacional, que comprenden el arrendamiento financiero, descuento de facturas, préstamos, cartas de crédito, descuentos, anticipos, reportos, garantías y cualesquiera otras modalidades de financiamiento u operaciones activas realizadas por las instituciones bancarias. En todo caso, las instituciones bancarias, podrán emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general canalizar operaciones de comercio exterior, en cumplimiento de las normas establecidas por el Banco Central de Venezuela.*

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Trujillo, Caso: Jaime Lewin Rubensteyn, con ponencia del juez Antonio Moreno Matheus, de fecha 24 de septiembre de 2009, <http://tribunales-superiores-apelacion.vlex.com.ve/vid/i-jaime-lewin-rubensteyn-282018979>.

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, Sala 8, Caso: José Daniel González Godoy, con ponencia del juez Gerardo Ernesto Camero Hernández, de fecha 1 de junio de 2010, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/1729-1-3326-10-.html>. En este caso, la conducta se mantuvo por un período de dos años.

<sup>30</sup> Decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, Sala 1, Caso: Yunaska España Boyer Caña, con ponencia del juez Mario Popoli Rademaker, de fecha 4 de noviembre de 2009, Disponible en: <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2009/noviembre/1722-4-2404-.html>. En este caso, la captación ocurrió frente a un grupo mayor de 100 personas.

*Las instituciones bancarias podrán efectuar operaciones de reporto únicamente con títulos valores emitidos o avalados por la República Bolivariana de Venezuela o por empresas del Estado, ya como reportadores o como reportados. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará las normas prudenciales para regular estas operaciones con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.*

*2. Créditos al consumo: el financiamiento rotativo en corto plazo, realizado por las instituciones bancarias, otorgado por cualquier medio a personas, para efectuar de manera directa operaciones de compra en establecimientos comerciales o pago de servicios, dentro y fuera del territorio nacional, hasta por siete mil quinientas Unidades Tributarias (7.500 U.T.), y cuyo monto es recuperable a través del pago de cuotas consecutivas, que contengan pagos de intereses y capital.*

*Se incluyen dentro de este tipo de créditos, las operaciones realizadas a través del sistema de tarjetas de crédito o cualquier medio informático, magnético o telefónico, por personas naturales o jurídicas.*

*3. Créditos a corto plazo: son aquellos cuya vigencia no excederá el plazo de cinco años. Se incluyen en este supuesto los créditos dirigidos a la adquisición de vehículos.*

*4. Créditos a mediano plazo: son aquellos cuya vigencia no excederá el plazo de diez años.*

*5. Créditos a largo plazo: son aquellos con vigencia superior a diez años.*

*En todo caso la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante normativa prudencial de carácter general, podrá modificar los criterios de temporalidad para calificar los créditos como de corto, mediano y largo plazo.”<sup>31</sup>*

Por lo que respecta a las inversiones, advierte Giral que “*la inversión es un concepto diferenciable de las operaciones activas y, por lo tanto, podrá haber intermediación aunque el sujeto no realice operaciones activas siempre que el intermediario financiero realice ‘inversiones’. En nuestra opinión, el concepto de inversión se distingue del concepto de operación activa (operación de entrega de fondos), porque el concepto de inversión implica la entrega de fondos a cambio de*

<sup>31</sup> En este sentido téngase presente el “*dirigismo crediticio*” el cual encuentra fundamento en (i) el artículo 12- referido a los bancos microfinancieros; (ii) el artículo 203, numeral 7, de la LISB, el cual sanciona a las instituciones bancarias que incurran en irregularidades relacionadas con sus operaciones, entre ellas, “*no destinar los recursos obligatorios de sus carteras de créditos hacia los sectores económicos específicos de conformidad con las Leyes Especiales y los establecidos por el Ejecutivo Nacional o por el órgano superior del sistema financiero nacional*”; y (iii) el artículo 14, numeral 11 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional que atribuye al Órgano Superior del sistema Financiero la competencia para “*dictar normas que garanticen la cuantía de recursos destinados por las instituciones financieras hacia los sectores prioritarios de la economía real, de acuerdo con los objetivos estratégicos diseñados por el Ejecutivo Nacional*”, adminiculado con el artículo 20 *eiusdem* que le atribuye el deber de “*Vigilar el adecuado desempeño del sector bancario como promotor de las principales áreas de la economía nacional, mediante la dirección de los recursos captados hacia las áreas deficitarias de fondos de la economía real y productiva*”.

*una contraprestación.*<sup>32</sup> Particularmente, comenta Morles Hernández sobre la inversión referida en el artículo 5 que *“aunque el aspecto activo de la intermediación financiera contenida en el artículo 5° (la inversión se circunscribe aquí a la adquisición de títulos de deuda pública), las modalidades y condiciones pueden ser objeto de regulación conforme al citado artículo 53”*<sup>33</sup>. Ahora bien, el supuesto del artículo 5 de la LISB debe ser analizado conjuntamente con la definición de intermediación financiera prevista en el artículo 6 la LOSFIN. Según dicho artículo, intermediación financiera es *“la captación de recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, a fin de realizar dichos recursos en operaciones de crédito e inversión financiera”*. De lo anterior resalta que el precitado artículo 6 prevé de forma genérica y sin limitación alguna la inversión financiera. Adicionalmente, el artículo 7 de la LISB prohíbe dedicarse al “giro” de las instituciones bancarias sin autorización de Sudeban, *“especialmente, captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, especies o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos o inversión en títulos valores, bajo cualquier modalidad contractual”*. Nuevamente destaca que a diferencia del artículo 5 *eiusdem*, el artículo 7 no se refiere exclusivamente a inversiones en valores emitidos por entes públicos.

### 3.3 De los propios fondos

Debemos advertir que la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras<sup>34</sup>, al igual que la LISB, reservaba a las instituciones bancarias y financieras reguladas por dicha ley, la actividad de *“intermediación financiera”*. De acuerdo con la precitada ley de bancos, la *“intermediación financiera”*, según la definición prevista en su artículo 1<sup>35</sup>, consistía en la captación de recursos con la finalidad

<sup>32</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 45.

<sup>33</sup> MORLES HERNÁNDEZ, *op. cit.* 2011, pg. 40. Para referencia del lector, el artículo 53 de la LISB reza: *“Artículo 53. Operaciones de intermediación. Las modalidades y condiciones de los depósitos, en moneda nacional o en divisas, el crédito, el fideicomiso, las estipulaciones contractuales, las inversiones en títulos valores y cualquier otra modalidad de intermediación propias de la actividad bancaria así como los servicios prestados al usuario o usuaria, serán establecidas y reguladas en el Reglamento de la presente Ley, en la normativa prudencial que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dicte al efecto y en las normas que determine el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional. Las instituciones bancarias que mantengan posiciones en títulos o valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, custodias de terceros, fideicomisos y garantías en moneda nacional o extranjera, los mantendrán en custodia en el Banco Central de Venezuela.”*

<sup>34</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 39,491, de fecha 19 de agosto de 2010.

<sup>35</sup> El artículo 1, rezaba: *“Intermediación Financiera. La actividad de intermediación financiera consiste en la captación de recursos, incluidas las operaciones de mesa de dinero, con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, e inversiones en valores; y sólo podrá ser realizada por los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras reguladas por esta Ley.”*

de otorgar créditos o financiamientos o realizar inversiones en valores. Es decir, estaba prevista en unos términos muy similares a los previstos en la LISB. De este modo podemos señalar que intermediación financiera comportaba un aspecto pasivo (captación de recursos) y uno activo (otorgamiento de financiamientos o créditos o inversiones en valores). Ahora bien, el artículo 4 de la ley de bancos antes referida, consagraba las *operaciones de intermediación financiera imperfectas*<sup>36</sup>, al establecer textualmente en su primer párrafo:

*“Artículo 4. Las personas naturales o jurídicas que se dediquen regular o habitualmente al otorgamiento de créditos, o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos, no necesitarán autorización alguna para realizar esa actividad; pero estarán obligadas a proporcionar a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras los datos estadísticos, estados financieros y demás informaciones periódicas y ocasionales que ésta les solicite, y a dar libre acceso a sus funcionarios o inspectores, para la revisión de libros, documentos y equipos tecnológicos...”*

De lo anterior era preclaro que cualquier persona, natural o jurídica, podía otorgar créditos o financiamientos con sus *“propios fondos”* sin necesidad de obtener autorización alguna de parte de Sudeban. Ahora bien, la mencionada ley de bancos no establecía una definición ni el alcance del concepto *“propios fondos”*. Luego, el criterio relevante para determinar si se está en presencia de un supuesto de intermediación financiera es el origen y la captación de los fondos que serán destinados al financiamiento o inversión, como explicamos *supra*. En consecuencia, cuando un banco recibe fondos del público se hace propietario de dichos fondos<sup>37</sup> y posteriormente otorga créditos y/o realiza inversiones,

<sup>36</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 42.

<sup>37</sup> De conformidad con el artículo 1.759 del Código Civil, dispone que *“cuando el depositario tiene permiso de servirse o usar la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza y ya no es depósito, sino mutuo o comodato, desde que el depositario haga uso de ese permiso”*. Así, el permiso referido en el artículo 1.759 del Código Civil está previsto en el artículo 5 de la LISB, cuando prevé que los fondos captados serán destinados a otorgamientos de créditos o inversiones. Luego, de conformidad con el artículo 1.736 del Código Civil, *“por efecto del mutuo, el mutuario se hace propietario de la cosa que se dio en préstamo, y ésta perece para él, de cualquier manera que suceda la pérdida”*. Al respecto *vid.* ACEVEDO AMAYA, Valmore, *Los Depósito Bancarios*, Fabretón, Caracas, 1979, pg. 107; VILLEGAS, Carlos, *Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pg. 477; RODRÍGUEZ AZUERO, *op. cit.*, entre otros. En contradicción a lo expuesto, la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.178 del 13 de agosto de 2009 señaló que *“es sobre esta facultad restringida de los montos depositados que los entes bancarios y otras instituciones financieras poseen derecho: derecho en cosa ajena, permitiendo que tales depósitos figuren como activos del ente financiero en términos contables, así como también que obtengan ganancias en nombre propio con ellos. En otras palabras, los depositantes son titulares de los montos colocados, aunque con disponibilidad limitada porque las instituciones financieras poseen derechos sobre esos montos una vez depositados, aunque se reitera, se trata de derecho en cosa ajena”*. Diferimos palmariamente del criterio expuesto en la referida sentencia; sin embargo, aún cuando no abordaremos todas

no dudamos que nos enfrentamos aun supuesto de intermediación financiera objetiva, de conformidad con el artículo 5 de la LISB. Luego, la interpretación que debe privar es considerar que el ente actúa con fondos propios, siempre que no tome recursos del público. O valga decir que para nosotros es claro que, para los casos de personas jurídicas, el capital social y las demás partidas que componen su patrimonio, constituyen “propios fondos” a los efectos del artículo 4, antes transcrito.

Ahora bien, la aseveración anterior nos obliga a referirnos a los supuestos en los cuales una persona hubiera recibido fondos de una entidad financiera, quien a su vez hacía inversiones u otorgaba financiamientos. Al respecto, Giral señala que *“un ente actúa con su propios fondos cuando toma recursos de fuentes institucionales (instituciones financieras regidas por la Ley de Bancos), toda vez que dichas fuentes sólo entregarían fondos en razón de las capacidades patrimoniales del tomador de los fondos. De esta manera, la entrega de fondos por la fuente institucional está respaldada por las políticas de riesgo que dicha fuente institucional debe seguir y la cual, además, está regulada y controlada por los órganos competentes del Estado. Una interpretación distinta llevaría a la conclusión de que la captación habitual de recursos de una empresa haga de un banco para realizar inversiones es una forma de intermediación objetiva indirecta (...)”*<sup>38</sup>

Ahora bien, la LISB no contiene (i) una norma similar al artículo 4 anteriormente comentado, (ii) ni algún régimen especial relativo al financiamiento con fondos propios; (iii) ni prohíbe ni sanciona el otorgamiento de créditos con fondos propios de manera habitual. En consecuencia, visto que el supuesto del artículo 5 de la LISB, comporta la concurrencia de operaciones activas y

---

las razones por las cuales estamos en desacuerdo con dicha sentencia, sí debemos advertir que de aceptarse el criterio tendríamos que concluir que todo aquél quien reciba fondos de los bancos está captando fonos del público de forma indirecta, lo cual implicaría que dicha persona o empresa estaría sujeta a los controles previstos por la LISB. Cfr. Voto Salvado de la referida Sentencia del Magistrado Rondón Haaz.

<sup>38</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 52. Desde una perspectiva práctica, observamos que algunas financiadoras emplearon la referida estructura para otorgar créditos a sus clientes. En el prospecto de Emisión de Obligaciones Quirografarias al Portador no Convertibles en Acciones, cuya emisión fue aprobada por la Comisión Nacional de Valores en Resolución No. 076-2007 de fecha 15 de julio de 2007, el Emisor declaraba *“el Emisor ha fondeado sus actividades de financiamiento a través de capital y fondos propios, incluyendo los obtenidos mediante el financiamiento otorgado por instituciones financieras domiciliadas en Venezuela. El Emisor cuenta con líneas de crédito a corto y mediano plazo de las principales instituciones financieras domiciliadas en Venezuela”*. A la misma conclusión se llega al analizar los estados financieros de otro Emisor dedicado al otorgamiento de financiamientos. *Vid.* balances generales consolidados incluidos en el Prospecto de Oferta Pública de Obligaciones al Portador Totalmente Garantizadas No Convertibles en Acciones, cuya emisión fue aprobada por la Comisión Nacional de Valores según Resolución N° 067-2007 del 17 de mayo de 2007.

pasivas, y que en los casos de otorgamiento de créditos o financiamientos con fondos propios sólo observamos operaciones activas, mal podría afirmarse que constituye un supuesto de intermediación. Ahora bien, ello no obsta para que eventualmente la referida actividad fuere regulada por Sudeban de conformidad con el artículo 53 de la LISB, según el cual el eventual reglamento de la LISB y la normativa prudencial establecerán y regularán las actividades de intermediación (artículo 53).

#### **IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL**

A modo de reflexión final, como señalamos con anterioridad, la definición contenida en el artículo 5 de la LISB sobre la intermediación financiera, al carecer de parámetros realmente objetivos suscita dudas al momento de su aplicación para el operador. Así, aún cuando entendemos que el legislador deja a criterio del juez determinar quiénes conforman al público, qué debe entenderse por habitualidad, y si realmente los fondos son propios, dicha técnica legislativa presenta complejidades prácticas para los particulares a los fines de determinar si la actividad realizada constituye intermediación financiera, o incluso, si como tal está sujeta a autorización. De este modo, hemos tratado de exponer algunos criterios que coadyuven a determinar cuándo nos enfrentamos ante un supuesto de intermediación financiera. Pero, en todo caso el particular siempre podrá solicitar a Sudeban (de conformidad con el artículo 172.12) su opinión e interpretación sobre el alcance de la norma bajo examen y si la actividad realizada deber ser calificada como una actividad regulada que requiere la autorización tutela de dicho ente.

# LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

*Ofelia Riquezes Curiel*<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El Principio de la División de Poderes. III. La Delegación Legislativa. IV. La Delegación Legislativa en el Marco Constitucional Venezolano.

## I. INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho, concepto consolidado en el mundo occidental del siglo XIX, encuentra su fundamento en la necesidad de limitar el poder del Estado a través de un ordenamiento jurídico cuyo contenido es necesariamente independiente de la propia voluntad estatal, protegiendo así los derechos y libertades fundamentales del individuo. Nacido de las normas creadas a raíz de las grandes revoluciones del siglo XVIII, el Estado de Derecho supone una noción típicamente liberal, y parte de la base de que el Estado tiene un fin último cuyo contenido está, no sólo en la ley, sino, en palabras de Kant, en

(...) los principios *a priori* de la libertad del hombre, de la igualdad del súbdito, de la autonomía del ciudadano, principios que no son tanto leyes dadas por el Estado ya instituido, sino condición para adaptar el Estado a los puros principios de la razón<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Abogada egresada *Cum Laude* de la Universidad Metropolitana, en Caracas, Venezuela, en el año 2010. Luego de haberse dedicado a la prestación de asesoría jurídica destinada a sectores de bajos recursos en la ciudad de Caracas, como parte del proyecto denominado TodoLegal, se desempeñó como abogada asociada en la firma Imery Urdaneta Calleja Itriago & Flamarique, en el área de Derecho Corporativo/Internacional. Culminó, en Septiembre de 2011, el Diplomado Internacional en Relaciones Internacionales, avalado por el Centro UNESCO Para la Formación en Derechos Humanos, Ciudadanía Mundial y Cultura de Paz; la Universidad Internacional Para Estudios Globales (Florida), y la Asociación de las Naciones Unidas en Venezuela. Actualmente cursa el Diplomado Internacional en Negociación y Resolución de Conflictos.

<sup>2</sup> KANT, I. (1964). *Acerca de la Relación Entre la Teoría y la Práctica en el Derecho Político* (Contra Hobbes). Buenos Aires: Nova.

Tras siglos de permanencia del antiguo orden absolutista en el continente europeo, y especialmente a partir de la Revolución Francesa, se adoptó la visión del ser humano como principio y fin del Estado, y de la libertad como condición indispensable para el ejercicio de sus derechos. A nivel del constitucionalismo moderno, se ha superado la retrógrada y peligrosa noción de un poder público desmedido a través del establecimiento de diversos sistemas de leyes que lo limitan en favor de los intereses del ciudadano. Hoy en día, pues, la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial han aceptado que no son sólo los citados principios *a priori* los límites del poder del Estado, sino que, además, este último no puede sancionar acción alguna sino en virtud de una norma previamente establecida.

Schmitt ha señalado dos elementos típicos del Estado de Derecho. El primero de ellos, denominado el “principio de distribución”, se refiere a la libertad plena del individuo, limitada únicamente por la ley, frente a las facultades estrictamente restringidas del Estado<sup>3</sup>. El segundo de los elementos, el “principio de organización”, cobra especial importancia a los efectos del presente análisis, pues conlleva la división del poder del Estado en esferas especializadas de competencia.

## II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

El principio de la división de poderes, componente esencial para la configuración de un Estado de Derecho, desarrollado principalmente por Locke y Montesquieu, establece la necesidad de dividir el Estado en diferentes organismos públicos autónomos que asumen funciones especializadas, y que ejercen un control recíproco de poder. Tal y como lo expresa Combellas:

La idea básica que guía al principio es la de que la mejor forma de limitar el poder estatal es el de dividirlo: el poder detiene al poder. Así se asegura el despliegue de la libertad individual frente a los abusos del poder despótico<sup>4</sup>.

Ciertamente, la división de poderes obedece al interés superior de la tutela de los derechos individuales del ser humano, al instituir el comúnmente conocido sistema de frenos y contrapesos entre poderes públicos independientes e iguales entre sí, evitando de dicha forma todo tipo de extralimitaciones en el ejercicio de las facultades otorgadas al Estado por la ley. Se trata, pues, de un resultado de evolución histórica: la sociedad ha comprendido, tras largas épocas de injusticias y opresión, que lejos de bastar la mera consagración formal de derechos, debía erigirse una estructura capaz de garantizarlos.

<sup>3</sup> SCHMITT, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Alianza.

<sup>4</sup> COMBELLAS, R. (1990). *Estado de Derecho: Crisis y Renovación*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

La división tripartita de poderes, teoría cuyas raíces radican en las ideas del inmortal Aristóteles, pero formalmente planteada por Montesquieu, y acogida tradicionalmente por los países de tendencia liberal, introduce tres figuras fundamentales del Estado Moderno: los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que corresponden, respectivamente, a la división del ejercicio del Poder en tres etapas: la legislación, la ejecución o gobierno, y la jurisdicción.

Siguiendo el planteamiento de La Roche, quien adopta a su vez la teoría de Esmein, se entiende que todo acto mediante el cual el gobierno dirige a un grupo social hacia un determinado sentido “se inicia cuando surge una orden del Poder y remata cuando el ciudadano la cumple, tiene lógicamente tres momentos o fases: el momento de la Ley, el momento del acto ejecutivo y el momento de la discusión judicial”<sup>5</sup>.

El Poder Legislativo, entonces, constituido generalmente por cuerpos deliberantes con potestad consultiva, surge como una primera rama del Poder, que se circunscribe a la actividad de trazar las normas generales que regirán la conducta de la sociedad. El Poder Ejecutivo, a su vez, desarrolla la facultad de aplicar la ley y velar por su cumplimiento, y es responsable así de la gestión diaria del Estado. El Poder Judicial se ejerce a través de la interpretación de las normas jurídicas generales y de su aplicación a casos concretos. Sin embargo, el presente estudio se centrará sobre la relación entre las primeras dos manifestaciones del Poder.

El Barón de Montesquieu esboza diversas consideraciones que sustentan la necesidad de la división de poderes entre diversos titulares. Una de ellas precisamente resalta la importancia de la separación del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, estableciendo el filósofo que, de no verificarse tal supuesto, se corre el peligroso riesgo de la emisión de normas “tiránicas” por parte de un monarca que las ejecutará del mismo modo<sup>6</sup>.

De la adopción de esta teoría como elemento fundamental para la existencia del Estado de Derecho, y particularmente de la separación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, se derivan diversas consecuencias; dos de ellas expuestas por La Roche de la siguiente forma:

- a) Que el Poder Ejecutivo no puede, mediante decretos o reglamentos, suspender, modificar o derogar una Ley que rija en el Estado. Jurídicamente está incapacitado el Poder Ejecutivo para dictar, modificar o suspender cualquier Ley, y eso se explica teóricamente por cuanto la función primordial que corresponde al Poder Legislativo radica

<sup>5</sup> LA ROCHE, H. (1991). *Derecho Constitucional: Tomo I (Parte General)*. Valencia: Vadell Hermanos Editores.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, C. (2003). *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Editorial Alianza.

en la formulación de la Ley; y si el Poder Ejecutivo invade la órbita de acción del otro, incurre en una *extralimitación de funciones*, haciéndose reo de sanciones que la misma Constitución establece.

- b) El Poder Ejecutivo no puede mediante decretos o reglamentos regular materias que corresponden específicamente al Poder Legislativo<sup>7</sup>.

