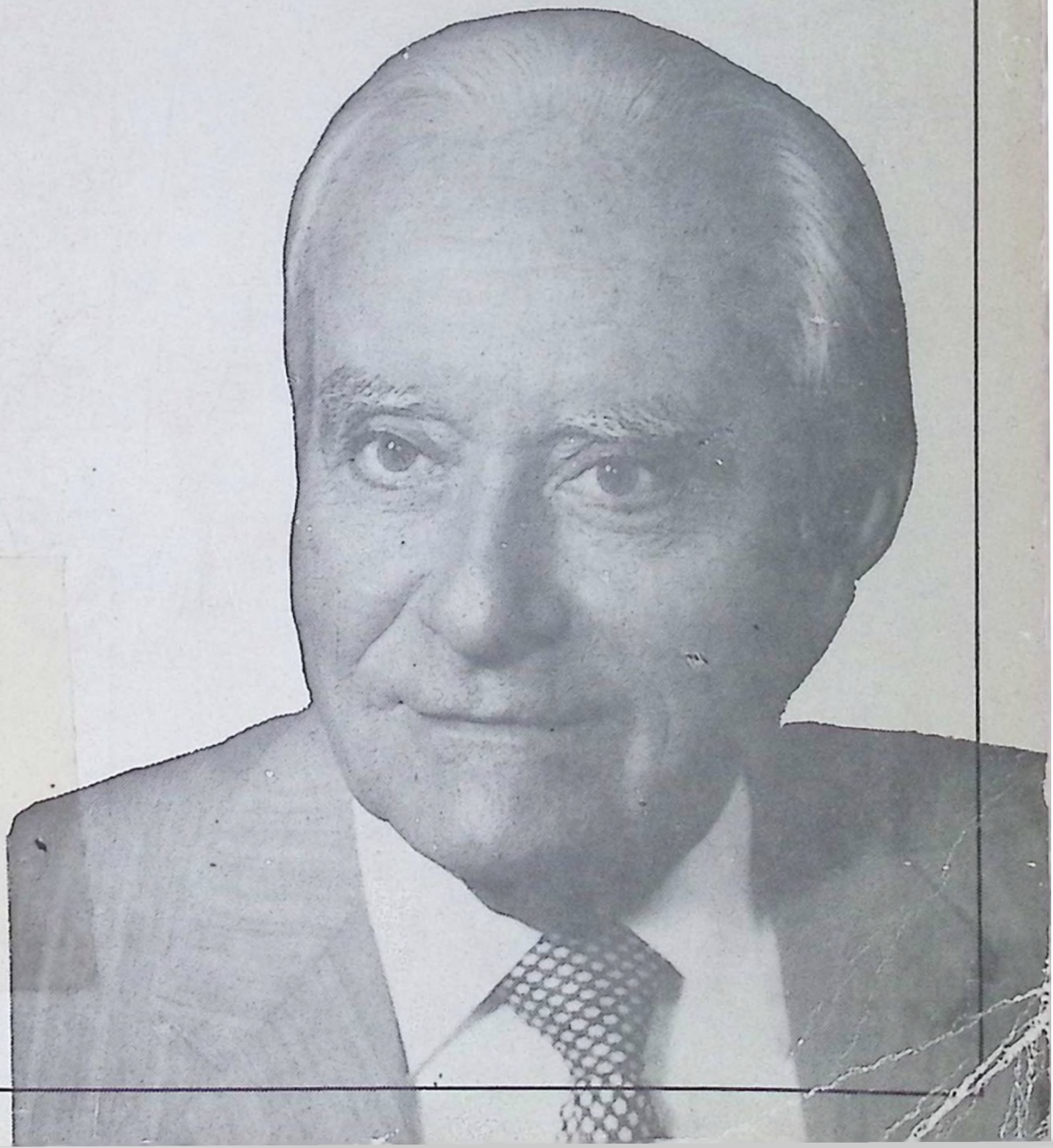




TOMO II

Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Instituto de Derecho Público



Depósito legal lf. - 84-1030

K349.87

L616

Libro homenaje al doctor Eloy Lares Martínez. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, 1984.

2 v.; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

1. Derecho — Venezuela. I. Lares Martínez, Eloy, 1913- . II. Universidad Central de Venezuela. Instituto de Derecho Público.

Libro Homenaje
al Doctor
ELOY LARES MARTINEZ

Tomo II

Centro Universitario
MONTEAVILA



UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO
CARACAS / 1984

KHW2900

39 LS

v.2

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Dr. Carlos Alberto Moros Gherzi
Rector

Dr. Angel Hernández
Vicerrector Académico

Dr. Carmelo Chillida
Vicerrector Administrativo

Dr. Ildefonso Pla Sentís
Secretario

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y POLITICAS

Dr. Luis Herrera Marcano
Decano

Dra. Magdalena Salomón de Padrón
*Directora de la Escuela
de Derecho*

Dra. Maruja Delfino
*Directora de la Escuela
de Estudios Políticos
y Administrativos*

Dra. Tania González B.
Directora de Coordinación

Dr. Juan Mario Vacchino
*Coordinador de Estudios
para Graduados, Encargado*

Dra. Ximena Rodríguez de Canestri
Jefe de la Oficina de Publicaciones

INSTITUTO DE DERECHO
PUBLICO

Dr. Allan R. Brewer-Carías
Director

Dr. Gustavo Urdaneta
Subdirector

INSTITUTO DE ESTUDIOS
POLITICOS

Dr. Juan Carlos Rey
Director

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
Y CRIMINOLOGICAS

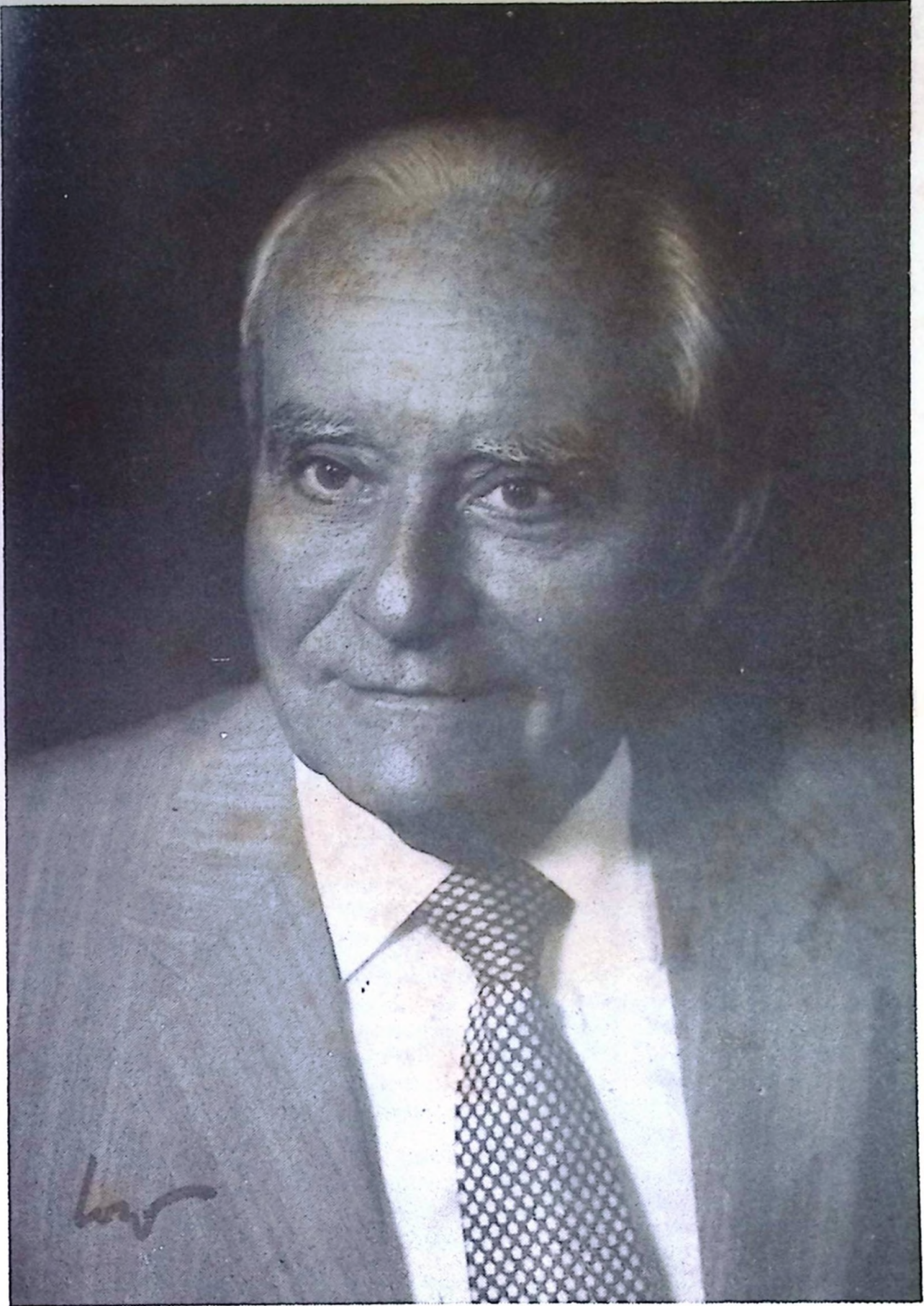
Dr. Alberto Arteaga Sánchez
Director

Dra. Ximena Rodríguez de Canestri
Subdirectora

INSTITUTO DE DERECHO
PRIVADO

Dr. Leopoldo Borjas
Director

Dra. Fabiola Romero
Subdirectora



COLABORADORES

Allan R. Brewer-Carías

Director del Instituto de Derecho Público UCV,
quien tuvo a su cargo la iniciativa y Coordinación
General de este Libro Homenaje

Andrés Alarcón Segovia, Profesor de Legislación Ambiental y de Legislación Urbánística de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Victor M. Alvarez, Secretario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela.

Leopoldo A. Borjas H. Director del Instituto de Derecho Privado, Universidad Central de Venezuela.

Jesús Caballero Ortiz, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.

Tomás Enrique Carrillo Battalla, Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, de la Universidad Central de Venezuela.

León Cortiñas-Peláez, Profesor de Derecho Administrativo y de las Finanzas Públicas en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Héctor Cuadra Moreno, Profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Tulio Chiossone, Profesor jubilado de la Facultad de

Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

René De Sola, Presidente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Venezuela.

José R. Duque Sánchez, Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Venezuela.

Arturo González Cosío, Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Agustín Gordillo, Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina.

Alejandro Graterol Marín, Abogado en ejercicio, Venezuela.

Jesús Javier Herrera-Gómez, Profesor de Derecho Administrativo y de las Finanzas Públicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ramón Martín Mateo, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Alicante, España.

Henrique Meier, Profesor de Derecho Administrativo en

la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela.

José Melich Orsini, Profesor de Obligaciones en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Antonio Moles Caubet, Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Isidro Morales Paúl, Profesor de Derecho de la Integración en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Leopoldo Palacios, Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Santa María, Venezuela.

Gonzalo Parra - Aranguren, Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Gonzalo Pérez Luciani, Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Rafael Pérez Miranda. Profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Guillermo M. Pineda González. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo y Derecho de las Finanzas Públicas en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Nelson Rodríguez García. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Hildegard Rondón de Sansó. Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

J. L. Salcedo Bastardo. Profesor de Sociología en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

José Gabriel Sarmiento Núñez. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Venezuela.

Efraín Schacht Aristiguieta. Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Cecilia Sosa G. Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Enrique Tejera París. Profesor de Ciencias Económicas en la Universidad Simón Bolívar. Venezuela.

Luis Torrealba Narváez. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

José Urdaneta Pérez. Profesor de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Gustavo Urdaneta Troconis. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.



Se deja constancia de la adhesión a este homenaje de los siguientes autores, todos ellos integrantes del personal docente de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuyas contribuciones no se han podido insertar en este libro por causas ajenas a la voluntad de los editores:

Oscar I. de Lassé-Avellana, Filiberto García, M. Carmen Menéndez-Conde, Luis Velasco-Oliva, Héctor Hernández Tirado, Héctor Lidio Castillo-Mejía, Raúl Brañes-Ballesteros, Miguel Valdés-Villarreal y Guillermo Perera González.

CONTENIDO GENERAL

Tomo I

Un Hombre Ejemplar, *Saúl Ron Troconis.*

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El problema de la definición del acto administrativo.
Allan R. Brewer-Carías.
2. Administración y Derecho Administrativo en Venezuela.
Tulio Chiossone.
3. Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público.
Gonzalo Pérez Luciani.
4. El desvío de poder en el régimen positivo-mexicano.
Guillermo M. Pineda González.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Características del sistema contencioso-administrativo venezolano.
Nelson Rodríguez García.
2. Reflexiones a propósito del contencioso-administrativo en México.
Arturo González Cosío.
3. Jurisdicción administrativa y tecnocracia judicial.
León Cortiñas-Peláez.
4. Jurisdicción administrativa e interpretaciones de la división de poderes.
Jesús Javier Herrera-Gómez.

MUNICIPIO Y URBANISMO

1. Perspectivas socioeconómicas del derecho urbanístico en la segunda mitad del siglo XX.
Andrés Alarcón Segovia.
2. El régimen jurídico del urbanismo en Venezuela y su relación con la autonomía municipal.
Antonio Moles Caubet.
3. Los servicios públicos y especialmente los de carácter municipal en Venezuela.
Luis Torrealba Narváez.
4. La enajenabilidad de ejidos con fines urbanísticos.
Gustavo Urdaneta Troconis.

DERECHO DE LA ECONOMIA

1. El concepto de derecho económico o las limitaciones del perspectivismo.
Héctor Cuadra Moreno.
2. Derecho económico y relaciones de producción.
Rafael Pérez Miranda.
3. La Administración de la Energía.
Ramón Martín Mateo.

DERECHO DEL AMBIENTE, DE LA ORDENACION TERRITORIAL Y DE LA REGIONALIZACION

1. La especificidad del derecho ambiental.
Henrique. .Meier.
2. El régimen de sanciones en materia de ordenación del territorio.
Cecilia Sosa G.
3. Notas sobre la regionalización.
Alejandro Graterol Marín.
4. Aspectos fundamentales de la Corporación Venezolana de Guayana.
Hildegard Rondón de Sansó.
5. Régimen jurídico de los bienes de los institutos autónomos.
Jesús Caballero Ortiz.

Tomo II

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. La Constitución y los partidos políticos.
Enrique Tejera París.
2. El Control de la constitucionalidad de las leyes y de los tratados.
José Gabriel Sarmiento Núñez.
3. Incompetencia de la Corte para el enjuiciamiento de los ex presidentes.
José R. Duque Sánchez.

DERECHO TRIBUTARIO

1. El proceso formativo del Código Orgánico Tributario.
Tomás Enrique Carrillo Batalla.
2. ¿Está vigente la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de junio de 1978?
Leopoldo A. Borjas H.
3. Limitaciones legales de las tasas interés.
René De Sola.
4. La figura del "transeúnte" como sujeto pasivo del impuesto municipal sobre actividades-comercio industriales.
José Urdaneta Pérez.

DERECHO INTERNACIONAL

1. La contribución de Don Andrés Bello a la formulación de los principios del Derecho Internacional en América.
Isidro Morales Paúl.
2. Aspectos vinculantes del acuerdo de Ginebra de 1966.
Efraín Schacht Aristiguieta.
3. Los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer en la Constitución Venezolana de 1961.
Gonzalo Parra-Aranguren.

DERECHO CIVIL Y LABORAL

1. La estabilidad del trabajador y la del funcionario público. El desarrollo tecnológico y el instituto de la estabilidad.
Victor M. Alvarez.
2. Los verdaderos alcances de la prohibición del pacto comisorio en el derecho venezolano y una errónea sentencia de la Corte Suprema de Justicia.
José Mélich Orsini.

DERECHO MILITAR

1. *Status* jurídico del militar de carrera.
Leopoldo Palacios.

VARIOS

1. El parasistema jurídico-administrativo.
Agustín Gordillo.
2. Para el concepto de la revolución latinoamericana.
J. L. Salcedo-Bastardo.

**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

LA CONSTITUCION Y LOS PARTIDOS POLITICOS

ENRIQUE TEJERA PARÍS

I

La Constitución venezolana posee características ejemplares que merecen ser estudiadas y divulgadas. En primer lugar, debemos mencionar la fuerza que le presta la unanimidad con la que fue aprobada, pues no sólo fue redactada y firmada por representantes de todos los partidos y fracciones políticas existentes —entonces y ahora, después de dos décadas—, sino que se concibió como “un texto fundamental que no represente los puntos de vista parciales, sino aquellas líneas básicas de la vida política nacional en las cuales pueda haber y exista convergencia de pensamiento y de opiniones en la inmensa mayoría, quizá podríamos decir en la totalidad de los venezolanos”.¹ Obsérvese que esto contrasta con otras constituciones que fueron impuestas por un partido triunfante, a veces hasta por la fuerza o como consecuencia de una guerra civil.

La Constitución contiene, además de la normativa funcional, “Conceptos programáticos que, aun cuando no constituyen preceptos de aplicación inmediata y directa, señalan a la acción futura de los poderes públicos aquellos objetivos que la realidad histórica y actual de nuestro país define como imperativos”... (y) “el conjunto de principios y de aspiraciones que el pueblo venezolano considera imprescindible en su destino histórico”²... La Constitución es “...un instrumento pedagógico, que a la vez que define los conceptos fundamentales de la vida política (es) apto para forjar en las nuevas generaciones de venezolanos una conciencia clara y definida de sus instituciones”,³ y es “producto del entendimiento y acuerdo constitutivo de todos los miembros de la Comisión y de los sectores políticos que ellos representan...”⁴

1. Exposición de motivos, 1960.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

Este consenso viene sin duda a dar fuerza singular a las disposiciones constitucionales, que muestran como pocas veces en la historia, mucha coincidencia entre la constitución real y efectiva de la nación y su constitución escrita. Como pedía Lasalle, la Constitución venezolana representa aceptablemente y de modo duradero los factores reales de poder de nuestra sociedad "tal y como son".⁵

La democracia venezolana está basada en una constante interacción política, presente en todos los instantes de nuestra vida nacional. En esto, naturalmente, nuestro parlamento desempeña un papel primordial: puede decirse que su más importante función es la de permitir constantemente la formación de consensos entre personas y tendencias que representan ideas muy diferenciadas, en algunos casos radicalmente diferenciadas.

Este constante construir de consensos que constituye la democracia perdurable está basada en los objetivos políticos, sociales, económicos y administrativos que *recoge nuestra Constitución* en el espíritu que señala la Exposición de Motivos; y no se limita al "país político" sino es practicada constantemente por todo el "país nacional", para usar estas expresiones que quizá contienen un velado sentido antidemocrático. El "país nacional" ejerce continuamente la democracia. Testigo de ello —que impresiona a extranjeros perceptivos— son las elecciones que a diario realizan las instituciones más diversas y que son seguidas con avidez en la prensa diaria por la opinión pública. Testigo también, al alto grado de madurez que demuestran, cuando exigen a un poder público que intervenga en la vigilancia o repetición de una elección privada o interna.

Por estar sumergidos en este medio político tan activo, los propios venezolanos nos damos escasa cuenta de estos y otros significativos factores diferenciales.

Ellos son, sin embargo, muy importantes. Su fuerza constitucional (en el sentido de la constitución real y efectiva) reside en gran parte en su carácter diferencial. Un país debe cuidar y hacer progresar los factores positivos que en él aparecen. No deben descartarse o despreciarse los fenómenos nacionales por la simple razón de que no existan en otros países o tengan mayor intensidad que en naciones más "desarrolladas". Sería como desechar el petróleo por las mismas razones.

Estos factores o características sociales merecen el mismo interés conservacionista que los factores o recursos naturales de nuestra tierra. Conviene con este objeto destacarlos y ampliarlos para así poderlos estudiar, mejorar y cultivar. No sea que se pierdan por descuido, desuso o menosprecio.

5. Fernando Lasalle: *¿Qué es una Constitución?* Berlín, 1862.

El objeto de este ensayo es llamar la atención sobre uno de estos factores diferenciales, cual es el papel que nuestra Constitución asigna a los partidos políticos y la forma como éstos llenan este papel.

II

Es característica de la Constitución venezolana —compartida con otras pocas— reconocer la existencia de los partidos políticos y asignarles funciones específicas. Es curiosa la ausencia de este concepto en numerosas y activas constituciones democráticas. Se ocupan de las elecciones como si las elecciones constituyeran solo aglomeraciones numéricas circunstanciales, conteos de opiniones individuales; y hacen poco o ninguna referencia a las ideologías, a los intereses económicos o de clase que organizan al electorado. Esta ausencia jurídica se explica por el origen liberal de la mayoría de las constituciones, algunas de las cuales fueron redactadas por revoluciones como las de Estados Unidos y de Francia o en tiempo muy cercano a ellas. No debemos olvidar que consecuencia extrema de esa última fue la prohibición de asociaciones, sindicatos y, en un momento, hasta de academias. La palabra "partido" no cobra su actual significado sino quizá después de 1848 y aún así tardó en establecerse de modo universal.

Cuando Bolívar pide que "cesen los partidos y se consolide la unión" no se refiere a lo que hoy llamamos partidos, pues no existían en su época. La palabra se usaba más bien en el sentido que hoy tienen las llamadas corrientes o fracciones internas de un solo partido, en su caso el independentista o republicano. Es también este el sentido en que lo usa la Constitución venezolana de 1830 (hecha por el "partido" adverso al Libertador) cuando ordenaba en su artículo 17: "Los ciudadanos tendrán siempre presente que del interés que todos tomen en las elecciones, nace el espíritu nacional, que sufocando los partidos asegura la manifestación de la voluntad general; y que del acierto de las elecciones en las asambleas primarias y electorales, es que principalmente dependen la duración, la conservación y el bien de la república".

La formación de partidos (en el sentido moderno) se dificultaba, sea por las restricciones del derecho de voto, sea por el voto acumulativo o por la manipulación de los distritos electorales, todo lo cual tendía a dejar en manos de una sola clase social "esclarecida" el manejo de la política. Cuando las restricciones y manipulaciones no bastaban, esta clase se aliaba con los militares, quienes a su vez, cuando se cansaban de ser instrumentos, se "politizaban" y convertían a su vez en fracción política. En general, este proceso de la patología política venía acompa-

ñada de la promulgación u otorgamiento de una "constitución" escrita que por supuesto no guardaba relación con la constitución real y efectiva; y no pocas veces era consagrado por un "plebiscito".

La creación o tránsito de ese estado patológico al de sanidad política es uno de los procesos más interesantes; historiadores, politistas y sociólogos se encargan de analizarlos. La relación de causalidad entre estos fenómenos escapa sin embargo de los límites de este ensayo, cuyo marco es más bien jurídico; y cuyo objetivo es el análisis de una institución existente y desarrollada, para contribuir a su consolidación y ordenada evolución.

III

La Constitución Nacional no se limita a reconocer la existencia de los partidos, sino que les asigna funciones substantivas. Puede decirse que sin partidos no podría funcionar nuestro mecanismo constitucional. "Todos los venezolanos aptos para el voto tienen el derecho de asociarse en partidos políticos para participar, por métodos democráticos, en la orientación de la política nacional" (art. 114 Const.). Esta facultad potestativa, está sin embargo protegida y condicionada, pues debe ser ejercida "por métodos democráticos". Está, además, protegida y vigilada: "El legislador reglamentará la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar la igualdad ante la Ley" (art. 114 Const.).

El artículo 113 de la Constitución, que se refiere a la libertad y secreto del voto y que consagra el derecho de representación proporcional de las minorías, establece la función partidista, pero en forma negativa: "Los organismos electorales estarán integrados de manera que no predomine en ellos ningún partido o agrupación política"; dicho así solamente pareciera que la intención del Constituyente abriera paso a la formación de organismos electorales puramente administrativos en los que se presumiera la neutralidad política. Pero en seguida completa: "Los partidos políticos concurrentes tendrán derecho de vigilancia sobre el proceso electoral".

En cuanto a la representación de las minorías, nuestro constituyente lo que tuvo presente fue extender al máximo practicable la presencia de pequeños partidos en los órganos legislativos y electorales. La expresión "minorías" no tiene en Venezuela el significado étnico, cultural o religioso que el uso le ha dado en otros países. La Ley Orgánica del Sufragio adopta este criterio. Es más, desde su artículo 2º limita la representación minoritaria de los senadores a partidos políticos *nacionales*. Cinco

de los nueve miembros del Consejo Supremo Electoral son postulados por los partidos. Los partidos postulan los candidatos, pero también pueden hacerlo grupos de electores, esto es, asociaciones de ciudadanos organizadas transitoriamente con el objeto de participar en un determinado proceso electoral.

El constituyente quiso sin embargo dejar a la Ley la integración de los organismos electorales. El *Diario de Debates* (28 de octubre de 1960) trae al respecto una intervención del distinguido político y jurista Gonzalo Barrios:⁶ "Señor Presidente: señores diputados: Yo creo recordar que esta ausencia o falla que señala el diputado Tovar proviene de la convicción que tuvimos en la Comisión Redactora del Proyecto de que el sistema electoral no puede ser fijo, ya preestablecido en una norma constitucional, sino que debe dejarse a la ley ordinaria la integración de los organismos que dirigen esos procesos. En virtud del progreso de las costumbres y de las prácticas en esta materia política, pueden presentarse sistemas más adecuados del que tenemos actualmente, y se nos ocurrió que sería peligroso, por lo menos impropio, que estableciéramos obstáculos insuperables para acoger cualquiera de estos progresos".

"La preocupación que anota el diputado Tovar en el sentido de que en ningún caso recayera la facultad de elegir los miembros de los organismos electorales en el Poder Ejecutivo, a quien se podría, pues, sospechar de parcialidad en esas elecciones, quizá podría subsanarse con una disposición de orden general: por ejemplo, alguna que señalara que la forma de elección o de designación, o como sea, de los organismos electorales, sea una que respete y garantice las condiciones que se establecen en el curso del artículo. No hago ninguna proposición, mi idea no podría tener otro destino que servir de base a la discusión futura en el seno de la Comisión".

Este criterio fue el seguido por la Comisión, como lo señala la Exposición de Motivos del Proyecto. El Legislador tendrá siempre, por tanto, la facultad de modificar la composición y financiamiento de los organismos electorales. Sin embargo, dado el alto grado de credibilidad alcanzado en Venezuela con el presente sistema, no parece probable que sufra modificaciones de fondo. Por el contrario, su permanencia permitirá seguir produciendo una amplia jurisprudencia, que viene siendo publicada sistemáticamente por el Consejo Supremo Electoral.⁷

La postulación de candidaturas por plancha ha dado lugar a discusiones y comentarios que llegan a calificar el régimen electoral vene-

6. Citado en *Constitución de la República de Venezuela*, por Mariano Arcaya. Caracas, 1971.

7. Ver: *Doctrina Administrativa*, 4 vol. Consejo Supremo Electoral.

zolano de "partidocracia",⁸ expresión esta, por cierto, inventada por Adolfo Hitler y traducida al castellano por los fascistas argentinos. El Estado venezolano es de hecho un Estado de partidos, sostienen algunos con dejo acusatorio, para luego propugnar un regreso a fórmulas rousseaunianas.⁹ Las críticas apuntan sin embargo y casi siempre al método de selección de los candidatos dentro del subsistema partidista y en esto no están descaminados, pues este es un objetivo lógico de reforma o refinación, no así un cambio total del sistema de representación. En efecto, hay menos probabilidades de escogencia errónea cuando la hace una organización seria, permanente y probada, que si se hace en forma esporádica por un grupo *ad-hoc*, que puede estar influido por un aparato accidental de propaganda.

La Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones exige a todos los partidos que establezcan en su declaración de principios o en su programa, "el compromiso de perseguir siempre sus objetivos a través de métodos democráticos, acatar la manifestación de la soberanía popular y respetar el carácter institucional y apolítico de las Fuerzas Armadas Nacionales". Es lástima que esta última disposición no haya podido alcanzar también a la Función Pública o Servicio Civil, pues otro de los motivos de crítica a los partidos es una supuesta injerencia indebida en el funcionamiento de la administración pública. En realidad, ésta es mucho menor de lo que la generalidad cree, pues la ineficacia de los servicios poco tiene que ver con la política y mucho con factores sociológicos y técnico-administrativos. Sin partidos nuestra burocracia pudiera hasta ser peor. Los problemas que presenta tienen sus soluciones en otro campo, que es el de la ciencia de la administración. De todos modos se ganaría mucho si lográramos insuflar e imponer el criterio de neutralidad política en la administración pública, distinguiendo en ella claramente la función política.

El otro compromiso obligatorio implica también el funcionamiento de la democracia interna que abarca la selección de candidatos. Esto lo examinaremos más adelante.

Los partidos tienen prohibido suscribir declaraciones o acuerdos que "atenten contra la soberanía o la independencia de la nación o propicien el cambio por la violencia de las instituciones o el derrocamiento de las autoridades legítimamente constituidas". A esto vienen a sumarse las disposiciones del artículo 250 constitucional, referentes a la ruptu-

8. Ver por ejemplo: *Democracia y Partidocracia en Venezuela*, por Nelson Maica Carvajal. Caracas, 1982.

9. *Consideraciones sobre el Sistema Político Venezolano*, por Diego Bautista Urbaneja. Caracas, 1982.

ra del orden constitucional, pues "todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia" (de la Constitución), y esta *colaboración* forzosamente tendría que abarcar a todas las organizaciones de la Nación —públicas o privadas— y particularmente a los partidos políticos, que constitucionalmente (art. 114 Const.) *son órganos precisos para la orientación de la política nacional*, para garantizar (art. 113 Const.) la libertad de los comicios, la representación proporcional de las minorías y para integrar los organismos electorales.

De tal modo que, en el supuesto negado de que se impusiera una dictadura en Venezuela, todos los ciudadanos, civiles y militares, funcionarios o particulares, y naturalmente sus agrupaciones políticas, *estarían obligados a colaborar para el derrocamiento de la dictadura y el restablecimiento del orden democrático*, so pena hasta de ser castigados con la incautación de sus bienes, si han contribuido a romper el orden constitucional o servido a la dictadura (art. 250 Const.). De modo que en la lucha contra una dictadura, las actividades clandestinas se vuelven constitucionales, y los partidos deben tener en mente esa remota posibilidad, para la cual nos han preparado antecedentes históricos bien conocidos.

Sin embargo, la preparación a tan extremas posibilidades ha de ser sólo de orden organizativo, cívico y doctrinario. Al efecto conviene recordar que la Ley de Partidos Políticos (art. 25) prohíbe "mantener directa o indirectamente, ni como órgano propio ni como entidad complementaria o subsidiaria, milicias o formaciones con organización militar o paramilitar, aunque ello no comporte el uso de armas..." o "permitir uniformes, símbolos o consignas que proclamen o inviten a la violencia".

Estas disposiciones nacen de la experiencia que tuvieron Venezuela y otras naciones en la pre-guerra de los años 30, cuando se constituyeron partidos fascistas extranjeros en nuestros países como seccionales de partidos extranjeros y comenzaron a hacer proselitismo entre ciudadanos del lugar, particularmente en torno a las escuelas italianas y alemanas. Esta experiencia vino a acentuarse décadas más tarde con la aventura guerrillera, también auspiciada desde el exterior y que llevó a la pretensión de intervención de Cuba en nuestros asuntos internos, mediante el envío de armas y dinero.¹⁰

10. La intromisión cubana quedó demostrada y Venezuela obtuvo de la OEA las sanciones. El caso Beltramini fue otro, esa vez por contribuciones monetarias europeas a las guerrillas. La autocrítica realizada por los partidos venezolanos incursos en estos delitos y su reincorporación plena a la vía constitucional causó la indignación de sus patrocinantes extranjeros, pero es uno de los hechos ejemplares más sensatos de nuestra historia.

Por otra parte, la Constitución (art. 45) reserva exclusivamente a los venezolanos los derechos políticos. Son privativos de éstos, salvo la posibilidad de voto en las elecciones municipales (art. 111).

La regulación venezolana de los partidos políticos tiene también antecedentes en otros países (Constituciones de Italia 1947, Alemania 1949 y Francia 1958) que asimismo sufrieron dictaduras. La legislación no se limita a prevenir los efectos de partidos dictatoriales sino que tiende a prevenir las causas: "No sería necesario un específico mandato constitucional para que, en cumplimiento de la Constitución, una Ley destinada a regular los partidos políticos se cuidara de asegurar su democracia interna como pieza necesaria para la vigencia del régimen constitucional, libre y democrático. En primer lugar, como se ha indicado más arriba, porque el Estado totalitario ha surgido históricamente en la mayoría de los casos como consecuencia de la tolerancia de partidos totalitarios que, una vez capturado el Poder, constituyen el Estado a su imagen y semejanza; luego, es clara la necesidad de precaverse contra partidos de estructura interna totalitaria. Además, teniendo los partidos prácticamente el control electoral y siendo unas instituciones a través de las cuales primordialmente la voluntad del pueblo se convierte en voluntad del Estado, es no menos claro que el proceso democrático quedaría viciado en su base y origen si las organizaciones partidistas no tuvieran estructura democrática".¹¹

Cubierto este flanco por la Ley, quedaría por considerar claramente en las legislaciones latinoamericanas otro más vernáculo: el de la conversión en partidos de las fuerzas armadas de ciertos países. Mediante los mismos métodos brutales y "psicológicos" utilizados por los SS, las Fuerzas Armadas de países tan civilizados como Argentina, Chile, Uruguay, no solo han sometido a sus países a una ocupación militar como si fueran extranjeros, sino que deliberadamente han llegado a hacer partícipes obligados a oficiales, cadetes y soldados en torturas y asesinatos en intentos —ojalá fallidos— de hacer irreversible las dictaduras del partido militar.

Otra tendencia antidemocrática es la que utilizan los Estados monopartidistas para incorporar las Fuerzas Armadas al partido único (o prácticamente único). Es un camino que puede conducir al golpe de Estado como el anterior, pues aparece como única posibilidad de cambio el de la conspiración, a veces auspiciada por poderes extranjeros (como sucedió en Bolivia, cuyo ejército se suponía "revolucionario"), como el

11. *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones.* Congreso Nacional, 1964.

Coronel Barrientos le confió al autor de este artículo el explicar que "era el heredero de la revolución".

En cambio en Venezuela, las propias Fuerzas Armadas se han preocupado en dar una información política ecléctica a sus oficiales. Por ejemplo en los Cursos Superiores de Defensa son invitados conferencistas de todas las tendencias.¹² Se parte del principio de que los militares deben guardar absoluta neutralidad y discreción política, pero no de que se marginen intelectualmente. Prueba de esta formación de criterios en medio de una comprensiva concentración de objetivo es el creciente número de militares retirados que se incorporan en Venezuela a tareas políticas de los partidos más diversos. Esta actitud ejemplar de nuestras Fuerzas Armadas es la mejor fórmula para lograr su objetivo constitucional, y no la fórmula de casta aislada —caricatura de la antigua casta prusiana— y que ha llevado a conceptualizar las "doctrinas" más extravagantes, cuyo verdadero efecto ha sido transformar las Fuerzas Armadas de ciertos países en partidos fascistas.¹³

Pero la información política no debe convertirse en indoctrinación, ni en las escuelas castrenses ni por el gobierno o algún partido. Los partidos están obligados por Ley a mantener en su declaración de principios el compromiso de "respetar el carácter institucional y apolítico de las Fuerzas Armadas Nacionales" (art. 4º de la Ley de P.P.). Esto es indispensable para distinguir la función política de la preparación de la defensa. Es el Estado el que decide las políticas exterior y defensa, las de orden público y las de participación de cada sector en la planificación y ejecución de misiones. Esta visión global —matriz con tantas variables— es una especialidad de por sí, que aprende a equilibrar intereses opuestos y variados componentes interdisciplinarios. De esta función general forman parte todas las instituciones. Sería fatal que una de ellas pretendiera ejercer el monopolio de las decisiones.

Para la época de la promulgación (1964) de la Ley de Partidos Políticos, no existía todavía la Ley de Carrera Administrativa, aunque sí la disposición constitucional (art. 122) ordenando la creación de la Carrera Administrativa y que "los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna"... "Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la Ley para el ejercicio del cargo". Como decíamos anteriormente, sería deseable que la Constitución —en su carácter pedagógico que le dio el constituyente— definiera la neutralidad política de la Función Pública con

12. Instituto Superior de Estudios sobre la Defensa Nacional.

13. Ver Eduardo Schapotnik: "El Partido Militar Argentino", en *Nueva Sociedad*, N° 54. Junio, 1981. Caracas.

la precisión que lo hizo para las Fuerzas Armadas Nacionales en sus artículos 131 y 132.¹⁴ La Constitución estaba influida por la experiencia todavía cercana a su promulgación y además la peligrosidad de los burocratas no era bien conocida, ya que la Nación traía una larga (y eficaz dentro de su primitivismo) tradición de libre nombramiento y remoción de los funcionarios, que en la frase de Monagas al Congreso para eliminar la estabilidad existente entonces (1848), "no debían ser diuturnos". Pues bien, hemos regresado a la diuturnidad sin prever los correctivos suficientes, con lo cual la ineficacia y proliferación de la burocracia puede volverse peligrosa. La Función Pública o Servicio Civil (los empleados o servidores públicos) requiere una atención constitucional semejante a la que reciben las Fuerzas Armadas, que quizá por esto tienen un mejor sistema de administración de personal, una mayor garantía de neutralidad política y naturalmente de estabilidad y autogeneración de directivos.¹⁵

IV

La violación de los principios constitutivos de los partidos acarrea la cancelación de su registro (art. 26 de la Ley). Naturalmente esta debe ser una violación muy grave para acarrear esta sanción. Es lástima que para estas violaciones no haya previsto la Ley sanciones intermedias como lo hace para otros casos, pues así los organismos electorales y judiciales pudieran cumplir mejor su función de orientación jurídica. De nuevo, por influencia de la época y de las circunstancias imperantes entonces, el legislador se ocupó más de la inscripción de los partidos que de su funcionamiento. La jurisprudencia viene cubriendo algunos claros de la Ley, que resultó corta frente a los designios de la Constitución para los partidos y las relaciones de éstos con las instituciones. La Ley Orgánica del Sufragio sí cubre bien el campo que toca a los partidos en el eficaz sistema electoral de la República. Pero las elecciones consideradas en su sentido estricto no son la única función de los partidos venezolanos, como viene aclarándose con los años. Los partidos venezolanos son

14. Artículo 131: La autoridad militar y civil no podrán ejercerse simultáneamente por un mismo funcionario, excepto por el Presidente de la República, quien será, por razón de su cargo, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Artículo 132: Las Fuerzas Armadas Nacionales forman una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas Armadas Nacionales estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de una persona o parcialidad política.

15. Ciertas empresas del Estado como las petroleras, llenan también estas características.

permanentes y doctrinarios y gracias a ello pueden cumplir otras funciones que deben contribuir a la buena marcha constitucional.

Hay para los partidos, como para otras personas jurídicas controladas por ley especial, un período de promoción supervigilada. Los ciudadanos que deseen constituir un partido deberán participarlo a la autoridad civil del Distrito o Departamento, con indicación de las oficinas que establecerán y a la entrada de las cuales se colocará una placa con el nombre provisional (art. 8º de la Ley).

En una asamblea constitutiva se aprobará una declaración de principios, el acta constitutiva, un programa de acción política y unos estatutos.

El partido *se constituye* mediante su inscripción en el Registro que lleva al Consejo Supremo Electoral, acompañando la manifestación de voluntad y nómina de sus integrantes, identificados con la cédula de identidad y tres ejemplares de los documentos arriba indicados, símbolos y emblemas, descripción de los supremos organismos de dirección del partido y de las personas que los integran, con sus cargos.

El partido debe probar que lo integran miembros que alcancen el 0,5 por ciento de la población electoral inscrita en cada Entidad. Puede optar a la categoría de Partido Nacional si es partido regional en doce entidades (Estados y D.F.).

La Ley es muy específica y al crear un Registro Especial excluye la injerencia de otras autoridades, salvo la participación citada. Sólo puede negarse la inscripción por falta de uno de los extremos de Ley. La negativa es apelable por ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, la formalidad de registro es condición constitutiva, pues el Poder Electoral debe cerciorarse no sólo de la voluntad de asociación de los solicitantes, sino de que los estatutos garantizan la *democracia interna* y de que los principios y programas coinciden con los *objetivos de la Constitución Nacional*. Dice la Exposición de Motivos de la Ley de Partidos Políticos: "además de que el artículo 114 de la Constitución, aparte de limitar el derecho de formación de partido a aquellos que participan «por métodos democráticos en la orientación de la política nacional», impone al legislador encargado de reglamentar a los partidos políticos, de un lado, el ámbito o materia de la reglamentación, la cual ha de referirse «a la constitución y actividad de los partidos políticos» y, de otro, la finalidad de la reglamentación que ha de ser la de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la Ley".

"En consecuencia, fiel no sólo a la Constitución y a la lógica del proceso democrático, sino también a lo preceptuado en el artículo 114

de nuestra Carta Fundamental, el presente Proyecto de Ley establece en su artículo 3º, ordinal 2º, la obligación de abrir la afiliación sin discriminación de raza, sexo o condición social, así como la participación de los afiliados en el gobierno del partido y en el control de su administración. Respecto al carácter democrático, en lo concerniente a su actividad, el Proyecto preceptúa (art. 3º, ordinales 2º y 3º), que tanto sus instrumentos jurídicos constitutivos como el programa de actuación representativo establecido por la Constitución y previene en el artículo 5º cualquier desviación de estos supuestos por la ulterior actuación de los partidos”.

“También se tiene sumo cuidado, especialmente a través de los ordinales 2º, 4º y 5º del artículo 5º, en prevenir la conversión de los partidos en poderes extraestatales y antidemocráticos lo bastante fuertes para desafiar la seguridad y soberanía del Estado o poner en riesgo su régimen democrático. A tal fin trata de impedir que se convierta en núcleos de concentración del poder violento y pretende igualmente regular y fiscalizar razonablemente sus recursos, a fin de obstaculizar su transformación en instrumentos de grupos y de oligarquías económicas en contradicción con el principio de igualdad que debe regir la constitución y actividad de los partidos y con carácter de instituciones para la actualización de la democracia, y, por tanto, para «promover el bienestar general... y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre», tal como se dice en el preámbulo de nuestra Constitución. Por otra parte, tanto la democracia interna como la fiscalización de sus recursos con una exigencia del carácter público que han de tener los partidos políticos en cuanto partes integrantes del derecho constitucional. A tal necesidad de publicidad responden también el artículo 9º que regula las coaliciones de los partidos y el artículo 13 sobre la publicación de la solicitud de inscripción”.¹⁶

Estas condiciones deben durar toda la vida del partido, cuya inscripción se cancelará:

- a) a solicitud del propio partido;
- b) por fusión con otro;
- c) cuando haya dejado de participar en las elecciones en dos períodos constitucionales sucesivos;
- d) cuando... haya dejado de cumplir los requisitos señalados en la Ley o su actuación no estuviere ajustada a las normas legales.

16. Exposición de Motivos, Ley de Partidos Políticos.

La revocatoria implica un juicio ante el Consejo Supremo Electoral. Además, el Ejecutivo Nacional puede instar a la Corte Suprema para que conozca y decida sobre la disolución de un partido político "que de manera sistemática propugne o desarrolle actividades contra el orden constitucional" (art. 29 de la Ley).

La supervigilancia del Consejo Supremo Electoral no se limita, naturalmente, al acto de inscripción. Por el contrario, es permanente. A este efecto la ley obliga a los partidos a que envíen copia... "de las modificaciones introducidas en la declaración de principios, acta constitutiva, programa de acción política y estatutos", documentos estos a los que habrán de adecuar su conducta. Lo mismo deben hacer con los nombres y cargos de los integrantes *de los supremos organismos* directivos. Es interesante anotar en este punto que la Ley supone siempre una dirección colectiva. Siempre, por las razones apuntadas anteriormente, la Ley rechaza la figura del caudillo, el mando unipersonal. Esta disposición debe reflejarse en los estatutos y procedimientos partidistas, que deben establecer las reglas de funcionamiento de su democracia interna.

Estas disposiciones se cumplen con la misma formalidad con que se acatan las disposiciones similares en las sociedades anónimas privadas. Pero en el caso de los partidos políticos son claramente de orden público. Y sin embargo la Ley, que se ocupa de otros aspectos como castigar al que coaccione a subalternos para afiliarse a un partido, no da fórmulas claras para hacer cumplir esas y otras disposiciones, salvo cuando se presente un conflicto interno en un partido. Tampoco impone sanciones graduales. Por razones históricas y circunstanciales, el legislador pareció abrigar más temor del gobierno nacional que de los abusos que pudieran cometer los dirigentes de los partidos. Ahora bien el incumplimiento de las normas programáticas y estatutarias no solo afecta a los afiliados al partido, sino a procesos constitucionales de la Nación entera; por ejemplo, el de la selección de candidatos que serán presentados en elecciones, o el abandono voluntario de la participación de todos los afiliados en la vida del partido, tal como obliga la Ley, o el financiamiento de los partidos y de la propaganda electoral, la corrupción o abandono de los ideales originales del partido. Lo mismo puede decirse de la confusión de objetivos (por tanto de oferta al electorado) que pudiera producir la coexistencia permanente de fracciones ideológicas permanentes dentro de un mismo partido. En nuestra opinión esta situación obliga a dividir el partido donde se presente, para así garantizar a los electores una más precisa selección de alternativas en las elecciones.

V

Es difícil establecer la verdad entre el mal que se habla de los partidos ("partidocracia") y las realidades de su funcionamiento interno, pues los extremistas atribuyen no solo a los partidos sino a todo el sistema democrático, defectos muy exagerados o inexistentes (a veces copiados de literatura extranjera y que se refieren a otras realidades políticas), en tanto que muchos políticos actúan como si el sistema funcionara con absoluta perfección. El eclecticismo y la objetividad no pueden constituir en sumar ambas posiciones y dividir las por el medio. Es mejor recordar las alternativas y apuntar a los defectos verdaderos y exclusivos de cada institución. Para ello conviene recordar el vínculo existente entre la democracia nacional y la democracia de los partidos y otras instituciones.

El juego democrático prescrito por nuestra Constitución representa la mejor vía para lograr una creciente participación de todos los venezolanos en la dirección del Estado. Naturalmente, debe irse perfeccionando con la experiencia como ya se viene haciendo con reformas constitucionales y legales.

A este respecto no debemos dejarnos influir por modelos extranjeros anticuados y menos seguros. Es mejor descubrir nuevas vías que más bien servirán de ejemplo a otros países. Así, se habla de que sería mejor votar individualmente por cada candidato. Que así los parlamentarios responderían directamente ante sus electores. Pero este sistema es muy criticado donde existe (como en Estados Unidos), porque facilita la influencia o soborno por parte de intereses privados. En cambio las planchas permiten que el partido ejerza un control ético y lo que debemos tratar es de refinar este mecanismo interno de control, sistematizándolo o modificándolo de modo que el elector pudiera votar, sea por toda la plancha, sea por individuos de la plancha, dándoles una numeración diferente. En todo caso debiera estudiarse bien la reforma para que no se pierda el control partidista y la disciplina de la fracción parlamentaria.¹⁷

También nuestro sistema de elegir suplentes al mismo tiempo que principales, evita hacer elecciones extemporáneas cuando hay falta absoluta del principal. Estos y otros avances son instituciones venezolanas que otros países están siguiendo.

La existencia de partidos garantiza y facilita sistemas de participación ciudadana, pero en los últimos años se ha venido oyendo mucho de "participación" en un sentido antipartidos, y algunos politólogos han

17. Véase: *Contribución a la Tesis Organizativa de Acción Democrática*, por Enrique Tejera París. Fundación Gonzalo Barrios, Caracas, 1982.

querido hasta oponer una supuesta "democracia participativa" al sistema de partidos, al que califican de envejecido y superado. Descontando a los dictatorialistas y golpistas, que simplemente quisieran ver desaparecer nuestra democracia, ciertos politólogos llevan sus elucubraciones a los límites de la ciencia ficción. Según ellos y su enfoque tecnocrático, la democracia ideal se realizaría con un sistema automatizado de información: diariamente y hasta de minuto en minuto, computadoras de inmensa capacidad informarían al gobierno de los deseos de todos los ciudadanos, que a su vez recibirían información constante, por sus televisores, de los trabajos y dificultades de gobierno. La toma de decisiones sería un proceso matemático, constante y automático, alimentado también con botones, desde el televisor de cada quien. Los programas de gobierno serían juzgados por su *rating*.

Este enfoque conduciría —de hacerse realidad— a regresar a sistemas obsoletos y reaccionarios del siglo XIX, y además produciría cambios constantes de dirección en el gobierno y eventualmente una paralización, pues el gobierno quedaría rápidamente perplejo ante tantas presiones y cambios de opinión. No funcionaría a base de objetivos y planes sostenidos para lograrlos, sino que cambiaría de derroteros al compás de "la opinión". O también podrá dedicarse a complacer a unos grupos más que a otros, a efecto de lo cual los extremistas de este desiderátum tecnocrático traen una proposición: que el voto exprese, no solamente la preferencia individual (una persona, un voto), sino que además indique la intensidad de esa preferencia, basada en el mayor o menor "juicio del elector". Uno se imagina a la inmensa computadora contando y luego ponderando matemáticamente estos millones de votos matizados; y esto todo el tiempo. Y transmitiendo a su vez las respuestas ("informaciones") del gobierno.

Esto sería volver al voto múltiple del siglo pasado, en el que los ciudadanos más ricos, más instruidos y más nobles tenían cada uno varios votos para contrapesar el voto único que tenía cada campesino, cada proletario. Es significativo que quienes pugnan con más entusiasmo por este paradigma de democracia participativa-electrónico-informativa, generalmente son militantes o simpatizantes de partidos conservadores o neoliberales, pragmáticos y muy dados a trabajar por una "imagen" (no una realidad) forjada al compás de técnicas de propaganda y "relaciones públicas". Formados muchos de ellos en Estados Unidos, no toman en cuenta, al propugnar este tipo de reformas, y los estadounidenses, cuya función principal es "reunir diversos intereses para hacer posible la estructuración de plataformas políticas y de políticas públicas". Nuestra Ley, en cambio, los obliga a ser doctrinarios.

El rechazo de esta falacia de la democracia directa sin partidos (o con partidos amorfos, tipo siglo XIX), sin objetivos estables, sujeta a la información o desinformación de la propaganda, no debe sin embargo cegarnos hasta negar la importancia de perfeccionar la democracia de la Nación y con ella, la democracia interna de los partidos, que es obligatoria por Ley. No para estar "complaciendo" a la militancia o a la ciudadanía todo el tiempo; sino para que toda la militancia participe en la formulación de los objetivos permanentes (doctrina y tesis) y circunstanciales (programas); conozca y mantenga estos objetivos por convencimiento propio; pase y reciba información sobre la labor de gobierno; contribuya a mantener el orden democrático; y participe masivamente en las elecciones nacionales y partidistas.

Nuestros partidos no deben marchar tan mal cuando un número tan grande de ciudadanos permanece inscrito en ellos. Con todas las facilidades que nuestro sistema concede a la representación minoritaria y por ende a la existencia de pequeños partidos, la tendencia actual es más aglomerativa que disgregativa. Esta aglomeración no puede deberse a apetitos burocráticos, como quieren hacer creer algunos y puede que hasta lo logren con algún incauto, pues solo un mínimo porcentaje de los afiliados logra ser electo o nombrado. Uno se pone a pensar cuál institución privada perduraría si todas sus ganancias o ventajas fueran solo para el uno por ciento de sus accionistas o miembros, y la conclusión es que el apetito pecuniario o de poder o empleo individual debe mantener unida la militancia de un partido. Se trata más bien de la emoción política, de la solidaridad entre personas que luchan por principios y objetivos, de la oportunidad de ejercer el poder en sus distintos grados, en el gobierno como en el partido. Un amigo banquero, que tuvo oportunidad de actuar en política, dijo al autor que el fenómeno hobbesiano del *Homo Hominis Lupus* era mucho más acentuado en el sector privado que en el sector público, es decir, en "la política", y que lo impresionaba mucho la consideración existente entre políticos de todos los signos.

Los problemas que puedan existir no radican en las estructuras constitucionales, sino en la necesidad de ir mejorando su funcionamiento. Lo mismo sucede con los partidos: hay que seguir mejorando su funcionamiento. Toda institución pública o privada, es perfectible dentro de los límites que le marcan los recursos humanos. El funcionamiento interno de los partidos políticos no escapa de este imperativo y debe ser objeto de estudio, de un constante proceso de capacitación masiva y de ejercicio para convertir cada reunión de asamblea, cada reunión de consejos partidistas, en un sistema de contribución doctrinaria, de formula-

ción de políticas, de alimentación de información y de toma de decisiones. Este sistema irá consolidando nuevas y mejores actitudes para el orden democrático, sirviendo así el propósito pedagógico que señaló el constituyente.

Esta obligación de analizarse y perfeccionarse, es igualmente necesaria para todas las instituciones constitucionales, para los individuos, los medios de comunicación social, las sociedades civiles y mercantiles, con el objeto de que la Nación toda vaya mejorando a medida que vayan mejorando todas las partes que la componen.

VII

Así, como la participación de los inscritos militantes en la democracia interna de cada partido tiene su metodología, así también conviene examinar los métodos de elección, tanto de directivos de partido, como de candidatos a cargos electivos de la nación.

La participación de los miembros de partido puede incluir derechos de los simpatizantes a actuar en organismos y elecciones partidistas, como por ejemplo en Acción Democrática (arts. 11 y 12 de los Estatutos). Sin embargo, "el partido procuraría la incorporación de los simpatizantes a la militancia activa..." lo que parece indicar una especie de etapa previa a la condición de miembro activo.

La metodología de participación incluye instrucciones para la preparación de agendas de reuniones y sistemas o matrices para la toma de decisiones y la búsqueda de consensos por aproximaciones sucesivas. La continua activación de la democracia interna es importante, pues de otro modo iría limitándose a los procesos electorales internos; centrándose en éstos todo el interés adquieren una importancia desmedida grupos que pudieran degenerar en "fracciones" y producir el "fraccionalismo", es decir, la coexistencia de tendencias doctrinarias o conductistas muy diversificadas dentro de un mismo partido. Este fenómeno desvirtúa el objetivo de nuestra legislación que, al darle a la formulación de doctrinas una condición constitutiva en los partidos, lo que implica es que éstos presenten cada uno alternativas claras de gobierno para que el elector pueda formarse criterios de voto. El Consejo Supremo Electoral aplica la misma doctrina en lo que respecta a coaliciones, rechazando la doctrina extranjera que las acepta como fusiones. Los partidos coaligados deben guardar su identidad aunque presenten candidatos comunes. Por otra parte el sistema uruguayo no sería aceptable (reconoce la existencia de fracciones internas permanentes, que miden su fuerza en elecciones

internas) como tampoco los sistemas estadounidenses, en alguno de cuyos Estados pueden votar, en las elecciones internas de un partido, los no afiliados y los miembros de otros partidos.

Por estos motivos, en nuestra opinión, cuando se presentan tendencias políticas irreconciliables en un partido, éste debe dividirse, como dijimos anteriormente.

La legislación venezolana sobre representación de las minorías es quizá la más liberal del mundo, de modo que la escisión de partidos tiene plena garantía de presentación al electorado con posibilidades de obtener representación en el Legislativo. La tendencia natural a la dicotomía (que ha producido una concentración de los votos venezolanos en dos partidos) ha operado *a pesar* del sistema de representación proporcional, pues cuando éste se estableció, más bien se temía que iba a favorecer la proliferación de partidos, y esa parecía ser la tendencia al comienzo.

La importancia que van cobrando los nombres y símbolos de partidos son un incentivo a la búsqueda de consensos y a la mutua tolerancia interna. Sin embargo, cuando las diferencias hacen crisis, surgen discrepancias sobre quien conserva el nombre y estructura original del partido, así como los símbolos y el color electoral. El Consejo Supremo Electoral ha dictaminado ya varias veces al respecto¹⁸ y la Corte Suprema de Justicia también, al revocar una decisión del Consejo Supremo Electoral sobre la formación de mayoría en una asamblea partidista.¹⁹

Los partidos venezolanos han ensayado diversos sistemas para la designación de su respectivo candidato presidencial: Elección por la Convención, cuyos delegados a su vez son electos a tres grados. Elección por un Congreso especial de varios miles de personas, reunidas en un sitio. Elección directa y secreta por todos los miembros del partido. Y un sistema de colegios electorales internos, que reúnen, en las 24 seccionales a los cuadros del partido, parlamentarios, sindicalistas e independientes electos en planchas del partido (parlamentarios, colegios profesionales, etc...) con unos 19.000 puestos con derecho a votar, que se reducen a unos 16.000, por haber votantes que pueden tener varios derechos de voto pero solo pueden votar una vez. Por ejemplo, alguien que fuera a la vez diputado y miembro de un órgano de dirección partidista.