Si bien es cierto que la división de poderes ha configurado un dogma constitucional adoptado por la mayoría de los países a nivel mundial, y que, tal y como se ha expuesto, resulta imprescindible para la garantía de derechos individuales frente al ejercicio del Poder del Estado, ha sufrido en la práctica un proceso de transformación. La visión de La Roche sobre la separación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, si bien acertada en principio, podría considerarse, desde el punto de vista de la tendencia constitucional moderna, un tanto radical. Ciertamente, la actividad legislativa del Poder Ejecutivo constituye una irregularidad jurídica, partiendo de la estricta base de la división de poderes planteada por Montesquieu. Sin embargo, el proceso evolutivo que ha experimentado dicha teoría desde su creación en el siglo XVIII hasta nuestros días, ha generado la noción de poderes públicos que, si bien se encuentran divididos funcionalmente, cooperan entre sí para agilizar la gestión del Estado, y evitar así el colapso de un sistema de núcleos inconexos.

### III. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

Como consecuencia de dicha tendencia de cooperación entre poderes, se ha verificado lo que Combellas llama “la crisis del Parlamento”, que no es más que el fin del monopolio del Poder Legislativo sobre la actividad normativa. Tal y como lo indica el reconocido autor:

La delegación legislativa se ha convertido en una institución reconocida por todas las constituciones modernas (sea en el texto, sea en la *praxis*), a partir del período de entreguerras. Junto a ella, otra institución que ha cobrado significativa importancia en los tiempos actuales, es la de los decretos-leyes, creados como institución legislativa en circunstancias de naturaleza imprevisible, necesaria o urgente<sup>8</sup>.

La inclusión a nivel constitucional de la posibilidad excepcional del ejercicio de la actividad legislativa por parte del Poder Ejecutivo, lejos de implicar una renuncia a la división tradicional de los poderes, introduce un matiz: la cooperación de los diferentes órganos autónomos del Estado en favor de una gestión más eficiente de la Administración Pública, y el consecuente logro de su fin último: el bienestar del ciudadano.

<sup>7</sup> *Ob. Cit.*

<sup>8</sup> *Ob. Cit.*

La delegación legislativa reconoce su fundamento en la creciente capacidad del Ejecutivo para regular situaciones rápidamente cambiantes. Dicho supuesto se verifica particularmente, durante situaciones irregulares de urgencia, pues el órgano legislativo generalmente no posee el alto grado de pericia necesaria para la toma de ciertas decisiones estatales. En consecuencia, la delegación legislativa al Poder Ejecutivo no implica necesariamente el incurrimento de este último en una extralimitación de funciones, sino que posibilita su contribución al cumplimiento de la primera etapa del acto de gobierno: la legislación.

Es menester destacar que, en virtud de la necesidad inicial de la separación de poderes, que conlleva precisamente la atribución de competencias estatales a titulares distintos y autónomos, la delegación legislativa debe ser siempre un evento excepcional, sujeto a estrictas normas que impidan la confusión de funciones de dos ramas independientes del Estado, y, más grave aún, la materialización del peor escenario planteado por Montesquieu: la ejecución tiránica de normas tiránicas. Si bien el Estado de Derecho es uno totalmente normativizado, cuya actividad debe desarrollarse en estricto apego a un marco jurídico previamente establecido, las normas que componen este último suponen una normalidad de condiciones, o al menos, el mantenimiento de los supuestos de hecho vigentes al momento de su creación. Sin embargo, en ocasiones, la alteración temporal de las condiciones regulares de la sociedad genera la inaplicabilidad de la ley y por tanto requiere de medidas excepcionales. En palabras de Cortés:

El legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aún en tiempos de disturbios y trastornos aspire a gobernar sin ley es temerario. El Derecho común es la regla ordinaria de los hombres en tiempos bonancibles. El derecho excepcional es su regla común en circunstancias excepcionales<sup>9</sup>.

El derecho excepcional, entonces, únicamente debe aplicarse mientras persista la situación irregular que encuadra en el marco de la ley. En este orden de ideas, la tesis general adoptada por la doctrina sostiene que los poderes legislativos extraordinarios delegados al Poder Ejecutivo ciertamente pertenecen al derecho excepcional, pues, en condiciones normales que por su naturaleza no requieren de una respuesta urgente del Estado, la actividad normativa está circunscrita dentro del ámbito de competencias del Poder Legislativo.

Siguiendo la tesis expuesta por García-Pelayo, para la verificación de un caso excepcional, se requieren dos elementos: el primero de ellos se refiere al carácter anormal de la nueva situación; mientras que el segundo consiste en la temporalidad del cambio, pues, en caso contrario, “nos encontramos ante un

<sup>9</sup> CORTÉS, D. (1904). *Proyecto de Ley sobre Estados Excepcionales*, Presentado en las Últimas Cortes... en Obras. Madrid: Tejado.

cambio general de supuestos que no engendra un derecho excepcional por su naturaleza y por el tiempo de su duración, sino un nuevo Derecho general”<sup>10</sup>.

En virtud de lo anterior, la mayoría de las constituciones modernas que prevén la figura de la delegación legislativa consagran también una serie de juiciosas normas que imposibilitan el ejercicio regular de la actividad normativa por parte del Poder Ejecutivo, y sobre todo, aseguran la preeminencia del órgano legislativo como autoridad competente en la materia. La doctrina emanada de diversos autores que han tratado el tema bajo estudio, considerada en conjunto, tiende a indicar que los ordenamientos jurídicos deben imponer al menos tres límites a la excepcional potestad legislativa del Poder Ejecutivo, y se refieren, respectivamente, a: (i) la temporalidad de la delegación, (ii) las materias de reserva legal, y (iii) el rango de las normas emitidas.

El primero de los aludidos límites, referido a la temporalidad de la delegación legislativa, responde a la irregularidad transitoria de las circunstancias que justifican el ejercicio de la actividad normativa por parte del Poder Ejecutivo. Tal y como se expuso con anterioridad, la delegación legislativa debe necesariamente tener un carácter excepcional, por cuanto su fin último consiste precisamente en la provisión de una respuesta rápida y eficiente del Estado, en situaciones temporales de urgencia. Una vez recuperada la normalidad de condiciones de la sociedad, la vigencia de la delegación legislativa pierde todo sentido, y su prolongación indefinida en el tiempo provocaría no sólo el incurrimento del Poder Ejecutivo en la extralimitación de funciones señalada por La Roche<sup>11</sup>, sino, en líneas generales, el quebrantamiento absoluto del principio de la división de poderes.

Un principio fundamental derivado del Estado de Derecho es el de la reserva legal, que sostiene que ciertas materias podrán ser reguladas únicamente mediante una ley *formal*, es decir, aquella emanada del órgano colegiado al cual la Constitución ha conferido la competencia normativa. Este último, siguiendo tal principio, no podrá delegar a ningún otro órgano del Poder Público la legislación de las materias consideradas de reserva legal, que generalmente se refieren a todo tipo de limitaciones o restricciones a los derechos y garantías constitucionales. Casal justifica la importancia del respeto a la reserva legal “en virtud del principio democrático y del papel que según la teoría y los fundamentos del Estado constitucional incumbe al órgano deliberante y representativo en relación con

---

<sup>10</sup> GARCÍA-PELAYO, M. (1951). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente.

<sup>11</sup> *Ob. Cit.*

los derechos inherentes a la persona”<sup>12</sup>. En consecuencia, tal y como lo afirma Brewer-Carías, la delegación de facultades normativas no puede abarcar materias que sean reservadas constitucionalmente al Poder Legislativo, por referirse al régimen relativo a los derechos y garantías fundamentales del ser humano<sup>13</sup>. Tomando en cuenta, pues, el descrito principio de reserva legal y el carácter excepcional de la delegación legislativa, resulta necesaria, a fines de garantizar el despliegue de los derechos del individuo, la delimitación expresa de las materias cuya regulación se delegará al Poder Ejecutivo.

Por cuanto la función del Poder Legislativo consiste precisamente en dictar las normas que regirán, no sólo el comportamiento de la sociedad, sino también las actividades del Poder Público, la delegación legislativa puede realizarse únicamente mediante la promulgación de una ley formal (“ley habilitante”), que tenga por objeto otorgar una autorización excepcional y temporal al Poder Ejecutivo para el ejercicio de la actividad normativa, dentro de los parámetros en ella establecidos. Considerando el conocido principio de jerarquía normativa introducido por el tratadista austríaco Hans Kelsen<sup>14</sup>, debe concluirse que aquellos decretos dictados en ejercicio del mandato conferido por una ley, deben necesariamente gozar de un rango idéntico o menor al de esta última, pues, de lo contrario, la autorización otorgada por el órgano legislativo, además de ser desmedida, podría provocar la imposición de leyes para cuya promulgación se exigen constitucionalmente mayores requisitos (tales como la consulta pública o el voto favorable de un mayor número de diputados), y la modificación de postulados y principios generales del ordenamiento jurídico en cuestión. En otras palabras, las normas dictadas bajo expresa autorización de una ley, únicamente pueden tener, según los postulados básicos de la lógica jurídica, la misma fuerza de dicha ley, o una inferior. Las posibles consecuencias de la transgresión de este particular límite a la delegación legislativa serán más ampliamente ilustradas posteriormente, a la luz del régimen constitucional venezolano.

#### **IV. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO**

Tras la incorporación de la delegación legislativa en diversos ordenamientos jurídicos europeos, a fines de atender las situaciones de urgencia generadas por las Guerras Mundiales del siglo XX, y, particularmente considerando los efectos

<sup>12</sup> CASAL HERNÁNDEZ, J.M. (2006). *Los derechos humanos y su protección: Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

<sup>13</sup> BREWER-CARIAS, A.R. (2001). *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

<sup>14</sup> KELSEN, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

de la segunda de ellas sobre Venezuela, el primer mandatario Isaías Medina Angarita propuso la inclusión de una nueva facultad del Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, previa aprobación del extinto Congreso Nacional, en la reforma constitucional de 1945.

En efecto, la Constitución Nacional<sup>15</sup>, reformada en dicho año, contemplaba, en el numeral vigésimo noveno de su artículo 104, entre las atribuciones del entonces Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, la potestad de este último para “Ejercer en los términos que fije el Congreso la facultad de dictar medidas extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran”. Por primera vez, entonces, se introdujo la figura de la delegación legislativa en el país, mediante una disposición que hacía especial énfasis en el carácter excepcional de la misma, en la delimitación de las materias delegables, y en la obligatoria sujeción del Presidente a los términos fijados por el órgano legislativo.

Tras los diversos cambios acaecidos en la realidad y en el régimen constitucional venezolano, especialmente concluido el período dictatorial del General Marcos Pérez Jiménez, finalmente se promulgó la Constitución de la República de Venezuela en 1961<sup>16</sup>, que tuvo una vigencia de treinta y ocho años, y que recuperó la figura de la delegación legislativa, al incluir una disposición muy similar al precitado artículo de la reforma constitucional de 1945.

Así pues, la Constitución de 1961 establecía, entre las atribuciones del Presidente de la República, la potestad de “dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial” (numeral octavo del artículo 190). Dicha norma, al igual que su aludida antecesora, imponía ciertas restricciones a la delegación legislativa, especialmente referidas al carácter taxativo de las materias delegadas, a la excepcionalidad de las condiciones que justificaban dicha medida, y a la promulgación de una ley especial como requisito formal del otorgamiento de la autorización al Presidente de la República para ejercer la actividad normativa.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), sancionada en el año 1999<sup>17</sup>, por contraste, prevé una delegación legislativa de la Asamblea Nacional en el Presidente de la República, cuya sorprendente amplitud, tal como lo afirma Brewer-Carías “no tiene precedentes en el constitucionalismo contemporáneo”<sup>18</sup>. El octavo numeral del artículo 236 de la Carta Magna vigente

<sup>15</sup> Gaceta Oficial N° 131 Extraordinaria del 5 de mayo de 1945.

<sup>16</sup> Gaceta Oficial N° 662 Extraordinaria del 23 de enero de 1961.

<sup>17</sup> Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

<sup>18</sup> *Ob. Cit.*

incluye, como una atribución del Presidente o Presidenta de la República, el “Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley”. El artículo 203 *ejusdem* indica, por su parte, que

Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio.

Dichas disposiciones constitucionales contemplan la delegación legislativa al Poder Ejecutivo sin establecer más límites que (i) la formalidad de su verificación (pues necesariamente debe realizarse mediante ley habilitante), (ii) el rango máximo del que pueden gozar los decretos dictados por el Presidente o Presidenta de la República, en virtud de dicha autorización (al limitar la potestad normativa del Ejecutivo a la emisión de “decretos con fuerza de ley”), y (iii) la fijación del plazo del ejercicio de la ley habilitante. El constituyente venezolano de 1999 no sólo omitió la mención de límites necesarios para evitar la regularidad de la actividad legislativa del Presidente o Presidenta de la República, sino que promovió dicha anomalía al suprimir intencionalmente los límites previstos por la Constitución de 1961 referidos a la irregularidad de condiciones que justifican la delegación legislativa y a la delimitación taxativa de las materias delegables.

La referida ausencia de restricciones que, en acertadas palabras de Brewer-Carías, podría resultar, y de hecho ha resultado, en un “atentado inadmisibles” en contra del principio constitucional de la reserva legal<sup>19</sup>, ha sido aprovechada en la práctica por la Asamblea Nacional en la emisión de tres leyes habilitantes<sup>20</sup> mediante las cuales se ha delegado al Presidente de la República la potestad de normar una vasta gama de materias, sin requisito circunstancial alguno. Si bien dichas normas han establecido un límite de tiempo para la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, éste ha sido fijado de manera arbitraria, por cuanto no ha correspondido a una alteración de las condiciones regulares de la sociedad venezolana.

Especial mención merece la vigente Ley que Autoriza al Presidente de la República Para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se le Delegan, promulgada en el año 2010<sup>21</sup>. Considerando que la CRBV ha dejado a libre discreción del legislador la delimitación de las materias delegadas, mediante la mencionada ley se ha conferido al Poder Ejecutivo la potestad de regular una totalidad de nueve amplísimos ámbitos, que incluyen, entre otros: la seguridad y defensa de la nación, la vivienda y hábitat, la cooperación internacio-

<sup>19</sup> *Ob. Cit.*

<sup>20</sup> Publicadas, respectivamente, en Gacetas Oficiales N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000, N° 38.617 del 1 de febrero de 2007, y N° 6.009 Extraordinaria del 17 de diciembre de 2010.

<sup>21</sup> Gaceta Oficial N° 6.009 Extraordinaria del 17 de diciembre de 2010.

nal, el manejo de armas y elementos conexos, el sistema socioeconómico del país, finanzas y tributos, la prestación de servicios públicos, la ordenación territorial y la seguridad ciudadana y jurídica. Dentro de estas últimas secciones se prevé incluso la facultad del Presidente de la República para la imposición de nuevas sanciones para los hechos punibles tipificados por la normativa penal nacional, y para el diseño de una nueva regionalización geográfica del país, atendiendo siempre a los ideales de “justicia social e independencia económica”. De tan vaga redacción se evidencia la ausencia de límites materiales de la delegación legislativa y la ausencia de un propósito concreto que la justifique. El Presidente de la República ha quedado facultado, pues, para normar prácticamente todo ámbito cuya regulación ha sido atribuida al cuerpo legislativo por la Constitución, y posteriormente, para ejecutar los decretos emitidos, quedando el ordenamiento jurídico venezolano de rodillas ante la voluntad de un único individuo cuyas funciones originarias nada tienen que ver con la legislación.

La ley, principal fuente del Derecho y requisito esencial para la convivencia humana, únicamente cumplirá tal objetivo en la medida que su contenido emane de la voluntad popular y, en consecuencia, represente el consenso de la sociedad sobre los patrones de conducta necesarios para el logro del bien común. Es precisamente por ello que el Poder Legislativo es ejercido generalmente por un órgano deliberante compuesto por representantes de diversos sectores, electos mediante el sufragio. Mal podría denominarse “ley”, pues, la simple imposición de un determinado comportamiento de parte de aquellos que ostentan la fuerza. No constituyendo los decretos con fuerza de ley, en este caso, una manifestación inequívoca del consenso de la sociedad venezolana, sino muy por el contrario, la mera exteriorización de una ideología individual, no sometida a controles ni debates, posibilitan ampliamente la promulgación de normas que coliden con las disposiciones y el espíritu del resto del ordenamiento jurídico, o que incluso, evaluadas aisladamente, carezcan de todo sentido.

Tal ha sido el caso de varios de los numerosos decretos leyes emitidos por la Presidencia de la República durante el presente período constitucional, que, vale la pena destacar, según indica Pérez Perdomo, configuran aproximadamente un tercio de las piezas legislativas producidas durante los primeros diez años del actual gobierno de Hugo Chávez Frías<sup>22</sup>. Quizás el mejor ejemplo práctico del supuesto bajo estudio sea el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, dictado por el Presidente Chávez, en Consejo de Ministros, y publicado efectivamente en el año 2008<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> PÉREZ PERDOMO, R. (2009). *Derecho y Cultura Jurídica en Venezuela en Tiempos de Revolución (1999-2009)*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo.

<sup>23</sup> Gaceta Oficial N° 38.940 del 28 de marzo de 2008.

Bautizado popularmente como la “Ley Sapo”, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia incluía, en sus escasos veintinueve artículos, atentados flagrantes en contra de diversas disposiciones constitucionales. La Ley Sapo no sólo colocaba a todos los venezolanos al servicio de la inteligencia del Estado, a fines de detectar de forma preventiva las “posibles amenazas” en su contra, sino que, además, imponía severas penas a aquellos ciudadanos que incumplieran los deberes inherentes a tal función, y violentaba la garantía constitucional del debido proceso al otorgar ventajas probatorias a los integrantes del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, dentro de los procedimientos penales relacionados con la Ley.

Consecuentemente, la Ley Sapo, lejos de ser la expresión del consenso de la sociedad venezolana, enfrentó duras críticas de parte de numerosos sectores, y generó un elevadísimo nivel de polémica que giraba, principalmente, en torno a la constitucionalidad de sus disposiciones. El Presidente Chávez, habiendo improvisado y defendido un Decreto escandalosamente violatorio de derechos humanos fundamentales, y a todas luces contrario a los valores consagrados por la CRBV, se vio forzado a anunciar públicamente su derogatoria, sólo dos semanas tras la publicación en Gaceta Oficial, admitiendo expresamente su inconstitucionalidad<sup>24</sup>.

Como si la ausencia de límites constitucionales a la delegación legislativa fuera poco, se ha incumplido además, en la práctica, uno de aquellos que sí ha sido establecido expresamente por la Carta Magna: el rango de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la ley habilitante. Si bien el citado texto constitucional reza que dichos decretos podrán tener únicamente rango y fuerza de ley ordinaria, y aún cuando la exposición de motivos de la Carta Magna enumera de forma taxativa las leyes a las que puede conferirse el carácter de orgánicas, excluyendo de dicha enumeración a las leyes habilitantes, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido erróneamente que dichas leyes, por el simple hecho de encontrarse reguladas dentro del mismo artículo que menciona las leyes orgánicas, recibe automáticamente dicho carácter, y procede la Sala a concebir incluso la posibilidad de la emisión de “decretos con rango y fuerza de ley orgánica”<sup>25</sup>. Tal criterio, además de conllevar un incumplimiento absoluto del límite constitucional impuesto a la delegación legislativa, y contradecir abiertamente la voluntad del constituyente de 1999, ignora la finalidad propia de las leyes habilitantes. Las leyes orgánicas, según indica el artículo 203 de la Constitución, tendrán tal carácter en la medida que desarrollen derechos

<sup>24</sup> CNN Expansión. (2008). *Chávez deroga ley de inteligencia*. Obtenido el 10 de agosto de 2011 de <http://www.cnnexpansion.com/actualidad/2008/06/10/chavez-deroga-ley-de-inteligencia>.

<sup>25</sup> Sentencia N° 1716 del 19 de noviembre de 2001, referida a la revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

fundamentales, organicen los Poderes Públicos, o sirvan de marco normativo a otras leyes. Por cuanto la delegación legislativa surge como una medida excepcional fundamentada en la necesidad de la emisión de normas concretas que regulen una situación de urgencia, difícilmente tendría sentido dictar un decreto de rango orgánico en tales supuestos. El objetivo, en tal situación, jamás será establecer un marco normativo para otras leyes, sino actuar de forma rápida y eficiente para restaurar la regularidad de las circunstancias nacionales.

Haciendo caso omiso de lo anterior, la precitada Ley que Autoriza al Presidente de la República Para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se le Delegan, en su segundo artículo, contempla expresamente la facultad del Presidente o Presidenta de la República para conferir el carácter orgánico a un decreto dictado en ejercicio de dicha ley habilitante, indicando también la obligatoriedad del sometimiento del decreto en cuestión a un control de constitucionalidad ejecutado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, mientras la sanción de una ley habilitante requiere únicamente del voto aprobatorio de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, la sanción de las leyes orgánicas requiere la aprobación de las dos terceras partes de ellos (artículo 203, CRBV). En consecuencia, la promulgación de un decreto con rango y fuerza de ley orgánica, dictado en ejercicio de una ley habilitante, no sólo presentaría vicios de inconstitucionalidad, al no cumplir con el voto favorable del quórum del órgano legislativo requerido, sino que además, permitiría la comisión de un fraude legislativo.

En consecuencia, lejos de tratarse en este caso de una colaboración entre dos ramas del Poder Público para la provisión de una respuesta rápida en situaciones de urgencia, se ha aceptado a nivel constitucional en Venezuela la posibilidad del ejercicio de una amplísima actividad normativa del Poder Ejecutivo, aún en condiciones regulares, abriéndose el camino a la confusión de dos ramas de Poder independientes, y, en consecuencia, a la transgresión del principio de la separación de poderes establecido por la Carta Magna. Por cuanto, tal y como se estableció anteriormente, la delegación legislativa carece de todo sentido mientras perdure la normalidad de condiciones de la sociedad, y, aún cuando justificada por alguna irregularidad, debe encontrarse estrictamente limitada a favor de la protección de los derechos y garantías individuales, el escenario planteado por la Constitución venezolana actual fácilmente podría dar paso, como de hecho lo ha dado, a la materialización de los peores miedos de Montesquieu: la debilitación del Estado de Derecho, y aún más gravemente, al abandono del ciudadano frente a un poder tiránico que ha logrado acumular dos funciones estatales independientes.