18. Está plenamente facultado para resolver y decidir sobre cuestiones que le sometan las organizaciones políticas (5 marzo, 1963). La competencia del C.S.E. en los casos de conflicto entre autoridades, se limita a determinar las autoridades legítimas del Partido (División AD-MEP).

19. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dictada el 10 de agosto de 1982, sobre validez de reunión del Comando Nacional del MIR.

Este último sistema tiene la ventaja de ser vasto y muy representativo y a la vez no dar lugar a una elección directamente vinculada a la selección del candidato, por lo que evita el traumatismo de la elección directa partidista causado poco antes de la campaña electoral.

Pero siempre hay elecciones internas, a las que por costumbre se ha venido dando el impropio nombre de "primarias". Estas elecciones comienzan, naturalmente, por elegir los órganos de base de los partidos. Dado la combinación de pasiones electorales con el enorme número de militantes de ciertos partidos, estas elecciones partidistas conmueven no solo la vida de su organización, sino a la Nación entera, que las sigue con interés. El número de votantes internos en Acción Democrática y Copei está en los alrededores del millón, por lo que puede decirse que son mayores que la de algunos países pequeños. Semejante volumen de votación de un solo partido tiene que generar problemas. Por esto estaría justificado que las elecciones "primarias" de los partidos fueran vigiladas por el Consejo Supremo Electoral, con la concurrencia de fuerza pública si fuere necesario. En efecto, mal puede pedirse a una organización política que regule y vigile a perfección una movilización de ese tamaño, en la que por definición están parcializados la totalidad de sus miembros. Quizá el Consejo Supremo Electoral pudiera señalar ciertos días al año en los cuales se pudieran efectuar elecciones partidistas. Esto dejaría posibilidades de escoger a los partidos y al mismo tiempo concentraría esfuerzos y costos de vigilancia.

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DE LOS TRATADOS*

JOSÉ GABRIEL SARMIENTO NÚÑEZ

SUMARIO

Capítulo Primero

LA CONSTITUCION Y LOS TRATADOS

I. El orden constitucional. II. La Superlegalidad constitucional. III. La rigidez constitucional. IV. El control de la constitucionalidad. V. Caracteres de la Constitución venezolana: 1) Superlegalidad de la Constitución venezolana: A) Título XI: De la inviolabilidad de la Constitución. B) Título IV: De los deberes, derechos y garantías: Art. 46. 2) Rigidez de la Constitución venezolana. 3) Control jurisdiccional de la Constitución venezolana: A) Control constitucional por vía de acción. B) Control constitucional por vía de excepción. VI La Constitución venezolana y los tratados. VII. Los tratados y

* Voto salvado en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 29 de abril de 1965, que declaró *sin lugar* la demanda de nulidad del ordinal 14 del artículo II del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los Estados Unidos de América. Para el día 29 de abril de 1965, oportunidad en que se pronunció la citada sentencia, la Corte, en pleno, estaba integrada de la manera siguiente: Presidente, doctor José Manuel Padilla; Primer Vicepresidente, doctor Hugo Ardila Bustamante; Segundo Vicepresidente, doctor Carlos Acedo Toro; Magistrados: doctor Carlos Trejo Padilla, Ponente; doctor J. R. Duque Sánchez; doctor Ignacio Luis Arcaya; doctor R. Rodríguez Méndez; doctor Jonás Barrios E.; doctor Saúl Ron; doctor Miguel Angel Landáez; doctor José Gabriel Sarmiento Núñez; doctor Federico Moleiro; doctor José Agustín Méndez; doctor Carlos Ascanio Jiménez; doctor Pedro Espinoza Vilorio. Secretario, doctor Enrique Sánchez Rizo. El Magistrado, doctor J. R. Duque Sánchez, salvó también su voto en la sentencia, llegando a la siguiente conclusión: "En consecuencia, la demanda debió haberse rechazado por las consideraciones precedentes, es decir, por no haber sido solicitada la nulidad total del aludido Tratado de Extradición; y no por considerarse —como lo hizo la mayoría—, que dicho Tratado escapaba al control de nuestra soberanía interna. Y ello, porque pedida como fue parcialmente la nulidad, no le era dado a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre la misma, de considerar fundados los alegatos del demandante, pues debía atenderse a los términos en que fue planteada la demanda, por fuerza de los principios que se dejan sustentados en este voto salvado y de normas procesales vigentes también para estos casos.

el control constitucional: 1) Caracteres de los tratados. 2) Control constitucional de los contratos de interés público. 3) La doctrina y el control constitucional de los tratados. 4) Opinión de la Procuraduría General de la República. VIII. Normas constitucionales sobre los tratados: 1) Normas generales: A) Declaración preliminar. B) Consignación del *uti possidetis juris* 1810. C) Integridad del territorio nacional. D) Reclamaciones de extranjeros. E) Contratos de interés público. F) Tratados o convenios internacionales. G) Relaciones con la Iglesia. H) Actuación internacional de la República. 2) Normas particulares: A) Atribuciones del Poder Legislativo. B) Atribuciones del Poder Ejecutivo. C) Atribuciones del Poder Judicial. 3) Normas referentes a los tratados. IX. Normas del Derecho comparado relativas a los tratados: 1) Estados Unidos. 2) Francia. 3) Méjico. 4) Bolivia. 5) Uruguay. 6) Paraguay. 7) Otros países.

Capítulo Segundo

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

I. Excepciones al control de la constitucionalidad: 1) Actos del Poder Legislativo. 2) Actos del Poder Judicial. 3) Actos del Poder Ejecutivo. II. ¿Están los tratados internacionales excluidos de control constitucional por virtud del artículo 129 de la Constitución? 1) ¿Surte efecto de pleno derecho en los tratados internacionales la cláusula del artículo 129 de la Constitución? 2) El concepto de partes en los tratados internacionales. 3) Tratados internacionales sometidos a la jurisdicción de los Tribunales venezolanos. 4) ¿Puede someterse a arbitramento el control jurisdiccional de la constitucionalidad? III. Los contratos de interés público y los tratados internacionales: 1) Motivos de la competencia de la Corte en la inconstitucionalidad de los contratos de interés público. 2) Contratos de interés público con Estados extranjeros. 3) No existe norma constitucional que excluya el control constitucional de los tratados. IV. Soluciones de la sentencia en el caso de inconstitucionalidad de los tratados: 1) Denuncia del tratado. 2) Revisión de la inconstitucionalidad por vía de excepción. 3) Inconstitucionalidad del tratado antes de su ratificación. V. Peculiaridades de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales. VI Ineficacia del fundamento jurídico de la sentencia. VII. La soberanía nacional y las normas del derecho internacional. Conclusiones.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONSTITUCION Y LOS TRATADOS

I. EL ORDEN CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República establece en el artículo 4º, que la soberanía reside en el pueblo, y que éste la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público. La vigencia de la soberanía presupone la existencia de un orden jurídico que, por sí solo, excluya toda idea de arbitrariedad. El derecho, en relación al concepto de poder soberano, se ostenta como el medio de realización de la capacidad auto-determinativa del pueblo.

El ordenamiento jurídico sobre el cual descansa la soberanía, se clasifica generalmente en dos categorías de normas: las constitucionales, que forman un todo preceptivo concretado en la Constitución; y las secundarias, derivadas de ésta, que, a su vez, se subdividen en varios cuerpos dispositivos, a saber: orgánica, ordinarias, estatales y municipales

II. LA SUPERLEGALIDAD CONSTITUCIONAL

Siendo la Constitución el conjunto normativo en que el pueblo ha cristalizado sus aspiraciones, tendencias y forma de gobierno, necesario es precisar las condiciones y aspectos jurídicos que ella debe llenar para preservarse de extralimitaciones en que puedan incurrir los órganos del Poder Público, depositarios del ejercicio de la soberanía. A este respecto se ha estimado, que la garantía más segura para mantener la respetabilidad de la Constitución, consiste en atribuirle supremacía, esto es, erigirla en Ley Suprema del Estado. En los sistemas del Derecho moderno se admite, en efecto, que toda norma o regla jurídica encuentra su fundamento en una norma superior, a la cual, para ser válida, debe estar conforme tanto formal como materialmente. Y, en este sentido, la Constitución es la norma superior del orden interno de la República.

La Constitución es, en efecto, la obra de un Poder eminente y supremo: el Poder Constituyente, con el cual la voluntad popular inviste a sus representantes de la más absoluta autoridad; las demás leyes son la obra del poder simplemente legislativo, que, si bien es genuina emanación de la voluntad del pueblo, no ha sido conferida *ad-hoc* por éste a sus representantes para fijar la norma política del Estado.

Bajo este aspecto, el concepto de superlegalidad implica que la Constitución es superior a los demás cuerpos legales, y que, sobre ella, no puede existir ninguna otra legislación. La superlegalidad supone, cuando

menos, una doble categoría de preceptos jurídicos: unos que están revestidos con el carácter de supremos o primarios, y otros que se denominan secundarios u ordinarios, los cuales, por su naturaleza, han de estar ineludiblemente supeditados a las disposiciones de los primeros.

La superlegalidad constitucional ha quedado delineada en la doctrina, bajo el concepto evidente de que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos de la comisión en virtud de la cual se ejerce, es nulo. Negarlo equivaldría a afirmar que el delegado es superior a su comitente, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, que las personas que obran en virtud de poderes, pueden hacer, no solamente lo que esos poderes no les autorizan hacer, sino aun lo que ellos les prohíben. Es, por esto, que los órganos del Poder Público, de creación y vida derivadas de la Constitución, jamás deben violar o contravenir sus disposiciones, ya que resulta inconcebible que una autoridad instituida por un ordenamiento legal, le sea permitido infringirlo.

III. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Para el logro efectivo de la soberanía, la superlegalidad de la Constitución está reforzada por el principio de *rigidez*, opuesto al llamado de *flexibilidad*.

Cuando el legislador tiene facultad para modificar la Constitución por la vía ordinaria de la ley, no hay duda de que la ley puede derogar la Constitución: predomina entonces el principio de la flexibilidad constitucional. Pero si la Constitución no puede ser modificada por el procedimiento del acto legislativo, impera el principio de la rigidez constitucional; y el legislador debe adaptar sus actos a los principios expresados en la Constitución.

La rigidez constitucional, en oposición a la flexibilidad, garantiza la efectividad de la superlegalidad de la Constitución; pues de nada serviría que Ley Fundamental fuese suprema, si fácilmente pudiese ser modificada a través del procedimiento estatuido para la alteración de las leyes ordinarias. En este caso, si el Poder Legislativo quisiera insistir en la vigencia de una ley opuesta a las normas constitucionales, conseguiría su objeto con solo reformar la parte de la Constitución contraria al contenido de la ley secundaria. Por tanto, los principios de superlegalidad y rigidez concurren para hacer efectivo el imperio del orden constitucional.

Los autores observan que el concepto de Constitución rígida lleva implícita la idea de nulidad de los actos estatales que la contradigan.

Hay quienes hacen derivar de la teoría de las constituciones rígidas el principio de la "superlegalidad constitucional". Otros, en cambio, sostienen que el control se impone aun en ausencia de constitución rígida. La rigidez no es más que la consecuencia o la traducción de un principio superior, a saber, que el Poder Público está obligado a respetar la idea de derecho.

El Supremo Tribunal de la República, en sentencia de 6 de agosto de 1936, ha dicho: "En todos los países, aun en los que rige el tipo de las Constituciones flexibles como Inglaterra e Italia, la Constitución es una ley tan especial, se le otorga tal preeminencia, que no permite englobarla bajo una misma denominación con las demás leyes. Pero es sobre todo en los países de Constitución rígida como la nuestra, donde esa preeminencia alcanza su más alto valor, porque ella es algo más, es una super-ley y esta superlegalidad hace de la Constitución algo intangible, aun para el Poder Legislativo, fuera del proceso solemne de revisión previsto por ella misma".

IV. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El acatamiento que se debe a la Constitución, y el cumplimiento de sus preceptos por parte de los órganos del Poder Público por ella creados serían ineficaces y hasta utópicos, si no existiese un medio tutelador del régimen constitucional que asegure el imperio de la supremacía. No basta que se revista a la Ley Fundamental con el carácter de ser la primera ley del Estado, para que el régimen, las normas y disposiciones en ella consignadas, prevalezcan en la realidad; es imprescindible que exista un remedio jurídico para hacerla respetar, para tutelar el orden de derecho por ella establecido y para reparar los perjuicios ocasionados por las violaciones cometidas en contra de sus preceptos. Sin control de constitucionalidad no existe la supremacía de la Carta Magna.

En efecto, los actos del poder público pueden colidir con la Constitución porque su contenido se halle en contradicción con algún precepto material de la misma o porque no haya sido debidamente sometida a los trámites formales exigidos por el texto constitucional. Son los casos que la doctrina reconoce, respectivamente, con los nombres de inconstitucionalidad intrínseca o material e inconstitucionalidad extrínseca o formal. En uno y otro caso el acto es anulable, y, como tal, susceptible de ser accionada ante el órgano competente.

De los sistemas acogidos en diversos países para el control del orden constitucional, ha predominado el ejercido por un *órgano jurisdiccional*, en consideración a que se trata de una función natural e inherente

al Poder Judicial, que es, por antonomasia, el encargado de aplicar las normas legales, de interpretarlas y de resolver los conflictos entre ellas. De aquí que no se ha justificado restar a la judicatura, la competencia y el poder necesarios para controlar los actos de los órganos del Poder Público violatorios de la Ley Fundamental.

El ejercicio del sistema de control por el órgano jurisdiccional puede asumir estas dos formas: o bien se realiza por vía de *acción*, o bien por vía de *excepción*.

En el régimen de control jurisdiccional por vía de acción, su funcionamiento se desarrolla dentro de un proceso judicial autónomo, cuya finalidad es la de que se declare la inconstitucionalidad de la ley o acto reclamado. En cambio, en el control por vía de excepción la impugnación de la ley o acto violatorio no se hace por vía directa ante una autoridad judicial, sino que se lleva a cabo a título de defensa dentro de un juicio previo, en el que uno de los litigantes invoca la inconstitucionalidad de la ley que se pretende aplicar.

V. CARACTERES DE LA CONSTITUCION VENEZOLANA

En la Constitución venezolana están consagrados los principios que se han dejado expuestos. En efecto, como se verá a continuación, ella mantiene supremacía sobre todas las leyes y actos del Poder Público; consagra el principio de la rigidez, y dispone el control jurisdiccional de sus normas.

1. *Superlegalidad de la Constitución venezolana*

La supremacía de la Carta Fundamental sobre el resto del ordenamiento jurídico se refleja en varias disposiciones constitucionales, aunque su base fundamental deriva del control jurisdiccional que en ella misma se consagra. Entre esas normas pueden citarse:

A) "*Título XI: De la inviolabilidad de la Constitución. Artículo 250. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerzas o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone*".

"La disposición comentada —dice la Exposición de Motivos— consagra la inviolabilidad de la Constitución por cuanto afirma su vigencia y prevé el restablecimiento de la misma, aun cuando se interrumpiere su observancia por un hecho de fuerza y *si llegare a su derogación formal por medios distintos a los que ella misma dispone*".

B) "*Título IV: De los deberes, derechos y garantías. Artículo 46: "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirva de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes"*.

2. *Rigidez de la Constitución venezolana*

Este principio aparece acogido en la Carta Fundamental en el Título X, que se consagra a la reglamentación de las "*enmiendas y reformas de la Constitución*". A este respecto la Exposición de Motivos establece: "desde el primer momento la Comisión hubo de plantearse el problema de darle una *mayor rigidez* al texto fundamental con el objeto de evitar en lo posible la multiplicidad de reformas que, por no conllevar, como frecuentemente ha ocurrido en nuestro país, cambios sustanciales en las instituciones, dan la desfavorable impresión de mudanza permanente y de inestabilidad jurídica".

3. *Control jurisdiccional de la Constitución venezolana*

El control de la constitucionalidad, base de la supremacía y de la rigidez de la Carta Magna, está consagrado en la legislación venezolana en las dos formas que ya se han indicado: por vía de acción y por vía de excepción.

Este poder de revisión se remonta a la Constitución de 1811, en cuyo capítulo 9º, aparte 28, se decía: "La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan pa. ejecutarla, y todos los tratados que se concluyan baxo la autoridad del gobierno de la unión, serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación y las autoridades y habitantes de las Provincias estarán obligadas a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa, ni pretexto legal alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de élla, no tendrán valor alguno, sino quando hubiesen llenado las condiciones requeridas pa. una justa y legítima revisión y sanción".

El Supremo Tribunal de la República, en sentencia de 17 de abril de 1941, concibió en los siguientes términos, el control jurisdiccional de la Constitución: "Instituida inicialmente la Corte Federal y de Casación con el fin de conservar, cuanto a su segunda faz, la integridad de la legislación nacional y la uniformidad de la jurisprudencia patria, y, además, para contener a los otros poderes dentro del marco de sus atribuciones, en lo tocante a su función primordial, que es, por excelen-

cia, la que le está asignada como intérprete auténtico y supremo guardián de la Constitución, nunca fue tan ingente en nuestro sistema jurídico-político el papel de la Corte, como a partir de la reforma constitucional efectuada en 1936. *Basta que se trate de un acto del Poder Público —y de autoridad con jerarquía bastante— para que siempre esté supeditado a la decisión final de la Corte, en la forma que se deja expuesta, en lo tocante a su constitucionalidad.* De aquí que sea la Corte el intérprete más autorizado de la Constitución Nacional y la garantía más segura del orden institucional establecido... Para tan ingente misión, la Soberanía popular, por órgano del constituyente, ha creado el sabio sistema de la Constitución, que atribuye a la Corte Federal (hoy a la Corte Suprema) el papel de supremo amparo de las instituciones y defensor máximo de las garantías y derechos individuales... Y puesto que las normas reguladoras de la vida del Estado son de dos categorías: las fundamentales de la Ley Suprema, y las establecidas en las leyes ordinarias, es obvio que las reglas de esta última clase están, por lo mismo, supeditadas a las primeras. De ahí que sea de tanta importancia el poder moderador de la Corte, sobre todo en lo concerniente a las actividades legislativas del País... Siendo esto así, como lo es, se ha debido imponer, y se impuso, con caracteres de necesidad insoslayable, la creación de un organismo como la Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia), que sirviera para contener en sus precisos límites a los otros Poderes, a fin de que así sea permanente y efectiva la superioridad de la constitución”.

A. *Control constitucional por vía de acción*

Señala la Constitución vigente en el artículo 215, como atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, las siguientes:

- a) Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución (3°);
- b) Declarar la nulidad total o parcial de las leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados o Municipios que colidan con esta Constitución (4°);
- c) Declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de esta Constitución (6°).

De manera que, según las atribuciones que anteceden, en el control de la constitucionalidad se encuentran comprendidos: las leyes, los re-

glamentos y los demás actos de los órganos del Poder Público, en la forma que a continuación se especifica:

a') *Leyes:*

a'') Leyes nacionales.

b'') Leyes estatales.

c'') Leyes municipales (ordenanzas).

b') *Reglamentos* del Ejecutivo Nacional.

c') *Actos:*

a'') Actos de los cuerpos legislativos.

b'') Actos de los cuerpos deliberantes de los Estados.

c'') Actos de los cuerpos deliberantes de los Municipios.

d'') Actos del Ejecutivo Nacional.

La clasificación que antecede corresponde a la que ha venido imperando en el ordenamiento nacional respecto a las actividades del Poder Público susceptibles de control constitucional por acción directa. En efecto, las Constituciones anteriores a la vigente han mantenido como revisables por el juicio constitucional: las leyes nacionales, estatales y municipales; los reglamentos, y, en general, *los actos del Poder Público violatorios de la Constitución*. Esta última cláusula fue una de las más importantes reformas que se aportaron a la Constitución de 1936, y, por ser tan general, la doctrina patria la ha considerado superior al amparo mexicano, tan elogiado por los publicistas, ya que no se limita a la violación de los derechos garantizados sino que ampara la infracción de cualquier disposición constitucional.

En la Constitución vigente, esta cláusula, relativa al control de los *actos del poder público violatorios de la Constitución* se ha concretado, según se lee en las atribuciones 3ª, 4ª y 6ª, de la Ley Fundamental, a los actos de los cuerpos legislativos (Cámaras legislativas); a los actos de los cuerpos deliberantes de los Estados (Asambleas Legislativas); a los actos de los cuerpos deliberantes de los Municipios (Concejos Municipales), y a los actos del Ejecutivo Nacional.

Como se observa, el alcance actual del concepto de *actos del Poder Público*, solamente excluye los *actos del Poder Judicial*, los cuales, con base en la redacción anterior, fueron también objeto de acciones

de nulidad por inconstitucionalidad, declarados improcedentes por el Alto Tribunal en consideración a que tales actos tienen su correctivo constitucional dentro de los respectivos procesos judiciales. Sin embargo es necesario recordar, que la Constitución, en el artículo 46, prevé la nulidad de *todo acto del Poder Público* —sin excepción alguna— que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Carta Magna.

De acuerdo, pues, a la clasificación que la propia Constitución hace de los actos susceptibles de ser directamente accionados por violación de sus disposiciones, *no escapa a dicho control ningún acto que emane de los órganos del Poder Público*, a excepción de los del Poder Judicial, según se ha dicho. En consecuencia, toda la actividad que al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo le corresponde realizar conforme a sus atribuciones, está sometida, sin excepción alguna, al control jurisdiccional de la constitucionalidad que por vía de acción directa corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

Ante esta regla general y categórica de la Constitución, no existe posibilidad de excluir de ese control ningún acto emanado de esos Poderes. Para ello se requeriría que la propia Ley fundamental, que preconiza la revisión absoluta de todos esos actos, en forma expresa contemplara esa exclusión.

B. *Control constitucional por vía de excepción*

Esta forma del control constitucional tiene su fuente en el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, merced al cual, "cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Tribunales aplicarán ésta con preferencia".

En efecto, la ley mantiene su vigencia mientras no haya sido declarada inconstitucional por la vía de la acción directa; pero si contiene disposiciones anticonstitucionales, su aplicación constituiría una violación a la Constitución. Por ello el legislador, no queriendo consentir que los jueces incurran en élla, les ha investido de la facultad de prejuzgar acerca de la inconstitucionalidad de las leyes y de decidir sobre su no aplicación para hacer observar el texto de la Ley Fundamental. Esta atribución es sin duda excepcional, porque la norma general es que las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes o por declaratoria judicial de nulidad; por lo cual, la no aplicación de una ley no derogada en la forma legal ordinaria o no declarada anulada por acción directa, implica una excepción a los principios que rigen la materia, como que ellos deben ceder ante el que establece la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Por ello, la antinomia de las leyes

y la constitución vicia a aquéllas de nulidad en todo caso y las hace inaplicables por los jueces, a tenor del precepto que se analiza.

Difieren, claro está, en cuanto a sus efectos, la nulidad de la ley declarada por la vía de la acción directa, y la que ahora se estudia. En el primer caso se produce la inmediata anulación de la norma; en el segundo, la norma deja de producir su efecto solamente en el caso concreto que se debate.

VI. LA CONSTITUCION VENEZOLANA Y LOS TRATADOS

Con vista de los principios expuestos cabe ahora considerar qué posición mantienen los tratados y convenios internacionales frente a la Constitución de la República.

En el campo de la doctrina se debaten las tesis de la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional y viceversa. Ambas corrientes mantienen numerosos adeptos que se agrupan dentro de las teorías que se han denominado *monismo* y *dualismo*; pero, en definitiva, ninguna de las dos ha logrado prevalecer, y los ordenamientos de los diversos países adoptan una u otra posición, quedando en consecuencia a las respectivas legislaciones, la determinación correspondiente.

La existencia, pues, de un orden jurídico internacional, plantea el problema de determinar la vigencia de sus prescripciones en el sistema de las fuentes jurídicas propias del Derecho interno. Por esto han de considerarse, en el grupo de fuentes de rango legal, los distintos preceptos aplicables del Derecho Internacional.

Ha de advertirse, previamente, que existen dos ordenamientos internacionales diferentes, aun cuando conexos, que precisan ser distinguidos: los Principios de Derecho Internacional o de gentes, que es el conjunto de principios jurídicos que los pueblos civilizados reconocen comúnmente, y el Derecho Internacional positivo que se presenta como el conjunto de normas vigentes conforme al sistema establecido para crearlas, modificarlas o extinguirlas.

Así, la coordinación de las diversas reglas jurídicas, procedentes del Derecho Internacional, con las reglas jurídicas propias del Derecho Interno, constituye un problema que históricamente ha requerido una solución ineludible, sobre todo a partir de 1919 con el Pacto de la Sociedad de Naciones y de los ordenamientos derivados de la misma. En efecto, desde entonces se ha suscitado la necesidad de reconocer el Derecho Internacional por parte de cada uno de los Estados asociados o, al menos, de incorporar sus prescripciones en una mayor o menor escala, al sistema de fuentes de su Derecho interno.

Sin embargo, que el conjunto de los preceptos del Derecho Internacional se reconozcan como válidos en los distintos sistemas de Derecho interno, ha sido una aspiración de los países americanos, expresada ya en el acuerdo del Instituto Americano de Derecho Internacional de 1917. Autores de renombre han sostenido que el Derecho Internacional constituye el primado del orden jurídico; empero, la cuestión ha de examinarse, no en el plano de la doctrina sino en los límites del Derecho vigente.

El primer punto que exige ser esclarecido lleva a determinar cuáles son las normas del Derecho Internacional con una posible vigencia en el ordenamiento jurídico interno de un país. Ellas pueden clasificarse como sigue:

- 1) *Los Principios de Derecho Internacional o de Gentes.*
- 2) *Las normas generales o regulaciones abstractas.*
- 3) *Los convenios jurídicos internacionales.*

Todo ello, en su conjunto, constituye el Derecho Internacional.

En cuanto a Venezuela, la Constitución de 1947 expresaba, en su Preámbulo que, "La Nación Venezolana... reconoce el Derecho Internacional como regla adecuada para garantizar los derechos del hombre y de las naciones en los términos y propósitos de la presente declaración". Mas, en el artículo 104 disponía: "la Nación cooperará en la comunidad internacional para la realización de los fines de seguridad y defensa comunes, conforme a lo previsto en esta Constitución y en los pactos internacionales debidamente aprobados y ratificados". En resumen, el Derecho Internacional vigente era el reconocido de una manera expresa mediante su recepción en el Derecho interno. Por excepción habrían de considerarse las particularidades contempladas en el artículo 198, ordinales 9º y 18, letra g).

El texto Constitucional de 1953 contenía parecidas alusiones en los artículos 51 y 133, Nº 5, con lo que puede colegirse que sólo en tales casos reconoce la vigencia plenaria del Derecho Internacional. En la Constitución vigente, figura, además de la norma general del Preámbulo, las disposiciones contenidas en los artículos 128 y 129.

En todo caso, la cuestión a resolver ante un problema concreto, no es cuál de las teorías respecto a la incorporación del Derecho Internacional al orden jurídico interno es la más conveniente, o la que tiene mayores adherentes o la que sea más favorable. Tal misión no corresponde al Juez. Porque los Tribunales no pueden crear leyes como el pretor romano; su libertad de decisión de un caso sometido a su conocimiento está estrictamente limitada a la aplicación de las leyes existen-

tes. El juzgador no puede expresar lo que él, si fuera legislador, estimaría la solución justa de un caso determinado; ni puede resolver, con teorías o doctrinas de su simpatía o agrado, las cuestiones que ya tienen asignada, la solución con normas expresas del derecho positivo. El Juez debe, interpretando la ley y como servidor de la ley, resolver el caso concreto conforme a las leyes vigentes y decidirlo según la voluntad expresada por el legislador, especialmente si de por medio está la soberanía de la legislación patria.

Por consiguiente, para decidir acerca de la vigencia del derecho internacional en Venezuela, hay que determinar la posición de los tratados o convenios internacionales respecto a la Constitución de la República, especialmente, en lo que concierne al control jurisdiccional de la constitucionalidad que élla preconiza; y, a tal fin, es necesario analizar, en primer término, si los expresados compromisos tienen o no ubicación dentro de las figuras jurídicas sujetas a aquel control; y, en segundo lugar, si, por disposición constitucional expresa, están excluidos de revisión jurisdiccional.

VII. LOS TRATADOS Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

1) *Caracteres de los tratados.* Por tratado se entiende, en sentido amplio, todo contrato o convenio celebrado entre miembros de la comunidad internacional. Desde el punto de vista material, la doctrina los clasifica en *tratados-contrato* y en *tratados normativos*, según que, respectivamente, sólo originen obligaciones entre los Estados contratantes, o bien produzcan reglas de derecho de carácter general, aplicables a los gobernados. Desde el punto de vista formal, los tratados pueden ser bilaterales y multilaterales.

La forma de incorporación del tratado al ordenamiento jurídico interno depende, según se ha dicho, de lo que al respecto estatuye la Constitución de cada país. El artículo 128 de la Ley Fundamental de la República establece: "Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante *ley especial* para que tengan validez" salvo los casos que en esa norma se indican.

La regla general consiste, según lo expuesto, en que los acuerdos internacionales requieren, para su validez, *la aprobación del Congreso en forma de ley*. Las excepciones son de tal naturaleza, expresa la doctrina, que, en ninguna de ellas, pueden considerarse incluidos los tratados normativos.

La actividad aprobatoria del Congreso en lo que respecta a los tratados o convenios internacionales es idéntica a la que pauta la Constitu-

ción para los *contratos de interés general*. Así, según el artículo 126 *ejusdem*, estos contratos también deben ser aprobados por el Congreso, exceptuándose los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública y los que permite la ley. Esa aprobación la requieren de modo especial los contratos que se celebren con Estados extranjeros.

De manera que los tratados internacionales y los contratos de interés nacional, requieren, para que tengan validez, que sean aprobados, *mediante ley especial*, por el Congreso de la República.

La tramitación a que ambas especies de convenciones están sometidas en las Cámaras Legislativas es la misma; y les son aplicables las normas constitucionales relativas a la *formación de las leyes*: han de recibir en cada Cámara las discusiones pautadas en el artículo 166 de la Constitución; deben ser precedidos, conforme al artículo 171 *ejusdem*, de la siguiente fórmula aplicable al texto de las leyes: *El Congreso de la República de Venezuela, Decreta*.

De la misma manera, para que los tratados y los contratos tengan vigencia, al ser sancionados como ley, se extenderán por duplicado, y serán debidamente firmados por el Presidente, el Vicepresidente y los Secretarios del Congreso, pasándose luego al Presidente de la República para su promulgación y publicación en la *Gaceta Oficial* de la República.

Hay que señalar que ni el tratado ni el contrato de interés general pueden ser modificados por las Cámaras Legislativas. La potestad del órgano legislativo se limita, en ambos casos, a impedir o negar su aprobación, de manera global. Esta peculiaridad marca una de las diferencias entre estos instrumentos y las leyes ordinarias, que ha dado lugar a la distinción entre leyes *formales* y leyes *materiales*.

No existe, pues, duda alguna, de la identidad del procedimiento constitucional que rige para la incorporación de los *tratados internacionales* y de los *contratos* de interés general al ordenamiento jurídico de la Nación, como estatutos de absoluta validez. Por consiguiente, una vez que uno y otro instrumento son aprobados por las Cámaras Legislativas, participan de una misma naturaleza jurídica y surten los mismos efectos respecto al orden jurídico interno.

Ahora bien, siendo evidente la identidad de los tratados y de los contratos de interés general dentro del ordenamiento legislativo nacional, la posición de ambos ha de ser la misma frente a los principios de la supremacía constitucional y de los que rigen para el control jurisdiccional de la Constitución, según se verá seguidamente.

2) *Control constitucional de los contratos de interés público.*

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 15 de marzo de 1962, se declaró competente para conocer de la demanda de nulidad, por inconstitucionalidad, del artículo 20 de la "Ley Aprobatoria del Contrato celebrado entre el Ejecutivo Federal y el Banco de Venezuela", que se hacía aparecer como *Ley formal*, ajena al control constitucional por parte de este Supremo Tribunal. Sin embargo, la Corte despejó plenamente las dudas que subsistían en cuanto a la extensión de tal revisión a las llamadas *leyes formales*, y, al efecto, consideró: que el artículo 162 de la Constitución define como leyes, *los actos que sancionen las Cámaras Legislativas como cuerpos colegisladores*: que, "según este criterio, que es también el expresado en anteriores Constituciones, la orientación constitucional venezolana se ha apartado, en este punto, de toda doctrina que consagra otros requisitos, como los de *generalidad y carácter abstracto*, para determinar el concepto de ley"; y que, en consecuencia, la mera circunstancia de que una norma sea sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, basta para que figure como Ley dentro del ordenamiento jurídico venezolano.

Luego de otras consideraciones, la jurisprudencia citada establece: "entre las atribuciones constitucionales determinadas en el artículo 215, ordinal 3º, de la Carta Fundamental como privativas de la Corte Suprema de Justicia (asignadas a la Corte en Pleno por la Disposición Transitoria Decimaquinta) figura específicamente la de *declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales contrarias a la Constitución, o sea, la nulidad, por inconstitucionalidad, de los actos que sancionen las Cámaras como cuerpos colegisladores*, según el concepto de ley ya visto y fijado categóricamente en el artículo 162 *ejusdem...*" y "siendo como indiscutiblemente lo es, el acto cuya nulidad se demanda, un acto sancionado por las Cámaras como Cuerpos colegisladores, esto es, una Ley en el sentido como lo establece la Constitución venezolana, tiene la Corte Suprema de Justicia, en pleno, competencia para conocer y decidir acerca de la nulidad solicitada. En nada influye, respecto a este criterio, que doctrinalmente se establezca distinción entre *ley formal* y *ley material*; porque constitucionalmente no se refleja tal distinción en nuestro ordenamiento legal, y mal puede por ello el intérprete hacer diferenciaciones de tipo doctrinal en materia en que el constituyente ha sido claro, preciso y terminante. Por consiguiente: llámesela ley material o llámesela ley formal si el acto que la determina emana de las Cámaras como Cuerpos colegisladores, queda comprendido bajo el citado concepto constitucional de ley, y, por ello, susceptible de anulación para ante

la Corte Suprema de Justicia, en pleno, a tenor de lo preceptuado en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacional”.

La mencionada decisión de la Corte ahonda todavía más el problema planteado al considerar que, “aún admitiendo la doctrinaria distinción entre *ley material* y *ley formal*, e incluyendo dentro de esta última especie el acto a que se contrae la nulidad demandada, habría que arribar necesariamente al criterio de que se trataría, en todo caso, de un acto emanado de un *cuerpo legislativo* como lo es el Congreso. Y, por consiguiente, su anulación tendría que ser conocida, de todas maneras, por la Corte Plena”.

A este respecto cita la sentencia el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución en cuanto atribuye a este Supremo Tribunal la facultad de anulación, no sólo de las *leyes* nacionales, sino también de *los demás Actos de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución*, para concluir: Pretender que un acto de la importancia de una Ley aprobatoria de un contrato de interés público integrado por actuaciones conexas de dos importantes ramas del Poder Público: la Ejecutiva y la Legislativa, pueda escapar, por obra y gracia de un interés privado incurso en dicho acto, al soberano control de la constitucionalidad que es privativo de esta Suprema Corte, es dejar abierta una peligrosa brecha para que, por ese medio contractual, puedan producirse violaciones constitucionales incontrolables, ya que, en tal caso, únicamente los actos unilaterales de los Altos Poderes, podrían ser objeto de la acción anulatoria respectiva. Así, si un acto legislativo del Congreso, que no adopte la forma de contrato, contiene una disposición similar a la que es objeto de la nulidad demandada, no habría objeción para que esta misma Corte, en pleno, se pronunciara sobre ella y declarara su anulación por inconstitucional. En cambio, esa misma disposición declarada inconstitucional, contenida en una llamada ley formal como la del caso de autos, estaría exenta de toda revisión constitucional directa.

“Tal argumento demuestra palmariamente —dice el fallo analizado— que, tanto el acto legislativo unilateral y aislado contentivo de un estatuto legal, como el acto legislativo que comprende un contrato de interés público, tienen la misma razón, lógica y legal, para estar sometidos al control jurisdiccional de la constitucionalidad que ejerce este Supremo Tribunal, según la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución. Porque si la regla general constitucionalmente establecida es la del pleno ejercicio del control constitucional de todos los actos del Poder Público, cualquier excepción a dicha regla tendría que emanar, necesariamente, de la propia Constitución. Ni si-

quiera una disposición legal podría sustraer alguno de aquellos actos al control antes dicho; y menos aún pueden autorizarlo los órganos jurisdiccionales como intérpretes fieles que deben ser del contenido de aquella norma. A todo evento, y, ante la duda que pudiera surgir acerca de si algún acto emanado del Poder Público es o no susceptible de revisión constitucional por acción directa, debe optarse, en obsequio a aquel amplio y fundamental principio constitucional, por admitir su examen por parte de este Alto Tribunal. Lo contrario sería establecer obstáculos al control constitucional que, en ninguna forma, ha previsto nuestro ordenamiento jurídico. Se consagrarían así excepciones, sin respaldo legal, a la función más importante y soberana constitucionalmente atribuida, a lo largo de toda la historia patria, al más Alto Tribunal de la República: la de vigilar y mantener en todo momento y en su amplia integridad, el imperio de la Constitución”.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia decidió que, en virtud de la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución, en concordancia con la Disposición Transitoria Decimaquinta, tenía competencia para conocer, como en efecto conoció, de la demanda de nulidad, por inconstitucionalidad, que dio origen al expresado proceso, relativo a la nulidad absoluta parcial del contrato celebrado entre el Poder Ejecutivo y el Banco de Venezuela.

La tesis mantenida en esa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es plenamente aplicable en el caso de la nulidad de los tratados internacionales, porque, según se ha demostrado, existe *identidad de objeto* entre el caso a que aquella sentencia se contrae: nulidad parcial de un contrato de interés general, y la nulidad parcial de un tratado internacional. Ambos mantienen una misma naturaleza jurídica dentro del ordenamiento nacional: su condición de ley (o de ley formal), o, en todo caso, de acto del Congreso de la República, cuya nulidad, por inconstitucionalidad, es de la competencia de este Supremo Tribunal a tenor de lo pautado en la atribución 3ª, artículo 215, de la Carta Fundamental de la República.

3) *La doctrina y el control constitucional de los tratados*: El criterio jurisprudencial expuesto coincide con el sustentado en la doctrina nacional. En efecto, se ha sostenido que la definición de ley, contenida en el artículo 162 de la Constitución, se ha hecho desde el punto de vista meramente formal; y, por tanto, en el derecho venezolano, *son leyes todas las decisiones que emanan de las Cámaras Legislativas*, según el procedimiento del citado artículo 162, no importa cuál sea su contenido. Así, son leyes: 1º) Los Códigos nacionales, y, en general, todas

las normas reguladoras que dicta el Congreso sobre las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional; 2º) Los actos del Congreso en virtud de los cuales se autorizan empréstitos, *se aprueban contratos de interés nacional o acuerdos internacionales*. (Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, página 43).

Con relación a este mismo tema han habido opiniones doctrinales que no han estado acordes con ciertas apreciaciones de la jurisprudencia de la Corte a que antes se ha aludido; pero, en todo caso, se ha coincidido en cuanto a la procedencia del control jurisdiccional para impugnar los actos contractuales expresados bajo forma de ley. En efecto, se ha argüido que el acto de aprobación legislativa no cambia en ningún momento la naturaleza contractual de la relación jurídica que se aprueba; que el contrato sigue siendo contrato pero con forma de ley, como formalidad *ad solemnitatem* del acto; y que la razón de ser de esta forma no es otra que hacer interesar a todos los componentes de la comunidad en el cumplimiento del convenio, *pudiendo atacarse por vía de inconstitucionalidad por cualquiera, en cualquier momento*; o sea, que el órgano jurisdiccional competente: la Corte Suprema de Justicia, en pleno, conforme a la atribución que le confiere el ordinal 3º, artículo 215 de la Constitución, puede declarar la nulidad, por inconstitucionalidad, de cláusulas o de un contrato de interés nacional aprobado por el Poder Legislativo, por la vía del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, y, por tanto, sin juicio contradictorio, cuando dicho recurso ha sido intentado hasta por un tercero extraño a la relación jurídica contractual. (Brewer Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, página 173).

Según este criterio, resulta pues, indudable, que "las disposiciones de la Constitución ocupan un rango superior al de los tratados; y, por tanto, éstos no pueden contener cláusulas contrarias a los principios constitucionales" (Lares Martínez, obra citada, página 53). Y si las contiene —hay que concluir— procede su anulación total o parcial por el órgano jurisdiccional competente.

4) *Opinión de la Procuraduría General de la República*. En el dictamen que con fecha 17 de septiembre de 1963 rindió el Procurador General de la República en el presente proceso, no se alegó que la acción de nulidad propuesta fuera improcedente por no ser los tratados susceptibles de impugnación por inconstitucionalidad. Al contrario, el representante del Estado, al aludir a la significación jurídica del Tratado cuestionado, afirma que "ha de comenzarse considerando a éste como

lo que es: *un acto legislativo*". Y, al referirse a los trámites para llevar a cabo los tratados, asienta: "La celebración incumbe al Poder Ejecutivo, empero, no representa otra cosa que el trámite inicial del acto formal, único del que deriva su existencia jurídica: la Ley".

Para apoyar su anterior afirmación, cita el Procurador el siguiente criterio doctrinal: "Mediante la entrada en vigor de la Ley que ampara e introduce el Tratado, adquiere fuerza de ley el contenido jurídico material del mismo, pero no fuerza propia sino derivada de la autoridad de la ley introductora. Se trata nada más de una técnica legal simplificada. Adjuntando el texto del Tratado como anexo de la ley, se ahorra la nueva formulación del Tratado en forma de Ley. El Tratado es transformado en otra forma jurídica, la de una ley. De aquí el nombre de método de conversión".

Para la Procuraduría, pues, la autoridad y fuerza obligante del Tratado, en el dominio del Derecho interno, lo recibe de la Ley, confundándose ambos de tal manera que constituyen una misma pieza jurídica.

"Por ello —dice el Procurador al aludir a la acción de nulidad del tratado— acaba recurriéndose contra la ley formal constituida por el Tratado de Extradición, *como es lo correcto*, y no contra acto alguno del Poder Ejecutivo, invocándose entonces el ordinal 3º, en vez del 5º del artículo 215 de la Constitución".

Hace el Procurador una somera incursión por los dominios del concepto de ley en sus debatidos aspectos de ley formal y ley material, para afirmar que la doctrina moderna ha decidido prescindir definitivamente de la antigua contraposición entre ambas concepciones, así: la ley es formal por la superior jerarquía que le confiere el acto legislativo, independientemente de que contenga o no un precepto general.

Finaliza el representante de la Nación invocando, en favor de esa tesis, el fallo de la Corte que ya ha sido analizado, en la parte que dice: "En este sentido *no habría lugar al planteamiento doctrinal de distinción entre ley material y ley formal* que se debate en este proceso, porque para calificar de ley una norma de derecho, basta únicamente determinar si es o no un acto sancionado por las Cámaras como cuerpos colegisladores; y, en cuanto al caso de autos, no hay duda alguna, sino que por el contrario, está evidentemente probado y admitido, que el acto a que se contrae la nulidad demandada fue sancionado, previas las discusiones de ley, por las Cámaras Legislativas del Congreso como cuerpos colegisladores; y que asimismo, fueron cumplidos los demás requisitos esenciales de toda ley: su promulgación por el Poder Ejecutivo y su publicación en la *Gaceta Oficial*".

Tal es, en síntesis, la opinión del Procurador General de la República expresada en este proceso; en ella se puede ver que su criterio coincide plenamente con el de la procedencia de la nulidad de los tratados internacionales que sean violatorios de la Constitución Nacional.

VIII. NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE LOS TRATADOS

En los apartados que anteceden se ha dejado establecido el principio de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico del país. Se ha visto, igualmente, a la luz de la jurisprudencia del Supremo Tribunal, de la doctrina y de la opinión del Procurador General de la República, que los tratados, como leyes nacionales que son, están sujetos al control de la constitucionalidad atribuido a esta Alta Corte. Se ha señalado, asimismo, que, siendo la regla general establecida en la Ley Fundamental, la revisión de todas las leyes y actos del Poder Público —excluidos sólo, según se dijo, los del Poder Judicial—, únicamente podría exceptuarse de esa revisión constitucional, algún acto legislativo o gubernamental que la propia Constitución de manera expresa así lo determinara.

Por lo tanto, procede el análisis de los principios de derecho internacional público contenidos en la Carta Fundamental, a objeto de apreciar si existe alguna norma que excluya del control dicho a los tratados internacionales.

De existir tal excepción, la consecuencia sería que los tratados, dentro del orden jerárquico de la legislación nacional, estarían por encima de la Constitución; pues no otra cosa significa que un estatuto legal pueda contener disposiciones anticonstitucionales sin que sea posible el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad.

Los principios de derecho internacional vigentes en la Constitución, pueden resumirse y clasificarse así:

1) *Normas generales*

A) *Declaración preliminar*: de "cooperar con las demás naciones y, de modo especial, con las Repúblicas del continente, en los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumentos de política internacional".

B) *Consignación del uti possidetis juris 1810*. Según este principio, establecido en el artículo 7º *eiusdem*, "el territorio nacional es el que correspondía a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada en 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados celebrados válidamente por la República".

Se declara igualmente en esa disposición, que "la soberanía, autoridad y vigilancia sobre el mar territorial, la zona marítima contigua, la plataforma continental y el espacio aéreo, así como el dominio y explotación de los bienes y recursos en ellos contenidos, se ejercerán en la extensión y condiciones que determine la ley".

C) *Integridad del territorio nacional*. Se establece, en el artículo 8º de la Carta Magna, que "el territorio nacional no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a potencia extranjera".

En esta misma norma se agrega: "Los Estados extranjeros sólo podrán adquirir, dentro del área que se determine, mediante garantías de reciprocidad y con las limitaciones que establezca la ley, los inmuebles necesarios para sedes de sus representaciones diplomáticas o consulares". "La adquisición del inmueble por organismos internacionales sólo podrá autorizarse mediante las condiciones y restricciones que establezca la ley. En todos estos casos quedará siempre a salvo la soberanía sobre el suelo".

D) *Reclamaciones de extranjeros*: Se dispone en el artículo 47 *eiusdem*, que, en ningún caso podrán pretender "los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causadas por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública".

E) *Contratos de interés público*: A esta materia se refiere el artículo 127 de la Constitución, al establecer: "En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras".

F) *Tratados o convenios internacionales*: El artículo 129 *eiusdem* dispone: "En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obli-

guen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o previamente convenida por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración”.

G) *Relaciones con la Iglesia*: “En posesión como está la República del Derecho de Patronato Eclesiástico, lo ejercerá conforme lo determine la ley. Sin embargo, podrán celebrarse convenios o tratados para regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado”. Tal es el texto del artículo 130 de la Carta Fundamental sobre esta materia.

H) *Actuación internacional de la República*: es de la competencia del Poder Nacional, según se prevé en el artículo 136 *ejusdem*, ordinal 1º.

2. Normas particulares

Aparte de las anteriores normas generales, la Constitución asigna específicas atribuciones de Derecho Internacional a las tres ramas del Poder Público, las cuales pueden clasificarse así:

A) Atribuciones del Poder Legislativo

a) *Conocer de los tratados o convenios internacionales de la República*. A este respecto el artículo 128 de la Constitución dice: “Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez...”.

b) *Iniciación de la discusión de los tratados*: según el artículo 150 ordinal 1º, es atribución del Senado “iniciar la discusión de los proyectos de ley relativos a tratados o convenios internacionales”. Del mismo modo, compete a esa Cámara autorizar a los funcionarios o empleados públicos para aceptar cargos, honores, recompensas de gobiernos extranjeros y el empleo de misiones militares en el exterior o extranjeras en el país (art. 150, ordinales 3º y 4º).

B) Atribuciones del Poder Ejecutivo

a) *Dirigir las relaciones exteriores de la República* y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales. Esta atribución la ejerce el Presidente de la República, según el artículo 190, ordinal 5º de la Constitución.

b) Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y de su soberanía, en caso de emergencia internacional (art. 190, ordinal 7º).

c) Nombrar, previa autorización del Senado o de la Comisión Delegada del Congreso, los jefes de misiones diplomáticas permanentes (art. 190, ordinal 16). Esta atribución, así como la anterior, corresponde al Presidente de la República.

C) *Atribuciones del Poder Judicial*: A la Corte Suprema de Justicia atribuye la Constitución, en el ordinal 2º del artículo 215, facultad para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los jefes de misiones diplomáticas de la República y conocer del respectivo proceso si se tratare de delitos políticos.

3) *Normas referentes a los tratados*

Tales son, en síntesis las principales disposiciones de derecho internacional público contenidas en la Constitución de la República. Con relación a ellas ha de considerarse si su contenido normativo puede servir de fundamento para estimar exceptuados, del control jurisdiccional de la constitucionalidad, los tratados y convenios internacionales.

En efecto, de las disposiciones enumeradas, concretamente se relacionan con la celebración de los tratados, la contenida en el artículo 129 *ejusdem*, cuyo texto dice:

"En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el Derecho Internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuera el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración".

¿Podrá deducirse del texto transcrito, que los tratados, convenios o acuerdos internacionales que celebre la República, están excluidos de la revisión constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales de Venezuela?

Como el fundamento de la sentencia es, precisamente, el contenido de esta disposición constitucional, la respuesta a la pregunta que antecede será ampliamente expuesta al hacer el análisis concreto del referido fallo.

IX. NORMAS DEL DERECHO COMPARADO RELATIVAS A LOS TRATADOS

Para concluir esta primera parte del voto salvado, se hará una breve incursión por las legislaciones de algunos países, en lo que respecta a la posición de los tratados frente al orden constitucional.

1) *Estados Unidos*. La supremacía de la Constitución norteamericana está expresamente establecida en el parágrafo 2º del artículo VI, que dispone: "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de élla se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país".

Según esta norma, el orden de prelación de las leyes en los Estados Unidos es como sigue:

1. La Constitución.
2. Las leyes y tratados del gobierno federal.
3. Las Constituciones de los Estados.
4. Las leyes dictadas por los Estados.
5. Las leyes dictadas por los gobiernos de condados, pueblos o ciudades (*Tu recia constitución*, por Bruce y Esther Findlay, pág. 105).

Está, pues, expresamente consagrado en la Constitución norteamericana, el concepto de la superlegalidad constitucional; y su consecuencia, como antes se ha visto, es la de que ningún estatuto legal puede violar sus disposiciones. Por tanto, según el orden jerárquico de la Constitución estadounidense, tanto *las leyes como los tratados*, que ocupan el segundo escalón en la pirámide del ordenamiento de aquel país, han de someter sus disposiciones a las pautas de la Constitución.

Como consecuencia lógica de esta supremacía, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene la facultad de decidir si esas normas de jerarquía inferior a la Constitución: una ley federal, estatal o local, o un tratado internacional, son constitucionales; o sea, si se trata de un ordenamiento permitido o prohibido por la Constitución. La Carta Fundamental americana no dice explícitamente que el Tribunal Supremo tiene esta facultad, pero élla ha sido ejercida por el Tribunal durante más de cien años.

Este poder de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes se ha formado, pues, al margen del puro texto constitucional, en virtud de la teoría general de las constituciones escritas y de la interpretación de la norteamericana, y su fecha precisa de nacimiento se ubica en el año de 1803, en que, con ocasión del caso *Mabury vs. Madison*, el Tri-

bunal Supremo, por boca de su famoso presidente Marshall, mediante un razonamiento exclusivamente lógico y sin referencia a ningún precedente o autoridad, estableció los fundamentos en virtud de los cuales corresponde a la Judicatura decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.

En ese importante caso se mantuvieron los argumentos siguientes: que el Gobierno de los Estados Unidos tiene poderes limitados en cada uno de sus departamentos, y, precisamente, para que tales límites no sean equivocados u obviados, es por lo que la Constitución es escrita; que una y otra cosa carecerían de sentido si los órganos que son limitados tuvieran facultad para sobrepasar los límites y si los actos prohibidos y los permitidos tuvieran la misma calificación. Que la alternativa es la siguiente: la Constitución, o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios, o está equiparada a los actos legislativos ordinarios, y, al igual que otras leyes, es alterable a discreción de la legislatura. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado. Que todos aquellos que han establecido constituciones escritas las han considerado como ley fundamental y superior de la nación, y, en consecuencia, la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo. "Esta teoría, dice el fallo indicado, está estrechamente vinculada a las constituciones escritas y, en consecuencia, ha de ser considerada por este Tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad".

Luego de los anteriores razonamientos, ubicados en la teoría general de la Constitución que afirma la primacía de ésta sobre las leyes ordinarias, pasa la referida sentencia al análisis de los principios que autorizan la revisión de la constitucionalidad por parte de los tribunales, y, al efecto, se afirma: que si dos leyes están en conflicto entre sí, se ha de decidir acerca de la aplicación de cada una; así: si una ley está en oposición a la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso: tal es la esencia del deber judicial.

Añade, el fallo que se analiza, que, de acuerdo con la teoría antes expuesta, "si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican", ya que otra cosa sería "subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas. Sería declarar que un acto que, de acuer-

do con los principios y teorías del Gobierno, es enteramente nulo, sin embargo, es, en la práctica, completamente obligatorio... , prescribiría límites y declararía que aquellos límites pueden ser rebasados a discreción; reduciría a la nada lo que se ha considerado como el mayor progreso de las instituciones políticas: una Constitución escrita”.

Como conclusión, el fallo comentado expresa: *el texto concreto de la Constitución de los Estados Unidos confirma y fortalece el principio, supuesto esencial de todas las constituciones escritas, que una ley que repugne a la Constitución es nula.*

Ha sido tan estricto el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, que, incluso, ha llegado a extenderse a las enmiendas de la Constitución. El juez americano se eleva notoriamente por encima de la ley constitucional; para él, existe sobre la Constitución un conjunto de principios superiores que forman la legitimidad constitucional. La Constitución primitiva se reputa adecuada a la legitimidad, y, por ello, si las enmiendas no se inspiran en ésta pueden ser declaradas inconstitucionales.

Según, esto, la ley constitucional misma no debe escapar al control del Juez; y hay ocasiones en que el control podría ejercerse sobre ella. Por ejemplo, en el caso de que la Constitución haya sido reformada irregularmente, sin observar el procedimiento formal, o bien, en cuanto al fondo, en el caso de que la enmienda constitucional está en contradicción con el principio de la legitimidad constitucional, que es superior a la superlegalidad misma.

Como precedente de esta tesis se menciona el caso de la enmienda XIV, sección V de la Constitución americana, anulada de hecho por el procedimiento de la interpretación constructiva, y la tentativa hecha en 1920 por los destiladores para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la enmienda XVIII sobre la prohibición de las bebidas alcohólicas.

Ahora bien, si tal es el panorama que, con respecto al control de la Constitución, existe en los Estados Unidos, es imperativo concluir que también allá los tratados internacionales, pueden ser objeto de revisión jurisdiccional en cuanto a su constitucionalidad, por estar ubicados en escala inferior a la Carta Fundamental, y a idéntico nivel de las leyes federales que, según se ha visto, pueden ser anuladas por el Tribunal Supremo cuando chocan con la Constitución.

2) *Francia.* El derecho constitucional francés, ha mantenido los principios de la supremacía y de la rigidez constitucional. Así, en la Constitución del 27 de octubre de 1948, parcialmente reformada el 7

de diciembre de 1954, se trató de asegurar su permanencia; y, para ello, se estableció que su reforma no podía tener lugar sino a través de un método más dificultoso que el de las leyes ordinarias. Asimismo, se la defendió de las posibilidades de reforma a través de la ley ordinaria, a cuyo efecto se creó un comité de vigilancia encargado de llamar la atención sobre las leyes que comportaran una modificación constitucional.

Este Comité constitucional estaba constituido por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Consejo de la República, siete miembros elegidos por la Asamblea Nacional, y tres miembros elegidos por el Consejo de la República.

Al Comité correspondía dictaminar sobre la constitucionalidad de la ley; si la resolución expresaba que la ley era contraria a la Constitución, procedía su envío a la Asamblea para nueva deliberación; y, en caso de mantenerse el primitivo acuerdo, había de procederse a la reforma de la Constitución como si se tratase de una revisión expresamente planteada, pero la ley no se promulgaría hasta que dicha reforma no se hubiese llevado a cabo.