# El Positivismo Jurídico en la Obra de Luigi Ferrajoli

*Julio Rodríguez Berrizbeitia*<sup>1</sup>

**SUMARIO: I. Introducción. II. Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. III. Reflexiones sobre la Deóntica. IV. El Derecho Positivo. V. El Estado de Derecho. VI. Las Dimensiones de la Democracia. VI. Las Formas y el contenido de la Democracia. VIII. Consideraciones finales.**

## I. INTRODUCCIÓN

La publicación de la obra de Luigi Ferrajoli “*Principia Iuris*” en su traducción en español en 2011 vuelve a plantearnos una reflexión profunda acerca de la sustentabilidad del positivismo en el mundo de la filosofía jurídica actual. La obra que se publicó originalmente en su edición italiana en 2007 trata de resumir aspectos fundamentales del pensamiento de un autor importante de nuestra época.

Sin perder más tiempo en introducciones podemos decir que Ferrajoli a pesar de definirse como un positivista, no puede dejar de señalar –lo cual es interesante– el papel crítico normativo que los juristas siempre han mantenido con respecto al derecho positivo. Esa afirmación deja abierta la posibilidad no señalada expresamente por el autor in comento de juzgar al derecho, más por lo que es que por lo que debería ser, con criterios no exactamente positivos. Al respecto señala Ferrajoli: “Los juristas, por otra parte, siempre han desempeñado un papel crítico y normativo respecto al derecho positivo. Lo que ocurre es que, por lo general, lo han desempeñado sin hacerlo explícito, y por lo tanto del peor modo posible, a causa de la pretensión de avaloratividad que ha pesado siempre como una obsesión sobre la cultura iuspositivista. Pero esa pretensión,

<sup>1</sup> Abogado Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello (1976); Cursos de Doctorado en Derecho, Universidad de Salamanca, España (1977-1978); Maestría en Filosofía, Instituto Independiente de Investigaciones Filosóficas, Toulouse – Francia (1976-1977); Maestría en Administración Pública y Gerencia en Países en Vías de Desarrollo. Universidad de Harvard, Cambridge – Massachussets, U.S.A (1983-1984); Certificado de Estudios Avanzados en Administración de Empresas (1984-1985); Universidad de New York, Nueva York, E.E.U.U. Programa Avanzado de Gerencia PAG III, Instituto de Estudios Superiores en Administración. Caracas, Venezuela (1989-1990). Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor de Filosofía Jurídica de la Universidad Monteávila.

como hemos visto, es insostenible, ya de entrada por el carácter artificial del derecho positivo que refleja siempre algún diseño teórico normativo que no puede ser ignorado por la teoría”.<sup>2</sup> En realidad la cita es significativamente valiosa al afirmar la artificialidad del derecho como producto de un arreglo o diseño teórico normativo. En realidad el prescindir del carácter “avalorativo del derecho” pudiera ocasionar profundas transformaciones en la concepción positivista del mismo.

En este sentido las posibilidades de síntesis entre una concepción de lo estrictamente positivo y una vinculada con valores parecieran difícil de ser conciliada. En tal sentido es más contundente la argumentación externa al positivismo que la producida dentro de él. El recurrir a lo que Ferrajoli llama “el paradigma constitucional”, que sostiene su teoría del garantismo, para llamar de otro modo al iusnaturalismo o a lo que este representa, parece difícil de ser admitido de entrada a pesar de insistir el autor en el carácter o dimensión pragmática de su teoría.

Lo que si constituye un valioso aporte del autor –a menudo poco considerado por los filósofos jurídicos– es la relación entre el derecho y democracia. En este sentido el profesor Ferrajoli señala que: “la teoría del derecho es la premisa necesaria de la teoría de la democracia”. El autor que comentamos presenta una hipótesis de trabajo en la cual los derechos fundamentales y sus garantías constituyen otras tantas condiciones jurídicas de la democracia. No pasa por alto Ferrajoli que existen una serie de “condiciones pragmáticas” (políticas, económicas, sociales y culturales) que son “en gran medida” independientes del derecho”.<sup>3</sup>

Ello debe llevarnos a calibrar en su justa medida la función instrumental del derecho a la hora de contribuir al logro del bien común. Más que mistificar el rol de la democracia en la sociedad se trata de ordenarla hacia la consecución del máximo bien colectivo que solo puede lograrse en una situación de libertad entre las personas. Situación en la cual lo colectivo no puede destruir a lo personal ni lo individual a lo colectivo. El juego de esta ecuación fundamental ha probado ser complicada en el desarrollo de la historia humana. En todo caso tal como lo indica Ferrajoli el derecho con una larga tradición civilista ha sido más capaz de desarrollar las garantías de los derechos patrimoniales que la de los fundamentales. No podemos dejar de insistir en que cualquier formulación neutra de lo jurídico entendiendo por ella a cualquier pretensión del derecho como avalorativo lo que hace es aumentar exponencialmente los riesgos de convertir al derecho en instrumento de cualquier causa.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*. Editorial Trotta, Madrid 2011, Tomo I, pg. 29.

<sup>3</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 30.

## II. PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA

Probablemente uno de los mayores riesgos asumidos por el autor que comentamos es el de tratar de convertir “al universo simbólico” del derecho en una teoría que pretende ser amplia en la enunciación de sus contenidos pero restringida a la hora de tomar posición por una teoría que vaya más allá de lo circunstancial de la historia jurídica y de sus creaciones particulares. Con ello no quiero convertir al autor que analizamos como positivista, iusnaturalista o constitucionalista sino simplemente exponer las cosas tal como las vemos. El siguiente párrafo es sugerente: “La teoría que aquí se elabora es pues un sistema de *principia iuris*, como expresa el título que se ha elegido para ella, en un triple sentido: porque sus tesis son principios teóricos y, a la vez, las tesis primera de una teoría axiomatizada del derecho, porque algunas de ellas, relativas a la democracia, reflejan también principios de derecho positivo; y porque otras finalmente, reflejan la estructura normativa del paradigma constitucional, en virtud del cual el derecho regula tanto la forma como los contenidos de su propia producción”.<sup>4</sup>

El párrafo anterior nos proporciona una mayor aproximación a la forma de entender el positivismo de Ferrajoli. De entrada debemos afirmar, como el autor lo hace, que su teoría axiomatizada (sobre lo que volveremos luego) “resulta posible, y a la vez justificada, sólo en relación con otros universos empíricos: porque el derecho positivo no es un fenómeno natural, sino una construcción artificial consistente en un discurso, que supone alguna racionalidad intrínseca que justamente se trata de explicitar”.<sup>5</sup>

Este punto de partida “positivista” permite al autor que comentamos contraponer lo que el llama la “razón naturalista” de Leibniz frente a la “*artificial reason*” de Hobbes según la cual las leyes y los pactos “los hemos hechos nosotros”. A lo anterior añade Ferrajoli “el pacto constitucional en el que hemos positivizado, como principios y garantías normativas, límites y vínculos para las leyes mismas”. Lo anterior nos remite a un sistema jurídico que tiene sus límites en sí mismos sin aceptar lo que Ferrajoli llama otros “universos empíricos”. Sin embargo no puede dejar de reconocer el autor que el derecho positivo no siempre ha sido tomado en serio.

En tal sentido señala: “El enfoque iuspositivista obliga a la ciencia jurídica a tomar el derecho positivo en serio, descartando la idea de que las leyes y menos aún las constituciones sean *flatus vocis* carentes –a pesar de existir positivamente– de eficacia vinculante: de que un derecho desprovisto de garantías, por ejemplo, sea un no –derecho aunque esté expresamente establecido, o de que un

<sup>4</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 31.

<sup>5</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 32.

acto inválido no anulable por falta de jurisdicción sea no- inválido por más que se halle en conflicto con las normas relativas a su producción”.<sup>6</sup>

Ciertamente el peso que asume el derecho positivo como sistema cerrado que se controla a si mismo parece excesivo. Pensar que reforzar dicho sistema con las garantías adecuadas pude resolverlo todo no es ciertamente real. Si debemos admitir que muchas de esas “garantías” dependen de decisiones que no son jurídicas. Incluso los propios garantes de su cumplimiento, aún los que deben actuar con criterios estrictamente jurídicos, actúan muchas veces por razones de otra índole.

A fin de cuentas no ignora Ferrajoli las debilidades de lo que se llama “el primer positivismo jurídico”. En tal sentido señala: “Si es cierto que en el modelo del primer positivismo jurídico derecho era todo y solo aquello que estaba establecido por la ley, cualquier referencia a principios axiológicos no expresamente formuladas por la ley quedaba excluida como una inadmisibles intrusión y contaminación del discurso científico acerca del derecho”.<sup>7</sup> Lo cierto es que Ferrajoli elimina toda consideración externa al derecho positivo recurriendo a la constitucionalización de los principios. En tal sentido señala: “Gran parte de aquellos conceptos y valores, junto a los conceptos a través de los que se expresaron –libertad, igualdad, persona, derechos humanos, representación, separación de poderes, esfera pública etc., son en efecto exactamente los mismos que elaboró el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada. Sólo que, una vez constitucionalizados, dejan de ser solamente principios axiológicos externos de filosofía política y se convierten también en principios jurídicos internos –*in iure*– al universo del discurso de una teoría jurídica de la democracia”.<sup>8</sup>

En realidad los bienes que tratamos de alcanzar o lograr a través del derecho no son bienes porque el derecho lo reconozca sino por si mismos. La falta de reconocimiento jurídico o su negación no los hace menos valiosos y necesarios. Se trata de un orden superior al derecho positivo (incluyendo a la constitución) que sirve de fundamento al derecho que se ajusta a dichos principios.

En el fondo es mucho más lo que subyace (como fundamento del derecho) detrás de lo que el autor *in comento* menciona “como enfoques del derecho” para tratar de desvirtuar cualquier tipo de análisis diferente al positivista. Sin negar –el autor- la existencia de dichos valores o principios axiológicos. El siguiente párrafo es reflejo de lo ya indicado: “Obviamente la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía de la justicia corresponden a enfoques

<sup>6</sup> Ob. cit. Tomo I, pp. 33 y 34.

<sup>7</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 37.

<sup>8</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 38.

diferentes, rigurosamente distintos ya sea en cuanto a los métodos de formación de sus conceptos y enunciados, ya en cuanto a los puntos de vista desde los que contemplan el mismo objeto. Pero es precisamente la teoría formal del derecho la que permite a estos enfoques diferentes, que tiene en común el mismo universo del discurso, servirse los unos de las aportaciones de los otros. Al dar cuenta de las mencionadas divergencias deónticas –entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad, la teoría permite en efecto distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles del discurso, normativo y crítico el uno con respecto al otro, y sustraerse así a las diversas y frecuentes falacias ideológicas que resultan de su confusión o de su recíproca ignorancia:

a) La falacia iusnaturalista que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas validas a pesar de ser injustas...”<sup>9</sup> La falacia señalada podría tener algún tipo de valor formal que constituye precisamente uno de los argumentos con los cuales se ha criticado al iusnaturalismo. No obstante, la confusión conceptual señalada sobrepasa cualquier tipo de explicación por razones meramente ideológicas ya que el derecho no adquiere reconocimiento interno por su adecuación a las formas establecidas para aprobarlo. Ignorar esto constituye dejar en el camino la explicación acerca de porque nos sentimos comprometidos con el mismo independientemente de sus aspectos formales. El recurrir a la teoría del derecho como una disciplina neutra, pero que es capaz de darnos fórmulas semánticas parece que tampoco satisface una necesidad de explicar los contenidos. El tema esencial es la relación del derecho con la misma. El texto siguiente a pesar de su complejidad conceptual es sugerente: “...la teoría del derecho es una teoría formal, que no nos dice nada sobre lo que el derecho establece, ni sobre lo que debería establecer, ni sobre el grado de observancia de hecho de lo establecido por él. Se limita a definir y a analizar los conceptos –que son (y no cuales son o deben ser, o como operan de hecho), por ejemplo, las normas, los actos, los sujetos, las situaciones, los derechos, etc.- y a conectarlos en una red coherente de postulados, definiciones y teoremas. Y sin embargo, la teoría del derecho es una teoría empírica, dotada de un universo de discurso que es precisamente el derecho. Lo que le confiere alcance empírico y capacidad explicativa respecto a dicho universo es por tanto la relación semántica que mantiene con las tesis de la dogmática jurídica y, por otro lado, de la sociología del derecho, en virtud de la cual..., se le asocia en el primer caso una interpretación normativista y en el segundo una interpretación realista”<sup>10</sup>

El texto anterior rico por lo que plantea no por la claridad con la que asume los conceptos nos sitúa frente a una teoría del derecho que se nutre de realidad

<sup>9</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 40.

<sup>10</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 41.

para conceptualmente colocarnos frente a una conceptualización depurada de todo lo que es o debería ser libre de toda tentación de realidad. Ciertamente tenemos que aceptar la explicación porque supone una elaboración semántica capaz de contener contenidos normativos y realistas. Al final se trata de reformular una nueva teoría del lenguaje, al estilo de Rudolf Carnap que asumiendo algunos elementos nuevos de reconocimiento del ser, y del deber ser trata de explicarnos el derecho con bases semánticas. El esfuerzo de simplificación en base a fórmulas verbales o del discurso cobra su total valor con la utilización del método axiomático al cual el autor le asigna una notable “fecundidad teórica”. En este sentido indica: “un defecto del lenguaje teórico ordinario de la ciencia jurídica es su extrema ambigüedad, generado por la indeterminación de significado extencional y por la imprecisión del significado intencional de gran parte de sus términos. Un lenguaje bimilenario dotado de un léxico inmenso y polisémico como el transmitido por la tradición jurídica, es desde luego una riqueza. Lo que es indudable en el plano de la dogmática, en el que resulta indispensable para el análisis lingüístico y la explicación sistemática de un discurso complejo y heterogéneo como es el del legislador. Pero en el plano teórico, por el contrario, si bien esta riqueza e imprecisión permiten una gran agilidad de movimientos, representan un obstáculo para la claridad, la coherencia y la capacidad explicativa de los conceptos y los enunciados y son una fuente inevitable de equívocos y falsos problemas”.<sup>11</sup> Más adelante añade: “el método axiomático, gracias a las constricciones impuestas al lenguaje y al discurso teórico por las reglas de formación y transformación estipuladas, impone en cambio, opciones unívocas e informadas por la máxima economía en la formulación de los postulados y las definiciones, así como una rigurosa coherencia con los unos y las otras en el desarrollo de todo el discurso”.<sup>12</sup>

Es evidente por parte del autor la utilización del lenguaje de la lógica y la filosofía del lenguaje para introducirnos en el mundo de los signos y el significado del lenguaje jurídico. Conceptos como “intensión” (se refiere a el significado o connotación de una expresión) y “extensión” (hace referencia a las entidades a la que se aplica la expresión) son prueba de lo anteriormente señalado. Si bien la utilización de los métodos axiomáticos para describir el Derecho se remonta, según algunos historiadores del derecho a Thomasius el desarrollo de Ferrajoli es interesante. De hecho dedica el tercer tomo de su obra “*Principia Iuris*” a la sintaxis del derecho. Con la axiomatización de la teoría del derecho pretende diseñar una sintaxis lógica del discurso teórico y de las complejas estructuras de los ordenamientos jurídicos que forman su objeto. Como bien dice el autor

<sup>11</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 51.

<sup>12</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 51.

in comento: “El lenguaje de la teoría axiomatizada del derecho es un lenguaje formalizado definido por el vocabulario y por las reglas que se estipularán...”<sup>13</sup>

El optimismo del autor se refleja en el siguiente comentario: “...el método axiomatizado es esencialmente una herramienta del razonamiento, tanto más precioso, cuanto más complejo y extenso sea el sistema teórico elaborado. Sirve para determinar los problemas para no eludir sus dificultades, para orientar y controlar sus soluciones imponiéndolas en todo caso como condiciones para proseguir...”<sup>14</sup>

El comentario del autor estudiado más la continuación del mismo, no citado por la naturaleza de este trabajo, ilustra el convencimiento del autor en llegar a formulas científicas que resuelvan los problemas de la doctrina jurídica. El optimismo excesivo, poco realista con respecto a una realidad social que contiene otros elementos distintos a los observables, no desmerece de su metodología que nos puede enseñar cual es el camino más correcto. Es acertado su comentario con respecto a las numerosas aporías y paralogismos teóricos e ideológicos que se esconden en el lenguaje común.

De alguna manera u otra limpiar al derecho del lenguaje común puede ser un objetivo deseable, a fin de convertirlo en una ciencia. No obstante luce complicado hacerlo. Como construir un lenguaje de aceptación universal (al menos dentro de una sociedad particular) que disminuya las controversias interpretativas con respecto al derecho parece arduo. El esfuerzo de Ferrajoli es inmenso pero parece ser una vuelta a una teoría que no puede sustentarse solo en la formalidad del lenguaje a pesar de la tranquilidad que dicha interpretación nos puede dar. En realidad el lenguaje solo expresa las modalidades de comunicar situaciones en un momento determinado. El gran tema sería construir algo con significaciones permanentes. Al final estamos frente a formas cambiantes de referirnos a lo conceptual que puede darnos significados variables. Frente a ello la permanencia de los principios inmutables, al menos como referencia, pueden darnos algún grado de estabilidad conceptual. No podemos negar el eminente esfuerzo del autor que comentamos en el sentido de “encarrilar el razonamiento sobre rieles bien comprobados”<sup>15</sup>

La comprobación a la cual trata de llegar presenta una intencionalidad valiosa pero dejar dudas con respecto al resultado. No obstante, el esfuerzo es digno de reconocimiento y nos introduce en un mundo que a pesar de no darnos respuestas definitivas nos permite reflexionar acerca de la teoría del derecho. No podemos en este trabajo dedicar toda nuestra atención acerca de lo que Ferrajoli llama la “metateoría del derecho” pero hay en su obra aspectos particulares relacionados

<sup>13</sup> Ob. cit. Tomo III, pg. 7.

<sup>14</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 55.

<sup>15</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 55.

o no con el núcleo de la misma que ilustran problemas de actualidad jurídica permanente.

El ser este un ensayo general nos da la flexibilidad suficiente para comentarlos. No puedo dejar de mencionaren este ensayo para valorar correctamente la posición del autor que comentamos el enfoque específicamente referido al estado constitucional de derecho del cual hablaremos luego.

### III. REFLEXIONES SOBRE LA DEÓNTICA

Para nosotros en nuestro núcleo de reflexión nos parece interesante referirnos a un tema siempre presente en la relación entre positivistas y iusnaturalistas que no es otro que la moral. Sobre ello dice Ferrajoli: “Las reglas de la moral, como las del ajedrez, son sistemas estáticos porque en ellos el añadido o la modificación de una regla produciría el cambio del sistema o del juego: otro sistema moral o un juego nuevo y diferente. El derecho positivo es por el contrario un sistema dinámico porque sus reglas son todas y únicamente las producidas con arreglo a esa norma de reconocimiento que es el principio de la legalidad”.<sup>16</sup>

El referirse al reconocimiento tipo Hart sin relación a la posición del actor (interna o externa) deja parte de la riqueza del concepto en el camino. El reconocimiento de las antinomias por parte del autor nos obliga a pensar en un derecho positivo (tal como lo hacía Hart) que crea una serie de paradojas (mencionadas por el autor) que deberían obligar a revisar los conceptos que tenemos con respecto al derecho. Ciertamente acudir a Vico para diferenciar lo “cierto” de lo “verdadero” lo que produce es crear algunas dudas con respecto al valor general del positivismo. De hecho el recurrir al positivismo como soporte general o introductorio del iusnaturalismo en el paradigma constitucional no parece una tesis de gran fortaleza. El comentario es el siguiente: “El iuspositivismo, en su actual paradigma constitucional, es en efecto el único tipo de experiencia jurídica que permite la garantía de aquellos principios y valores (la igualdad, la libertad y los derechos sociales) que provienen ciertamente de la tradición iusnaturalista, pero que sólo en cuanto positivizados como en otros tantos vínculos jurídicos en las constituciones actuales pueden aspirar a algún grado de efectividad”.<sup>17</sup>

Al final del día la efectividad es importante pero nada nos dice con respecto al fondo moral de la necesidad de tener dichos principios en el derecho. Creo que Ferrajoli de alguna manera acepta el “vínculo moral” como fundamental en el derecho a pesar de tratar de vincularlo con una tradición histórica de naturaleza evolutiva.

<sup>16</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 112.

<sup>17</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 114.

Su comentario es el siguiente: “El desarrollo histórico del derecho y del estado de derecho se produjo en efecto bastante más por la progresiva destrucción de los vínculos prejurídicos e informales que dominan el estado de naturaleza que por la introducción de vínculos jurídicos respecto a un imaginario estado de naturaleza dominado por la libertad. El derecho –y más que nunca el derecho moderno– es en efecto un sistema de reglas que no nace en el vacío sino que se sobrepone, con la pretensión de desbancarlos en las materias que regula, a otros códigos normativos y a otros sistemas de poder: de tipo familiar, religioso, social o incluso meramente cultural”.<sup>18</sup> En realidad la moral personificada en temas religiosos o naturales es algo más profundo que aspectos culturales sujetos a los cambios históricos. Sin entrar en la diferenciación entre los distintos sistemas deónticos (lógicos) como la moral y el derecho podemos resaltar la idea central del profesor Ferrajoli con respecto a los conceptos de efectividad e ineffectividad que existen en la literatura kelseniana como eficacia e ineficacia (se refiere a la conformidad de la conducta con la norma). En efecto para Ferrajoli: “Efectividad e ineffectividad son dos conceptos centrales de la teoría del derecho... La especificidad del derecho respecto a los demás sistemas deónticos reside en el hecho de que... él dispone de un conjunto de garantías jurídicas –como la previsión de obligaciones o prohibiciones, que llamaré garantías primarias... y la sancionalidad y la anulabilidad de sus desobediencias como actos ilícitos o inválidos que llamaré garantías secundarias –dirigidas a asegurar la efectividad de las modalidades y las expectativas jurídicas mediante técnicas adecuadas para remover, reparar o prevenir su ineffectividad”–.<sup>19</sup> La idea anterior nos coloca frente a variables externas (el autor que comentamos las menciona como “hechos empíricos”) que deben ser incorporadas dentro de la teoría como comportamientos que sirvan de base a definiciones formales. Lo anterior obliga a formular definiciones en términos de facultades, obligaciones y expectativas positivas; y prohibiciones y expectativas negativas. Por ejemplo: “la libertad personal y los demás derechos de libertad, esto es, la inmunidad frente a las detenciones arbitrarias u otras formas de perturbación indebida, son a su vez efectivos, a la vez que las prohibiciones correspondientes a los mismos, si no son violados, es decir, si no tiene lugar tales detenciones o perturbaciones, mientras que serán ineffectivos en caso contrario”.<sup>20</sup>

En realidad la “garantía” de Ferrajoli que amplía notablemente la “coacción” del positivismo clásico estilo Austen parece ubicarnos dentro de espacios no dependientes del derecho que podrían requerir análisis más amplios como por ejemplo el de los “sistemas sociales”. El propio Ferrajoli reconoce la posibilidad

<sup>18</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 125.