La Constitución francesa de 1958 mantuvo el anterior sistema; y, al referirse al Consejo Constitucional (artículos 56 a 63), lo considera como una especie de tribunal electoral y *constitucional* que tiene, entre sus facultades, la fiscalización de la constitucionalidad, que opera en estas dos formas:

a) Es *preceptiva* en lo que respecta a las leyes orgánicas y a los reglamentos de las Cámaras, cuyos textos deberán ser remitidos al Consejo antes de que entre en vigor para que decida de su constitucionalidad.

b) Es *facultativa* cuando, a iniciativa del Presidente de la República, del Primer Ministro o de los Presidentes de las Asambleas, entienda de la constitucionalidad de las leyes antes de que sean promulgadas; deberán decidir dentro del plazo de un mes, que puede reducirse a ocho días en caso de urgencia. *También, a requerimiento de las mismas autoridades, entenderá de la constitucionalidad de los acuerdos internacionales.*

Como efecto de la declaración de inconstitucionalidad, expresa la Constitución francesa que los fallos del Consejo son inapelables, de modo que sus decisiones vinculan los poderes gubernamentales, administrativos y judiciales. La disposición legal declarada anticonstitucional no puede entrar en vigor. Y concretamente se prevé que, *en el caso de los tratados, la declaración de inconstitucionalidad obliga a dejar en sus-*

penso la autorización o ratificación del tratado hasta después de una reforma de la Constitución que lo haga compatible con ella (art. 54).

Como puede observarse, también conforme a la legislación francesa, puede ser declarada la inconstitucionalidad de los tratados, con la consecuencia de impedir su vigencia, aun cuando ya estuviese, no sólo suscrito por las altas partes contratantes, sino aprobado por el Parlamento. Solo cabe advertir que el procedimiento del control constitucional francés difiere en general del que rige en Venezuela, pues en aquél sistema, en el que predomina el régimen administrativo, la revisión de las leyes y tratados sólo procede en la oportunidad anteriormente indicada, y la posibilidad de accionarlas no es permanente e imprescriptible como en los sistemas patrio y norteamericano.

He aquí, pues, otra demostración más de que sí pueden los tratados internacionales ser objeto de control constitucional cuando sus normas sean violatorias de la Carta Fundamental.

3) *Méjico*. Los principios que se han dejado expuestos están acogidos en el ordenamiento legal de casi todos los países. Así, la Carta Fundamental de Méjico, en el artículo 133, establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y *todos los tratados que estén de acuerdo con la misma*, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión".

Es necesario observar, con relación a la disposición transcrita (cuyo texto es similar al de la Constitución americana), que la propia doctrina mejicana, al interpretar su contenido, ha estimado que, aunque parece ser que el artículo 133 mencionado, en su primera parte, otorga el carácter de supremacía no sólo a la Constitución, sino también a las leyes dadas por el Congreso de la Unión que emanen de ella y a los *tratados internacionales* celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, es lo cierto que, a pesar de esta declaración, la supremacía sigue reservándose a la Ley Fundamental, pues tanto las leyes federales emanadas de ésta como los *tratados*, en cuanto a su carácter supremo, están sujetos a la condición de que no sean contrarios a la Constitución.

Y no puede ser otra la interpretación dada a la norma en cuestión, por cuanto en el ordenamiento jurídico mejicano el principio de la supremacía constitucional no sólo es importante por lo que concierne a la respetabilidad de la misma, sino en cuanto constituye uno de los presupuestos lógicos fundamentales sobre los que descansa *el juicio de am-*

paro, que nace en el caso de que dicha respetabilidad no se cumpla por las autoridades obligadas a observarla.

Por tanto, de acuerdo con esas disposiciones, también se admite en la legislación mejicana la sumisión de los tratados a la Constitución; y, consiguientemente, la facultad de anular y declarar ineficaces aquellos que pugnen contra las prescripciones de la Ley Suprema de la Nación.

4) *Bolivia*. El jurista boliviano Mario Hinojosa Antezana, al manifestar, con respecto a la legislación de Bolivia, su opinión sobre la posición de los tratados internacionales frente a la Carta Fundamental, expresa:

"El régimen jurídico boliviano mantiene un orden jerárquico normativo que establece los grados de validez de las disposiciones legales, dando una sistemática prelación en cuanto a su aplicabilidad. En este sentido, la 'arquitectura jurídica' de Bolivia está constituida colocando en la base de la organización legal la Constitución Política del Estado, en seguida las leyes, luego los decretos y por último las resoluciones".

Cita luego el texto del artículo 182 de la Constitución boliviana, que expresa:

"Las autoridades y tribunales, aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones".

Como conclusión de esta opinión se expresa: "Por consiguiente, todos los tratados internacionales han sido suscritos en Bolivia considerando siempre lo que establece la Constitución, y, por supuesto, bajo ningún punto de vista puede estar (el tratado) en contraposición a lo establecido en ella".

5) *Uruguay*. La Sección XV de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, que se refiere al Poder Judicial (Capítulo IX), contiene las disposiciones relativas al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

El artículo 256 establece:

"Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes".

El artículo 257, dice:

"A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la re-

solución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas”.

El artículo 258, dispone:

“La declaración de inconstitucionalidad de una Ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1º. Por vía de acción que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia; 2º. Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial”.

En opinión que respecto a la inconstitucionalidad de los tratados en el régimen jurídico uruguayo, emite el doctor Ramón Valdés Costa, Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay, expone este ilustre jurista:

“No tengo la más mínima duda de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad en el caso de que el Poder Legislativo aprobara un Tratado contrario a la Constitución. Apoyo esta opinión en la circunstancia de que la aprobación de los Tratados por la Asamblea General se realiza mediante acto que reviste la forma de ley. Nuestra doctrina es firme en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad corresponde contra todos los actos del Poder Legislativo que adquieran dicha forma. Es decir, no se requiere que la ley formal sea a la vez ley en sentido material”.

El doctor Valdés Costa cita a su vez la opinión de autores uruguayos, y, al efecto, menciona al Profesor Titular de Derecho Internacional Público en Montevideo, doctor Eduardo Jiménez de Arechaga, quien expresa: “Siendo el tratado aprobado, como es, por una ley, en caso de que sus normas *sean contrarias* a la Constitución, aquélla es susceptible del recurso de inconstitucionalidad”. (*Curso de Derecho Internacional Público*, tomo I, *Teoría General*, página 226). Esta solución le resulta indiscutible al autor cuando el conflicto se plantea ante el Juez Nacional. Con respecto al caso de que el problema se considere en la esfera internacional, el mismo autor dice: “El tratado celebrado con violación de las normas constitucionales *no es internacionalmente válido y su incumplimiento no genera responsabilidades*”.

Apoya el autor esta opinión —dice Valdés Costa— en que la “determinación de los órganos competentes y los procedimientos aplicables debe hacerse de acuerdo con el Derecho Constitucional de cada país. Cita al respecto abundante jurisprudencia extranjera”.

Más adelante el internacionalista uruguayo señala, que los países que han querido establecer la posibilidad de aprobar regímenes de derecho internacional contrarios a la Constitución (caso de delegación de atributos constitucionales en organismos internacionales), se ha modificado la Constitución reclamando para la aprobación de esos tratados las garantías exigidas para introducir enmiendas o reformas constitucionales. "De este modo —añade el autor— la aprobación del tratado no es ya materia de una ley ordinaria susceptible de ser declarada inconstitucional, sino que ese tipo de tratado es en realidad aprobado por lo que en sustancia constituye una enmienda constitucional".

Estas son, en síntesis, las disposiciones que, en la legislación uruguayo, rigen cuando los tratados internacionales contradicen las normas de la Constitución, en cuyo caso, según se aprecia, procede la nulidad de esas convenciones por acción directa ante el más Alto Tribunal de la República.

6) *Paraguay*. La Constitución paraguaya, promulgada por Decreto-Ley N° 2.242, del 10 de julio de 1940, dispone:

"*Artículo 4º*. Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las naciones extranjeras, son la ley suprema de la Nación".

La redacción de este artículo es semejante a la que trae las Constituciones de los Estados Unidos, Méjico, Argentina y otros países.

El jurista paraguayo Horacio Gabriel Lebrón, en opinión que sostiene en relación al régimen de los tratados internacionales en su País, expresa:

"Soy de parecer que dentro del ordenamiento legal de todo país, incluso el Paraguay, la Constitución es la ley fundamental, con primacía sobre cualquier disposición normativa que integre el Derecho positivo de ese país. La misma redacción del artículo 4º de nuestra Constitución vigente, está indicando que la Constitución nacional se halla ubicada en la cúspide de la pirámide jurídica que representa el Derecho positivo paraguayo. Admitir la tesis contraria, sería reconocer que a través de un Tratado con cualquier potencia extranjera, pudiera modificarse la Constitución Nacional, en flagrante contradicción con el procedimiento que nuestra Constitución establece expresamente para su modificación".

Concluye su parecer el jurista paraguayo en estos términos: "He consultado el caso con el doctor César A. Garay, Profesor Titular de

Derecho Constitucional, y se ha mostrado decidido y categóricamente partidario de la supremacía de la Constitución Nacional, frente a los Tratados Internacionales”.

He aquí otro dictamen más en favor de la tesis que sostiene el sometimiento de las convenciones internacionales a las pautas constitucionales, cuyo efecto no puede ser otro que la vigencia absoluta del control jurisdiccional de las disposiciones anticonstitucionales de tales acuerdos. Así lo demandan la supremacía de la Ley Fundamental y la soberanía misma de los Estados contratantes.

7) *Otros países.* Los anteriores principios, y, concretamente, el que consagra el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, se ha admitido en las Constituciones de las demás Repúblicas americanas, inspiradas en la de los Estados Unidos, tales como las de Argentina (Constitución de 25 de mayo de 1853); Brasil (Constitución de 24 de febrero de 1891); Cuba (Constitución de 1901); Chile (Constitución de 1925); Ecuador, Guatemala, Nicaragua, etc.

También los pueblos anglosajones, desde el momento en que tienen una Constitución escrita, no vacilan en admitir el control jurisdiccional de constitucionalidad. En la Europa continental, por el contrario, es donde se ha notado una fuerte resistencia a la admisión de este control. Depende esto, según criterio de diversos constitucionalistas, de que en los países anglosajones no se ha quebrantado la posición del Juez, instituyendo un régimen administrativo como el del continente europeo.

La Constitución Federal de Austria (de 1920) ha creado para estos efectos un Tribunal constitucional capaz de anular una ley. Otras constituciones sólo autorizan la declaración de inconstitucionalidad a instancia del Ejecutivo, como la de Panamá de 1904, o bien a instancia del legislativo central (Comité Central Ejecutivo de la Unión) para asegurar el prevailecimiento de la legislación federal sobre la de los Estados (Constitución soviética de 1923).

En algunos casos en que no se reconoce a los tribunales la facultad de juzgar la validez *intrínseca* de un acto legislativo, se les ha dotado de potestad para examinar la legalidad *extrínseca*; puede existir, en efecto, una infracción de las formas y de los procedimientos al deliberar una ley o al ser votada y sancionada. En este sentido, la Constitución checoslovaca de 1920, concedió a los jueces, no sólo el derecho de examinar la validez de un decreto del Gobierno, sino el de dictaminar si las leyes han sido promulgadas en forma legal.

Del somero análisis de las normas que rigen el control constitucional de las leyes en diversos países, claramente se aprecia que los trata-

dos, como cuerpos legislativos que son, no pueden escapar al control jurisdiccional de constitucionalidad. Por tanto, si en otros Estados —incluso aquellos con los cuales Venezuela mantiene pactos internacionales— funciona esa revisión constitucional, no existe razón alguna para que el Estado venezolano renuncie a ese derecho, que indudablemente contribuye al mantenimiento de su soberanía e independencia.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Pasa ahora el Magistrado que suscribe al análisis de las razones que han sido expuestas en la sentencia como fundamento de la incompetencia de la Corte Suprema de Justicia, para conocer de la demanda de nulidad absoluta parcial del ordinal 14, artículo II, de la Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición celebrado entre Venezuela y los Estados Unidos de América.

I. EXCEPCIONES AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Admite el fallo que la Carta Magna ha acogido el principio general, según el cual, los actos del Poder Público están sometidos jurisdiccionalmente a control constitucional, como lo estatuyen los ordinales 3º, 4º y 6º del artículo 215 de la Constitución, que atribuyen a la Corte Suprema de Justicia, la facultad de declarar la nulidad de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos; de las leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados o Municipios; de los Reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional, cuando alguno de esos actos entrañe colisión con la Constitución o violación de la misma.

“Pero es de observar —agrega la sentencia— que el control jurisdiccional intrínseco de los actos estatales no ha sido consagrado en forma absoluta, pues del estudio de la propia Constitución Nacional, de la Ley Orgánica de la Corte de Casación y de precedentes jurisprudenciales, *surgen y se justifican situaciones excepcionales en que los actos del Poder Público en sus tres ramas no están sometidos al control de la jurisdicción constitucional*”.

Luego de esta afirmación, y a título de ejemplos, se hace el análisis concreto de actos de las tres ramas del Poder Público que, en criterio del fallo, no están sometidos a esa revisión.

Estima el exponente, que por no ser necesario para arribar a la conclusión a que llega el fallo, no ha debido la sentencia dejar establecido que existan actos del Poder Público que, en su concepto, no están sometidos a revisión por inconstitucionalidad; pues ello implica comprometer anticipadamente el criterio de este Supremo Tribunal sobre materias no planteadas en el proceso, y ajenas al supuesto que es objeto del presente juicio; ya que, sobre la posibilidad de control constitucional de esos actos, debe decidirse en la oportunidad en que surja un caso determinado. Así, por ejemplo, no podría en forma alguna decirse, que no están sujetos a control jurisdiccional por inconstitucionalidad, los Reglamentos de las Cámaras Legislativas, ni los demás actos contenidos en las atribuciones que el artículo 158 de la Constitución fija a dichas Cámaras; cuestión ésta que, de surgir respecto a un caso que se planteara a la Corte, podría ameritar una decisión contraria a la que ahora se sostiene.

Hecha la anterior advertencia se procede al análisis de los actos que la sentencia estima exceptuados de revisión constitucional.

1) *Actos del Poder Legislativo.* Dice la sentencia: "en lo tocante al Poder Legislativo Nacional existen varios casos en que sus actos están excluidos del control jurisdiccional de su constitucionalidad intrínseca, como expresamente lo estatuye el artículo 159 de la Constitución Nacional".

El texto del artículo que cita la sentencia, dice:

Artículo 159. "Los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus *atribuciones* privativas no estarán sometidos al veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo que esta Constitución establece sobre extralimitación de atribuciones".

"De modo —dice el fallo al referirse a esta norma— que los cuerpos legislativos, al ejercer sus atribuciones privativas, salvo lo que la misma Constitución establece sobre extralimitación de atribuciones, no están sujetos a ninguna clase de control, *incluso el jurisdiccional*, y por tanto ningún otro poder puede cuestionar en su aspecto privativo la validez de los actos realizados".

Según los términos del fallo, y de acuerdo con la disposición citada, habría que considerar *excluidos de todo control constitucional*, los actos que se ejecuten con base en las *atribuciones privativas* de cada uno de los cuerpos legislativos contenidas en el artículo 158 de la Constitución; en las atribuciones del Senado, contempladas en el artículo 150 *ejusdem*, y en las atribuciones de la Cámara de Diputados previstas en el artículo 153 de la Constitución.

Para demostrar la inexactitud de la anterior afirmación que se hace en la sentencia, bastaría sólo recordar que la atribución 3ª, del artículo 215 de la Constitución confiere potestad a la Corte Suprema de Justicia para "declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y *demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución*". Ahora bien, los *Actos* a que alude esa amplia facultad revisora del más Alto Tribunal de la República, no pueden ser otros que los actos que realizan las Cámaras Legislativas en el ejercicio de las atribuciones que la propia Constitución les confiere en los artículos que cita la sentencia. O sea, que, además de la potestad para anular las *leyes* inconstitucionales el constituyente confirió poder a la Corte para extender esa facultad anulatoria a *todos los demás actos* —distintos de las leyes— que realicen las Cámaras Legislativas, sin que se consagre para ello ninguna excepción. Por consiguiente, ningún acto que dichas Cámaras efectúen en el ejercicio de sus atribuciones puede estar excluido de la revisión de inconstitucionalidad que compete a este Supremo Tribunal por virtud de lo dispuesto en la atribución 3ª, del artículo 215 de la Carta Magna. De lo contrario, carecería de todo objeto el contenido de esa atribución en cuanto se refiere a los *demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución*.

Este análisis conduce a la conclusión de que el *veto, examen o control* de los actos de los cuerpos legislativos por parte de los otros poderes, a que alude el citado artículo 159 de la Constitución, *no incluye el control constitucional* consagrado en el ordinal 3º, artículo 215 de la Carta Fundamental; o sea, que la norma del artículo 159, deja a salvo la revisión, por la Corte Suprema de Justicia, no sólo de las leyes nacionales, sino también de *los demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución*.

En efecto, el propio artículo 159, al excluir de control, veto o examen, los actos señalados, dice en su parte final: *salvo lo que esta Constitución establece sobre extralimitación de atribuciones*. Ahora bien, la Constitución en ningún otro de sus artículos alude al concepto de *extralimitación de atribuciones*; es el artículo 159 el único en donde se hace esa mención. Por consiguiente, hay que admitir que, al hablarse de *extralimitación de atribuciones*, se está haciendo referencia al concepto doctrinal y jurisprudencial de *usurpación de funciones*. Así lo ha interpretado este Supremo Tribunal, en sentencia de 12 de junio de 1951, en la que se estableció: "Autoridad es potestad o facultad para ejercer determinadas funciones públicas. La Constitución califica de *usurpación* la *extralimitación de atribuciones*, considera ineficaz toda autoridad usurpada y declara nulos sus actos".

Ahora bien, según la Ley Fundamental, "la Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio" (artículo 117). Cada una de las ramas de ese Poder tiene sus propias funciones (artículo 118), y toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos (artículo 119).

En estos preceptos se aprecia la existencia de dos tipos de usurpación de funciones o de atribuciones: la *usurpación de autoridad*, que es la ejercida sin ningún tipo de investidura, ni regular ni prescrita; y la *usurpación de funciones* propiamente dicha (equivalente a la extralimitación de atribuciones), que existe cuando una autoridad, al dictar un acto, incurre en una *incompetencia constitucional*, bien porque usurpe atribuciones de otra rama del Poder Público, o bien porque no adapte sus actos a las normas que le fija la Constitución, o sea, cuando actúa fuera de la competencia que constitucionalmente le está determinada.

Por consiguiente, al establecerse en el artículo 159 *eiusdem* que los actos de los Cuerpos Legislativos no son controlables, "salvo lo que esta Constitución establece sobre *extralimitación de atribuciones*", se está dejando plenamente en vigencia el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución, que consagra, como atribución de la Corte Suprema de Justicia, declarar la nulidad de las leyes nacionales y "*demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución*". Estos actos susceptibles de control constitucional son precisamente todos los realizados por las Cámaras Legislativas *en ejercicio de sus atribuciones constitucionales*.

En criterio del Magistrado exponente, no puede darse otra interpretación a lo establecido en el citado artículo 159; pues resulta inconcebible que, por ejemplo, escapen al control constitucional, los Reglamentos de las Cámaras Legislativas que modifiquen la forma de discusión de las leyes pautada por la Constitución, o el número y forma de las discusiones en ella establecido, o las demás formalidades que se consagran en la Carta Magna. Como tampoco podría establecerse, reglamentariamente o por otro acto del Congreso, que la separación temporal de un Senador o Diputado podrá acordarse por una votación inferior o superior a las dos terceras partes de los parlamentarios presentes (artículo 158, numeral 1º). Tal proceder implicaría una *extralimitación de atribuciones* por violación de precepto constitucional expreso, y ocasionaría, si así se solicitara, la declaratoria de inconstitucionalidad del acto por la Corte Suprema de Justicia, con base en el ordinal 3º, artículo 215 de la Carta Magna.

Por consiguiente, contrariamente a lo que dice el fallo, es opinión del suscrito que *todos los actos de los cuerpos legislativos que colidan*

con la Constitución, implican una *extralimitación de las atribuciones* que la propia Constitución fija a dichos cuerpos; y, por consiguiente, esos actos, sin excepción alguna, están sometidos al control de la constitucionalidad por parte del más Alto Tribunal de la República, de acuerdo con la atribución constitucional indicada.

2) *Actos del Poder Judicial*. Ya en la primera parte del voto salvado se ha señalado, que la revisión de los actos del Poder Judicial, en lo relativo a su constitucionalidad, están excluidos de las atribuciones de la Corte, al no haberse ello previsto expresa ni implícitamente en ninguno de los ordinales del artículo 215 *eiusdem*. Por consiguiente, innecesarios resultan los razonamientos que al efecto se hacen en el fallo. La duda pudo existir en Constituciones anteriores, cuando la norma constitucional no hacía discriminaciones, sino que aludía a *todos los actos del Poder Público*, como susceptibles de control constitucional. Pero excluidas actualmente de ese control directo las actividades del Poder Judicial, no existe motivo para el planteamiento del tema. Estos actos mantienen su revisión constitucional dentro de los propios procesos, mediante los trámites y recursos correspondientes y bajo el conocimiento del órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, si se considera como *acto administrativo* en sentido amplio, el acto que emana de un órgano estatal actuando en función administrativa, habría que admitir que, cuando los órganos legislativos o judiciales actúan de esa manera, dictan actos *administrativos*, sujetos, por consiguiente, a revisión respecto a su constitucionalidad e ilegalidad. Tal sería el caso de la designación, por dichos órganos, de funcionarios para sus dependencias.

3) *Actos del Poder Ejecutivo*. Siguiendo el análisis de los actos que, en su criterio, están excluidos del control constitucional que compete a este Supremo Tribunal, alude la sentencia a ciertos actos del Presidente de la República. En este sentido el fallo expone:

...“En lo relativo a los actos que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales, en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe del Estado venezolano asignados a aquél por el artículo 181 de la Constitución, *están excluidos del control jurisdiccional de constitucionalidad* en atención a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente política o actos de gobierno,

o de índole discrecional; *situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional*".

Como ejemplo de esos actos cita el fallo: "fijar el contingentamiento de las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y reunir en Convención a algunos o a todos los Gobernadores de las entidades federales". A éstos necesariamente habría que agregar todos los demás actos presidenciales de índole política y discrecional, así como los llamados actos de gobierno, atribuidos por la Constitución al Jefe del Estado.

Discrepa totalmente el Magistrado disidente de las anteriores afirmaciones que se hacen en el fallo. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia están acordes en reconocer que la Administración (y al hablar de Administración se incluye al Presidente de la República) realiza actos que se denominan *reglados* y actos que se conocen como *discrecionales*. La Administración actúa bajo *competencia reglada* cuando las reglas o normas preestablecidas que forman el Principio de la Legalidad Administrativa no le conceden libertad alguna de obrar o de elección entre varias soluciones, sino que le indican qué decisión concreta debe tomar.

En cambio, existe *facultad discrecional* de la Administración, cuando ante unas circunstancias de hecho determinadas, la autoridad administrativa tiene la facultad de apreciar esas circunstancias en cuanto a su *oportunidad y conveniencia* y, por tanto, la facultad discrecional de adoptar, suprimir o modificar providencias sin estar condicionada para ello por norma legal expresa.

El interés fundamental de la distinción entre competencia reglada y poder discrecional es la distinción entre legalidad y oportunidad. En el primer caso, la autoridad administrativa debe dictar su decisión enteramente condicionada por la Ley; en el segundo caso la Administración es libre de adoptar su decisión en cuanto a la *oportunidad* de hacerlo y a la *conveniencia* para ello.

Según lo expuesto, respecto de los actos reglados procede el control constitucional por vía directa ante el Supremo Tribunal de la República. Pero, ¿están los actos administrativos discrecionales sometidos a ese mismo control? Ciertamente que sí, ya que ellos no escapan al cumplimiento del principio de la legalidad administrativa. En efecto, obrar discrecionalmente no quiere decir obrar arbitrariamente, sino regirse por principios jurídicos generales, aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto, y sacar las consecuencias. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más adelantados —Constitución venezolana, artículo 206— se ha introducido el *recurso contencioso-administrativo por desviación de*

poder, es decir, el recurso contra la Administración pública por un acto de la misma en el cual, aun cuando no se haya infringido ninguna ley ni reglamento y haya obrado la Administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales, lo ha hecho en contradicción de la *finalidad* para la cual se le otorgaron esas facultades discrecionales. Tal es el concepto doctrinal de la *desviación de poder*.

Por tanto, todos los actos administrativos, discrecionales o reglados, están sometidos al control jurisdiccional de la Corte, en cuanto a su constitucionalidad o ilegalidad; con la única diferencia de que, respecto de los discrecionales, hay que tener en cuenta lo concerniente a la *oportunidad y conveniencia*.

Con relación a los llamados *actos de gobierno* o *actos políticos*, que la sentencia también estima excluidos del control constitucional de la Corte, procede hacer consideraciones similares a las que anteceden.

En efecto, la actividad administrativa que se realiza en ejercicio del Poder Ejecutivo se ha estimado dividida en dos funciones fundamentales: la *función administrativa* y la *función de gobierno*, que se manifiestan a la realidad jurídica en la forma de *actos administrativos* y *actos de gobierno*.

Ahora bien, si se admite que acto administrativo es el que se realiza en ejecución de la ley, y acto de gobierno el que se efectúa en ejecución directa de la Constitución, teniendo por tanto éstos el mismo rango estructural que la Ley, podría llegarse a la conclusión de que los actos administrativos pueden siempre ser controlados y jurisdiccionalmente en razón de su *legalidad* y en razón de su *constitucionalidad*; y los *actos de Gobierno*, en cambio, sólo pueden ser controlados jurisdiccionalmente en razón de su *constitucionalidad*.

Esta distinción aparece reflejada en la Constitución. En efecto, el ordinal 6º del artículo 215 confiere competencia a la Corte para "declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de esta Constitución" (*actos de gobierno*). El ordinal 7º, por su parte, atribuye a la Corte facultad para "declarar la nulidad de los *actos administrativos* del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente".

Aparte de esta clasificación, puede afirmarse categóricamente, que no existen en el ordenamiento jurídico venezolano disposiciones constitucionales o legales que consagren la existencia de *actos de gobierno* en el sentido que se establece en otras legislaciones, y que, expresamente, se excluyen del control constitucional.

De lo anteriormente expuesto se evidencia que, contrariamente a lo afirmado en el fallo que antecede, ni los llamados *actos de gobierno* ni

los actos discrecionales del Ejecutivo Nacional, escapan en la legislación venezolana al control constitucional atribuido a la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, toda actuación del Poder Ejecutivo, o del Presidente de la República, que en cualquier forma viole la Constitución, cae bajo la esfera de esa revisión. Así lo ha sostenido el más Alto Tribunal de la República, al establecer: "todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de la *legalidad de los actos administrativos*, según el cual éstos carecen de vida jurídica, no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley" (Sentencia de 17 de julio de 1953).

No existen, pues, en nuestro ordenamiento jurídico, esas supuestas *excepciones* a que alude la sentencia, relativas al control jurisdiccional sobre la constitucionalidad intrínseca o extrínseca de los actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ni es aceptable, a juicio del exponente, la conclusión a que llega el fallo cuando asienta que "ese control no ha sido establecido en forma rígida o absoluta, pues están sustraídas a su dominio diversas situaciones tanto en el orden legislativo, como en el judicial y en el ejecutivo". Lo expuesto con anterioridad demuestra lo contrario, con la salvedad que se ha hecho respecto a los actos del Poder Judicial.

Y es que, dentro del estricto sistema de legalidad que impera en la República, no pueden concebirse actos del Poder Público que impunemente violen la Constitución. A ello se opone la citada norma del artículo 117 que, en forma categórica, dispone: "La Constitución y las Leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio". Cualquier transgresión a este fundamental principio de legalidad, que sirve de base al estado de derecho, encuentra su correctivo en la facultad de revisión de la constitucionalidad encomendada a la Corte Suprema de Justicia, por virtud de lo estatuido en el artículo 215 de la Ley Fundamental de la República.

Sin embargo, si se admitiera, de manera hipotética, que algunos actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo se encontraran exentos de control constitucional, necesariamente tendríase que admitir, que esa exclusión representaría una *excepción* al principio constitucional que consagra, como *regla general*, la revisión de la constitucionalidad. Pero como toda excepción tiene que ser limitativa, no bastaría que la Constitución consagrara esas excepciones para que, por obra y gracia de una interpretación analógica, pudiesen ellas ser aplicadas a otros casos no ex-

ceptuados de modo específico. De aquí que, en la hipótesis de que estuvieran eximidos de control constitucional los casos a que alude la sentencia, ello no justificaría que se excluyeran también los *tratados internacionales* sin que exista concretamente establecida una disposición constitucional que haga esa excepción. Por ello, al descartarse en esta exposición toda posibilidad de que los actos legislativos y ejecutivos puedan ser sustraídos a la revisión de este Supremo Tribunal, queda por examinar si, como asienta la sentencia, existe alguna norma constitucional que, en forma expresa, excluya los tratados internacionales de ese control constitucional.

II. ¿ESTAN LOS TRATADOS INTERNACIONALES EXCLUIDOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL POR VIRTUD DEL ARTICULO 129 DE LA CONSTITUCION?

Según la sentencia de la cual disiente el Magistrado que suscribe, no compete a la Corte, la declaratoria *erga omnes* de nulidad parcial o total de la Ley aprobatoria de un tratado internacional con la ratificación del Jefe del Estado.

Para fundamentar esta afirmación, el fallo estima como terminante el contenido del artículo 129 de la vigente Constitución Nacional, que, en su concepto, *excluye del control constitucional de constitucionalidad los tratados internacionales celebrados por Venezuela*: y considera que la competencia para conocer de las controversias por aquéllos suscitadas no se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia, sino que las diferencias han de resolverse por las vías reconocidas en el derecho internacional o por los medios previamente acordados por la voluntad de los contratantes.

Se cita en la sentencia el texto de la indicada disposición constitucional, cuyo contenido es del tenor siguiente:

“Artículo 129. En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se *insertará* una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las *controversias* que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración”.

Dice la sentencia: “el análisis de esta disposición constitucional *de carácter especial y excepcional con respecto a la norma general estatuida en el mencionado ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacio-*

nal, pone de manifiesto que la intención del Poder Constituyente fue evidentemente sustraer los tratados internacionales una vez celebrados y perfeccionados, *al control jurisdiccional de constitucionalidad, aunque dejando abierta la posibilidad de resolver el conflicto entre la Constitución y el Tratado por las vías aceptadas en Derecho Internacional o por las previamente convenidas por los Estados contratantes.* (Subraya el exponente).

Estas afirmaciones de la sentencia, de las cuales discrepa en la forma más absoluta el Magistrado disidente, ameritan un detenido y cuidadoso análisis; y, para lograrlo, se tratarán por separado las diversas cuestiones que su estudio requiere.

1) *¿Surte efecto de pleno derecho en los tratados internacionales la cláusula del artículo 129 de la Constitución?* Para responder a esta pregunta hay que situarse en la hipótesis, absolutamente negada, de que esa cláusula implicara, como lo asienta el fallo, una sustracción de los tratados internacionales al control jurisdiccional de constitucionalidad. En efecto, si se admitiera semejante tesis, habría que llegar a la conclusión de que, para que esa cláusula surtiera el efecto de llevar a cabo la exclusión del control constitucional, tendría, forzosamente, que *estamparse y figurar en el texto mismo de todos los tratados, formando así parte integrante de la convención internacional;* pues hay que tener en cuenta que el texto de la disposición constitucional expresamente dice: *se insertará una cláusula...* O sea, que el contenido de esta cláusula no opera de pleno derecho o bajo forma de presunción, sino que debe aparecer *formando parte del tratado.* Diferente es el caso de la cláusula similar prevista en el artículo 127 *ejusdem*, para los *contratos de interés público*, pues, en este caso, el texto de esta disposición dice: *En los contratos de interés público... se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula...*", lo cual, según se ha dicho, no reza para la cláusula de los tratados internacionales.

De tal manera que, en el supuesto de *los contratos de interés público*, la cláusula surte plenos efectos *aunque no se exprese en el contrato;* en cambio, la cláusula de los *tratados internacionales* que se analiza no fue dotada por el constituyente de este carácter de presunción; y, por tanto, si por cualquier motivo no se inserta en el texto del tratado, la cláusula no producirá ningún efecto.

Ahora bien, si, como afirma el fallo, la existencia de esa disposición constitucional, es la que sustrae los tratados internacionales al control jurisdiccional de constitucionalidad, y constituye, a su juicio, una excepción al ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución, ¿qué acon-

tecerá respecto de los tratados internacionales en cuyo texto *no se inserte la cláusula del artículo 129 ejusdem*? Faltando en ellos esa norma "de carácter especial y excepcional con respecto a la norma general estatuida en el mencionado ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacional" (como la conceptúa la sentencia), desaparecería la causa o razón de esa excepción; y, en consecuencia, tendría plena vigencia la disposición general que ordena el control constitucional por parte de este Supremo Tribunal.

Según la tesis del fallo, habría entonces, en lo que a los Tratados concierne, una dualidad de tratamiento con relación a ese control: aquéllos en los cuales se inserte la referida cláusula, estarían exentos de revisión constitucional; pero los que carecieren de ella, podrían ser impugnados por acción directa de inconstitucionalidad ante la Corte, con todas las consecuencias que de esta revisión jurídicamente se derivan.

Por otra parte, el propio artículo 129, que se analiza, somete la inserción de la cláusula en referencia, a dos condiciones que señala en su parte final, a saber: a) *si no fuere improcedente*, y b) *si así lo permite el procedimiento que deba seguirse para la celebración del tratado*.

De consiguiente, si las partes contratantes, por cualquier razón, estiman que la cláusula del artículo 129 *no es procedente* en el convenio que están celebrando, dejarán de insertarla; y, por tanto, no se produciría en ese convenio el efecto excluyente del control constitucional que la sentencia pretende dar a dicha cláusula; en consecuencia, no existiendo excepción alguna, ese tratado podría ser impugnado de inconstitucional ante la Corte, con base en la norma general del ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución.

De la misma manera, *si el procedimiento que deba seguirse para la celebración del tratado no lo permite* —como lo expresa la norma constitucional que se analiza—, tampoco figurará en el texto del mismo la cláusula en referencia; y, por ello, al no producir efecto alguno en el convenio, ese tratado, conforme a la tesis del fallo, también será revisable por la Corte con base en la atribución ya señalada.

Esta previsión que se hace en el artículo 129 de la Constitución, mediante la cual se eximen de la referida cláusula los tratados en los cuales ella no pueda ser insertada por no permitirlo *el procedimiento que deba seguirse para su celebración*, surte especial efecto en los *tratados multilaterales*, en los cuales se contemplan situaciones generales y comunes a varios Estados y en cuya redacción, proyectada casi siempre por un país que tiene especial interés en su vigencia, no intervienen las demás Partes, limitándose su acción a considerar si el texto que se les

propone conviene o no a los intereses de sus respectivos países. Por estas razones resulta imposible insertar en los tratados multilaterales, la cláusula contenida en el artículo 129 de la Constitución; y, por ello, no forma parte de tales convenciones ni surte ningún efecto en ellos, el contenido de tal cláusula. Por tanto, si esa disposición es, como asienta el fallo, la causa *especial y excepcional* que excluye los tratados internacionales del control constitucional, necesariamente hay que concluir que los tratados multilaterales, por no tener inserta esa cláusula, no están exceptuados de revisión constitucional por la Corte Suprema de Justicia, con base en lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución de la República.

Ahora bien, no ha podido ser la intención del constituyente establecer una excepción del control directo de inconstitucionalidad solamente para unos tratados (en los que se inserta la cláusula de excepción) y no para otros (en los que no se inserte esa cláusula). Esto conduciría a una contradicción inexplicable, ya que la cuestión planteada no tiene alternativa: o todos los tratados internacionales están excluidos del control constitucional, o ninguno lo está. Lo inadmisibles, por ilógico y antijurídico, es que unos lo estén y otros no. Y no puede siquiera argumentarse que, por analogía, los tratados que no contengan la referida cláusula deben estar exentos de la revisión constitucional; ya que se trata de aplicación de normas de excepción, como el propio fallo lo reconoce, y, por tanto, su aplicación restrictiva excluye de por sí toda posibilidad analógica.

Estos argumentos, en opinión del suscrito, bastan para demostrar que la cláusula contenida en el artículo 129 de la Constitución, no implica una excepción al principio que consagra, como regla general del ordenamiento constitucional, el control de la constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, con base a lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución. Sin embargo, a mayor abundamiento se tratarán a continuación otros aspectos de la argumentación que a este respecto se hace en el fallo que se analiza.

2) *El concepto de partes en los tratados internacionales.* Dice el citado artículo 129 de la Constitución que en los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, "se insertará una cláusula por la cual *las partes se obliguen* a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, *las controversias* que pudieren suscitarse entre *las mismas* con motivo de su interpretación o ejecución...". Según

el texto transcrito, se trata de una obligación que se impone a *las partes* para la decisión de las controversias que pudieren suscitarse *entre las mismas*.

Hay que examinar, por tanto, a quiénes se comprende en esa norma bajo el concepto de *partes*, y en qué sentido está allí contemplado el término *controversias*, para deducir si esas previsiones pueden alcanzar el recurso de inconstitucionalidad que se analiza.

En un sentido amplio se entiende por tratado todo acuerdo concluido entre miembros de la comunidad internacional. Desde el punto de vista formal, se distinguen, como ya se ha dicho, los tratados bilaterales, celebrados entre dos Estados, de los tratados colectivos o multilaterales celebrados por varios Estados. Ahora bien, es indudable que solamente pueden ser *parte* en un tratado internacional, los Estados que lo suscriben, y no los respectivos súbditos; aunque se trate de tratados normativos, cuyas reglas son aplicables a los gobernados. A esta conclusión llega también la sentencia.

Por tanto, sólo *entre los Estados firmantes*, que son *las partes* de la relación convencional contenida en el tratado, es que pueden surgir las *controversias* —esto es, desacuerdos—, *con motivo de su interpretación o ejecución* a que se alude en el citado artículo 129 de la Constitución. De manera que, conforme a lo dicho, las cuestiones que según la expresada norma han de someterse a *las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional*, o a las *vías previamente convenidas*, son las controversias, la disparidad de criterio que, *entre los Estados contratantes*, pudiesen suscitarse con motivo de la *interpretación o ejecución del convenio*.

Esto supone, necesariamente, que surja en forma concreta un desacuerdo *entre los Estados signatarios*, y que tal discordancia se contraiga a cuestiones inherentes a la *interpretación o ejecución* del tratado. Ahora bien, si esta norma, como lo admite la propia sentencia, es de carácter especial y excepcional frente a la disposición general que consagra el control pleno de la constitucionalidad, ¿podrá afirmarse que en esas *controversias* que puedan suscitarse entre las partes a causa de la *interpretación o ejecución* del convenio, han de incluirse los *vicios de inconstitucionalidad accionables por vía de la acción popular ante el Supremo Tribunal de la República*? ¿Es que acaso mediante "las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional", o "por otras vías convenidas" por los Estados signatarios, podría tramitarse y decidirse la acción directa de inconstitucionalidad que compete por mandato de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, y cuya *parte actora* puede ser cualquier ciudadano mediante el ejercicio de la acción popular?

No puede haber duda de que la más rotunda negativa ha de servir de obligada respuesta a esas interrogantes. Porque la acción popular de inconstitucionalidad, es uno de los más sagrados derechos de los ciudadanos para preservarse de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, y para mantener la actividad de éstos perfectamente encuadrada dentro del marco de la constitucionalidad. Por tanto, jamás esa acción ciudadana puede sustraerse del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, para encomendarse a las "vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional", o, lo que es más grave: a otras vías que, como dice el artículo 129 de la Constitución, puedan las partes *previamente convenir*.

Hay que tener en cuenta, además, que las cuestiones relativas a la inconstitucionalidad de los actos del Poder Público, no constituyen propiamente controversias *entre partes* en el sentido civil o procesal de la palabra. La inconstitucionalidad se pone de manifiesto en un acto del Poder Público, cuando existe contradicción entre el acto que de él emana y algún precepto, principio o garantía constitucional. Independientemente de cualquier otra especie de controversia que esta inconstitucionalidad pueda ocasionar. La inconstitucionalidad, entonces, puede ser denunciada por cualquier ciudadano, y debe resultar, sin necesidad de alegar ni probar hechos, del antagonismo directo entre el acto que se impugna y el precepto, principio o garantía constitucional infringidos.

Así, el artículo 46 de la Constitución establece: *Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo*. Si un acto del Poder Público, de cualquier naturaleza que sea —porque la Constitución no distingue— viola derechos constitucionalmente garantizados, cualquier ciudadano de la República, mediante el ejercicio de la acción popular, puede acudir a la Corte Suprema de Justicia con base a lo dispuesto en el artículo 215 de la Carta Fundamental. Por consiguiente, ¿cómo se puede pretender, que si esas garantías constitucionales resultan flagrantemente violadas en un tratado internacional, se prive a los ciudadanos del ejercicio de la respectiva acción popular, y el conocimiento y declaración de la nulidad prevista en el citado artículo 46, se lleve a cabo *por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o por otras vías que hayan convenido los Estados contratantes?*

Esto es, precisamente lo que sostiene la sentencia cuando afirma:

"El análisis de esta disposición constitucional (artículo 129), de carácter especial y excepcional con respecto a la norma general estatuida en el mencionado ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacional, *pone de manifiesto que la intención del Poder Constituyente fue*

evidentemente sustraer los tratados internacionales una vez celebrados y perfeccionados, al control jurisdiccional de constitucionalidad. Aunque dejando abierta la posibilidad de resolver el conflicto entre la Constitución y el Tratado por las vías aceptadas en Derecho Internacional, o por las previamente convenidas por los Estados contratantes".

3) *Tratados internacionales sometidos a la jurisdicción de los Tribunales venezolanos.* Dice la sentencia, según se lee en el párrafo que se acaba de transcribir, que el conflicto que pudiere surgir "entre la Constitución y el tratado" habría de ser resuelto por las vías aceptadas en derecho internacional o *por las vías previamente convenidas por los Estados contratantes.*

Ahora bien, al celebrarse un tratado entre Venezuela y otro Estado, podría convenirse que la vía para decidir las controversias que pudieren suscitarse entre las partes, sea su sometimiento a *los Tribunales competentes de la República.*

Entonces, si los *contratos de interés público*, por contener esa cláusula de sometimiento a los Tribunales competentes de la República, pueden ser objeto de control constitucional por acción directa ante la Corte Suprema de Justicia, los *tratados internacionales* que por convenio inserten esa misma cláusula, también podrán ser recurribles de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal de la República. Y, en este supuesto, la declaratoria de nulidad que pudiere ser dictada, produciría la invalidez del tratado, sin que el Estado extranjero pudiera reclamar su no intervención en el proceso de nulidad.

Tal hipótesis demuestra que, aún aplicando el criterio que se sostiene en el fallo, existirían tratados internacionales sometidos al control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, cuando su articulado infringiere disposiciones de la Carta Magna, sin que por ello sufriesen menoscabo las relaciones internacionales del país.

4) *¿Puede someterse a arbitramento el control jurisdiccional de la constitucionalidad?* Como ya ha sido expuesto, la sentencia que se analiza sostiene que el artículo 129 de la Carta Fundamental constituye *una excepción* al principio del control jurisdiccional de constitucionalidad que compete a la Corte Suprema de Justicia, por virtud de lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 215 *eiusdem*; y que, por tanto, ese control de constitucionalidad, en caso de que sea procedente, debe ser decidido, conforme al citado artículo 129, "por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional", o por las vías "previamente convenidas" por las partes.

Ahora bien, una de esas vías acordadas usualmente por los Estados contratantes es el *arbitramento*, como se convino en el caso del Tratado de Extradición entre Venezuela y los Estados Unidos, en el artículo adicional, que expresa: *todas las diferencias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación o ejecución de este Tratado, se decidirán por arbitramento.*

Esta cláusula se pactó en acatamiento al artículo 120 de la Constitución de 1914, que estaba vigente cuando se suscribió el referido convenio extradicional.

De manera que, según la tesis de la sentencia, la demanda de inconstitucionalidad del referido Tratado de Extradición, que ha dado lugar al presente proceso debería ser resuelta por *arbitramento*, en aplicación de las normas constitucionales que, como allí se afirma, excluyen la inconstitucionalidad de los tratados internacionales de la competencia de la Corte Suprema de Justicia.

De este planteamiento surge la pregunta que encabeza este apartado: *¿Puede someterse a arbitramento el control jurisdiccional de la constitucionalidad?*

En sentido general arbitrar quiere decir juzgar, determinar como árbitro; y, por extensión, arbitraje o arbitramento es toda decisión dictada por un tercero en una cuestión o asunto.

En Derecho es, pues, arbitraje, la facultad conferida a simples particulares, por la ley o por la voluntad de las partes, para decidir las cuestiones sobre las cuales *no esté prohibido transigir*; y comprende esta denominación las decisiones de los *árbitros* propiamente dichos y las de los *amigables componedores*.

En la legislación venezolana el arbitramento está regulado en el Código de Procedimiento Civil y es aplicable a cualquier controversia, "antes o después de ventilarse en juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, *ni sobre los demás puntos en los cuales no cabe transacción*", (art. 502).

El arbitraje es, pues, una *institución privada*, puesto que toda la vinculación que antes, durante y después de él se produce, se explica sólo a base de la voluntad de los particulares que en el arbitraje figuran. El arbitraje no liga a las partes por obra de la soberanía o poder coactivo del Estado, sino en fuerza de sus propias declaraciones por las que aceptaron el someterse a la decisión que los terceros verifiquen de la controversia pendiente entre ellos. Por eso se ha sostenido que ni los árbitros son jueces, ni el procedimiento arbitral es un proceso, ni el laudo arbitral es una sentencia.

De lo expuesto es fácil deducir que, en el ordenamiento jurídico venezolano, es absolutamente improcedente el arbitramento en materia de *control jurisdiccional de constitucionalidad*, por tratarse de cuestiones de orden público sobre las cuales no cabe transacción: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Apoya este criterio el Código Civil, en el artículo 6º, que terminantemente establece: "no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el *orden público* o las buenas costumbres".

A los tratados internacionales tienen que ser aplicables las normas que anteceden, en lo relativo al control de la constitucionalidad, ya que no existe disposición expresa de la Carta Fundamental que establezca lo contrario. Y no es en forma alguna aceptable que, mediante deducciones o interpretaciones de la cláusula a que se contrae el artículo 129 de la Constitución, se llegue a establecer la posibilidad de que la inconstitucionalidad de los tratados internacionales pueda ser sometida a arbitramento.

Con respecto a los contratos de interés público, cuya naturaleza jurídica es semejante a la de los tratados, reciente doctrina patria ha establecido que, si se considera que la Administración no puede actuar sin norma legal expresa que defina sus atribuciones y competencia, y si se tiene en cuenta el interés público que domina la contratación administrativa, no se puede aceptar el *arbitramento* en el ordenamiento jurídico venezolano, por lo que respecta a la esencia del contrato administrativo, es decir, a sus efectos, ejecución e interpretación (Brewer Carías, obra citada, página 221).

Aún en el campo del derecho internacional, el arbitramento se admite con ciertas reservas. En efecto, se ha establecido que, en rigor absoluto de doctrina, todas las cuestiones internacionales pueden ser objeto de un juicio arbitral; pero como el arbitraje supone una duda que tiene que resolverse, y los Estados no pueden permanecer pasivos e indiferentes con respecto a sus derechos primarios y absolutos, de los cuales son los primeros su dignidad, soberanía e independencia, rehuyen generalmente en la práctica someter a arbitrajes las cuestiones que podrían afectar sus intereses esenciales.

De todas formas, los arbitrajes en derecho internacional requieren el cumplimiento de un procedimiento que conduzca a una decisión o laudo. Así, los Estados que recurran al arbitramento deben firmar el acta especial de compromiso, en la cual determinarán el objeto del litigio, el plazo para el nombramiento de los árbitros, la forma en que éstos deben actuar, sus facultades, y, en general, todas las condiciones inherentes a un compromiso de esa naturaleza.

Ahora bien, ¿sería posible tramitar y decidir por un procedimiento semejante la inconstitucionalidad de un tratado internacional? ¿Ante quién acudiría cualquier ciudadano, con derecho a ejercer esa acción popular, para que se la admita y proceda a la formación del *tribunal arbitral* que habría de decidirla? ¿Se acudiría en ese caso al Gobierno venezolano, o al Gobierno extranjero contratante?

Indudablemente que admitir la posibilidad de un arbitramento para la nulidad de los tratados por inconstitucionales, equivale en la práctica a excluir completamente el ejercicio de la acción directa que confiere el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución. Y las violaciones de esas convenciones a la Carta Fundamental de la República perdurarían indefinidamente, aunque afectasen la soberanía e independencia de la Nación, o los derechos y garantías de los venezolanos.

Sería, en este caso, el tratado internacional, y no la Constitución, la ley primaria de la República, puesto que, mediante aquella convención, se podría violar y modificar la Carta Magna, sin que procedan los remedios jurídicos que para evitarlo se pautan en el orden legal venezolano.

III. LOS CONTRATOS DE INTERES PUBLICO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Ya se ha afirmado en otra parte de este voto salvado, que los contratos de interés público y los tratados internacionales tienen una misma naturaleza jurídica. Ahora bien, del fallo que se analiza se deduce que los contratos de interés público —como lo decidió este Supremo Tribunal en la citada sentencia de 15 de marzo de 1962—, sí pueden ser atacados de nulidad mediante el recurso objetivo y directo de inconstitucionalidad, pues la Carta Fundamental, en cuanto a las leyes aprobatorias de los mismos, no prevé una cláusula similar a la establecida en el artículo 129 de la Constitución para los tratados internacionales, que la sentencia califica como una excepción al control constitucional.

En efecto, la cláusula prevista en la Constitución para los contratos de interés público, dice:

Artículo 127. "En los *contratos de interés público*, si no fuere impropio de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporado, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, *serán decididas por los Tribunales competentes de la República.*

en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras".

Con referencia a esta norma constitucional, la sentencia expresa:

"Es evidente pues la diferencia, en lo que a competencia de esta Corte se refiere, entre los tratados internacionales y los contratos de interés público. En éstos, como expresión de soberanía y por mandato constitucional, las partes, aunque no lo hayan expresado documentalmente, deben someterse a la competencia de los tribunales venezolanos para zanjar las diferencias en la interpretación o ejecución del convenio; en los tratados interestatales, la propia Constitución, reconociendo la igualdad de las partes, los excluye del control jurisdiccional de constitucionalidad y ordena que en relación con dichos tratados las divergencias sean resueltas por las vías reconocidas en el derecho internacional o por las previamente convenidas por las partes contratantes".

De esta argumentación de la sentencia también disiente el Magistrado que suscribe, por las razones que siguen:

1) *Motivos de la competencia de la Corte en la inconstitucionalidad de los contratos de interés público.* La competencia que asumió la Corte Suprema de Justicia para conocer y decidir, como lo hizo en sentencia de 12 de marzo de 1962, la nulidad absoluta de un artículo de la Ley aprobatoria del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, tuvo su origen, como reiteradamente se expone en ese fallo, en la atribución 3ª del artículo 215 de la Constitución. Se estimó que ese convenio era una *ley*, por ser un acto sancionado por las Cámaras como cuerpos colegisladores (artículo 162 *ejusdem*). La competencia de la Corte no se hizo derivar del artículo 127 de la Carta Fundamental. De haberse avocado la Corte al conocimiento de ese caso, con base en esta norma constitucional, hubiera usurpado las atribuciones de la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal, que es la que tiene la específica competencia, conforme al artículo 7º, numeral 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal, para "conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los particulares, a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional".

Precisamente, el alegato del instituto bancario en ese proceso, y el fundamento del voto salvado en aquella sentencia, tuvieron su origen en el criterio de que la competencia para conocer de la nulidad por in-

constitucionalidad de los contratos de interés público, no competía a la Corte Plena, sino a la Sala Político-Administrativa, en virtud del artículo legal transcrito. Pero la mayoría de la Corte (mayoría de la cual formaron parte varios de los Magistrados que suscriben la sentencia a la cual se refiere este voto salvado), atendiendo a la circunstancia de que se trataba de la *demanda de inconstitucionalidad* de un artículo de un contrato que se había transformado en *Ley* por virtud de la intervención del Poder Legislativo, decidió que la competencia para conocer de la nulidad absoluta, por inconstitucionalidad, del referido acto convencional, correspondía a la Corte en pleno.

Se hizo, pues, caso omiso a la disposición del artículo 7º, numeral 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal, y la Corte en pleno conoció del caso, por tratarse de una *ley de la República*, cuya inconstitucionalidad le corresponde examinar por virtud de lo estatuido en el artículo 215, ordinal 3º, de la Constitución.

De manera que, esa decisión de la Corte Suprema de Justicia vino a establecer una precisa delimitación respecto a los contratos de interés público, determinándose que, en lo relativo a la acción de nulidad *por inconstitucionalidad* de esas convenciones, la competencia corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en *pleno*, por tratarse de la nulidad de un *acto legislativo*; en cambio, las cuestiones suscitadas *entre las partes* con motivo de la interpretación o ejecución del contrato, competen a la Sala Político-Administrativa, por virtud del artículo 7º, numeral 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal. "La aplicación de esta norma legal —dijo la Corte en la citada sentencia de 15 de marzo de 1962—, sería procedente solamente para aquellas cuestiones contractuales distintas del control de la constitucionalidad que pudieren promoverse con relación a los actos emanados de los Poderes Públicos intervinientes en el acto contractual".

De lo expuesto es necesario concluir, que, cuando se trata de convenios internacionales, se impone la misma delimitación: las cuestiones concernientes a su *inconstitucionalidad*, han de competir siempre a la Corte Suprema de Justicia en pleno, por tratarse, como en el caso de los contratos de interés público, de un *acto legislativo*. En cambio, las controversias que pudieren suscitarse *entre los Estados contratantes* con motivo de su interpretación o ejecución (excluyéndose las cuestiones de constitucionalidad), pueden ser sometidas, como lo estauye el artículo 129 de la Constitución, a "las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional", o a las "previamente convenidas".

2) *Contratos de interés público con Estados extranjeros.* Con relación a la diferencia que en el fallo se pretende hacer entre los *contratos de interés público* y los *tratados internacionales*, cabe todavía formular otra interesante objeción.

No existe duda alguna de que el Estado venezolano puede celebrar *contratos de interés público con Estados extranjeros*. Así queda establecido en el primer aparte del artículo 126 de la Constitución, que dispone:

"Tampoco podrá celebrarse ningún *contrato de interés público nacional*, estatal o municipal con *Estados* o entidades oficiales *extranjeros*, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos, *sin la aprobación del Congreso*".

Según esta norma constitucional, mediante ley aprobatoria de las Cámaras Legislativas, puede el Estado venezolano celebrar un contrato de interés público con otro Estado de la comunidad internacional.

Ahora bien, según se deduce de la sentencia que se analiza, los contratos de interés público sí pueden ser atacados de nulidad mediante el recurso objetivo y directo de inconstitucionalidad, pues la Carta Fundamental, en cuanto a las leyes aprobatorias de los mismos, no contempla la excepción al control constitucional que, según el fallo, existe para los tratados internacionales.

Surge entonces la siguiente pregunta: ¿puede un *contrato de interés público* suscrito entre Venezuela y otro Estado, ser impugnado de nulidad mediante el recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, con base en el ordinal 3º, del artículo 215 de la Constitución? Ciertamente que sí. La respuesta afirmativa no ofrece duda de ninguna especie, de acuerdo con los razonamientos que se hacen en la propia sentencia y con la jurisprudencia establecida por la Corte en la citada decisión de 12 de marzo de 1962.

Ahora bien, si se somete a la Corte Suprema de Justicia, la nulidad de un *contrato de interés público* suscrito entre Venezuela y otra Nación, y ese Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad total o parcial de ese convenio, ¿no se está acaso en la misma situación jurídica que produciría la nulidad de un tratado internacional?

Indudablemente que sí; y toda la argumentación que en la sentencia se hace para decidir que los tratados internacionales no son susceptibles de control constitucional por vía de acción directa, quedaría desvirtuada al reconocerse competencia a la Corte, para decidir sobre la inconstitucionalidad de un *contrato internacional*.

Entonces, ¿por qué dos actos jurídicos similares y equivalentes: *tratado* internacional y *contrato* internacional, cuyas consecuencias serían las mismas si se declarara la inconstitucionalidad por acción directa, ameritan diferente tratamiento según los términos del fallo? En efecto, la nulidad por inconstitucionalidad de un *contrato* de interés público celebrado por Venezuela con otro Estado, ameritaría las mismas críticas que el fallo hace con relación a los tratados internacionales. Así, se podría argüir, si la Corte anulara por inconstitucional un *contrato* celebrado por Venezuela con otro País, que el ordenamiento jurídico venezolano carece de autoridad para implantar con fuerza vinculante un procedimiento unilateral mediante el cual pueda ser anulada una norma del orden jurídico internacional contraria a la Constitución Nacional; que en el cumplimiento de esos compromisos "están comprometidos la buena fe, la responsabilidad y el honor de las altas partes *contratantes* y por tanto los Estados que los han celebrado deben acatarlos para ser fieles a los compromisos contraídos...". Y, en general, que no se acató la máxima *pacta sunt servanda*, que la sentencia estima como singular obstáculo para la procedencia del control constitucional de los tratados internacionales.