<sup>19</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 159.

<sup>20</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 161.

–muy común en ciertos entornos jurídicos como el de nuestro país– que “existan normas que con respecto a un determinado comportamiento dicten la expectativa positiva o la expectativa negativa, pero que no existan normas que establezcan su obligación y su prohibición correspondientes que, por ejemplo, exista el derecho a la salud o el derecho a la integridad personal, pero no existan ni instituciones de garantía del primero ni prohibiciones penales en garantía del segundo”.<sup>21</sup>

A simple vista y sin ahondar en lo que la riqueza del tema puede generar pareciera que corremos el riesgo de “normativizar” no solo los derechos mínimos de una sociedad sino también las aspiraciones de la misma. Todo ello bajo el velo del “garantismo”.

Al final el análisis “deóntico” que hace Ferrajoli se refiere como él mismo señala a cualquier sistema de prescripciones referidas a comportamientos humanos. El desarrollo de su idea tiene elementos comunes con Hart el cual no recurre expresamente a la deóntica. En todo caso la mención de Ferrajoli es la siguiente: “Entiendo por sistema deóntico a cualquier sistema de prescripciones referidas a comportamientos humanos, desde los preceptos morales a las reglas de vestir o etiqueta, de las reglas de los juegos a las normas técnicas y a los imperativos de la vida cotidiana, hasta llegar a las prescripciones y reglas propiamente jurídicas”.<sup>22</sup> En el desarrollo deóntico de Ferrajoli se agrupan entre otros, temas relativos a: sujetos, status y cosas. Ello cubre temas clásicos del derecho bajo una óptica particular. No podemos por la extensión de este ensayo referirnos a ellos pero comentemos algunos a título de ejemplificación sin pretender agotar el tema. Con respecto a la teoría de los sujetos (las personas) el autor in comento se debate entre los conceptos de “autor” y “titular” lo cual en su opinión “no agota todas las formas posibles de adscripción subjetiva”. Lo interesante es como se formulan los derechos de acuerdo con el lenguaje legal. En este sentido señala nuestro autor que el lenguaje legal hace uso de términos, de expectativa y de normas imperativas. En este sentido señala Ferrajoli: “Las normas en términos de expectativa son las más difundidas en los textos constitucionales y esto justifica la opción de formular en términos de expectativa la teoría del estado de derecho y de la democracia. Son por ejemplo expectativas negativas o positivas los derechos de libertad, el *habeas corpus*, los derechos de las minorías lingüísticas, el derecho de huelga, el derecho al trabajo, los derechos a la salud, a la educación, a un salario justo, etc. sancionados generalmente en la primera parte de las constituciones. Por el contrario, las normas imperativas son las más difundidas en la legislación ordinaria y en particular en la penal, constituida por prohibiciones de comportamiento sancionados como delitos. En cuanto al derecho civil, está expresado

<sup>21</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 166.

<sup>22</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 106.

tanto en términos de expectativas (es decir, de derechos, reales o de crédito) como obligaciones (estos es, obligaciones civiles).<sup>23</sup> Pero lo sujetos actúan o se expresan a través de “comportamientos: “Los comportamientos, además de tener sujetos, pueden tener también objetos. Esto es lo que son las cosas, que definiré como los objetos de posibles comportamientos dirigidos a su utilización: dicho de otro modo, los objetos ventajosos, en el sentido de que los comportamientos que los tienen por objeto reflejan el interés de sus autores”<sup>24</sup>

El tema de los comportamientos tomando Ferrajoli como base las reglas de los juegos y el concepto weberiano de “sentido de la acción social” es teñido desde el punto de vista deóntico de sentido inteligible o significativo. Solo este tipo de comportamiento interesa a la hora de configurar la teoría jurídica. Es el sistema normativo sujeto a cambios históricos-culturales el que determina los comportamientos que califican a objeto de ser escogidos por el derecho como señala Ferrajoli: “Un sistema deóntico no es sino un sistema de significados compartidos pragmáticamente por medio de los cuales son leídos, interpretados, valorados y orientados los comportamientos que califican”<sup>25</sup>

#### IV. EL DERECHO POSITIVO

Al final del día no puede haber una teoría positivista que no desarrolle una especial atención con respecto al derecho positivo. No se trata de hablar de las teorías generales de la norma sino más bien de temas centrales para la dogmática jurídica como: actos, situaciones, personas y bienes. En este sentido el autor que estudiamos trata de definir la naturaleza del derecho positivo: “El derecho positivo es un fenómeno artificial, cuyo fundamento empírico reside en hechos empíricos de tipo extra –o prejurídico–, es decir, externos al derecho mismo”<sup>26</sup> En realidad nos acercamos a un positivismo tradicional que reconoce el fundamento del derecho en una factibilidad externa al mismo. Como esos hechos que nos interesan legalmente se transforman en signos y significados para el lenguaje jurídico constituye un universo “simbólico pragmáticamente operativo”. De no ser operativo poco interés tendría para el derecho positivo. Dentro del orden positivo señalado el concepto de persona que le interesa al derecho no es de la filosofía trascendental sino más bien el estrictamente positivo del sujeto de derechos y deberes con lo cual el reconocimiento del *status personae* (ya existente en el derecho natural) no es otra cosa que la positivización de una aspiración humana. Ferrajoli no tiene dudas en afirmar: “Es sin duda verdadera

<sup>23</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 185.

<sup>24</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 199.

<sup>25</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 211.

<sup>26</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 277.

la tesis kelsiana según la cual persona no es más que la “unidad personificada de un conjunto de normas jurídicas”, o sea, de obligaciones y autorizaciones. Es asimismo verdad que eso puede afirmarse no sólo para la persona jurídica sino también para la persona física; la cual entendida como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes o el objeto de tales derechos, sino simplemente una personificación de esos deberes y derechos”.<sup>27</sup>

Del tratamiento positivista que se da al tema de la persona se puede derivar sin mayores problemas la concepción del autor que comentamos al respecto a la relación entre la moral y el derecho.

En tal sentido señala Ferrajoli: “...la cultura jurídica moderna, fundada sobre la libertad individual, como la moral laica, fundada sobre la autonomía de la conciencia, nacen de la reciproca autonomización y separación entre el derecho y moral”.<sup>28</sup> Si por moral laica entendemos la “autonomía” en el sentido kantiano desarrollado con lujo de detalles por del Vecchio podemos aceptar sin mayores reparos el concepto. No obstante, la separación no puede entenderse en términos de dos sistemas totalmente separados sino más bien de un sistema (la moral) más amplio que el derecho con las diferenciaciones conceptuales desarrolladas a lo largo de la historia de la filosofía jurídica.

El fundamento humano además de artificial del derecho positivo es asumido por Ferrajoli como postulado del positivismo jurídico. En virtud de ello se asume una posición ideológicamente neutral con respecto a las personas las cuales solo pueden ser naturales a la hora de ser capaces de obrar. Ello tiene una significación clara –para el autor– en términos del ejercicio de ciertos derechos. El siguiente comentario es revelador: “En contraste con las diversas metafísicas estatalistas que subyacen a las doctrinas ius-publicistas de la soberanía estatal, dichas tesis afirman que constituyentes solo son los sujetos naturales, es decir los seres humanos de carne y hueso a quienes corresponde en exclusiva el poder constituyente que está en el origen de todo el derecho positivo, que no corresponde a los Estados ni a otros sujetos constituidos análogos. En efecto, solo éstos con capaces de obrar, mientras que no lo son las personas jurídicas o artificiales, que son por ello no solo constituidas sino también accionadas, en nombre suyo y por cuenta suya, por otros seres humanos”.<sup>29</sup> El señalamiento anterior tiene enormes repercusiones en la teoría de la representación a la cual se puede dedicar un trabajo distinto al presente. Sin embargo no podemos

<sup>27</sup> Ob. cit. Tomo I, pp. 330 y 331.

<sup>28</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 336.

<sup>29</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 347.

dejar de poner de relieve las dificultades que podría generar el considerar a la representación orgánica –como hace Ferrajoli– metáfora “antropomórfica”.<sup>30</sup> Sin embargo no es desdeñable y ello constituye un mérito de la tesis axiomática el poner algunos límites a los conceptos para dejarlos fuera de las dudas que la teoría jurídica puede generar. Por ejemplo, cuando se refiere a “representación” señala. “Representación es la relación jurídica en virtud de la cual un sujeto jurídico está obligado a satisfacer las expectativas y a tutelar los intereses de otro sujeto, al que le son imputables los actos realizados por el primero en su actuación de situaciones de los que es titular el segundo, y sin que entre los dos pueda existir ningún conflicto de intereses”.<sup>31</sup>

Un tema al cual Ferrajoli otorga un importante grado de consideración es el de “las normas”. En efecto señala: “A diferencia de los conceptos de “acto”, “situación”, “persona” y “bien”, el concepto de “norma”, ha nacido como categoría general de la teoría del derecho... Las distinciones analíticas... Y el vocabulario del que disponemos nos permite...estipular una definición muy simple de “norma”, idónea para recoger, directamente o a través de tesis derivables a partir de ella, todos aquellos y solo aquellos elementos esenciales a su noción iuspositivista.

Norma jurídica o simplemente “norma”, diremos, es toda regla producida por un acto jurídico”.<sup>32</sup> De hecho el autor que comentamos señala que todo acto (no constituyente) supone una norma que lo prevé como tipo normativo o supuesto.<sup>33</sup> En un desarrollo algo complejo en su “léxico” Ferrajoli toma la identificación de los problemas relativos a la estructura de los ordenamientos positivos desarrollada por Bobbio (unidad, coherencia y plenitud) para explicar problemas a los cuales el positivismo ha dado o pretendido dar explicaciones satisfactorias. La no inhabilidad de los sistemas positivos no puede ser suficientemente explicada acudiendo a la tesis del “debe ser”. Ferrajoli sobre este tema afirma. “...se comprende como unidad, coherencia y plenitud no son características sino requisitos de los sistemas jurídicos. No describen su ser sino que enuncian su “deber ser”.<sup>34</sup> A fin de cuentas la resolución de antinomias y lagunas –largamente documentadas por el positivismo– no puede ser, como tan sencillamente pretende Ferrajoli, asignada al propio derecho mediante el “sistema de garantías”. El punto es más importante aún por la relación que el autor asigna al derecho y a la democracia. Volver a plantear la fuerza del derecho y su efectividad en la aceptación social de los significados normativos, entendiendo al derecho como un enorme aparato

<sup>30</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 347.

<sup>31</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 351.

<sup>32</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 395.

<sup>33</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 412.

<sup>34</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 421.

simbólico, es correcto. Lo no correcto en nuestra opinión, es pretender vaciarlo de contenido metafísico para sujetarlo a un mero consenso que no asegura la moralidad de los contenidos aprobados tal como ha sido puesto de relieve por los iusnaturalistas.

El siguiente texto que trata de prescindir de “interpretaciones metafísicas” es revelador: “El derecho es el producto no ya de un contrato estipulado en un imaginario pasado. Es el resultado y al mismo tiempo la actuación de la convención fundamental –implícita y cotidianamente reafirmada por su propia efectividad– sobre el significado prescriptivo de las normas jurídicas. Es claro que tal aparato simbólico entre en crisis en dos circunstancias: cuando la credibilidad de la convención fundamental resulta minada por las violaciones sistemáticas de las normas sobre la producción de normas por parte de los propios poderes normativos; y cuando la lengua jurídica se torna incomprensible a causa de la inflación normativa, de la oscuridad de las leyes, de su contradictoriedad, ambigüedad, vaguedad o indeterminación semántica”<sup>35</sup>. Nosotros añadiríamos a lo anterior cuando se usa expresamente las formulas jurídicas para violar abiertamente principios morales que sirven de fundamento al derecho y a su justificación. Esto último difícilmente puede ser admitido por nuestro autor en análisis. En todo caso el texto anterior preocupa por las similitudes que presenta la situación del derecho en nuestro país con lo descrito. La solución no es sólo jurídica sino que pasa por un acuerdo político de subordinar la política al derecho. Dicho acuerdo es en definitiva moral. Lamentablemente la fuerte dependencia a la “fuerza” cuando se pone en duda la efectividad del ordenamiento parece más un recurso disponible que la revisión profunda de lo que tenemos. Permítanme el siguiente comentario de Ferrajoli: “Un sistema normativo..., funciona como derecho –por lo general– sin que sea necesario recurrir cada vez al uso de la fuerza, en cuanto esta fundado, en vía primaria, sobre el consenso, en el doble sentido de adhesión espontánea y de sentido común compartido por todos o al menos por la mayor parte de sus actores acerca de las normas que pertenecen a él”<sup>36</sup>.

## V. EL ESTADO DE DERECHO

Las ideas de “mera legalidad” y “estricta legalidad” alimentan en Ferrajoli dos sentidos del concepto (fórmula genérica) de estado de derecho. En el primer sentido la fórmula : “significa simplemente “estado legal”, es decir, un modelo de ordenamiento en el que la ley, cualquiera que sea su contenido, es condicionante de la validez y eficacia de los actos que prevé. En el segundo sentido indica, además, un modelo de ordenamiento en el que todos los poderes, incluido el legislativo,

<sup>35</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 425.

<sup>36</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 443.

están sometidos a la ley, a la cual por lo tanto está ella misma condicionada, en la predeterminación de los efectos de los actos, a límites y vínculos de carácter no sólo formal sino también sustancial”.<sup>37</sup>

En todo este tema es fundamental la existencia del “poder” como soporte fundamental del derecho. Sin poder no hay derecho decían los antiguos. Ahora bien como concebir al poder en el estado de derecho. Se trata de un factor necesario pero al cual no puedes subordinarte por el riesgo de sucumbir frente a él. Ferrajoli sobre este tema señala: “En el estado de derecho, de todas las situaciones activas el poder es indudablemente la más compleja y problemática. Evidentemente, se trata de un poder muy diferente a los poderes culturales, religiosos, afectivos o de cualquier modo extralegales o ilegales. Frente a esos poderes desregulados, los poderes jurídicos se caracterizan.... sólo a los conferidos por decisiones validas tanto formal como sustancialmente”.<sup>38</sup> Lo anterior no garantiza mucho frente a un ejercicio totalizante que no pierde tiempo en los “detalles” formales o sustanciales. En realidad sin poderes en equilibrio lo que se puede esperar no es garantía de absolutamente nada. Como quedan los “derechos” frente al poder cuyo único límite es el estado de derecho. Como se traduce en la práctica la protección del derecho como interés jurídicamente protegido. No nos referimos a una protección, tradicional en el derecho civil, frente a terceros, nos referimos a como protegernos frente al enorme poder del estado que al despersonalizarse y abstraerse frente a concepciones hegelianas de destino se nos muestra como una fuerza difícil de quebrar. Como quedan los derechos subjetivos frente al destino de un pueblo más si éste está vinculado con el de una revolución cuya suerte final no conocemos. A fin de cuentas el precio que tenemos que pagar por la “certeza” pone en juego todo lo valioso que el derecho nos aporta como medio de coordinación social. Ferrajoli lo expresa en términos positivistas: “El precio que el positivismo paga a la certeza del derecho, sino también su posible falta de plenitud. Pero se trata de un precio necesario, dado que sobre el mismo se funda el entero edificio del garantismo y del estado de derecho”.<sup>39</sup>

En el tema de los derechos fundamentales nos causa un alto grado de duda la conceptualización “formal” de los mismos ya que la dependencia del derecho positivo nos deja a la merced de relativismos históricos contrario al reconocimiento de una realidad presente en los seres humanos por el sólo hecho de ser personas. Todo lo señalado anteriormente adquiere su forma de expresión formal en la siguiente cita de Ferrajoli: “...No existen derechos naturales o prejurídicos; también

<sup>37</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 461.

<sup>38</sup> Ob. cit. Tomo I, pp. 561 y 562.

<sup>39</sup> Ob. cit. Tomo I, pp. 653 y 654.

los derechos fundamentales son siempre situaciones no constituyentes sino positivas, o sea producidas por actos y precisamente, por fuentes normativas”.<sup>40</sup>

Lo anterior tiene que ser entendido dentro de una concepción del bien anti-ontológica en la cual no se reconoce la existencia del mismo fuera del derecho lo cual comete un error fundamental de pensar que los bienes los creamos en la civilización y no los reconocemos como algo existente lo cual equivaldría a decir que el universo existe porque así lo establecimos en una norma positiva. La cita siguiente de Ferrajoli es suficientemente descriptiva de lo que queremos expresar: “...la calificación de un bien como fundamental es un hecho histórico y cultural, antes que jurídico, y no tiene nada de ontológico. Históricamente, la cantidad de bienes fundamentales crece con el desarrollo de la civilización”.<sup>41</sup>

No parece lo más adecuado negar el valor ontológico de los derechos fundamentales lo cual abre la puerta a su no reconocimiento por circunstancias históricas particulares ya vistas a lo largo de la historia. Tratar de sustituir al iusnaturalismo por el ius-constitucionalismo para salvar lo fundamental del positivismo no constituye una garantía fundamental de preservación de los derechos humanos frente a cambios “políticos”. Porque prescindir de lo eterno y permanente por más que cueste leerlo a lo largo del tiempo frente a “los casuales contenidos históricamente dados por los ordenamientos estatales” tal como dice Kelsen.<sup>42</sup>

El hecho de la dependencia de lo empírico como proceso central en la creación del derecho y como factor de separación de las tesis anteriores al positivismo no deja de crear en el autor que comentamos la necesidad de extremar el alcance del derecho positivo soportado con el garantismo que se deriva de él como un sistema totalmente autosuficiente. Ello no quiere decir que se le califique de complejo para poder entender o justificar las lagunas y antinomias que un sistema como tal es capaz de producir. El siguiente comentario del autor que comentamos profundiza un poco más en el tema moral-derecho que es básico para entender su conceptualización general del derecho: “...es la estructura nomodinámica del derecho positivo la que obliga a distinguir entre los derechos fundamentales reconocidos y sus garantías legislativas. Como justamente Kelsen nos ha enseñado, a diferencia de los sistemas nomoestáticos como la moral y el derecho natural, donde las normas se reducen unas a otras, en los sistemas nomodinámicos, como es precisamente el derecho positivo, la existencia de una norma y por lo tanto de los derechos y de los deberes por ella expresados no es

<sup>40</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 687.

<sup>41</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 737.

<sup>42</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 850.

por lo compón deducida de la existencia de otra norma, sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción”.<sup>43</sup>

La obra de Ferrajoli tiene fuertes elementos del llamado neopositivismo – lógico sin embargo parece no haber logrado superar éste tal como lo hizo el neoconstitucionalismo de McCormick y Ota Weinberger.– Este es un tema que requiere de un análisis más detallado. Sin embargo el renunciar al positivismo lo cual no hace –y aceptar abiertamente el neoconstitucionalismo– lo cual parece inferirse de muchas partes de su obra podría haber reducido en la obra del profesor italiano las tensiones entre derecho positivo y derecho natural. No obstante no podemos dejar de admirar en la obra analizada el enorme esfuerzo realizado por el autor en orden a identificar “espacios” de ilegitimidad del derecho y excesos de poder.

## VI. LAS DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA

En otro orden de ideas el tomo dos de la obra de Ferrajoli contiene importantes ideas con respecto a la teoría del derecho y de la democracia. Cuando, por ejemplo nos habla de la escasa consistencia teórica de una noción de democracia solamente formal que pretende ser consecuente consigo misma nos sentimos pisando tierra conocida. Su cita es de una elocuencia magnífica: “...para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede –o al menos puede no– sobrevivir: en línea de principio siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos. Siempre es posible suprimir, por mayoría, los derechos de libertad e incluso el derecho a la vida. Más aún: es posible democráticamente, es decir, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en una palabra, todo el sistema de reglas en que consiste la democracia política.

No hablo de hipótesis de escuela: aludo a las terribles experiencias totalitarias del siglo pasado, cuando el fascismo y el nazismo se adueñaron del poder en formas democráticas, para atribuírselo democráticamente a un jefe supremo que suprimió la democracia”.<sup>44</sup> Es acertada la cita que Ferrajoli hace de Calamandrei cuando se refiere a los derechos de libertad: “Estos derechos son, pues, no solamente reconocimiento y garantía del respeto debido a la insuprimible dignidad moral de toda persona, sino también condición fisiológica, al igual que la respiración del organismo humano, de la vida política de la comunidad”.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Ob. cit. Tomo I, pg. 864.

<sup>44</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 11.

<sup>45</sup> Ob. cit. Tomo II, pp. 11 y 12.

Ferrajoli señala acertadamente la función, que el respeto a los derechos fundamentales, cumple dentro de un sistema político democrático- En este sentido expresa: "...para que un sistema político pueda considerarse expresión, siquiera sea aproximativa, del poder del pueblo, no menos importante que sus formas representativas es que en él se garanticen, además del poder de la mayoría de sus representantes, esos contrapoderes de todos que son los derechos humanos".<sup>46</sup>

La importante combinación que Ferrajoli hace de "democracia formal" y "democracia sustancial" para el buen funcionamiento de una democracia constitucional no hace sino reforzar la idea de la necesidad del derecho para la democracia.

En tal sentido señala: "La democracia implica necesariamente el derecho. Bien puede haber, ciertamente, derecho sin democracia. Pero no puede haber democracia sin derecho. Puesto que la democracia es un conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder: por un lado, las reglas que confieren poderes de autodeterminación individual y colectiva, garantizando su igual titularidad a todos en cuanto personas y ciudadanos: por el otro, las reglas que imponen límites y vínculos a estos mismos poderes para impedir su degeneración en formas despóticas y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos".<sup>47</sup>

En lo que hay que reconocer aciertos incuestionables a Ferrajoli –en el tema que tratamos– es en su forma de identificar "espacios" de mala interpretación o entendimiento de las instituciones en particular de los ordenamientos legales. La siguiente cita es esclarecedora de cómo un tema como, por ejemplo de la separación de poderes, puede ser analizado de una forma tan superficial que se limita solo a ver su "forma". Así señala Ferrajoli: "Como método o procedimiento, la democracia es una forma de gobierno. El procedimiento a través del cual se crea y se impone en la práctica un ordenamiento como elemento material o sustancial. Sin embargo, aunque la democracia es sobre todo una forma, de Estado o de gobierno, debe tenerse presente que la contraposición entre forma y sustancia o entre forma y contenido es meramente relativa, y que una misma cosa puede parecer, desde un punto de vista como forma y como contenido o sustancia desde otro. Los dos diferentes puntos de vista son evidentemente los aquí ilustrados. Una misma cosa, por ejemplo, la separación de poderes...., es "forma desde el punto de vista de las normas formales sobre la producción de los actos jurisdiccionales pero es sustancia si se considera como límite, precisamente sustancial o de contenido, a la actividad legislativa y por ello desde el

<sup>46</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 13.

<sup>47</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 17.

punto de vista de la comprobación de su posible violación”.<sup>48</sup> Lo mismo es cierto con respecto a cualquier poder. Pero lo interesante a los efectos de este trabajo es poder entender en el pensamiento de Ferrajoli –aunque esto pueda considerarse una limitación– el modelo de derecho que trata de seguir, máximo si él mismo se declara positivista. En realidad su universo de análisis se limita a tres modelos: el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el iusconstitucionalismo. Lo cierto es que sus explicaciones históricas son bien documentadas y llenas de buenas citas en las cuales se puede percibir su formación como penalista. Lo más interesante, pues no es los señalamientos que hace con respecto a los tres modelos ya mencionados de experiencia jurídica que como el bien dice suponen: “tres tipos de racionalidad que reflejan otras tantas fenomenologías de la relación entre el poder y saber jurídico”.<sup>49</sup>

Lo importante –en nuestra opinión–, repito, es la racionalidad que estos “modelos” le inspiran al derecho. Así señala el autor que comentamos: “La racionalidad iusnaturalista propia del derecho premoderno es claramente una racionalidad sustancial, basada en la justicia intrínseca de las decisiones y por ello confiada, de hecho, a la arbitrariedad de los jueces Su presupuesto es la ilusión cognoscitiva de alguna objetividad ontológica de lo que es justo e injusto, accesible al conocimiento doctrinal y jurisprudencial. La racionalidad iuspositivista propia del derecho moderno, es por el contrario, una racionalidad formal, basada en la forma legal de la estipulación de lo que resulta decidido. Su presupuesto es el principio de legalidad, esto es, la predeterminación voluntarista y convencionalista de los criterios de decisión. Conforme a la cual el derecho se separa de la moral y la validez se disocia de la justicia, decayendo la presunción de que ésta puede ser asegurada en cada ocasión por la sabiduría de la doctrina y la jurisprudencia. Gracias a este principio se reduce la incertidumbre del derecho y la arbitrariedad decisionista de los jueces y los administradores públicos. Al mismo tiempo se garantiza un cierto grado de igualdad y de imparcialidad por “el velo de la ignorancia” –por usar la conocida fórmula de John Rawls– que caracteriza, respecto de los casos concretos, a la ley general y abstracta... La racionalidad iusconstitucionalista, en fin, una racionalidad formal y racionalidad sustancial dado que vincula y dirige la primera a la segunda, a su vez positivizada. Aquélla consiste en la congruencia de los medios –el actuar económico en las formas de la autonomía privada y el actuar político en las formas de la autodeterminación política colectiva– con los fines y las expectativas constitucionalmente estipuladas. Es la racionalidad instrumental que Max Weber llamó “racionalidad conforme al fin”, donde el fin, o mejor, el conjunto de los fines no es otro que la

<sup>48</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 31.

<sup>49</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 42.

razón social de la institución política y, precisamente, en democracia, la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados”.<sup>50</sup>

El anterior texto del profesor Ferrajoli resume su particular posición que pareciera llevarnos a una síntesis, encarnada en el iusconstitucionalismo, de iusnaturalismo y iuspositivismo. Sin embargo los bienes que plantea el iusnaturalismo no pueden reducirse a la estipulación formal constitucional. Ello sin lugar a dudas es un avance notable de nuestros tiempos, en la medida en que logre consagrar el mayor número de derechos fundamentales, pero siempre la justicia debe jugar un rol preponderante como garante de una racionalidad sustancial del derecho. Sustancialidad que no tiene su origen último en el derecho positivo ya hablemos de la ley ordinaria o la Constitución. Al final del día la cita a Rawls que hace Ferrajoli nos remite a un contractualismo que no necesariamente garantiza lo “más justo” por más que sea una buena aproximación objetiva. La filosofía jurídica nos ha enseñado, reiteradamente, que la fuente del derecho, puede garantizar (positivamente hablando) su vigencia y validez pero no su contenido moral. La esperanza constitucional como corolario del instrumento jurídico más eficiente para reconocer los derechos fundamentales inherentes a nuestra condición de “personas” tiene sus limitaciones. Su legitimidad (la de las constituciones) no pueden provenir ni del consenso popular ni de un sentido común que nos acerca a la racionalidad del derecho natural de la ilustración. Su legitimidad y justificación viene de su conformidad con principios morales que no son el derecho pero que si son parte importante de él (como totalidad de un orden moral amplio del cual el derecho es parte sin dejar de reconocer su autonomía propia).

El siguiente texto de Ferrajoli expresa: –a pesar de su llamada posición positivista– algunas preocupaciones comentadas... “las constituciones no obtienen su legitimación del consenso popular. Obviamente, una constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un común sentir. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, no tienen fuerza vinculante y no está destinada a durar. Pero este sentir común de adhesión, y por ello la homogeneidad cultural a él subyacente, son circunstancias de hecho, que sirven para condicionar la efectividad, que también es una cuestión de hecho, y no ya la legitimidad, que es una cuestión de valor. Naturalmente, el ideal sería que todos, o cuanto menos la mayoría de los asociados, compartiesen constantemente todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Pero la legitimación sustancial de tales derechos proviene no ya del hecho de que expresen la voluntad de la mayoría sino, por el contrario, de su papel de límites y vínculos impuestos a aquella como garantía de cada uno y de todos”.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Ob. cit. Tomo II, pp. 42 y 43.

<sup>51</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 55.

El texto es elocuente y nos remite a una reflexión contundente: ¿Es la constitución, como algunos casos que conocemos, un instrumento usado por la mayoría (sea cual sea su corte ideológico) para imponerse, interpretándola de acuerdo a sus intereses? De alguna forma los jueces juegan un papel preponderante que muchas veces se ve afectado por su falta de separación e independencia con respecto a los otros poderes. Sobre el juicio de constitucionalidad señala Ferrajoli: “...el juicio de constitucionalidad consiste en realidad en la aplicación sustancial de la ley y, por ello, en una actividad cognitiva no distinta, en el plano epistemológico, de la realizada por cualquier otra jurisdicción. Precisamente en la aplicación de las normas constitucionales a las leyes ordinarias, esto es, en la comprobación, por opinable que sea, de su invalidez constitucional. De ahí su legitimación legal, en lugar de política representativa, que exige de ella, la separación y la independencia de poderes”.<sup>52</sup>

De más está en insistir en el papel del derecho para lograr la democracia y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. El tema de las garantías constitucionales de los derechos siempre ha sido una asignación pendiente. Por ejemplo en materia de derechos sociales Ferrajoli hace una afirmación contundente con respecto a lo que ha sido el desarrollo del “estado social de derecho” tan en boga en muchas constituciones a nivel mundial. En tal sentido señala: “...El estado social se ha desarrollado, en el siglo pasado, no ya en las formas de las garantías constitucionales de los derechos sociales, sino a través de la expansión de las garantías de los aparatos burocráticos, el crecimiento de su discrecionalidad política y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares, expuestas a la voluntad, y por tanto también a las políticas demoleedoras, de las mayorías contingentes”.<sup>53</sup>

El análisis de Ferrajoli que intenta ser contrario al concepto de derecho natural en el sentido de que el derecho “nunca es natural”, por ser “como lo queremos, lo pensamos y los reivindicamos” no deja de perder fortaleza argumentativa cuando nos coloca frente a lo que el mismo llama la primacía en la transformación progresiva del derecho del punto de vista externo a él que no es otro que la primacía práctica de la moral y la justicia por un lado; y la lucha por los que en la sociedad pretenden lograr el reconocimiento de nuevos derechos o la garantía de los ya existentes.<sup>54</sup> Ferrajoli magistralmente tiene que temer por los riesgos prácticos (reales) de la democracia constitucional. No es posiblemente este trabajo el lugar para analizarlo a fondo pero plantea enormes dudas con respecto a la sustentabilidad de algunos proyectos constitucionales. En este sentido

<sup>52</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 75.

<sup>53</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 82.

<sup>54</sup> Ob. cit. Tomo II, pp. 98 y 99.

señala: “Esta remoción de la constitución del común sentir y su desaparición de la política, bajo la bandera de las ideologías populistas de la omnipotencia de las mayorías y de la ausencia de límites a los poderes económicos del mercado, que ... plantea hoy el riesgo de minar la democracia constitucional”.<sup>55</sup>

### VII. LAS FORMAS Y EL CONTENIDO DE LA DEMOCRACIA

El análisis de Ferrajoli sobre la democracia política y social exigiría un estudio separado de estos breves comentarios acerca de su obra filosófica. No obstante, nos limitaremos a algunos comentarios que despierten interés en otros estudios más detallados del tema. Para nuestro autor el tema del consenso y la opinión de las masas aparecen reiteradamente en sus niveles de preocupación. A tal efecto indica: “La falacia, no menos grande y distorsionada, es la idea, que se remonta a Rousseau, recogida por Kant y criticada por Schumpeter, de que la democracia, en cuando expresión de la voluntad popular, valga por eso para realizar el bien común. El mentís más trágico de esta...ilusión ha venido de los regímenes fascistas que en el siglo pasado, en Italia y Alemania conquistaron el poder, por medios legales y gozaron de un indudable consenso de masa”.<sup>56</sup> Soportar lo “correcto” sobre las mayorías no es lo más adecuado la experiencia histórica lo ha demostrado. A menudo la función de los jueces garantes del sistema ha estado sentada sobre unas bases de imparcialidad inexistentes. El gran riesgo de los planteamientos garantistas de Ferrajoli es que se soporta sobre jueces inexistentes. Sobre el Hércules de Dworkin que no es irreal por posible pero tampoco fácilmente posible de alcanzar. Pareciera que todavía podemos traer a colación la frase citada por Radbrunch que el molinero Arnold de Berlín digirió a Federico II que quería apoderarse de su molino: “Todavía hay jueces en Berlín”. La pregunta es si todavía hay jueces en nuestro país. La razón social del estado constitucional de derecho, reside para Ferrajoli, en la subordinación de los poderes públicos y privados al proyecto jurídico y político diseñado por las constituciones. Tratar de pensar en un futuro en el cual las realidades o los hechos impongan nuestra manera de actuar no parece lo más coherente con respecto a nuestra naturaleza de personas.

### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El “*Principio Iuris*” de Luigi Ferrajoli constituye una obra de síntesis de un actor importante en la filosofía jurídica italiana actual. El profesor Ferrajoli ha desarrollado una obra ampliamente conocida en Europa y Latinoamérica. Su formación penal ha caracterizado de una manera notable el enfoque que ha asumido frente

<sup>55</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 100.

<sup>56</sup> Ob. cit. Tomo II, pg. 167.

a determinados temas como “el mínimo derecho penal posible”. No obstante, su obra filosófica es importante en términos de introducir un lenguaje formalizado que definido por un vocabulario y reglas pretende dar expresiones no sujetas a las contradicciones típicas de un lenguaje jurídico confuso y contradictorio. Elaborar una lógica del lenguaje teórico del derecho es una labor ardua que el profesor Ferrajoli trata de desarrollar. El simbolismo, que descansa detrás de los conceptos constituye un aporte original a la comprensión verbalizada que tenemos acerca del derecho. Adicionalmente la obra de Ferrajoli pretende cubrir un universo del derecho que luce ambicioso. Su apéndice (Tomo III) que contiene toda la teoría cubre aspectos totalizantes del derecho. No obstante el esfuerzo de sintaxis del lenguaje teórico que pretende abarcar vocabulario; reglas de formación y transformación no luce de manera concluyente con respecto al derecho que es siempre un producto inacabado. En donde la obra luce de una riqueza digna de mencionar es en su análisis de la dinámica existente entre constitucionalismo y la democracia. Su brillantez a la hora de plantear las patologías presentes y los riesgos constituye un aporte esencial a nuestra manera de juzgar como incorporamos los derechos fundamentales a las constituciones. Sin embargo quedan dudas razonadas acerca de las conclusiones por una teoría u otra. No cabe duda de que su metodología que difiere de forma esencial con la tradicional presenta un interés particular. En algunas ocasiones parece que nos habla más de filosofía política que jurídica o tal vez más de política que de teoría del derecho. Su positivismo crítico no parece soportarse en un análisis positivista tradicional ya que sus críticas al mismo plantean la necesidad de algo distinto. El constitucionalismo adoptado difícilmente puede salvar argumentos muy enraizados en la manera positivista de asumir el derecho. Su defensa de la constitucionalidad, es sin lugar a dudas, uno de sus grandes méritos (a lo mejor más político que jurídico) pero ello no desmerece en lo más mínimo una obra importante para la filosofía jurídica actual. Permítasenos una última cita que ilustra las intenciones del autor que analizamos: “Un pueblo puede decidir también, democrática y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y confiarse definitivamente en un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de modo constitucional, invocando en favor de sí mismo el respeto a los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría sin suprimir con ello, junto con el método democrático, los mismos derechos y el mismo poder correspondiente a las mayorías y a las generaciones que vendrán después de él”.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Ob. cit. Tomo II, pp. 86 y 87.

# La participación ciudadana en la elaboración de los Decretos Leyes delegados

*Diana Trías Bertorelli*<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción del tema. II. La participación ciudadana. Fundamento constitucional. III. Medios de participación ciudadana en el ámbito político. IV. La participación ciudadana en materia normativa. V. La consulta popular pública y su manifestación particular en el proceso legislativo. VI. Producción normativa de la Administración. Potestad normativa del Presidente de la República. VII. La participación ciudadana dentro del ejercicio de la potestad del Presidente de la República para dictar Decretos Leyes. 7.1. *Regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública.* VIII. Conclusiones.

## I. BREVE INTRODUCCIÓN DEL TEMA

El desarrollo del tema relativo a “LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ELABORACIÓN DE LOS DECRETOS LEYES DELEGADOS”, impone como punto de partida referirnos de manera general a la participación ciudadana y su regulación en el ordenamiento jurídico constitucional y legal. Seguidamente, analizaremos su especial manifestación en el proceso de elaboración de las leyes y su particular aplicación en el ámbito de los decretos leyes.

## II. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La participación ciudadana en términos generales alude a la intervención del ciudadano bien sea como individuo o asociado con otros, directamente o mediante sus propios representantes, en el ámbito público o privado.

En el ámbito público y de manera particular en el político, la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableció que “*Toda persona tiene el derecho de participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes*”

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Postgrado en la Universidad Central de Venezuela en Derecho Administrativo. Profesora de Pre y Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado en la Universidad Monteávila. Profesora de Postgrado en la Universidad Metropolitana.

*libremente escogidos*”.<sup>2</sup> En la actualidad, la participación del ciudadano en los asuntos públicos aparece concebida como un **derecho-deber** que le permite contribuir en la construcción justa de la sociedad a la que pertenece.

El principio de participación encuentra fundamento en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 5 al disponer lo siguiente:

*“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.  
Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.”*

La norma constitucional transcrita, constituye un reconocimiento claro e inequívoco de la aceptación e incorporación del principio de participación en nuestro ordenamiento constitucional como un mecanismo para ejercer la soberanía popular.

En efecto, para precisar el alcance de la novedad que comporta la previsión constitucional de este principio, debe señalarse que la Constitución de 1961 en el artículo 4, contemplaba de manera exclusiva el principio de representación popular como único mecanismo de ejercicio de la soberanía popular. En ese sentido, disponía el referido artículo 4:

*“La soberanía reside en el pueblo quien la ejerce mediante el sufragio por medio de los órganos del Poder Público”.*

Conforme a dicha norma, el pueblo es quien posee el poder autoritario del Estado, pero no lo ejerce por sí mismo, sino que lo delega en sus representantes seleccionados mediante el sufragio y con los límites previstos en la Constitución y las leyes. Cabe resaltar respecto del contenido del artículo 4 de la Constitución de 1961, lo asentado por la Sala Política Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 enero de 1999 recaída en el caso “Fundahumanos” en la que expresó:

*“El artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionales expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del Poder Público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía, ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también es idóneo por sí mismo para hacer valer su voluntad frente al Estado”. (...) Ahora bien, no es correcto negar la posibilidad de tal manifestación*

<sup>2</sup> “DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS” Artículo 21.1. Aprobada el 10 de diciembre de 1948.

*si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano (...)* “De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma, sobre el ejercicio de la soberanía a través de sus representantes” (Resaltado nuestro).

La sentencia citada contiene una interpretación que, adelantándose y contrariamente al criterio predominante durante la vigencia de la Constitución de 1961, aceptaba el principio de participación que posteriormente la Constitución de 1999 consagraría de manera expresa.

Así pues, la Constitución de 1999 dentro del modelo de Estado y del sistema democrático que establece, contempla una novedosa concepción de la participación ciudadana en las gestiones de los órganos del Poder Público, ampliando la influencia de los ciudadanos sobre el proceso de toma de decisiones de la gestión pública que les permite hacer valer sus intereses sociales.

Debe precisarse que la previsión constitucional simultánea del principio de representación y del principio de participación no resulta una contradicción, toda vez que éstos no son excluyentes, antes bien se complementan.

Así, el Preámbulo de la Constitución de 1999 dispone: “(...) con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, **participativa** y **protagónica...**”. (Resaltado nuestro). La participación, adicionalmente a ser considerada como un principio que informa la estructura y actividad del Estado, constituye un derecho fundamental conforme a lo establecido en el artículo 62 que textualmente dispone:

*“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo.*

*Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.”* (Resaltado nuestro).

Tal y como lo expresa la profesora Hildegard Rondón de Sansó “Cuando la participación se manifiesta en una facultad del ciudadano, configura el llamado derecho de participación y ello es precisamente lo que define el artículo 62 de la Constitución (...)”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. “Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)”. Caracas, 2002. Pg. 73.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 20 de enero de 2003, asentó respecto del contenido del artículo 62 de la Constitución antes citado que el derecho de participación “(...) *constituye la vertiente subjetiva que da vida a la estructura democrática y social del derecho y de justicia del Estado venezolano*”. “*De esta forma, el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder. (...)*”.

Conforme al contenido y alcance de las normas constitucionales antes indicadas, resulta imperativo que toda actividad dirigida a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico debe estar orientada a garantizar su ejercicio efectivo a través de los medios o mecanismos que en la actualidad encuentran un espacio constitucional y legal, en los diversos sectores que integran la gestión pública.

### III. MEDIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ÁMBITO POLÍTICO

En consonancia con la filosofía constitucional expresada en el Preámbulo y en la consagración de la participación ciudadana como derecho fundamental en el artículo 62, el artículo 70 establece a título enunciativo pues no excluye la existencia de otros, los medios de participación en el ámbito político y social y en lo económico. Interesa a los efectos del desarrollo de nuestro tema los relativos al ámbito político, respecto del cual textualmente dispone dicho artículo:

*“Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos (...)”*

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”. (Resaltado nuestro).

### IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA NORMATIVA

Debe resaltarse de los medios de participación contemplados en el artículo 70 de la Constitución, la previsión de mecanismos de participación ciudadana en materia normativa. En ese sentido, se observa como la Constitución en diversas disposiciones regula la intervención ciudadana dentro de las distintas fases que comporta el desarrollo del procedimiento de producción normativa. Ciertamente, ello se advierte en las normas contenidas en los artículos 204 numeral 7<sup>4</sup>,

<sup>4</sup> **Artículo 204.** *La iniciativa de las leyes corresponde:*  
(...)

7. *A los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el registro electoral permanente.*

205<sup>5</sup> y 206<sup>6</sup> de la Constitución que ordenan la iniciativa legislativa y la consulta pública. Cabe destacar que el establecimiento de la participación ciudadana en la iniciativa legislativa y la consulta pública encuentra regulación no sólo a nivel constitucional sino también legal, pues la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>7</sup> en los artículos 135 al 138 prevé al respecto disposiciones particulares sobre cuyo contenido y alcance nos referiremos más adelante.

## **V. LA CONSULTA POPULAR PÚBLICA Y SU MANIFESTACIÓN PARTICULAR EN EL PROCESO LEGISLATIVO**

Interesa ahora referirnos a uno de los medios de participación ciudadana en el ámbito político, como lo es la consulta popular pública y su manifestación particular en el proceso legislativo.

A tal efecto, el artículo 211 de la Constitución contempla la consulta a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los proyectos de leyes. Dispone textualmente el referido artículo que *“La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes (...) los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional”*.

Se advierte de la norma referida una clara intención del constituyente de ordenar mecanismos de participación dentro de la función legislativa del Estado a través de los cuales pueden obtenerse insumos de los ciudadanos, lo que permite a sus representantes adquirir ese componente fundamental para tomar decisiones consensuadas, eficientes y legítimas de quienes, finalmente, dichas normas están dirigidas a regular.

En ese sentido, la Reforma Parcial del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional<sup>8</sup> al cual remite el artículo 211 de la Constitución, prevé disposiciones concretas en las que se contempla el deber de la Asamblea Nacional

<sup>5</sup> **Artículo 205.** *“La discusión de los proyectos de ley presentados por los ciudadanos y ciudadanas conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se iniciará a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. Si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se someterá a referendo aprobatorio de conformidad con la ley”*.