La argumentación que con tanto énfasis se ofrece en la sentencia para justificar la supuesta excepción que se dice contenida en el artículo 129 de la Constitución para los casos de tratados internacionales, se desvanece al solo considerar, como se ha visto, que los *contratos de interés público* celebrado por Venezuela con otro Estado (y regidos por los artículos 126 y 127 *eiusdem*), sí estarían sometidos al control directo en caso de inconstitucionalidad, aun cuando existan las mismas razones que, según la sentencia, privan para justificar la exclusión de los tratados internacionales del control dicho.

3) *No existe norma constitucional que excluya el control constitucional de los tratados.* Del análisis que se ha venido haciendo de la sentencia que antecede, se llega a la conclusión de que en ella se admite la existencia, como norma general, del control directo de la constitucionalidad de los actos de los Poderes Públicos, con las salvedades que han sido referidas y objetadas en esta exposición. También se ha visto cómo el fallo pretende hallar una excepción a ese principio, en la disposición del artículo 129 de la Constitución, relativo a los *tratados internacionales*. Y se han observado las razones expuestas en contra de esa tesis. Por consiguiente, queda en pie, y, en todo su vigor, el principio general consagrado en el artículo 215 de la Constitución relativo a la facultad expresa e ilimitada que tiene la Corte Suprema de Justicia para conocer

de todos los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los principios y normas de la Carta Fundamental de la República, incluyendo los tratados internacionales.

Y es que, en efecto, un tratado internacional, de extradición, por ejemplo, es un acuerdo entre dos o más naciones para hacer efectiva la cooperación internacional en la lucha contra el delito, en aras del llamado derecho penal internacional. Las normas de ese tratado prevalecerían en ese caso sobre las leyes penales o de procedimiento, y éstas cederían ante la vigencia de esa *ley especial*, ya que la ley aprobatoria de un tratado —y esto no se discute en la sentencia— no es otra cosa que una *ley interna del país*, de preferente aplicación por virtud de lo pautado en el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil. Pero como ley de la República, si el tratado vulnera la Constitución, no puede escapar a la acción directa de inconstitucionalidad, ya que no existe, en la propia Ley Fundamental, ninguna norma que contraríe su supremacía normativa sobre las demás disposiciones secundarias, de cualquier naturaleza que fueren, ya que ello constituiría una *excepción* no prevista en el texto de la Carta Magna, ni deducible por vía de interpretación.

Por tanto, antes de concluir este apartado, es de interés analizar esta otra objeción a la tesis que se sustenta en la sentencia. En efecto, dos cuestiones fundamentales están admitidas en el fallo: a) que las leyes aprobatorias de los tratados internacionales revisten en el ordenamiento interno de modalidad de *leyes* conforme a la técnica constitucional venezolana; y b) que "es evidente que nuestra Carta Magna ha acogido el principio de que los actos del Poder Público deben estar sometidos jurisdiccionalmente a control constitucional como estatuyen los ordinales 3º, 4º y 6º del art. 215 de la Constitución Nacional" (expresiones del fallo). Con relación a estos principios la sentencia dice:

"El análisis de esta disposición constitucional (artículo 129), de carácter *especial y excepcional* con respecto a la norma general estatuida en el mencionado ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacional, pone de manifiesto que la intención del Poder Constituyente fue evidentemente sustraer los tratados internacionales, una vez celebrados y perfeccionados, al control jurisdiccional de constitucionalidad, aunque dejando abierta la posibilidad de resolver el conflicto entre la Constitución y el Tratado por las vías aceptadas en Derecho Internacional o por las previamente convenidas por los Estados Contratantes, pues ordena que las controversias suscitadas en la interpretación o ejecución de los Tratados se resuelvan por vías que escapen a la jurisdicción nacional".

Ahora bien, como es fácil apreciar, el texto del artículo 129 de la Constitución no prescribe, de manera expresa, *que los tratados internacionales están exentos del control jurisdiccional de inconstitucionalidad que compete a la Corte Suprema de Justicia*. Para llegar a esta conclusión, la sentencia, por vía de interpretación, incluye el control de la constitucionalidad dentro de las *controversias que pudieran suscitarse entre las partes con motivo de la interpretación o ejecución del tratado*.

Estima el Magistrado exponente, que tratándose, en el presente caso, de una excepción a un principio general consagrado en forma categórica y expresa en la Constitución, cual es la procedencia sin reservas del control constitucional, tal exclusión no puede ser extraída por *métodos de interpretación*, como lo hacen los sentenciadores. Al contrario, la interpretación, en materia de excepción, tiene que aplicarse con carácter restrictivo, y conforme al principio: *excepto est strictissimae interpretationis*. Y, en el caso de autos, no hay que olvidar, además, que esa supuesta excepción al control constitucional, directamente afecta los principios de supremacía y rigidez en que se fundamenta el sistema constitucional de la República.

Es necesario, igualmente, observar, que, al no estar los tratados excluidos expresamente del control constitucional, sino que a ello sólo se llega, según la sentencia, por vía de la interpretación extensiva, queda planteada en todo caso una *lógica duda* acerca de la procedencia o no de la revisión constitucional, tal como aconteció cuando este Supremo Tribunal, en sentencia de 15 de marzo de 1962, decidió que los contratos de interés público están sometidos, en cuanto a su constitucionalidad, a la competencia de la Corte. Por tanto, en opinión del exponente, es plenamente aplicable al caso de autos, la siguiente consideración que se hizo en aquel fallo:

“Ante la duda que pudiera surgir acerca de si algún acto emanado del Poder Público es o no susceptible de revisión constitucional por acción directa, debe optarse, en obsequio a aquel amplio y fundamental principio constitucional, por admitir su examen por parte de este Alto Tribunal. Lo contrario sería establecer obstáculos al control constitucional que, en ninguna forma, ha previsto nuestro ordenamiento jurídico. Se consagrarían así excepciones, sin respaldo legal, a la función más importante y soberana constitucionalmente atribuida, a lo largo de toda historia patria, al más Alto Tribunal de la República: la de vigilar y mantener en todo momento y en su amplia integridad, el imperio de la Constitución”.

IV. SOLUCIONES DE LA SENTENCIA EN EL CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS

Después de llegar a la conclusión de que los tratados internacionales que violen la Constitución de la República están excluidos del control jurisdiccional de constitucionalidad, pretende el fallo que ese trascendental recurso puede ser suplido por otras fórmulas que juzga adecuadas a ese fin. A tal efecto expone la decisión: "Debe entonces Venezuela aceptar o soportar pasivamente la vigencia de un tratado internacional que vulnere principios de su Constitución?, indudablemente no".

Y, como remedios a tal situación, la sentencia propone las siguientes soluciones: denuncia del tratado, revisión de la inconstitucionalidad por vía de excepción, y nulidad del tratado antes de su ratificación. Estas figuras serán analizadas seguidamente.

1) *Denuncia del tratado*. Se cita a este respecto el artículo XV del Tratado de Extradición entre Venezuela y los Estados Unidos, que dispone:

"Este convenio entrará en vigor el día de las ratificaciones; pero cualquiera de las partes contratantes puede en cualquier tiempo darlo por terminado, avisando a la otra con seis meses de anticipación su intención de hacerlo así".

Al comentar esta norma, el fallo expresa: "De modo que sólo mediante la correspondiente *denuncia* podría perder vigencia el Tratado en referencia, y *corresponderá hacerlo al Presidente de la República*, en su condición de Jefe del Estado Venezolano y como tal su representante legítimo en la esfera internacional por mandato de los artículos 136 y 190 de la Constitución Nacional".

Y agrega la sentencia: "*Ante la imposibilidad jurídica del máximo organismo jurisdiccional* para declarar e imponer la nulidad del expresado Tratado, entraría a funcionar entonces la cooperación prevista en el artículo 118 de la misma Constitución, en cuanto al deber impuesto a las diversas ramas del Poder Público de colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado, pues correspondería al jefe del mismo, como antes se expuso, hacer cesar los efectos de un pacto internacional si, como supremo ductor de las relaciones con las demás naciones, *llega a formarse la convicción de que es violatorio de normas acogidas en la Carta Fundamental*".

Esta solución indicada en el fallo, amerita del suscrito las siguientes objeciones:

Denuncia, en Derecho Internacional Público, es una manera de poner fin a un convenio o tratado mediante la manifestación que uno de los Estados contratantes hace al otro, de dar por terminada la convención. Por consiguiente, como se dice en el fallo, el Presidente de la República tiene facultad de poner fin a un Tratado mediante denuncia. Entre las razones para ejercer ese derecho, podría estar la inconstitucionalidad del convenio. Tal actitud puede asumirla el Jefe del Estado aunque exista el libre ejercicio del control directo de la constitucionalidad del Tratado por parte de la Corte Suprema de Justicia. Ambas modalidades de subsanar una violación a la Carta Fundamental no son excluyentes, ni subsidiarias, ni supletorias; ellas encajan dentro de las atribuciones específicas de esas dos ramas del Poder Público. El Presidente de la República, por imperio del ordinal 1º del artículo 190 de la Constitución, está en el deber de "hacer cumplir la Constitución y las leyes". La Corte Suprema de Justicia, por mandato del artículo 215 de esa Ley Fundamental, está en la obligación de declarar la nulidad de los actos inconstitucionales que en esa disposición se señalan, si así lo solicita cualquier ciudadano mediante el libre ejercicio de la acción popular.

Pero, mientras el más Alto Tribunal de la República actúa en ejercicio del poder jurisdiccional que la Constitución le atribuye, con plena facultad para decidir *erga omnes* acerca de la inconstitucionalidad de un acto y anularlo, el Presidente de la República carece en absoluto de ese poder.

Por consiguiente, no se puede despojar a la Corte Suprema de Justicia de esa atribución que le confiere la Constitución, para ponerla en manos del Presidente de la República, a quien la Carta Magna no se la concede ni reconoce. Como tampoco es posible otorgar al Supremo Tribunal facultades que son privativas del Jefe del Estado.

Cita el fallo, a este respecto, el artículo 118 de la Constitución, y habla de la *cooperación* o *colaboración* que, según dicha norma, deben prestarse entre sí las ramas del Poder Público para la realización de los fines del Estado. Y añade: "ante la imposibilidad jurídica del máximo organismo jurisdiccional (la Corte Suprema de Justicia) para declarar e imponer la nulidad del expresado Tratado, entraría a funcionar entonces la cooperación prevista en el artículo 118 de la misma Constitución". Según esto, el Presidente de la República, por vía de cooperación, entraría a ejercer una función inherente a este Supremo Tribunal, cual es el examen, tramitación y decisión de la constitucionalidad de los tratados internacionales, que, según se ha dicho, está fuera de las atribuciones presidenciales.

Pero hay que observar, que la denuncia de un tratado internacional es un acto *discrecional* del Ejecutivo, en cuanto a la *oportunidad y conveniencia* de llevarla a cabo. Por tanto, ante la existencia de una violación constitucional en una convención de esa naturaleza, no se puede, por ningún medio, constreñir al Presidente de la República a que denuncie el tratado; y si por cualquier causa se abstiene de hacerlo, perduraría indefinidamente el vicio constitucional sin posibilidad de corrección alguna, ya que, según el fallo, "sólo mediante la correspondiente denuncia podría perder vigencia el Tratado".

En cambio, ¿no sería en todo caso más jurídico y factible que, en acatamiento a una decisión de la Corte Suprema de Justicia que declarara inconstitucional un tratado, el Presidente de la República de inmediato lo comunicara al respectivo Estado extranjero, como fundamento de la denuncia del convenio?

A lo que más podría asemejarse esta facultad de control constitucional que se pretende reconocer al Presidente de la República para la denuncia de los tratados internacionales violatorios de la Constitución, sería a la figura procesal de la *revocatoria por contrario imperio*, recurso excepcional, limitativo e ineficaz en la mayoría de los casos. En efecto, este recurso se circunscribe a providencias de mero trámite *que no sean recurribles ante un órgano superior*.

La revocatoria de los actos por el mismo ente que los realizó, se considera en general como un *error psicológico*, dado que es comprometedor y embarazoso para el autor de un acto, reconocer el error en que pudo haber incurrido. De aquí que, sólo excepcionalmente, se utilice esa manera de revocar los actos de cualquier autoridad.

Esas mismas razones harían nugatoria, en la mayoría de los casos, la denuncia de un tratado internacional por parte del propio Ejecutivo Nacional a quien compete celebrarlo.

A lo expuesto habría que agregar que no está previsto ningún procedimiento legal para que cualquier ciudadano inste ante el Presidente de la República la denuncia de un tratado internacional viciado de inconstitucionalidad; ni está el Jefe del Estado en posibilidad de atender, tramitar, estudiar y decidir acerca de un planteamiento que al respecto se le formule.

No es éste, pues, en concepto del exponente, un remedio capaz de suplir el control constitucional encomendado a la Corte Suprema de Justicia por la Carta Fundamental de la República. Por tanto, el argumento que al efecto se hace en la sentencia, no justifica ni subsana la exclusión de los convenios internacionales del control constitucional que compete al más Alto Tribunal de la República.

2) *Revisión de la inconstitucionalidad por vía de excepción.* Sostiene la sentencia que la facultad de control constitucional de la Corte Suprema de Justicia quedaría también suplida y subsanada, en el caso de los tratados internacionales, mediante la revisión constitucional por *vía de excepción* que, por virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, está encomendada a todos los jueces de la República. Dice al respecto la sentencia:

“Aunque el Estado venezolano carece de poder jurídico para anular jurisdiccionalmente por sí y ante sí con efectos *erga omnes* el mencionado Tratado de Extradición, es indudable que en cada caso concreto de colisión sometido a su decisión, los tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a cualquier otro texto de ley, incluso los tratados internacionales *por revestir ellos en el ordenamiento interno la modalidad de leyes conformes a nuestra técnica constitucional*”.

Con respecto a esta afirmación cabe ante todo destacar, cómo la sentencia reconoce y admite, sin reserva alguna, que los tratados internacionales son leyes conforme a la técnica legislativa adoptada por la Constitución de la República que define las leyes no por su contenido sino por el procedimiento de su producción legislativa. Por consiguiente, al calificar los tratados como *leyes*, se confirma la tesis expuesta con anterioridad: si los tratados son *leyes* y los contratos de interés público también son *leyes*, ambos tienen la *misma naturaleza jurídica*. Y si la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 15 de marzo de 1962, dejó establecido que los *contratos de interés público, como leyes que son, están sometidos a la acción directa de inconstitucionalidad ante este Supremo Tribunal*, con base a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 215 de la Carta Fundamental, de acuerdo con los más elementales principios de la lógica jurídica, los tratados internacionales tienen que recibir igual tratamiento en el supuesto de su inconstitucionalidad. Esta silogística argumentación no admite ninguna discusión.

Pero pasando a la revisión constitucional de los tratados por la *vía excepcional* a que alude la sentencia, es necesario observar que, como ya ha sido manifestado en esta exposición, en el orden jurídico venezolano existen dos procedimientos, independientes y autónomos, *para negar la vigencia de una ley inconstitucional*: a) el que se basa en el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, que ordena a los Tribunales aplicar la norma constitucional y no la ley ordinaria, cuando ésta colida con el texto constitucional; y b) el que se indica en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución —ratificado en el ordinal 10 del

artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal—, que atribuye a la Corte Suprema de Justicia, en pleno, facultad para “declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución”.

Aunque tendientes a un mismo fin: *el control de la constitucionalidad*, entre ambos procedimientos existen notables diferencias. En efecto, la revisión encomendada a la Corte Suprema de Justicia tiene rango constitucional: es la Carta Fundamental la que otorga ese poder de control al más Alto Tribunal de la República; la facultad que se confiere a los Tribunales emana de un ordenamiento con categoría de ley: el Código de Procedimiento Civil.

El procedimiento ante los Tribunales se limita a aplicar las normas legales y procesales comunes al control de constitucionalidad de las leyes. El procedimiento conferido a la Corte Suprema de Justicia implica la atribución del poder de anular, con carácter general, una norma dictada por el Poder Legislativo, a un órgano jurisdiccional; siendo, por tanto, una creación deliberada del Poder Constituyente, consciente del significado de la superlegalidad constitucional.

Por último, difieren ambos sistemas respecto de los efectos que su decisión produce. La decisión de los Tribunales en esos casos tiene un carácter *relativo*, ya que afecta sólo al caso concreto controvertido y no obliga las futuras decisiones de ese u otros Tribunales. En cambio, lo decidido al respecto por la Corte Suprema de Justicia tiene un carácter *absoluto*: la nulidad de la ley es proclamada *erga omnes*, o sea, frente a todos los casos, y surte efectos *ex tunc*, es decir, a partir de la decisión.

Refiriéndose a la eficacia de esos procedimientos que competen a los Tribunales y a la Corte Suprema de Justicia, la doctrina patria ha sostenido que, teniendo en cuenta ambos mecanismos y la enorme amplitud, eficacia y brevedad que el ordenamiento positivo atribuye al segundo —acción popular, procedimiento sumario ante la Corte—, *el primero carece de utilidad práctica efectiva*. Se considera, en efecto, que, de un lado, los particulares prefieren solicitar ante la Corte Suprema de Justicia la anulación de una ley lesiva de sus intereses, y no esperar a que se plantee ante los Tribunales ordinarios un caso contencioso concreto, para alegar entonces la inconstitucionalidad; y, de otro lado se afirma, que los Tribunales ordinarios se eximen de hacer uso de una facultad tan delicada como es el control de constitucionalidad de las leyes, existiendo para ello un órgano capacitado y un procedimiento especial.

Es conveniente observar, con relación a lo expuesto, que en países como Estados Unidos, en los que se concedía sólo la vía de excepción

para la revisión de la constitucionalidad, los órganos jurisdiccionales han tenido que crear, espontáneamente, como una lógica derivación de la actividad de los Tribunales, el control jurisdiccional directo de la constitucionalidad de la ley. Además de Estados Unidos, esta revisión del acto legislativo fue una creación jurisprudencial en Grecia, Rumania y Egipto, según dice Barthélemy.

Las anteriores consideraciones son suficientes, a juicio del suscrito, para poner en evidencia que el control de constitucionalidad que por vía de excepción se encomienda a los jueces de la jurisdicción ordinaria, no puede en manera alguna desplazar ni suplir el efecto de la revisión directa que la Carta Fundamental atribuye a la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la argumentación que se hace en la sentencia para asentar que en el caso de los tratados internacionales procede el control constitucional por vía de *excepción* que compete a los Tribunales ordinarios, negándole únicamente la revisión por *vía de acción* que se atribuye a este Supremo Tribunal, implica, en concepto del Magistrado exponente, una evidente contradicción con otras afirmaciones que se hacen en el mismo fallo.

En efecto, sostiene la sentencia que "la Constitución no pierde su vigor por razón de un tratado que pueda contradecir sus normas; desde luego que en la hipótesis de una situación antinómica entre ambos el conflicto debe ser resuelto en favor de nuestros preceptos constitucionales, pero no por la vía jurisdiccional de anulación unilateral, *sino por las vías reconocidas en el derecho internacional*".

Según esta afirmación, está excluida toda posibilidad de que las cuestiones de inconstitucionalidad que se susciten con respecto a los tratados internacionales, puedan ser tramitadas, conocidas, o, en cualquier forma, decididas, por otros medios que no sean *por las vías reconocidas en el derecho internacional o por las previamente convenidas por los Estados contratantes*. De manera que, según el dictamen de la sentencia, en esa exclusión está comprendido, en forma absoluta, el *Poder Judicial* y cualquiera otra autoridad de la República.

Entonces, si ya se ha establecido que únicamente *a través de las vías reconocidas en el Derecho Internacional, o de las que previamente pacten los Estados contratantes*, es como pueden ser revisadas las cláusulas de un tratado internacional, aun las violatorias de la Constitución; si de esa forma se excluye, según el fallo, la posibilidad de que *los Tribunales competentes de Venezuela* puedan intervenir unilateralmente en la alteración, modificación, alcance e interpretación de las disposiciones de un tratado entre naciones, no podría admitirse —como apa-

rece del fallo—, que los Tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a las normas inconstitucionales de los tratados internacionales, ya que esa revisión que la ley (artículo 7º del Código de Procedimiento Civil) concede a los Tribunales de la República, *es un control jurisdiccional de constitucionalidad* y equivale a una declaratoria de invalidez del tratado.

En efecto, ha quedado establecido que el control constitucional ya se ejerza por *vía de acción* o por *vía de excepción*, constituye *una sola figura jurídica* con un mismo objetivo *negar la vigencia de una ley inconstitucional*. Y esa negativa se obtiene, y ese efecto se produce, cuando el Juez ordinario se abstiene de aplicar la ley a un caso concreto por colidir con una disposición de la Carta Fundamental, y cuando la Corte, al decidir la acción directa de inconstitucionalidad, declara *erga omnes*, que esa Ley, por inconstitucional, no debe ser aplicable en ningún caso.

En ambos supuestos existe la intervención de un órgano jurisdiccional de la República que, en forma unilateral, dicta una decisión declarando la no *vigencia* del acto legislativo inconstitucional, y que, en definitiva, *modifica sus efectos* al desconocer la integridad de aplicación de sus disposiciones.

Por tanto, cuando cualquier Juez venezolano se niega a aplicar una disposición o todo el contenido de un tratado, por estimar que viola la Constitución, se ocasionan, respecto al Estado extranjero, efectos y situaciones idénticos a los que la sentencia señala que se producirían al declarar la Corte la nulidad absoluta de convenios internacionales. En efecto, la decisión dictada en caso de inconstitucionalidad por vía de excepción se produce en un *procedimiento unilateral* con respecto al Estado contratante; se hace prevalecer el imperio de la Constitución venezolana sobre las leyes del otro país; se excluyen totalmente "las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional", e, incluso, en el caso del Tratado de Extradición de Venezuela con los Estados Unidos, se omitiría el *arbitramento* a que se alude en su cláusula final. En suma, se deja de aplicar la máxima *pacta sunt servanda*, con las mismas consecuencias que implicaría la anulación directa del tratado internacional.

Entonces, si se abstienen los jueces de la República de aplicar un Tratado por la vía excepcional de inconstitucionalidad; si se interpreta tal vicio en forma *unilateral* por la Judicatura nacional, sin intervención del cocontratante; si se descarta todo uso de vías pacíficas de orden internacional; si se evade el *arbitramento* que se hubiere pactado; y, finalmente, si después de todo ello se niega Venezuela a dar cumplimiento al tratado con base en esa constitucionalidad *excepcionalmente declarada*: ¿no están reflejados aquí todos los efectos que se derivarían

de la declaratoria de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, por vía de acción directa, que se consagra en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución de la República?

¿Es que puede reputarse *vigente* un tratado después que los Tribunales del país, aunque sea por *vía de excepción*, lo han interpretado unilateralmente y se han negado a darle cumplimiento por estimarlo inconstitucional?

¿No respondería también en este caso el Estado extranjero —según los argumentos de la sentencia—, que Venezuela no puede por sí y ante sí dejar de cumplir el tratado como fue firmado; que esa causal de inconstitucionalidad alegada por los Tribunales venezolanos debe ser resuelta “por las vías reconocidas en el derecho internacional”, o por *arbitramento*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución; que se ha violado el postulado de universal aceptación concretado en la máxima *pacta sunt servanda*?

Por consiguiente, si, como se sostiene en la sentencia, esta última norma constitucional somete todas las *controversias* que se susciten con motivo de los tratados internacionales: a las vías reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por las partes; y entre esas *controversias* se estima incluido el *control de constitucionalidad*, como lo dice el fallo, no podría en manera alguna establecerse, como también se afirma en la misma decisión, que el *control de constitucionalidad de los tratados por vía de excepción*, sí puede ejercerse por los Tribunales de la República.

En concepto del exponente, la argumentación que antecede viene a reafirmar el criterio ya expresado: que en el concepto de *controversias* a que se alude en el artículo 129 de la Constitución, susceptibles de ser resueltas por las vías del derecho internacional, o por arbitramento —como dice el Tratado de Extradición vigente con los Estados Unidos—, no está, ni puede por ningún concepto estar incluido, el control constitucional de los tratados internacionales, ya opere ese control por vía de excepción ante los Tribunales de la República, o por vía de acción directa ante la Corte Suprema de Justicia.

3) *Inconstitucionalidad del tratado antes de su ratificación*. He aquí otra solución que sugiere la sentencia para subsanar la exclusión de los tratados del control constitucional. A tal fin el fallo dice:

“Durante el proceso de formalización de un tratado internacional, los ciudadanos pueden impugnar jurisdiccionalmente la inconstitucionalidad de la ley *promulgada* para la aprobación de los mismos, siem-

pre que ejerzan la acción *antes del acto de ratificación* por parte de los respectivos gobiernos, pues ese acto es, según el derecho de gentes, el que perfecciona el tratado en la esfera internacional y consolida con fuerza obligatoria el acuerdo de voluntades; el canje de ratificaciones no viene sino a constituir una garantía de la ejecución recíproca del tratado. Después de ratificado, el tratado adquiere rango de acto jurídico internacional creado por la voluntad de los Estados contratantes, *cuyas jurisdicciones judiciales no son idóneas para declarar la nulidad de aquéllos en su totalidad o en parte conforme a las consideraciones antes expuestas*'.

La anterior afirmación podría objetarse simplemente advirtiendo que élla no tiene ningún respaldo dentro del derecho positivo venezolano. Por eso el fallo no cita ninguna norma, ni constitucional ni legal, que sirva de base a ese criterio. Se trata solo de especulaciones doctrinales sobre las cuales no podría apoyarse una actuación concreta. Las acciones requieren, para su ejercicio, la existencia de normas legales que prevean supuestos de hecho que, de coincidir con un acontecer análogo de la vida real, produzcan una consecuencia jurídica prevista.

Por tanto, si se acude a la Corte Suprema de Justicia para demandar la inconstitucionalidad de un tratado, argumentándose que la nulidad procede porque el tratado aún no está ratificado, ¿en qué disposición concreta del ordenamiento venezolano se fundamentaría el demandante para hacer tal petición, y la Corte para acogerla? ¿Qué artículo de la Constitución o de alguna ley nacional dice que los tratados pueden ser impugnados de nulidad por acción directa de inconstitucionalidad, *únicamente antes de ser ratificados*? Absolutamente ninguna. Por tanto, la distinción que se hace en la sentencia para limitar la *oportunidad* de intentarse el recurso de inconstitucionalidad de los tratados, carece de todo respaldo en la legislación venezolana, y esto bastaría para considerar inadmisibile este aspecto de la decisión. En opinión del suscrito, la nulidad de los tratados procede antes y después de su ratificación.

Sin embargo, la génesis de esa argumentación traída a colación por la sentencia, seguramente se halla en una decisión sobre control constitucional de un tratado internacional dictada por el Tribunal Constitucional de Alemania Occidental, el 20 de julio de 1952. Esta decisión es comentada por José Guillermo Andueza en su tesis doctoral *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano* (página 55).

Dice al respecto este autor, que el referido Tribunal alemán se plantea el caso de un tratado declarado inconstitucional y por tanto nulo.

Esta decisión —añade— pone al Ejecutivo en una alternativa, la de *cumplir las obligaciones expresas de la Constitución*, o la de no aplicar el tratado, de lo cual podría resultar dificultades de orden internacional, de tal manera que el control de la constitucionalidad *habría faltado a su fin de servir a la paz jurídica*. Por eso, el Tribunal Constitucional se acogió a *un criterio más que jurídico, político: Los tratados solamente pueden impugnarse en la jurisdicción constitucional antes de ser promulgados. Es decir, antes de que comiencen a producir efectos obligatorios en el orden interno como en el internacional*.

"No obstante, considerar la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania como la solución justa y armónica —dice Andueza—, creemos *que en Venezuela puede recurrirse en todo momento a cualquier tratado que esté en colisión con la Constitución. La Corte Federal —hoy la Corte Suprema de Justicia— deberá admitirlo y entrar a conocer los vicios denunciados*. En una futura organización de la jurisdicción constitucional —concluye el autor—, podría acogerse la distinción hecha por el Tribunal Constitucional de Alemania". (Subraya el exponente).