<sup>6</sup> **Artículo 206.** *“Los Estados serán consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La ley establecerá los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte del Consejo en dichas materias”*.

<sup>7</sup> Publicada en la G.O. N° 5.890 Extraordinaria del 31 de julio de 2008.

<sup>8</sup> Publicado en la G.O. N° 6.014 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

de “*estimular la participación popular con el objeto de consolidar la condición de Pueblo Legislador (...)*” (Artículo 127)<sup>9</sup> y ordena a las comisiones permanentes “*durante el procedimiento de formación, discusión y aprobación de los proyectos de ley consultar a los ciudadanos y ciudadanas y a las comunidades organizadas para oír su opinión sobre los mismos. (...)*” (Artículo 101)<sup>10</sup>.

El acto de delegación democrática no otorga sabiduría absoluta a los legisladores para tomar decisiones que afectan a la mayoría en forma individual e inconsulta, por lo que no es posible durante el proceso de gobierno, romper el vínculo con los ciudadanos que los eligieron.

## **VI. PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN. POTESTAD NORMATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

Ahora bien, concretando la función de producción de normas en el ámbito de la Administración, se advierte que el Presidente de la República en ejercicio de la potestad normativa desarrolla una actividad reglamentaria ordinaria y de manera extraordinaria puede dictar normas con rango legal (decretos-leyes) en materias reservadas normalmente a la ley, con igual fuerza derogatoria que las leyes. **Sobre este último ámbito, es decir, respecto de la posibilidad del Presidente de dictar decretos leyes se examinará el contenido y alcance de la aplicación de la participación política de los ciudadanos.**

En ese orden de ideas, y siguiendo la clasificación que al respecto indica la profesora María Amparo Grau debe precisarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 236 numerales 7 y 8 de la Constitución, “*se admite que el Presidente pueda dictar decretos leyes o leyes presidenciales en dos supuestos: (i) en situaciones*

<sup>9</sup> **Artículo 127:** “*La Asamblea Nacional estimulará la participación popular con el objeto de consolidar la condición de Pueblo Legislador, de acuerdo a lo siguiente:*

(...)

2. *Promoviendo la constitución, por iniciativa popular, de los comités de legislación en los sistemas de agregación comunal, como instancias de articulación entre el Poder Popular y la Asamblea Nacional, para el fortalecimiento del parlamentarismo social de calle y el desarrollo del pueblo legislador.*

3. *Atendiendo y difundiendo las iniciativas legislativas, constitucionales, constituyentes y otras propuestas que se originen en el seno de la sociedad.*

4. *Propiciando las asambleas de ciudadanos y ciudadanas, así como los procesos de consulta popular y el referendo, en los términos que consagran la Constitución de la República y la ley.*  
(...)”.

<sup>10</sup> **Artículo 101:** “*La Asamblea Nacional o las comisiones permanentes, durante el procedimiento de formación, discusión y aprobación de los proyectos de ley consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a las comunidades organizadas para oír su opinión sobre los mismos.*

*Todas las consultas serán de carácter público y previa difusión del material pertinente, con plena identificación de quienes participen en ellas, sistematizando todas las propuestas que se presenten”.*

*de anormalidad o emergencia, y (ii) en situaciones de normalidad, por razones de urgencia, o interés público y conveniencia nacional*".<sup>11</sup>

El **primer supuesto** de leyes presidenciales en situaciones de emergencia puede verificarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 337 de la Constitución en los denominados estados de excepción, ante la ocurrencia de circunstancias excepcionales *"de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos"*. En relación con tales circunstancias la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción<sup>12</sup> precisa en el artículo 6 que *"El decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de **anormalidad**, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a derecho"*. Este Decreto tiene conforme a lo establecido en el artículo 22<sup>13</sup> de la mencionada Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, rango y fuerza de Ley.

El **segundo supuesto** en el que puede el Presidente de la República dictar decretos leyes, se encuentra previsto en el artículo 236 numeral 8 de la Constitución, conforme al cual éste puede *"Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley"*.

Debe advertirse la ausencia de precisión constitucional respecto de las circunstancias de hecho que justificarían el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente en este caso, a diferencia del primer supuesto, es decir en el caso de los estados de excepción, en los cuales la norma constitucional indica las circunstancias de hecho que justifican su invocación y subsiguiente ejercicio, lo que estimo, facilita su control jurisdiccional.

En relación con la legislación presidencial delegada en situación de normalidad, la profesora María Amparo Grau señala que *"Esta potestad para dictar leyes presidenciales se corresponde con la exigencia práctica que surge a consecuencia del intervencionismo estatal, derivado de los fines del Estado social de derecho, los cuales imponen la necesidad de dar una mayor posibilidad de actuación al Gobier-*

<sup>11</sup> GRAU, María Amparo. "Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela" Editorial Texto, C.A. Caracas-Venezuela. Pág. 14

<sup>12</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.261 del 15 de agosto del 2001.

<sup>13</sup> **Artículo 22:** *"El decreto que declare los estados de excepción tendrá rango y fuerza de Ley, entrará en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y difundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social, si fuere posible"*.

*no, limitado como está conforme a los postulados tradicionales por la ley formal. Se explica además, en el carácter técnico de ciertas regulaciones y la urgencia (que no emergencia) en su oportuna producción, lo cual contrasta con el lento proceso de elaboración de las leyes”.*<sup>14</sup>

Sobre este mismo aspecto Gustavo Planchart Manrique<sup>15</sup> ha expresado que “Al dotar al Presidente de la República de esos poderes extraordinarios delegándole o permitiéndole la facultad extraordinaria de hacer leyes es porque hay problemas urgentes que resolver, que la supuesta dilación del procedimiento legislativo dificultan su atención”.

## **VII. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DENTRO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA DICTAR DECRETOS LEYES**

Es precisamente dentro del ámbito del ejercicio de esta potestad del Presidente para dictar decretos leyes o normas con rango y fuerza de Ley, que analizaremos el contenido y alcance de la participación ciudadana.

En ese sentido, debemos reiterar lo indicado al inicio de estas consideraciones al señalar que el establecimiento de la participación ciudadana dentro del proceso legislativo a través de concretos mecanismos como la iniciativa legislativa y la consulta pública encuentra regulación no sólo a nivel constitucional respecto del Poder Público Legislativo sino también legal, a través de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>16</sup> respecto del Poder Ejecutivo.

### *7.1. Regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública*

La Ley Orgánica de la Administración Pública en el Título VI denominado “**DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL DE LA GESTIÓN PÚBLICA**” contiene importantes normas previstas en los artículos 138 al 141 que regulan dicha participación. De manera general, el artículo 138, encabezando el referido Título, ordena a los órganos y entes de la Administración Pública promover la participación ciudadana en la gestión pública<sup>17</sup>. A tales fines, dispone la Ley, “*las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas, presentar propuestas y*

<sup>14</sup> GRAU, María Amparo. Ob. cit. Pg. 15.

<sup>15</sup> Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. “Ley Habilitante del 13-11-00 y los Decretos Leyes Resultantes”. Serie Eventos Nro. 17. Caracas 2002.

<sup>16</sup> Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinaria del 31 de julio de 2008.

<sup>17</sup> **Artículo 138:** “Los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública.

*Las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, así como participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo.*

*formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, así como participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo*". (Resaltado nuestro).

De manera que la Ley Orgánica de la Administración Pública en acatamiento a la regulación constitucional en materia de participación ciudadana recoge el derecho fundamental de los ciudadanos a intervenir en la gestión pública, y en particular resalta el derecho de participación en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo. Cabe destacar en este punto, que la norma contenida en el artículo citado se refiere a "*participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo*" sin distinguir si se trata de los actos normativos dictados en ejecución de la potestad reglamentaria (producción ordinaria) o de decretos leyes (producción extraordinaria) en ejercicio de la potestad legislativa. La ausencia de distinción en cuanto al alcance de la participación ciudadana en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo **impone, en principio, su aplicación como regla general** en todos los procedimientos de elaboración de instrumentos de contenido normativo, **quedando a salvo las excepciones que la propia Ley contemple**.

Debe destacarse que el referido artículo 138 constituyó una de las modificaciones impuestas por la Ley vigente respecto de la derogada<sup>18</sup>, a los efectos de incluir de forma particular y específica **la participación ciudadana en la elaboración de las normas**. En efecto, contrastando el contenido de ambos artículos (Art. 138 de la LOAP vigente y 135<sup>19</sup> de LOAP derogada) se advierte claramente la intención legislativa de incorporar de forma aún más clara y directa la participación ciudadana en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo.

En ese sentido se observa que la Ley Orgánica de la Administración Pública regula la participación ciudadana en la elaboración de distintos instrumentos jurídicos, a saber:

---

*Los órganos y entes públicos llevarán un registro de las comunidades organizadas cuyo objeto se refiera al sector correspondiente. Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales."*

<sup>18</sup> Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

<sup>19</sup> **Artículo 135:** "*Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en leyes especiales, los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública.*

A tales fines, las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública.

A los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción".

a) **Procedimiento para la elaboración de proyectos de ley:** El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 87<sup>20</sup> y se refiere al supuesto en el que la Administración actúa como proponente del instrumento normativo pero la emisión corresponde a la Asamblea Nacional. Esta norma no prevé la participación ciudadana en la elaboración del proyecto en el ámbito del poder ejecutivo, sin embargo, el artículo 140<sup>21</sup> de la referida Ley dispone que *“El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. (...)”*. De acuerdo con la norma antes indicada resulta obligado el desarrollo del procedimiento de participación ciudadana en cada uno de los Poderes Públicos involucrados. En la Administración, conforme al procedimiento del artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública; y, en la Asamblea Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 211 de la Constitución y el Reglamento de Interior y de Debates de dicha Asamblea.

Se verifica así, un doble desarrollo de consulta pública previa, promovidos desde poderes públicos distintos.

b) **Procedimiento de elaboración de los reglamentos:** El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 89 y en este supuesto la Administración actúa como proponente y emisor del instrumento normativo. El artículo 89 contempla el sometimiento a consulta pública previa del texto y remite para ello a la

<sup>20</sup> **Artículo 87:** *“El procedimiento de elaboración de proyectos de ley por parte del Poder Ejecutivo Nacional se iniciará en la Vicepresidencia de la República o en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por un informe jurídico, los estudios o informes técnicos sobre la necesidad y oportunidad del mismo, así como por un informe económico sobre su impacto o incidencia presupuestaria.*

*El titular del ministerio proponente, previa revisión por parte de la Procuraduría General de la República, elevará el anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y solicite las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes.*

*Una vez cumplidos los trámites a que se refiere el párrafo anterior, la ministra o ministro proponente someterá el anteproyecto nuevamente al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de ley, y su remisión por órgano de la Vicepresidencia de la República a la Asamblea Nacional, acompañándolo de una exposición de motivos, del informe técnico y del informe económico sobre su impacto o incidencia presupuestaria, y demás antecedentes necesarios para pronunciarse.*

*Cuando razones de urgencia así lo aconsejen, el Consejo de Ministros podrá prescindir de los trámites contemplados en este artículo y acordar la aprobación de un proyecto de ley y su remisión a la Asamblea Nacional. Potestad reglamentaria”.*

<sup>21</sup> **Artículo 140:** *“El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título. (...)”.*

aplicación de las normas del Título VI de la propia Ley sobre “La Participación Ciudadana en la Gestión Pública”, es decir al artículo 139.

Hecha la anterior distinción, corresponde ahora determinar la aplicación de las normas que regulan la participación ciudadana en el ámbito de la Ley Orgánica de la Administración Pública en el caso de los decretos leyes.

Al respecto se observa que el artículo 138 de la Ley recoge el derecho fundamental de los ciudadanos a intervenir en la gestión pública, y en particular, el derecho de participación en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo, no distingue si se trata de los actos normativos dictados en ejecución de la potestad reglamentaria (producción ordinaria) o de decretos leyes (producción extraordinaria) en ejercicio de la potestad legislativa. La ausencia de distinción en cuanto al alcance de la participación ciudadana en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo **impone, en principio, su aplicación como regla general** en todos los procedimientos de elaboración de instrumentos de contenido normativo, quedando a salvo las excepciones que la propia Ley contemple, de manera que **la regla general es la aplicación de las normas relativas a la participación ciudadana y su no aplicación la excepción.**

En abono a esta posición estaría lo establecido en el artículo 139 al disponer que *“Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. (...)”*. La expresión **“o de otra jerarquía”** contenida en la norma permite afirmar que su aplicación abarca a los decretos leyes, pues en efecto, en este caso se trata de la adopción de normas de una jerarquía superior y de una categoría distinta a las normas reglamentarias. Sin embargo, es posible que se argumente con la finalidad de desvirtuar lo anterior, que la expresión alude a otra jerarquía de normas dentro de la categoría reglamentaria, por ejemplo resoluciones, que excluiría en ese caso a los decretos leyes, aun cuando en ese supuesto habría debido suprimirse la conjunción **“o”**, lo cual no se realizó.

No puede escaparse de nuestro análisis el hecho de que esta norma fue modificada por la Ley vigente, a fin de **excluir** la expresión **“normas legales”** que la derogada Ley del 2001 contemplaba en el artículo equivalente al analizado. En efecto, el artículo 136 de la Ley del 2001 establecía lo siguiente: *“Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior.(...)”*. Lo antes dicho parece apuntar hacia una intención de pretender excluir a los decretos

leyes dictados en situación de normalidad de la aplicación del mecanismo de participación ciudadana previsto en la Ley.

Sobre este punto, interesa resaltar lo expresado por Brewer Carías respecto del contenido de la artículo 136 de la Ley del 2001 al analizar la inclusión de los decretos leyes en el deber de realizar una consulta pública antes de su aprobación, al señalar que: “(...) *Pero adicionalmente a las provisiones constitucionales sobre consulta de leyes, la Ley Orgánica de la Administración Pública del 2001 estableció la obligación general de los órganos de la Administración Pública, y el Presidente de la República es el de más jerarquía, de promover “la participación ciudadana en la gestión pública” (art. 135), a cuyo efecto, el artículo 136 de la referida Ley Orgánica obliga al Presidente de la República cuando vaya a adoptar “normas legales”, es decir, decretos –leyes en ejecución de una ley habilitante a remitir el anteproyecto “para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales. (...)”*<sup>22</sup> (Resaltado nuestro).

Adicionalmente puede argumentarse a favor de considerar incluidos los decretos leyes habilitados dentro de la expresión “**instrumentos normativos**” contenida en el artículo 139, la **no** previsión de una excepción a su aplicación, tal y como si lo establece la Ley en el artículo 140 respecto de los decretos leyes dictados en situación de emergencia, que constituyen instrumentos normativos de la misma jerarquía. Dispone textualmente el referido artículo 140 lo siguiente:

*“(...). En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa.(...)”.*

Se advierte de su texto como el legislador contempló la **exclusión** de la obligación de consulta previa a la emisión de decretos leyes dictados en situación de emergencia, lo que permite sostener, en concordancia con lo establecido en el artículo 138 *ejusdem*, **que la regla general es la aplicación de la consulta pública previa, pues sólo ello justifica el establecimiento de la excepción**. Cabe destacar, que en el particular supuesto de situación de emergencia, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, tal exclusión se entiende, obedece a la clara incompatibilidad que existe entre una situación de emergencia con el trámite que la participación ciudadana previa comporta, de allí la necesidad de establecer la excepción.

<sup>22</sup> BREWER CARÍAS, Allan R. “Régimen Constitucional de la Delegación Legislativa e Inconstitucionalidad de los Decretos Leyes Habilitados Dictados en 2001”. Artículo publicado en Internet. Pg. 8.

En este orden de ideas, un análisis del artículo 140 de la Ley, permite asimismo señalar que en la referida norma se incorporó con la reforma del 2008, la expresión “*o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*” la cual no existía en el artículo 137 de la Ley derogada”<sup>23</sup>.

Tal incorporación de la expresión “*o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución (...)*” precedida de la conjunción disyuntiva “*o*” indica que adicionalmente al supuesto de la emergencia (aún cuando éste es también un supuesto de legislación excepcional) se excluye de la consulta previa a todos los casos de legislación excepcional lo que abarca, tanto a la legislación presidencial en situaciones de emergencia como a la legislación presidencial dictada en situaciones de normalidad, es decir a la legislación presidencial delegada, pues ambas tienen un “*carácter excepcional desde que supone la realización por parte del Presidente de la República de la función que es propia del Poder Legislativo y que por ende éste ha de ejercer como regla general*”<sup>24</sup>.

De manera que pareciera que la reforma de la ley Orgánica de la Administración Pública de 2008 tuvo como uno de sus objetivos excluir a la legislación excepcional dictada por el Presidente de la República bien en situaciones de emergencia o de anormalidad, o bien en situaciones de normalidad. En efecto, el análisis concordado de los artículos 139 que excluyó la expresión “**normas legales**” y la inclusión en el artículo 140 de la expresión “**o en los casos de legislación excepcional**” parecen apuntar a excluir de la participación ciudadana a los decretos leyes delegados.

No obstante ello, debe señalarse que a diferencia de lo que ocurre respecto de la legislación excepcional dictada por el Presidente de la República en caso de emergencia, en el supuesto de la legislación excepcional delegada no estamos ante una situación de emergencia, sino de normalidad, que aún cuando pudiera existir cierta urgencia que justifique la regulación de particulares sectores, y

<sup>23</sup> **Artículo 137:** “El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

*En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla”.*

<sup>24</sup> María Amparo GRAU. Ob. cit. Pg. 14.

como consecuencia de ello que el Presidente previo acto de delegación del Poder Legislativo dicte leyes, en modo alguno se trata de situaciones que impidan el desarrollo de la consulta previa. Por tanto, no existe en este caso fundamento que justifique la inobservancia del derecho constitucional de participación ciudadana que impone la obligación de consulta pública en la formación de las leyes.

En ese sentido, resulta pertinente citar lo expresado por Brewer Carías al sostener que “(...) *Esta obligación constitucional que tiene la Asamblea Nacional de realizar consulta pública respecto de los proyectos de ley, por supuesto, se traslada al Presidente de la República cuando se produce la delegación legislativa. Esta, como toda delegación, no sólo transfiere poderes sino también deberes, y entre ellos, el deber constitucional de consulta pública de los proyectos de decreto-ley que se dicten en ejecución de la ley habilitante*”.<sup>25</sup>

Ciertamente, desde el ámbito de la Administración, el mecanismo destinado a garantizar la participación ciudadana en la elaboración de los instrumentos normativos que ésta adopte, y dentro de éstos la legislación presidencial delegada, es el regulado en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por lo que el derecho constitucional de participación en este supuesto se entenderá garantizado sólo si se cumple con la consulta previa regulada en la Ley.

Así pues, la interpretación de las normas sobre la participación ciudadana contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública debe realizarse en consonancia con las disposiciones de la Constitución que consagran dicha participación y en particular su manifestación en el proceso legislativo, lo que obliga a concluir que el Presidente de la República en acatamiento a la normativa constitucional y a la propia Ley, debe someter a consulta pública previa, los proyectos de decretos leyes que pretenda dictar en ejecución de una ley habilitante, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 139 de la referida Ley Orgánica de la Administración Pública.

Una interpretación contraria a la anterior, sería desconocer el derecho constitucional de participación ciudadana, acarreando la inconstitucionalidad e ilegalidad de los decretos leyes dictados por el Presidente de la República en ejecución de una ley habilitante.

Debe también resaltarse que la Ley Orgánica de la Administración Pública en el artículo 141<sup>26</sup> establece la obligación por parte de todos los órganos y en-

<sup>25</sup> BREWER CARÍAS, Allan R. “Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los decretos leyes habilitados”. Artículo publicado en “Ley Habilitante del 13-11-00 y los Decretos Leyes Resultantes”. Serie Eventos N° 17. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas 2002. Pg. 97.

<sup>26</sup> **Artículo 141:** “La Administración Pública deberá establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades, con el fin de ejercer el

tes de la Administración de informar a la población acerca de los documentos sobre los cuales verse la consulta. Al respecto señala la doctrina que “*Para que la participación sea efectiva en una sociedad libre, el Estado no debe limitar la información sobre sus actuaciones, por lo que los archivos, documentos y acciones políticas deben estar a la disposición de los ciudadanos, salvo aquellos que puedan poner en peligro la seguridad del país, lo que obviamente no aplica en el caso de los instrumentos normativos*”.<sup>27</sup> (Resaltado nuestro).

Así, la participación ciudadana efectiva en la actividad normativa del Estado tiene como fundamento la información y el conocimiento, pues sólo con base en ello puede obtenerse un aporte sustantivo y responsable por parte de los ciudadanos.

Debe precisarse asimismo que de acuerdo con lo dispuesto en la última parte del artículo 139<sup>28</sup> de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el resultado que emane de los procesos de consulta no tendrá carácter vinculante, pero su omisión acarreará la nulidad absoluta de la norma aprobada, según lo previsto el artículo 140 *eiusdem*; con lo cual se garantiza el derecho de opinión y participación de los ciudadanos.

## VIII. CONCLUSIONES

1. La Constitución de 1999 dentro del modelo de Estado y del sistema democrático que establece, contempla una novedosa concepción de la participación ciudadana en las gestiones de los órganos del Poder Público, ampliando la influencia de los ciudadanos sobre el proceso de toma de decisiones de la gestión pública que les permite hacer valer sus intereses sociales.

2. La Constitución en el artículo 70 contempla los medios de participación ciudadana y dentro de éstos, la previsión de mecanismos de participación ciudadana en materia normativa.

3. La Constitución en el artículo 211 contempla la consulta a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los proyectos de leyes.

---

*control social sobre la gestión pública. Cualquier persona puede solicitar de los órganos y entes de la Administración Pública la información que considere necesaria para el ejercicio del control social sobre la actividad de éstos de conformidad y con las excepciones establecidas en la ley vigente*”. (Resaltado nuestro).

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ CHANG, Ronny. “Participación ciudadana en los poderes legislativos de Costa Rica y Guatemala: lecciones aprendidas”. Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo” (CLAD). N° 33. Pg. 184.

<sup>28</sup> **Artículo 139:** “(...) El resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo **no vinculante**”. (Resaltado nuestro).

4 El establecimiento de la participación ciudadana dentro del proceso legislativo a través de concretos mecanismos como la iniciativa legislativa y la consulta pública encuentra regulación no sólo a nivel constitucional respecto del Poder Público Legislativo sino también legal, a través de la Ley Orgánica de la Administración Pública respecto del Poder Ejecutivo.

5. La Ley Orgánica de la Administración Pública en los artículos 138 al 141 contiene importantes normas que recogen y regulan el derecho fundamental de los ciudadanos a intervenir en la gestión pública, y en particular, el derecho de participación en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo.

6. El Presidente de la República puede dictar decretos leyes o leyes presidenciales en dos supuestos: (i) en situaciones de anormalidad o emergencia, y (ii) en situaciones de normalidad, por razones de urgencia, o interés público y conveniencia nacional.

7. La ausencia de distinción en cuanto al alcance de la participación ciudadana en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo impone, en principio, su aplicación como regla general en todos los procedimientos de elaboración de instrumentos de contenido normativo, quedando a salvo las excepciones que la propia Ley contemple.

8. En el supuesto de la legislación excepcional delegada no estamos ante una situación de emergencia, por tanto, no existe en este caso fundamento que justifique la inobservancia del derecho constitucional de participación ciudadana que impone la obligación de consulta pública en la formación de las leyes.

9. En la Administración, el mecanismo destinado a garantizar la participación ciudadana en la elaboración de los instrumentos normativos que ésta adopte, y dentro de éstos la legislación presidencial delegada, es el regulado en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

10. La interpretación de las normas sobre la participación ciudadana contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública debe realizarse en consonancia con las disposiciones de la Constitución, lo que obliga a concluir que el Presidente de la República en acatamiento a la normativa constitucional y a la propia Ley, debe someter a consulta pública previa, los proyectos de decretos leyes que pretenda dictar en ejecución de una ley habilitante, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 139 de la referida Ley Orgánica de la Administración Pública.

# Sociedad

# La primacía de la piedad patriótica\*

*Juan Miguel Matheus*<sup>1</sup>

Quiero comenzar mi intervención con una cita tomada de la obra *La República* de Cicerón:

“Así como son más los beneficios [recibidos] de la patria –dice el Jurisconsulto–, y es esta más antigua que un progenitor particular, así también se debe más gratitud a ella que a un padre”<sup>2</sup>.

Estas palabras, escritas por quien acaso ha encarnado mejor el ideal republicano en todos los tiempos, expresan con claridad una de las grandes verdades de la existencia política del hombre. Me refiero, como intentaré explicar enseguida, a la *primacía de la piedad patriótica*.

Ya en la antigüedad clásica se concibió la piedad como una forma especialísima de retribución de bienes excelsos, que es mucho más noble que la virtud de la justicia<sup>3</sup>. A través de la *justicia* se devuelve lo que humanamente es posible devolver: (i) una contraprestación contractual, (ii) la prisión ocasionada por la perpetración de un delito o (iii) la obediencia debida a un gobernante legítimo. Con la *piedad*, en cambio, intentamos honrar sujetos eminentes a quienes, por la misma naturaleza de las cosas, nunca podremos retribuirles enteramente los bienes que de ellos hemos recibido: (i) Dios, (ii) la patria y (iii) los padres.

\* Discurso pronunciado en representación de los profesores en el acto de grado del año lectivo 2011-2012 de la Universidad Monteávila.

<sup>1</sup> Abogado *magna cum laude* por la Universidad Monteávila (Caracas, 2004). Máster en Estudios Jurídicos (Universidad de Navarra, 2008). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional (Universidad de Navarra, 2009). *Visiting Scholar* de la Escuela de Derecho de George Washington University (Washington DC, 2009-2010). *Visiting Scholar* del Departamento de Ciencias Políticas de Georgetown University (Washington DC, 2010-2011). Doctor en Derecho Constitucional y Parlamentario (Universidad de Navarra, 2011). Premio Extraordinario de Doctorado por la mejor tesis doctoral defendida en 2012 (Universidad de Navarra). Profesor de Teoría Política y Constitucional de la Universidad Monteávila. Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Subdirector de la Revista Derecho y Sociedad. Columnista del diario El Universal.

<sup>2</sup> Cfr. CICERÓN: *La República*, Libro I, 1a. Uso la edición de la Biblioteca Clásica Gredos, Editorial Gredos, traducida por Alvaro D’Ors, Madrid, 1991.

<sup>3</sup> Como referencia puede traerse a colación el diálogo *Eutifrón*, en el que Platón intenta develar qué es lo pío y qué es lo impío, y en qué manera ello agrada o desagrada a los dioses.

La patria es, entonces, y aquí avanzamos en la contextualización de la cita inicial de Cicerón, la fuente de bondad que, después de Dios, y sobre realidades privadas, suscita mayores beneficios en la vida humana, tanto individual como colectiva. O dicho de otra manera: la patria es, en el plano de lo temporal, el mayor bien de todos cuantos puede participar la persona humana<sup>4</sup>. No en vano Aristóteles<sup>5</sup> señaló (i) que la ciudad existe para la vida buena, (ii) que la ciudad es anterior al hombre (en cuanto fin, no en cuanto a generación), y (iii) que la ciudad se ordena al más soberano de todos los bienes: el bien del todo social.

Me ha parecido oportuno reflexionar sobre la *piEDAD patrióTica* en este solemne acto de graduación, porque en los tiempos que corren, en los que parece haberse desintegrado enteramente el orden de la justicia y de la razón, en los que parece que el mal prevalece sobre el bien y que la barbarie aherroja a la civilidad, podría ponerse en duda –y de hecho se pone en duda en los corazones de ustedes, de nuestros queridísimos graduandos– que la patria es, según nos enseñó Juan Pablo II, y a pesar de los pesares, “un bien común de todos los ciudadanos y, como tal, también un gran deber”<sup>6</sup>, una tarea.

Resulta comprensible que a los nuevos comunicadores sociales, administradores, educadores y abogados, que a los nuevos especialistas de las distintas especialidades impartidas como estudios de postgrado en la Universidad Monteávila, les vacile el ánimo de servicio a la patria y se pregunten en sus conciencias, ya en soledad, ya en compañía de sus seres queridos, cuál pueda ser el sentido, cuáles puedan ser los frutos reales, no ya de consagrarse al servicio público, a la política, sino de permanecer en Venezuela para desplegar sus energías profesionales, sus talentos, en este país.

Frente a tal vacilación, que es –repito– comprensible, sale al paso la *piEDAD patrióTica* para recordarnos con los clásicos, con Platón y Aristóteles, que el mal, en cuanto género de vida, hace cobrar mayor sentido a otro género de vida que es mucho más real, mucho más radical: el bien<sup>7</sup>. Es en la maraña de mentiras y de opiniones torcidas en donde cobra mayor sentido la lucha por la verdad de nuestros comunicadores sociales; es en la injusticia social, en el sufrimiento humano por las carencias materiales, en donde cobra mayor sentido el empen-

<sup>4</sup> La idea es desarrollada con hondura en JUAN PABLO II: *Memoria e identidad*, Planeta, Caracas, 2005, pp. 79 y ss.

<sup>5</sup> Uso la versión inglesa ARISTOTLE: *Politics*, traducción de Ernest Barker, Oxford university Press, 1977, 1252a y ss.

<sup>6</sup> Cfr. JUAN PABLO II: *Op. Cit.*, p 87.

<sup>7</sup> Sobre los dos géneros de vida –el bien y el mal, la justicia y la injusticia– como clave hermenéutica para comprender la filosofía política clásica véase STRAUSS, Leo: *Sobre la tiranía*, Encuentro Ediciones, Madrid, 2005, pp. 123 y ss.

dimiento y la generación de la riqueza por parte de nuestros administradores; es en la ignorancia y en la perversión ideológica en donde cobra mayor sentido la siempre noble tarea pedagógica de nuestros educadores; y es en la injusticia, en la corrupción del poder con fines de dominación, en donde cobra mayor sentido la lucha por el Derecho de nuestros abogados.

Así, el horizonte vital que se presenta ante los nuevos profesionales de la Universidad Monteávila es, por el sentido profundo que le imprime la *primacía de la piedad patriótica*, una maravillosa aventura: la aventura de la *generosidad*. Lo que nos pide la patria es vincular nuestro bien al de ella. ¿Y cuál es la medida de dicho vínculo? La entrega, el darle a la patria lo mejor de nuestras vidas, que no es, no puede ser, un sentimiento superficial ni romántico. Se trata de una donación que entrevió preclaramente Cicerón y que expresó de la siguiente manera, también en *La República*:

“(…) no nos engendró ni educó la patria con la condición de que no pudiera esperar de nosotros alimentos [alimento moral, esfuerzo, trabajo, lucha], y nos procurara ella a nuestro ocio un refugio seguro, sirviendo solo a nuestra comodidad un lugar tranquilo y en paz, sino que se tomó ella en garantía, para su propio interés, gran parte y lo mejor de nuestro valor, ingenio y prudencia, y nos dejó para nuestro particular provecho tan solo lo que le pudiera sobrar a ella”<sup>8</sup>.

Llegados a este punto debo llamar la atención de los graduandos de una manera especial. No es posible, estimados jóvenes, acometer la tarea de donar lo mejor al bien de la patria, de donarnos nosotros mismos con el objeto de dar *primacía a la piedad patriótica*, si no cultivamos dos virtudes: la fortaleza y la esperanza. Sin estas albergaríamos solo buenas intenciones, pero no la madurez de alma necesaria para combatir en los términos que venimos comentando; no la calidad humana para conformar, como diría Virgilio en la *Eneida*, el dignísimo “ejército de los que sufrieron heridas luchando por la patria”<sup>9</sup>.

Respecto de la fortaleza, se trata de una virtud eminentemente práctica. Es el ánimo firme de resistir el mal, de enfrentarlo decididamente; ánimo firme que, y acudo por última vez a Cicerón, está esencialmente atado al bien común:

“(…) el género humano –afirma– tiene por naturaleza tanto instinto de fortaleza, y recibió tal aptencia de defender el bien común, que esta virtud [la del valor] ha superado siempre todos los halagos del ocio gustoso”<sup>10</sup>.

¿Y qué significa para ustedes, queridos graduandos, y para todos los venezolanos vivir la virtud de la esperanza hoy y ahora? Significa, en primer lugar,

<sup>8</sup> Cfr. CICERÓN: *Op. Cit.*, Libro I, 4,7.

<sup>9</sup> Cfr. Virgilio: *La Eneida*, VI, 660, Biblioteca Clásica Gredos, Editorial Gredos, Madrid, 1992.

<sup>10</sup> Cfr. CICERÓN: *Op. Cit.*, Libro I, 1.

convencernos de que el actual proyecto de dominación, con toda su maldad intrínseca, está destinado al fracaso. Ninguna estructura de mal puede mantenerse en pie frente al bien y a la verdad. Y en segundo lugar, que debemos poner todos los medios a nuestro alcance no sólo para derrotar la barbarie presente sino, sobre todo, para sanar la cultura política venezolana, tan propensa a lo autocrático. Ello supone una lucha generosa, sin cuartel, que no tiene fecha de vencimiento: persiste mientras persistan las injusticias. Es, en definitiva, una lucha ante la cual “no son indiferentes los dioses”<sup>11</sup>, como dejó dicho Sócrates a los atenienses después de haber sido sentenciado a muerte de manera injusta.

Termino con una cita de alguien a quien estaremos siempre agradecidos en la Universidad Monteávila: el ex Presidente Rafael Caldera, que decretó la aprobación de nuestra querida Casa de Estudios el 2 de octubre de 1998. Pienso que a todos, pero particularmente a ustedes, estimados jóvenes, nos urge oír las voces de quienes hicieron de sus vidas una consagración de lucha esperanzada para que fuera posible una convivencia justa, pacífica y libre. Dice Caldera en su último mensaje al país:

“Hemos de abrir caminos a la esperanza. Tenemos una larga lucha por delante. La lucha es hermosa cuando la guía un ideal. Por eso la nuestra –que creemos en la persona humana, su libertad, la solidaridad y la justicia social– no aminora sino más bien alimenta la alegría, esa alegría interior que constituye la mayor fuerza para la constancia y predispone al éxito. En mi larga vida de luchador, he tenido la oportunidad de ver altos y bajos en el camino de los pueblos de América Latina. Me llena de esperanza para el porvenir de nuestra nación la conciencia clara de que hay una nueva juventud que lucha por la libertad y quiere cambiar los actuales rumbos negativos. Contamos con la ayuda divina, el don de la gracia, que viene de Dios, como recordaba el venerado Papa Juan Pablo II. Por medio de ella –nos dijo–, en colaboración con la libertad de los hombres, se alcanza la misteriosa presencia de Dios en la historia que es la Providencia (*Centesimus annus*, núm. 59)”.

Queridos graduandos: es Dios quien gobierna al mundo. Pero a nosotros los hombres, a los venezolanos, nos corresponde esforzarnos en la medida necesaria para que nuestra existencia terrena, para que Venezuela, no sea un valle de lágrimas. De ambas cosas, de la confianza en la Providencia y del sacrificio tanto personal como de pueblo, deriva la auténtica esperanza responsable que debe presidir la acción histórica. Esperanza responsable que es, vale la pena insistir, lo que hoy pide de nosotros Venezuela.

Muchas gracias.

<sup>11</sup> Cfr. PLATÓN: *Apología de Sócrates*, 41d, Biblioteca Clásica Gredos, Editorial Gredos, Madrid, 1993.

# Ética, Valores y Crisis sociales

*Fernando Vizcaya Carrillo*<sup>1</sup>

*“Era la mejor época y la peor época, el siglo de las luces y la razón. Un período de luz y tinieblas, el horizonte más esplendente y la noche más profunda, en el que se iba en línea recta al cielo y por el camino más corto al infierno...”*

Un Cuento de dos Ciudades.

Charles Dickens. (1859)

**SUMARIO:** I. Justificación y Alcance. II. La Persona humana. III. La Ética. IV. Los Valores. V. La crisis. VI. El bien común y las definiciones de justicia. VII. Los Principios. VIII. Cómo se consigue la ética. IX. Una propuesta de motivación para conductas con valores. X. A manera de conclusión

## I. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE

Este escrito tiene la finalidad de aportar textos con ideas que sirvan al diálogo universitario, y genere la posibilidad de argumentar, para tratar de aproximarnos a un consenso en cuestiones de difícil convención. La finalidad última –del escrito– es lograr un ambiente de trabajo efectivo para la promoción de un ambiente en el *campus* y la posibilidad de construcción de currículo, en base a unos valores, y así recuperar algunos estadios éticos para el trabajo de enseñanza en la Universidad.

Nos limitaremos a esas definiciones básicas para la discusión como son Persona Humana, Disposiciones, Hábitos, Ética, Valores, Valoración, Crisis, Bien común.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Monteávila y de la Universidad Simón Bolívar.

Este escrito, es un instrumento, un medio para una finalidad distinta del mismo escrito, por tanto, tiene la intención de ser leído con visión crítica, como escribía Aristóteles “Estudiamos ética para ser mejores personas, si no, es una actividad totalmente inútil” Ética a Nicómaco, 1104b).

## II. LA PERSONA HUMANA

Allí donde conviven personas hay problemas, surgiendo entonces, como imperiosa la necesidad de solucionar dichos problemas para ordenar esa convivencia humana. La ética parte de un hecho simple: en todo conglomerado social, siempre existen divergencias de distinta causa, que a veces “obligan” a sus integrantes a pensar en torno a la problemática sufrida, y a buscar vías de solución, y casi siempre fijando “*a posteriori*” pautas de comportamiento.

El primer punto para la discusión es tener una base firme de trabajo intelectual. De un autor clásico, Boecio, tomamos esa definición “sustancia individual de naturaleza racional” (*De duabus naturis*). Glosamos de allí y ampliamos: la consideración de que un ser dotado de inteligencia, con posibilidad de elegir sus fines y de escoger sus medios, para lograr sus proyectos personales en una sociedad, con posibilidad de trascendencia, es decir de cultivar su intelecto y su espíritu, receptor de derechos y poseedor de deberes, es lo que podríamos definir como persona humana.

La consecución de niveles cada vez más altos en comportamientos intelectuales y de tipo social, dependen de las disposiciones que posea esa persona. **Una disposición** es lo que algunos autores han considerado como unidad de vida, es la posibilidad por la acción educativa, de conseguir estadios personales de mejoramiento del ser que William Frankena<sup>2</sup> llamaba excelencias.

Surge la pregunta: ¿cómo lograr en los componentes de la Universidad esas disposiciones que quisiéramos para elevar el nivel de convivencia social? La puesta en marcha de diversas campañas y proyectos educativos que ha conocido la historia, tienen en su punto de apoyo la consecución de ciertas disposiciones, que al convertirse en acciones repetidas, se transforman en **hábitos de conducta**. John Dewey<sup>3</sup> consideraba que el cultivo y el mantenimiento de hábitos sociales,

<sup>2</sup> Todo aquello a lo que yo estoy llamando disposiciones y excelencias puede clasificarse en muy diversas categorías. La jovialidad y la timidez son ambas disposiciones; pero la primera de las dos es también una excelencia. Las cualidades positivas de la personalidad como, por ejemplo, la simpatía, la benevolencia o el dominio de algún arte, como el de la danza o la posesión de un conocimiento como por ejemplo, estar muy versado en la sucesión de reyes de Inglaterra, constituyen disposiciones en el sentido en el que yo las tomo y también, es de pensar, excelencias. FRANKENA, William. (1989) *Tres Filosofías de la Educación*. UTEHA. México

<sup>3</sup> “Inculcar hábitos de conducta, de pensamiento y de sentimiento, transmitiéndolos de las generaciones viejas a las más jóvenes. Sin esta comunicación de ideales, anhelos, esperanzas,

es lo vital para la sociedad y para un modo de vida como es la democracia. Estos hábitos no son unos actos rutinarios, sino la acción facilitada por la disposición racional y generada en cualquier momento en que la voluntad decida realizarla.

El cultivo de hábitos es el tema básico de la educación. Cuando se plantea desde la perspectiva del conocimiento, se torna difícil la vida social, por lo menos exigente, puesto que sólo la sabiduría no ofrece el comportamiento adecuado. Hay que poner los medios, a veces imperativos para conseguir en la familia y en la escuela esos hábitos que se han decidido cultivar.

Un autor contemporáneo define los hábitos desde el punto de partida de las opciones fundamentales del ser humano, es decir desde la elección ética para su vida. “Los hábitos, ya sean positivos o negativos, son esas disposiciones innatas o adquiridas que nos llevan a obrar pronta, fácil y placenteramente, y sin hacer grandes esfuerzos para conseguir esas metas y encarnar esos *valores* que consideramos vitales para la consecución de ese gran objetivo: la *felicidad*. A esos modos de actuar ya asumidos, que nos predisponen a obrar en el sentido deseado y que hemos ido incorporando en el curso de la vida y que configuran nuestra personalidad ética (somos honrados, veraces, justos, leales, etc. o, todo lo contrario), tradicionalmente se les ha llamado *hábitos*”.<sup>4</sup>

### III. LA ÉTICA

Los conceptos de la ética a lo largo de la historia, más que solo un conocimiento de tipo abstracto, en realidad son derivados intelectuales, de comportamientos humanos con juicios morales implícitos en esa acción, es decir con criterios de bien. Y esto tiene como basamento que no podemos formular juicios, ni elaborar razonamientos, sino tomamos de la realidad material –captada por los sentidos externos–, el contenido de nuestro pensamiento.

La ética vive de las costumbres. Es, en su sentido etimológico más profundo y anterior, *ethos* una palabra griega que significa más –la desborda– que la palabra castellana **costumbre**, es acción intencional habitual. Esta, a su vez deriva de algo precedente y asentado en la vida misma, la noción de población (*etnos*). Así la naturaleza social del ser humano impulsa algunas acciones por las cuales se producen esos criterios de juicio, sobre las acciones. En el sitio donde se viven las cosas y se hacen de una manera, de una costumbre.

No sólo esto, la ética requiere la intervención de la razón en cada momento de acción. Es consideración de los fines por los que se actúa, y reflexión crítica,

---

normas y creencias que los individuos de la vieja guardia transmiten a los que empiezan a vivir, la vida social acabaría por extinguirse”. DEWEY, John (1985) *Democracia y Educación*. Editorial Losada. Buenos Aires.

<sup>4</sup> VALDERRAMA, José. (2008) *Ética y Universidad* [www.didacticafilosofica.com](http://www.didacticafilosofica.com)

con disposición al cambio, sobre los medios a usar en cada momento. Es decir, comparación entre costumbres y tradiciones de vida, que se establecen en la vida cotidiana de esa agrupación humana, y el acto realizado, o de la intención revisada intelectualmente. Pero la ética no solo es actividad racional, también intervienen los sentimientos en esa acción. Así comenta Scheler: “Sentir es un acontecer con sentido y por ello susceptible de ser satisfecho o insatisfecho (p.33)”<sup>5</sup>.

Según un autor contemporáneo –Stoner<sup>6</sup>– en su libro de Administración, el término ética se entiende como “el estudio de la forma en que nuestras decisiones afectan a los demás”. Ciertamente una acción con responsabilidad, viene normalmente de seguir conscientemente, con advertencia, una tradición o de imitar la conducta de un modelo que es confiable para nosotros. Muy excepcionalmente proviene de una decisión silogística del conocimiento. Del consecuente “obligado” de unos antecedentes rectamente construidos. Casi siempre viene de “copiar conductas vistas en la casa familiar o en el ambiente de la calle o barrio en que vive.

Es quizá lo que más influye en la estructura de poder de un gerente o de un líder. Es lo que sostiene profundamente la obediencia a un mandato. Constituye el componente del liderazgo que se llama comúnmente “autoridad moral”. Esto incluye -por supuesto- a una madre o un padre de familia, a un maestro o un profesor. Es lo llamado comúnmente “poder”. Hay un matiz en este punto que llama la atención y que viene referido por José A. Marina: “El poder, usando sus mecanismos puede producir obediencia, pero si tiene autoridad, producirá además, respeto”<sup>7</sup>. Es la referencia individual a esas personas que tienen el cuidado de la comunidad. La autoridad moral es la base de la confianza que se tiene para actuar de la misma forma o repetir los conceptos oídos o escuchados a esa persona.

Aproximándonos a una definición más concreta, decimos que cuando una persona tiene un comportamiento ético, expresamos implícitamente que dominó sus impulsos, y educó sus tendencias para realizar esa acción. Esas tendencias e impulsos, que con una frecuencia significativa, suelen ser hacia el mal, y esa actitud que en la cosmología cristiana se define como un componente inevitable de la naturaleza de todos los seres humanos, decimos que es consecuencia del pecado de origen, con el cual nacemos.

Podríamos concluir en esta parte, que la ética es uno de los mayores esfuerzos que han hechos los seres humanos por conseguir un mundo mejor del que tenemos. Es en ese plano, el del esfuerzo por conductas mejores, donde podemos

<sup>5</sup> SCHELER, Max (2003) *Gramática de los sentimientos*. Editorial Crítica. Barcelona

<sup>6</sup> STONER, FREEMAN y GILBERT (1996) *Administración*. Pearson educación. México

<sup>7</sup> MARINA, José Antonio (2008) *“La Pasión del Poder”* Anagrama ediciones. Barcelona

conseguir con esfuerzo eso que algunos autores escriben como felicidad social, que es la idea aristotélica de las acciones perfectas en la polis.

#### IV. LOS VALORES

Definir el término valor es un poco difícil, puesto que no es producto de algún conocimiento inmediato por los sentidos externos, ni por el intelecto. Requiere un esfuerzo discursivo, apoyado en juicios y observación de modelos que nos puedan dar un norte en su consideración. Es la interacción de materia y forma, donde el instrumento intelectual “*techné*” va dando valor a esa materia y la hace sujeto de valoración. De esta manera nos acercamos a distinguir *el ser*, lo que está en el fondo del sujeto y *el valer*, que es una adjetivación del ser.

Quizá, un ejemplo nos permita aproximarnos un poco al concepto de valor. En este punto debemos añadir la palabra valoración. El orden en los elementos de una casa **es un valor**, la idea de orden adquisitivo en esa casa **es una valoración**. Es decir, nos gusta (vía emocional) el orden de esa casa, **el valor**; pero pensamos que podría mejorar ese orden si arreglamos un elemento de ella (vía discursiva) **la valoración** de ella. Comenta a propósito de este punto un autor contemporáneo: “Confundir la valoración con el valor es como confundir la percepción con el objeto percibido (p.28)”<sup>8</sup>

Es decir, el ser es lo sustantivo en la relación de conocimiento y el valor es una adjetivación, un tipo de categoría por la cual se juzga polarmente un objeto. Es decir, se puede emitir un juicio sobre si algo es más alto, bello, justo y sus contrarios, bajo, feo, injusto. Esa polaridad es lo que permite, en base al conocimiento, emitir ese juicio.

Desde una perspectiva histórica, el inicio del pensamiento sobre lo que después derivó en la axiología, que es la parte de la filosofía que estudia valores, es la consideración platónica de lo que llamó trascendentes del ser, y los fijó en cuatro, que son la unidad del ser, la verdad, el bien y la belleza. Esta doctrina de “lo común a todos los entes” en Platón<sup>9</sup>, es igual a la Aristotélica en la definición de “los atributos del ser”<sup>10</sup>, que es diferente de las categorías. Esos atributos establecen la diferencia entre los seres.

Vine una pregunta necesaria para seguir reflexionando. ¿Hay una jerarquía de los valores? Obviamente, es de constatación cotidiana que escogemos o elegimos algunas actitudes o incluso objetos antes que otros. ¿Qué determina una elección sobre otra? Muchas veces depende del contexto, o de la formación cultural de

<sup>8</sup> FRONDIZI, Rizieri (2007) *¿Qué son los valores?* FCE México.

<sup>9</sup> PLATÓN. *Diálogo El Sofista*. 254d. Ediciones Aguilar

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica* 1004b. Ediciones Aguilar

la persona. Sin embargo, podríamos aceptar que aquellos que pueden ser más duraderos, se escogen a otros que sean más efímeros. Por ejemplo, se concreta en una norma o reglamento aquello que nos parece permanente, el acto por el cual se respeta la persona humana, podríamos decir entonces que **lo duradero** es un primer criterio para la jerarquía. Una acción puede producir satisfacción de un mayor tiempo, en la medida en que es más valioso. Un segundo punto sería la **plenitud** de la acción valorativa, es decir, que un valor debe estar asentado no en una moda pasajera, sino en lo profundo del ser. Que mejore realmente el ser del que lo ejecute. Un tercer aspecto a considerar es la **polaridad**, es decir si es capaz de tener extremos contrarios para el juicio valorativo, por exceso y por defecto.

## V. LA CRISIS

La definición de crisis es compleja, en el sentido de que es un producto de la racionalidad del ser humano que tiene o posee un hábito intelectual, que se puede llamar ciencia, una búsqueda sistemática de la verdad. Estas crisis se presentan cuando hay variaciones en los supuestos valores anteriores, y en realidad no son sino modas pasajeras o efímeras ante una situación o una persona que influye en la población. La raíz de estos desvíos, puede estar en la confusión de conceptos. Comenta Scheler: “Aquello a lo que se dirigen estas intenciones no es un valor o un máximo valor, sino objetos valiosos y en la medida que son valiosos. No amo un valor, sino siempre algo que es valioso”.<sup>11</sup>

En los temas que nos atañen, reflexionamos sobre la acción o el hecho, desechar las definitivamente perversas y plantearse, mejorar las que se tienen. Esto requiere de un instrumento intelectual adecuado, y mejor aun, educado por la inteligencia compartida. Es decir, **el criterio** para comentar con acierto. Comenta un autor contemporáneo: “*La palabra criterio despierta en nosotros un eco sentimental contradictorio. Se entiende que los hombres de criterio son solemnes, vetustos, prudentes y convencionales. En cambio, los críticos pueden ser inconformistas, innovadores y posmodernos. Al parecer, hemos conseguido hacer crítica sin criterios, lo que es gran maravilla. Esta paradoja es inexistente, por supuesto, ya que de hecho utilizamos continuamente criterios, es decir patrones que nos permiten identificar, seleccionar y evaluar las cosas. La palabra procede del griego krino, que significa separar. Crisis es una decisión que unas veces tiene carácter dramático y otras no*”<sup>12</sup>.

Todo esto nos lleva a una serie de supuestos necesarios para conseguir un mínimo de acuerdo en estas cuestiones. Requerimos un criterio de pensamiento y éste no es innato, quiere decir que es formado en algún sitio o en algún ámbito de vida personal o comunitario.

<sup>11</sup> SCHELER, Max. *Ob. Cit.* P. 45

<sup>12</sup> MARINA, José Antonio (2001). *Ética para Náufragos*. Anagrama

La falta de racionalidad es posiblemente de las causas más frecuentes en el surgimiento de crisis. Comenta un autor contemporáneo sobre esto: “¿Qué es eso de “Obrar racionalmente”? En principio, significa saber deliberar bien antes de tomar una decisión con el propósito de realizar la elección más adecuada y actuar en conformidad con lo que hayamos elegido. La elección no debe ser arbitraria ni dejarse al azar. Quien no reflexiona antes de actuar y no mide las consecuencias de sus acciones se expone a cometer errores, a hacerse daño o hacerle daño a los demás; quien no calibra qué es lo más conveniente hacer en determinadas circunstancias, o actúa en contra de sus convicciones personales o en contra de una decisión que él mismo reflexivamente ha tomado, se puede decir que no obra racionalmente. Y cuando no se obra racionalmente surge, entonces, el caos y el desorden. Obrar racionalmente significa, pues, obrar conforme con la lógica interna que tienen las cosas y los acontecimientos, percibidas por el pensamiento reflexivo.”<sup>13</sup>

Por supuesto que en la base de cualquier crisis, de valores o de comportamiento o de respetabilidad, hay una red de argumentaciones y de supuestos intelectuales, que soportan una manera de ver y una manera de actuar que producen esas crisis. En este momento, podemos hablar de crisis de ineducabilidad como se plantea en las propuestas de Arendt o Lipoievsky. Quiere decir, que en la base de estos desaciertos hay un problema de relativismo, escondido en la palabra pensamiento crítico, el cual desfasa cualquier intento de orden, conceptual o real y que lleva indefectiblemente la anarquía. Comenta sobre esto un autor reciente. “Lo grave hoy, no es la existencia de doctrinas, sino la pretensión sistemática de declararlas inexistentes, lo cual lleva a desactivar la capacidad crítica y a declarar inútil cualquier esfuerzo reflexivo serio. Apenas queda espacio que no sea, el puramente instrumental. Las grandes energías humanas no se orientan a la comprensión, sino al logro de una rápida adaptabilidad. En este contexto, autoritario y profundamente conservador en su apariencia de moderno y vanguardista, resulta fácil acusar de inoportuno o descaminado cualquier intento sostenido de reflexión crítica.”<sup>14</sup>

## VI. EL BIEN COMÚN Y LAS DEFINICIONES DE JUSTICIA

La justicia es uno de los temas pensados con mayor frecuencia en la historia de la humanidad. Las definiciones han sido múltiples y siempre hay un retorno a los clásicos Ulpiano, Platón, Cicerón, Tomás de Aquino, Rawls. Podríamos pensar que aunque la humanidad ha avanzado de una manera exponencial en muchas áreas, en esta de la justicia específicamente, hemos dado pocos pasos.

<sup>13</sup> VALDERRAMA, José. (2008) *Ob. Cit.* P. 3

<sup>14</sup> GARCÍA, Pedro Rafael (2008) *Ética y Democracia*. [www.ideasapiens.com](http://www.ideasapiens.com)

Es necesario partir de una premisa básica para pensar y proponer aproximaciones en esta área. La dignidad humana, la condición de autonomía y de recepción de derechos en un ser, la posee el ser humano. Por ello, sólo en ese caso tiene sentido hablar de justicia, y ésta en función de hábitos más que de constructos intelectuales. El principio, el sujeto y fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana.

Una aproximación –a la justicia- que se fundamenta en varios pensadores sería esa constante y firme voluntad de dar al otro lo debido. Respetar los derechos de cada uno y “establecer en las relaciones humanas, la armonía que promueve la equidad respecto a las personas y al bien común”<sup>15</sup>.

Cabe la pregunta sobre el bien común. Buscamos la fuente citada anteriormente y se escribe allí: “el conjunto de aquellas condiciones de la vida social que permite a los grupos y cada uno de los miembros conseguir su propia perfección”<sup>16</sup>. Afecta a la vida de todos, exige unos medios para vivir en esa sociedad, de tipo ético y de tipo técnico, una convención consensual sobre el poder político y sobre la autoridad.

Todo esto nos lleva a unas condiciones de tipo personal y grupal que se consiguen por la educación en esos diferentes aspectos de la vida personal y social. Las instituciones educativas, por tanto tienen un papel no sólo central, sino vital a esas posibilidades. Las crisis en una sociedad, en síntesis, proviene esa ruptura de una autoridad, de unas tradiciones y de una relación con la trascendencia que llamamos religión. Al romper esos factores, no existen patrones a seguir ni modelos que generen confianza para la acción, ni escenarios de comportamiento adecuados a la recta razón, es decir a un código de pensamiento, a una lógica de saberes y lenguaje adecuado que lo exprese.

## VII. LOS PRINCIPIOS

La palabra principio tiene una connotación importante en ética. En griego es **arjé** (ἀρχή), fundamento u origen de algo, pero no es comienzo en el sentido del tiempo, sino que es causa inicial, origen, de un ser, de un proceso.

Son esos conceptos, en el plano de los movimientos de tipo racional, que determinan conductas e impiden otras. Pueden llamarse origen del movimiento consciente y con carga de moral. Es decir, un **principio** es aquello por lo cual podemos resistir, acometer o emprender acciones. Sobre él cae la fuerza moral para comenzar un proyecto. Solemos decir, que son “mis principios” que me

<sup>15</sup> *Catecismo de la Iglesia Católica*. P. 409, 1087. (1995) Ediciones Image Double Day New York (1995).

<sup>16</sup> *Idem* P. 427. 1906. (1995).

hacen realizar algo o me impiden hacerlo. Aristóteles escribió que “lo que los significados tienen en común es que todo principio es el punto de partida del ser, del devenir o del conocer”.<sup>17</sup>

### VIII. CÓMO SE CONSIGUE LA ÉTICA

A lo largo de la historia se han planteado muchas crisis. Ordinariamente surgen al considerar los sistemas políticos o los ambientes de las ciudades. Citaremos a un clásico de la política como es Tucídides.

*“Pero hay algo aún más profundo en el discurso en honor a las víctimas de la guerra, lo importante son las personas. Atenas era grande por sus gentes, por el respeto entre individuos, por el orgullo que cada uno de sus ciudadanos sentía, no por ser atenienses, sino por lo que ello significaba, ser individuos completos y activos. La grandeza de Atenas era, que todo ciudadano podía participar directamente en la **adopción** de las decisiones públicas con sus opiniones y sus votos, lo que potenciaba su identificación con los **proyectos** colectivos y el uso de la razón como forma para discutir y enfrentarse a los **problemas**. Esa forma de gobierno permitía a los atenienses considerarse auténticamente iguales entre si y ser líderes y héroes en **potencia**, lo que les impulsaba a tener un alto **concepto** de su propia **dignidad** y de su importancia como individuos. Posiblemente debido a todo ello se produjo en Atenas uno de los avances más espectaculares en la **historia** de la humanidad, con aportaciones artísticas, **intelectuales** y culturales auténticamente revolucionarias y cuya influencia todavía hoy casi 2500 años después, tienen un enorme peso en nuestra manera de ver el mundo”*<sup>18</sup>.

Si partimos del concepto de la importancia de la dignidad del ser humano, entonces, los sistemas de valores adquieren sentido, y se logran unas acciones que generarán sistemas adecuados de ética, que respeten las costumbres y a las personas por ser tales. Esto requiere un instrumento intelectual que es el **criterio**.

Por tanto, siendo ciencia, la ética debe tener unas etapas o stadios de consecución de esos fines. En ese sentido comenta Valderrama: “Así, pues, la primera tarea que la ética impone es la de atreverse a pensar (“Aude sapere”) a reflexionar y deliberar bien con miras a hacer buenas elecciones y evitar, en la medida de lo posible, el cometer errores que conduzcan a fracasar o arruinar la vida. No se trata de elegir bien solamente en un caso concreto y aislado, sino a lo largo de toda la vida. Para ello es preciso saber cuál es esa orientación básica que se le quiere dar a la vida (opción fundamental), orientación que vaya imprimiendo ese carácter en cada una de las opciones particulares”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*. V, 1012b.

<sup>18</sup> Fuente: TUCÍDIDES Historia de La Guerra del Peloponeso, II, 40.

<sup>19</sup> VALDERRAMA, J. *Ob. cit.*, p. 2.

La **educación personal**, y por tanto de impacto social, se dirige –en los sistemas de enseñanza sensatos y prudentes<sup>20</sup>– a liberar de la miseria personal, de la ignorancia, del miedo, del odio a los participantes de ese sistema. Siendo un sistema de educación, se pueden promover campañas motivacionales de captación de valores a través de objetos atractivos que tengan una valoración adaptada a las personas en su edad, intereses y acciones. Más adelante propondré una campaña.

Ese dominio de esas tendencias y educación de los impulsos, trae necesariamente a la razón la creación y mantenimiento de un sistema de enseñanza. Un sistema que se dirija al hombre como ese ser creado y herido en puntos débiles de su naturaleza humana racional, volitiva y emocional. La Ignorancia, la malicia, la perversidad social, son muestras inequívocas de esa conducta. Basta leer las páginas de nuestros diarios, para tener conciencia de esas realidades o más allá de lo externo, recordar nuestras anteriores actuaciones que tuvieran alguna significación de tipo moral.

Sólo de esa manera, consiguiendo esos niveles de preparación personal, entonces los seres humanos se pueden dirigir a una cierta racionalidad (verdad en la acción) y de razonabilidad (bienes que mejoren la naturaleza) y equilibrio emocional a que consiga una aproximación a la igualdad de oportunidades, a formalizar esa educación y a una democracia, entendida ésta como una forma de vida, más que como un sistema de actividad gubernamental.

El último de los asertos en el concepto, lo del equilibrio emocional, lo sostiene Scheler con agudeza: “Toda ética se perfeccionaría en el descubrimiento de las leyes del amor y del odio, que aún superan, los referentes de los estadios de lo absoluto, lo *a priori* y lo originario.”<sup>21</sup> Es decir, los aspectos extremos de la conducta pasional humana, deben ser atendidos y cultivados por un sistema educativo, con las condiciones que explicábamos anteriormente.

Los niveles de paz que deseamos no son absolutos, no los puede haber porque somos criaturas imperfectas. Pero sí requerimos unas condiciones mínimas de vida social. CIC 2304 “La paz no es sólo ausencia de guerra y no se limita a asegurar el equilibrio de fuerzas adversas. La paz no puede alcanzarse en la tierra, sin la salvaguarda de los bienes de la persona, de la libre comunicación entre los seres humanos, en el respeto de la dignidad de las personas y los pueblos, en la práctica asidua de la fraternidad. Es la tranquilidad del orden”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> La Prudencia la defino coloquialmente como el arte de escoger los mejores medios. Es un hábito constructivo de bienes personales que se reflejan en la sociedad. (Nota del autor).

<sup>21</sup> SCHELER. *Ob. cit.* P. 37.

<sup>22</sup> *Catecismo de la Iglesia Católica.* (1995).

## IX. UNA PROPUESTA DE MOTIVACIÓN PARA CONDUCTAS CON VALORES

Usando los instrumentos de promoción social y de técnicas de propaganda, se pueden motivar algunas acciones que estén fundamentadas en un **valor** concreto, y dando gráficamente una **valoración** a una acción. Por ejemplo, se podría iniciar una campaña con afiches, *stickers*, franelas, cuadernos o libretas de apuntes con el escudo de la UMA para lograr el orden material (un valor incuestionable) con alguna foto o *slogan*:

Solidaridad.

- ▶ *“Bota la basura en su sitio y la Universidad te lo agradecerá!”*
  - ▶ *“Ser universitario es mantener las paredes de tus áreas de uso común, limpias y sin letreros!”*
  - ▶ *“La mejor calificación es hacer un buen ambiente donde puedes estar!”*
- Respeto al otro y tolerancia.
- ▶ *“La mejor forma de argumentar, es sabe escuchar a quien te dice algo”*
  - ▶ *“Si quieres respeto, debes respetar al otro”*
  - ▶ *“Si cedes el paso, llegarás más pronto a donde quieres ir”.*
  - ▶ *“Las palabras que usas dicen por sí mismas, quien eres”.*

Nivel académico

- ▶ *“La profesión se ejerce desde el aula de clase. Exige que estén en buen estado físico”*
- ▶ *“¿Quieres buenos profesores? Ser mejor alumno, ayuda a conseguirlos!”*
- ▶ *“Mejorar tu universidad es mejorar tu futuro. Constrúyelo ya!”*

Son ejemplos que se deben estudiar mejor y escoger las palabras o frases adecuadas, pero la idea es generar una disposición a una acción que pueda tener una valoración adecuada.

Mantener una campaña sostenida en letreros, buenos afiches, conseguir *slogans*, quizá a través de concursos, puede dar un vuelco al ambiente.

## X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El cambio más profundo vendrá luego que se logren disposiciones a ese cambio. No podemos luchar contra costumbres o formas de actuación que tienen una disposición equivocada en las personas. Lo interno, la vida interior de las personas es lo primero a formar, cuidando la libre elección de actitudes, pero

dando la posibilidad de escoger mejores niveles. Luego de organizaciones.” Cada organización debe producir los bienes que le son propios y no sustituirlos por los ajenos o invertir los bienes secundarios por los primarios : por ejemplo, que la Universidad se dedique más a hacer política que a educar e investigar; que esté más interesada en la conquista y distribución del poder o se fije como mira únicamente el afán de lucro y de adquirir prestigio; que en la designación de sus directivas y personal administrativo prime el favoritismo, como paga por favores recibidos o respuesta a cuotas clientelistas; que los puestos de responsabilidad se asignen no a quienes mejor cumplen los fines de la institución sino a los ambiciosos e intrigantes”<sup>23</sup>

Comenta Peters: “El problema de la educación moral es el de la adquisición de hábitos de comportamiento necesarios y los supuestos sólidos de la literatura de diversas formas de buenas actividades, de manera que no obstruyan el desarrollo de un código racional...”<sup>24</sup>.

Si logramos esos niveles de recuperación de costumbres y mantenemos las tradiciones que han hecho de un pueblo un sitio donde vale la pena vivir y mantenerse, con la ilusión de producir y desarrollarse, entonces podemos hablar de un desarrollo que se sustenta en ese buscar la vida buena, que era un ideal de los clásicos y sigue siéndolo.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ARISTÓTELES. *Metafísica* 1004b. Ediciones Aguilar
- Catecismo de la Iglesia Católica*. (1995) Ediciones Image Double Day New York(1995)
- DEWEY, John (1985) *Democracia y Educación*. Editorial Losada. Buenos Aires.
- FRANKENA, William. (1989) *Tres Filosofías de la Educación*. UTEHA. México
- FRONDIZI, Rizieri (2007) *¿Qué son los valores?* FCE México.
- GARCÍA, Pedro Rafael (2008) *Ética y Democracia*. www.ideasapiens.com
- MARINA, José Antonio (2008) “*La Pasión del Poder*” Anagrama ediciones. Barcelona
- MARINA, José Antonio (2001). *Ética para Náufragos*. Anagrama
- PETERS, R.S. (1981) *Moral Development and moral education*. FCE México
- PLATÓN.(1965) *Dialogo El Sofista*. Ediciones Aguilar
- SCHELER, Max (2003) *Gramática de los sentimientos*. Editorial Crítica. Barcelona

<sup>23</sup> VALDERRAMA, J. *Ob. Cit.*, p.4

<sup>24</sup> PETERS, R.S. (1981) *Moral Development and moral education*. FCE México.

STONER, Freeman y Gilbert (1996) *Administración*. Pearson educación. México

TUCÍDIDES Historia de La *Guerra del Peloponeso*, II, 40.

VALDERRAMA, José.(2008) *Etica y universidad* [www.didacticafilosofica.com](http://www.didacticafilosofica.com)