Hasta el presente no ha adoptado el ordenamiento constitucional venezolano, el criterio del Tribunal alemán. Por tanto, queda en pie la tesis del control constitucional de los tratados, sin que legalmente se justifique la distinción que, en cuanto a su oportunidad, se hace en la sentencia de la cual se disiente.

Aunque lo expuesto es suficiente, a juicio del exponente, para demostrar la inexactitud del criterio expresado en el fallo, conviene destacar el siguiente párrafo del mismo en relación al punto que se viene analizando. Dice, en efecto, la decisión:

"Después de ratificado, el tratado adquiere rango de acto jurídico internacional creado por la voluntad de los Estados contratantes, cuyas jurisdicciones judiciales no son idóneas para declarar la nulidad de aquéllos en su totalidad o en parte, conforme a las consideraciones antes expuestas".

Esta afirmación amerita las observaciones que siguen, plenamente admitidas en la doctrina patria.

Entre las condiciones requeridas por los tratados, hay dos actos que merecen especial estudio: su *aprobación* por las Cámaras Legislativas como cuerpos colegisladores "para que tengan validez" (artículo 128 de la Constitución), y la *ratificación* por el Presidente de la República, para que entren a regir en el campo internacional.

Las leyes aprobatorias tienen por objeto hacer que los tratados *entren a formar parte del derecho interno*, integrándose en el orden jurí-

dico patrio, así como también habilitar al Jefe del Estado para que proceda a su ratificación, mediante la cual adquieren vigencia.

La naturaleza jurídica de la aprobación de los tratados es, según la definición del artículo 162 de la Constitución, la de una *ley formal*; y, por tanto, *sujeta al examen de la constitucionalidad*. Así lo sostiene Andueza en su citado trabajo. (Obra citada, página 54).

Sin embargo, admite el mismo autor que esta conclusión, de riguroso derecho, no está unánimemente aceptada. Existe una corriente, sostenida principalmente por tratadistas de Derecho Internacional Público, que considera que los compromisos asumidos por un Estado en sus relaciones con otros Estados, deben ser colocados en un plano superior al de las leyes internas de los países contratantes. Además, como consecuencia del principio de la primacía del derecho internacional, se insinúa la posibilidad de establecer la supremacía de los tratados aun sobre las propias constituciones.

Algunos van aún más lejos y llegan hasta afirmar que si existe contradicción entre las normas constitucionales y los tratados, las disposiciones constitucionales serán consideradas *ipso facto* como írritas y nulas; y que, finalmente, es imposible invocar reglas constitucionales anteriores para negarse a aplicar un tratado.

La doctrina patria, por el contrario, sostiene que, dentro del ordenamiento jurídico venezolano no cabe ninguna de estas consideraciones. Porque los tratados son, según el citado artículo 162 de la Constitución, *leyes* colocadas en el mismo plano jerárquico de las leyes ordinarias, y hasta susceptibles de recibir aplicación preferente conforme a la especialidad que contengan. Por tanto, si no se puede aceptar una superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes ordinarias, menos se puede aceptar su superioridad sobre la Constitución.

En cuanto a la solución que pueda darse al problema del examen de la constitucionalidad de los tratados, establece la doctrina que debe estar en armonía con los principios de la supremacía de la Constitución y el respeto al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En efecto, se estima que los tratados, en cuanto implican una limitación a la soberanía externa de los Estados contratantes, pueden violar principios constitucionales inherentes a su existencia como nación, tales como el principio de la libertad e independencia "de toda dominación o protección de potencia extranjera" (artículo 1º de la Constitución), y el que consagra que "el territorio nacional no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a potencia extranjera" (artículo 8º *ejusdem*). Además, por medio de los tratados pueden violarse, asimismo, las garantías ciuda-

danas. *Lo que no puede hacerse por medio de las leyes ordinarias, se haría a través de los tratados.*

Frente a estos intereses: los de la nación misma, y los de los ciudadanos, se alza el interés respetable de que los acuerdos celebrados entre los Estados deben ser cumplidos, a fin de que no se rompan los principios de convivencia internacional.

Ante semejante conflicto, y con vista del principio indiscutible de la supremacía constitucional, que es la base fundamental de la soberanía e independencia de la nación, y del imperio de la legalidad, no se ha vacilado en mantener la vigencia de la Ley Fundamental, *admitiéndose plenamente que los tratados son materia del examen constitucional por vía de acción directa ante el más Alto Tribunal de la República.*

Como sostenedores de la tesis mayormente aceptada, que incluye a los tratados en la materia del examen constitucional, señala Andueza a Chigliani, Arcaya y Miravete, Sequera y García del Vall y Souza (obra citada, página 55).

Como conclusión, pues, del punto que se viene analizando, es necesario dejar establecido: que los tratados internacionales son actos subordinados a la Constitución, como el resto de las leyes; y, por ser fuentes de derecho equivalentes a la ley, deben conformarse, para su elaboración, con las reglas formales que establece la Constitución, y para su contenido, con los principios que élla consagra. Toda violación a estos principios involucra la nulidad de los tratados mediante la acción directa ante el más Alto Tribunal de la República.

El propio Kelsen ha dicho: un Estado que quiere concluir un tratado con otro Estado debe informarse de su Constitución. De la misma manera que cuidaría de no tratar con un órgano incompetente del otro Estado, debe impedir que se establezca alguna disposición que contraríe la Constitución de su cocontratante, para evitar que por medio de la supresión de la cláusula imputada, *sea el tratado abrogado unilateralmente por una de las partes obligadas.* (La garantie juridictionnelle de la Constitution, en *Annuaire de l'Institut International de Droit, Public.* 1929. pág. 105).

V. PECULIARIDADES DE LAS LEYES APROBATORIAS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Expone la sentencia que, "como observación final en torno al punto en examen, conviene indicar, como corroboración de la doctrina mantenida en este fallo, que la naturaleza *sui generis* del contenido de la Ley aprobatoria de un tratado internacional, ha originado la necesidad de

mecanismos constitucionales especiales para la producción, promulgación y derogación de dicha ley que difieren ostensiblemente de los previstos para las leyes ordinarias destinadas a regir relaciones jurídicas internas".

Cita a continuación el fallo las diferencias que, en su concepto, existen entre las *leyes ordinarias* y las *leyes aprobatorias de un tratado*, tales como la inmodificabilidad de estos últimos por parte de las Cámaras Legislativas; la imposibilidad de reforma posterior total o parcial por el Congreso; la discrecionalidad del Ejecutivo en cuanto a la oportunidad de promulgación de la ley aprobatoria de los tratados; la no derogatoria de estas leyes contentivas de convenios internacionales por otras leyes; y, en general, otras peculiaridades que no operan cuando se trata de leyes materiales u ordinarias.

En concepto del exponente es absolutamente intrascendente para el caso que se debate, esta observación que se hace en la sentencia en relación con las características propias e inherentes a las leyes aprobatorias de los tratados internacionales. El propio fallo reconoce y admite que tales convenciones revisten en el ordenamiento interno la modalidad de *leyes* conforme a nuestra técnica constitucional que define las leyes, no por su contenido sino por el procedimiento de su producción legislativa. Por tanto, no es oportuno, y carece de relevancia para los efectos de la decisión dictada, las modalidades que rodean los tratados internacionales desde el punto de vista legislativo.

Pero sí conviene observar que, como ya ha sido expuesto en este voto salvado, y no desvirtuado en las consideraciones del fallo, la naturaleza jurídica de los tratados internacionales y de los contratos de interés público, es una misma. Ahora bien, ya el Supremo Tribunal de la República ha establecido, en la citada sentencia de 15 de marzo de 1962, que los contratos de interés público son *leyes nacionales*, a pesar de todas las peculiaridades que les son propias. Pero es el caso, que esas peculiaridades de los expresados contratos, son *similares* a las que respecto a los tratados cita el fallo a que se contrae el presente voto salvado. Por consiguiente, si la Corte ya ha decidido que los contratos de interés público, con todas las especialidades que les son propias por su naturaleza, pueden ser libremente recurribles de inconstitucionalidad por vía de acción directa ante la Corte, no pueden esas mismas peculiaridades ser obstáculo para que los tratados internacionales sean objeto de control de constitucionalidad.

No es necesario, pues, ante lo establecido ya por esta Suprema Corte respecto a la revisión constitucional de los contratos de interés público, adentrarse en la doctrinal diferenciación entre las llamadas *leyes formales* y las *leyes materiales* u ordinarias. Ya se sabe que, según el

artículo 162 de la Constitución, son leyes los actos que sancionen las Cámaras Legislativas como cuerpos colegisladores. Es también indiscutible que los contratos de interés público y los tratados internacionales, son sancionados por dichas Cámaras en función legislativa; luego, ambos tienen el atributo de leyes.

Así, pues, tanto las leyes formales y las leyes materiales son leyes, ya que hay unas que no son tales sino por su forma, y otras que lo son por su forma y por su fondo. Mas la distinción entre las leyes formales y las leyes materiales no tiene sino un puro interés intelectual. Todas las leyes, cuales sean, están sometidas al mismo régimen jurídico.

Por tanto, la circunstancia de que las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, como también los contratos de interés público, tengan determinadas particularidades, o "mecanismos constitucionales especiales para la producción, promulgación y derogación . . . , que difieren ostensiblemente de los previstos para las leyes ordinarias" —como dice la sentencia—, en nada puede influir en cuanto a su sometimiento al control de constitucionalidad por vía de acción directa ante el Supremo Tribunal de la República, conforme a lo pautado en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución.

VI. INEFICACIA DEL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA SENTENCIA

Como es sabido, toda sentencia constituye un acto procesal mediante el cual el órgano jurisdiccional emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión con el *derecho objetivo*. En toda sentencia existe, pues, un *juicio lógico* que consiste en la comparación de la acción intentada con la norma o conjunto de normas jurídicas vigentes, para deducir de esa comparación si la demanda se adecúa o no a las consecuencias previstas en la ley. De aquí, que, generalmente, se configura esa operación lógica dándosele la estructura de un silogismo —el llamado *silogismo judicial*—, cuya premisa mayor estaría constituida por la norma preestablecida de derecho positivo, la premisa menor por los elementos de hecho, y la conclusión por la aplicación de aquélla a ésta o la *subsunción* de ésta a aquélla, para la formulación del resultado correspondiente. Por tanto, toda sentencia debe expresar la convicción formada en el Juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o derecho objetivo.

Con relación al caso de autos, se ha estimado en la sentencia que la pretensión de nulidad contenida en la demanda no puede ser conocida en cuanto al fondo por este Supremo Tribunal, por considerarse que la materia planteada está exceptuada de la competencia que a la Corte confiere el artículo 215 de la Constitución de la República.

Ahora bien, el fundamento de derecho del fallo, esto es, la norma jurídica o de derecho positivo en que se basa la sentencia para excluir los tratados internacionales del control constitucional, quedó circunscrita, en la decisión, al artículo 129 de la Carta Fundamental. Y, por tal circunstancia, la crítica que se hace al fallo en este voto salvado, ha estado esencialmente aderezada a demostrar que, en la mencionada disposición, no existe exclusión de los tratados internacionales a la revisión de constitucionalidad.

Siendo esto así, como en criterio del exponente realmente lo es, y descartada, en consecuencia, la referida excepción, desaparece el fundamento jurídico del fallo, y mantiene su plena y cabal vigencia la norma general de revisión ilimitada de la constitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Carta Magna, en la que se comprenden, como actos legislativos, los tratados internacionales. De esta manera, sólo subsisten en la sentencia meras declaraciones de principio, sin ningún respaldo en el derecho positivo patrio, e ineficaces, por ello, para enervar o desconocer aquel principio general establecido en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacional.

VII. LA SOBERANÍA NACIONAL Y LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Se expresó al comienzo de esta exposición que en Venezuela la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público; y que la vigencia de la soberanía supone la existencia de un orden jurídico representado en la Constitución y en las leyes.

“En su capacidad de autoridad jurídica —dice Kelsen—, el Estado tiene que identificarse con el orden jurídico nacional. Por tanto, *decir que el Estado es soberano significa que el orden jurídico nacional es un orden por encima del cual no existe otro superior*”.

Para el autor de la teoría pura del derecho, afirmar que un orden es *superior* a otro es emplear una expresión figurada, según la cual, el orden inferior deriva su razón de validez, su norma básica relativa, de otro orden, el superior; de lo cual concluye el autor, que el derecho internacional, a través de su principio de efectividad, determina el ámbito y la razón de validez del derecho nacional, por lo cual la superioridad del derecho internacional sobre el nacional parece imponerse en virtud del contenido del derecho mismo.

“Pero desde el punto de vista de la *teoría del reconocimiento* —continúa Kelsen—, el derecho internacional sólo determina el ámbito

y la razón de validez del nacional cuando el primero tiene alguna validez; y *el internacional sólo es válido cuando es reconocido por el Estado*". Por tanto, "de acuerdo con la teoría del reconocimiento, la norma básica del orden jurídico nacional es la fuente absoluta y suprema de validez de todo derecho, y, por consiguiente, el Estado puede ser concebido como soberano".

Como conclusión de estos conceptos el mismo autor expone: "Si aceptamos la hipótesis de la primacía del derecho internacional, entonces el Estado *no es soberano*. En tal hipótesis el Estado sólo podría ser declarado soberano en el sentido relativo de que el único orden superior al nacional es el orden internacional, de tal manera que el Estado sólo se encuentra directamente sometido al derecho internacional. Si, por el contrario, aceptamos la hipótesis de la primacía del derecho nacional, entonces el Estado es soberano en el sentido originario y absoluto del término, por ser un orden superior a todos los otros, incluyendo el derecho internacional".

Como es sabido, Venezuela, en lo que respecta al derecho internacional que tiene su fuente en los pactos con las demás Naciones, mantiene el principio del *reconocimiento* como requisito para la validez de aquel derecho en el ordenamiento jurídico interno del país. Ello se expresa en el artículo 128 de la Constitución que establece:

"Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez..."

Por consiguiente, la sumisión del derecho internacional al derecho de la República, es inherente a la propia soberanía nacional.

La Carta Fundamental ratifica plenamente este criterio al expresar, en el Preámbulo, que es propósito del Estado "cooperar con las demás naciones y, de modo especial, con las Repúblicas hermanas del Continente, en los fines de la comunidad internacional, *sobre la base del recíproco respeto de las soberanías*, autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumento de política internacional".

En esta solemne declaración principista estampada en el umbral mismo de la Ley de las leyes, condiciona el Estado venezolano su cooperación en el ámbito internacional, al *respeto de su soberanía*. Pero como la soberanía reside en el pueblo, y el pueblo se ha dado un orden constitucional que sirve de sustento a la soberanía, el respeto de la soberanía implica el respeto de la Constitución.

Estos postulados aparecen ratificados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en cuyo artículo 5º —citado en la sentencia—, se lee:

“El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, *soberanía* e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”.

O sea, que también en esta norma aparecen condicionados los pactos internacionales, al respeto que se debe a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados.

Por consiguiente, ningún tratado o convenio internacional puede vulnerar las pautas de la Carta Magna, porque atentaría contra la soberanía nacional y sería, por tanto, susceptible de ser nulado por la Corte Suprema de Justicia, conforme a la potestad que a este Alto Tribunal confiere el artículo 215, ordinal 3º, de la Constitución de la República.

CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto, se llega a las siguientes conclusiones:

- a) La Constitución está por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado;
- b) A la Corte Suprema de Justicia corresponde declarar la nulidad, total o parcial, de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución;
- c) Los tratados o convenios internacionales, legalmente aprobados, son leyes nacionales;
- d) No existe disposición constitucional que, expresa o implícitamente, excluya los tratados internacionales del control de constitucionalidad por vía de acción directa;
- e) Los tratados internacionales pueden ser accionados de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal de la República.

Estima, por tanto, el Magistrado disidente, que la Corte Suprema de Justicia, en pleno, sí tiene competencia para conocer de la demanda de nulidad absoluta parcial del ordinal 14 del artículo II del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los Estados Unidos de América; y, en consecuencia, ha debido decidir, en el fondo, los pedimentos contenidos en la demanda que dio origen al presente proceso.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS EX PRESIDENTES

J. R. DUQUE SÁNCHEZ

No obstante que la Corte Suprema de Justicia en Pleno, por mayoría de votos, ha venido declarando su competencia para conocer del enjuiciamiento de los ex Presidentes de la República, por hechos delictuales cometidos durante el ejercicio de sus funciones, seguimos considerando que el Alto Tribunal es incompetente, a menos que así lo estableciera la Constitución y por ello no podían las Leyes Orgánicas atribuirle dicha facultad, por ser ello violatorio de principios contenidos en nuestra Carta Fundamental. He aquí los razonamientos en los cuales apoyamos nuestro criterio.

Historia de la aparente competencia de la Corte

En el artículo 123, ordinal 1º, de la Constitución de 1936, reformada parcialmente en 1945, se dio competencia a la Corte Federal y de Casación para “conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República o el que haga sus veces. . . en los casos en que dichos funcionarios incurran en responsabilidad penal”, sin que aparezca en ninguna otra disposición, que esa competencia se extendiera al enjuiciamiento de los ex presidentes por delitos cometidos durante su mandato.

La Junta Revolucionaria de Gobierno, del 18 de octubre de 1945, dictó con fecha 20 del mismo mes, el Decreto N° 1 que mantuvo en vigencia el ordenamiento jurídico nacional en tanto no resultara derogado directa o indirectamente por los Decretos que sancionara la misma Junta. Los Decretos de 22 de octubre de 1945, N° 6; de 3 de noviembre de 1945, N° 64; y de 31 de diciembre de 1945, N° 113, relacionados todos con responsabilidad civil y administrativa de los funcionarios públicos, en nada modificaron en lo que hace a la responsabilidad penal, aquel ordenamiento jurídico nacional que, como se vio, acordó mantener en vigencia el citado Decreto N° 1.

Sancionada la Constitución de 1947, en el artículo 220, ordinal 1º, se dio a la Corte Suprema de Justicia la atribución de "conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República o quien haga sus veces... en los casos en que dichos funcionarios incurran en responsabilidad penal"; guardándose también silencio en cuanto al enjuiciamiento de los ex presidentes, siendo de advertir, para lo que se dirá más adelante, que en el ordinal 13 del mismo artículo 220, se le dio a la Corte competencia para "las demás atribuciones que le señalen esta Constitución y las leyes en asuntos de la competencia nacional".

Bajo la vigencia de esa Constitución, fue sancionada con fecha 14 de octubre de 1948, la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, en cuyo artículo 65 (hoy 63) se dispuso: "La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia de los juicios a que se refieren los Títulos Cuarto y Quinto de esta Ley, contra los funcionarios que ejerzan o *hayan ejercido* los siguientes cargos: Presidente de la República...". Entre los juicios enumerados en los citados Títulos, figuran: peculado (art. 195 del Código Penal); concusión (art. 196); corrupción de funcionarios (art. 198); y procurarse alguna utilidad personal, por sí o por interpuesta persona en los actos de la administración pública (art. 205). Es decir, *se extendió* en el citado artículo 65 (hoy 63) de la referida Ley, para el enjuiciamiento de las personas que hubieren ejercido el cargo de Presidente de la República, la competencia que para el enjuiciamiento de los presidentes tenía la Corte por mandato constitucional, quebrantándosele con ello principios constitucionales como luego se verá.

El 24 de noviembre de 1948, tomó el poder una Junta Militar de Gobierno, en cuya Acta Constitutiva, se lee: "Para todas las cuestiones de orden constitucional recibirá aplicación la Constitución Nacional promulgada el 20 de julio de 1936, reformada el 6 de mayo de 1945, sin perjuicio de que la Junta dé acatamiento a aquellas disposiciones de carácter progresista de la Constitución Nacional de 1947... y sin perjuicio de dictar todas aquellas medidas que aconseje o exija el interés nacional, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público"; y se agrega: "Se mantiene el ordenamiento legal de la República en cuanto no resulte contrario a lo dispuesto en la presente Acta y a los fines que originaron el Gobierno Provisorio". En esa forma, quedó en vigencia la norma constitucional sobre competencia de la Corte para enjuiciar al Presidente de la República (art. 123, ordinal 1º, de la Constitución de 1936) y también la competencia para enjuiciar a los ex presidentes, atribuida por el artículo 65 (hoy 63) de la Ley

contra el Enriquecimiento Ilícito, si olvidamos que éste fue dictado con violación de principios constitucionales, como antes se dijo, y cuyo análisis se hace en otra parte de este trabajo.

Ocurren los sucesos del 2 de diciembre de 1952 y una Asamblea Constituyente dicta el Decreto-Ley N° 1, de 9 de enero de 1953, en cuyo artículo 1º, "se mantiene en vigencia el ordenamiento constitucional y legal establecido en el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio de 24 de noviembre de 1948, modificada el 27 de noviembre de 1950 y el 2 de diciembre de 1952, mientras no resulte modificado por esta Asamblea". Y luego, el 11 de abril de 1953, la misma Asamblea, sancionó una nueva Constitución en cuyo artículo 133, ordinal 4º, se da atribución a la Corte Federal para "conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República o quien haga sus veces...", sin distinguir para esa competencia entre delito común y delito político, como lo hizo la Ley Orgánica de la Corte Federal que se mencionará más adelante.

Hasta ese momento, en ninguna de las Constituciones referidas, la Corte Federal o la Corte Suprema de Justicia, eran competentes para conocer de las acusaciones contra los ciudadanos que *hayan ejercido* el cargo de Presidente de la República, por delitos cometidos durante sus funciones, como lo dispuso la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito ya citada. Es sólo en la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación de 22 de agosto de 1945, hoy derogada, cuando aparece esa competencia, al disponerse en el aparte del ordinal 13 del artículo 7º, que "la competencia de la Corte en los casos a que se refieren los dos números anteriores, subsiste, aun cuando el acusado haya cesado en el ejercicio de sus funciones, siempre que se trate de hechos cometidos durante éstas".

En la Ley Orgánica de la misma Corte Federal de 2 de agosto de 1953, que "derogó la de 22 de agosto de 1945, y *cualesquiera otras disposiciones legales que se opongan al cumplimiento y aplicación de la presente Ley*" (se subraya por la consideración que se hará después, relacionado esto con el artículo 66 [hoy 63] de la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito), se ratifica esa competencia, pues allí, después de citar entre las atribuciones de la Corte, la de "conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República o el que haga sus veces" (ordinal 16, artículo 7º), se agregó en un aparte del mismo ordinal, lo siguiente: "La competencia en los casos a que se refiere este número subsistirá, aun cuando el acusado hubiere cesado en el desempeño de sus funciones, siempre que se trate de hechos cometidos dentro del tiempo de su actuación o representación".

No habiendo distinguido la Constitución promulgada el 11 de abril de 1953 en su artículo 133, ordinal 4º, antes citado, entre delitos comu-

nes y delitos políticos, cuando le dio competencia a la Corte para conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República, no se explica cómo pudo la citada Ley Orgánica de la Corte Federal, sancionada tres meses después de promulgada la Constitución, al desarrollar esa atribución constitucional del Supremo Tribunal de la República, no sólo incluir en la aludida competencia el enjuiciamiento de los ex presidentes, sino lo que es más grave aún, *distinguir* entre unos y otros delitos, para dejarle a la Corte la competencia en cuanto a los delitos políticos y quitársela en cuanto a los comunes, disponiendo al efecto que "cuando el delito fuere común (y después de haberse pronunciado la Corte sobre si había o no lugar a la formación de causa) pasará el proceso al Tribunal ordinario competente; y si fuere de naturaleza política, continuará conociendo la Corte Federal hasta sentencia definitiva" (2º aparte del ordinal 16, del artículo 7º). Con lo cual el aludido artículo 133, ordinal 4º, de la Constitución de 1953, resulta sustancialmente modificado por una ley ordinaria. No queremos dejar de advertir que, aun cuando esta Ley Orgánica ya no está vigente, hemos querido hacer el presente comentario, por cuanto se trata de "la historia de la aparente competencia de la Corte", como hemos intitulado esta primera parte de nuestro trabajo.

El 23 de enero de 1958, una Junta Militar de Gobierno asume todos los Poderes del Estado (art. 2º de Acta Constitutiva) y "mantiene en plena vigencia el ordenamiento jurídico nacional, en cuanto no colida con la presente Acta Constitutiva y con la realización de los fines del nuevo Gobierno, a cuyo efecto, la Junta Militar dictará, mediante Decreto refrendado por el Gobierno Ejecutivo, las normas generales y particulares que aconseje el interés de la República, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público". Al promulgarse el 23 de enero de 1961 una nueva Constitución, se dio atribución a la Corte Suprema de Justicia, en el ordinal 1º del artículo 215, "para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República o quien haga sus veces, y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa, previa autorización del Senado, hasta sentencia definitiva". Competencia que se reafirma en el artículo 216 y en la Disposición Transitoria Decimaquinta. La nueva Constitución, al igual que las anteriores, *no extendió* la competencia de la Corte al enjuiciamiento de los ex presidentes en ninguna de sus disposiciones.

La institución de los ex presidentes y su inconstitucionalidad

Ocurre preguntar: ¿Tiene vigencia la competencia de la Corte para enjuiciar a los ex presidentes, establecida en el artículo 65 (hoy 63) de

la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos y el artículo 152 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vigente desde el 1º de enero de 1957?

Es indudable que para extender el legislador la competencia de la Corte al enjuiciamiento de los ex presidentes, hubo de tener en cuenta en ambas leyes el carácter con que actuaron esos ciudadanos y las elevadas y delicadas funciones que desempeñaron, sin parar en mientes que, precisamente, por esas mismas circunstancias, dicha competencia debía consagrarse, al igual que se hizo con respecto al enjuiciamiento de los ciudadanos en ejercicio del cargo de Presidente de la República, en el propio texto constitucional y no en una ley ordinaria, pues se trataba de establecer una prerrogativa que sólo podía consagrar el propio constituyente y no el legislador ordinario.

Que se trata de una prerrogativa, nadie podrá negarlo. Tal cosa se evidencia de las propias definiciones que de la misma se han dado. "Prerrogativa —dice el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*— es privilegio, gracia o exención que se concede a uno para que goce de ella, aneja regularmente a una dignidad, empleo o cargo". Es indudable que esta definición es aplicable al caso de los presidentes de la República, pues si a éstos se les enjuicia ante la Corte Suprema de Justicia y no ante los tribunales ordinarios, es en razón de su cargo, como se explicará más adelante. Y si el ser ex presidente da derecho a ser enjuiciado ante la misma Corte y a gozar de otros derechos, ¿no constituye ello una prerrogativa que si bien ya no en razón de cargo desempeñado actualmente, como la expresa la definición citada, sí al menos en razón del cargo que se desempeñó? No compartimos el criterio sostenido por algunos de que se trata de una prerrogativa funcional, pues estamos convencidos de que la aludida competencia se le ha dado a la Corte no en razón de su alta jerarquía, sino de la de los funcionarios ante ella enjuiciables.

Por tanto, cuando para el enjuiciamiento por determinados delitos se establezca una competencia jurisdiccional especial, en atención a la prerrogativa de que goza el encausado por razón de su cargo, como es el caso de los delitos cometidos por el ciudadano Presidente de la República, esa competencia deberá establecerla la propia Constitución y no una ley ordinaria; deberá haberla autorizado aquélla, para que ésta pueda desarrollarla, sin modificar su sentido y alcance. Y ello, porque se trataría de consagrar una "prerrogativa constitucional", es decir, una excepción a una de las garantías individuales que sólo el constituyente puede sancionar o autorizar y no el Congreso Nacional. Si, pues, por fidelidad a esos principios, en todas las Constituciones se ha establecido

la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los Presidentes de la República, no podía el legislador ordinario, sin violar esos mismos principios, extender dicha competencia al enjuiciamiento de los ciudadanos que *hubieren ejercido* la Presidencia de la República, pues para esa prerrogativa (que ya no supone cargo) se necesitaba con mayor razón la sanción del constituyente, como se requirió para la otorgada a los presidentes, tanto más cuanto que —se repite— “las prerrogativas son regularmente anejas a una dignidad, empleo o cargo”, conforme a la definición antes transcrita y mal podría hablarse del cargo de ex presidente. Si se hace una excepción al concepto de prerrogativa, o se hace del carácter de ex presidente un fuero, ello corresponderá al Poder Constituyente y no al Congreso Nacional.

Un caso similar se nos ocurre para explicar mejor lo dicho: el de las senadurías vitalicias de los ex presidentes. Bien pudo la Constitución de 1961, en su artículo 148, declarar “miembros del Senado a los ciudadanos que hayan desempeñado la Presidencia de la República (los ex presidentes) por elección popular o la hayan ejercido conforme al artículo 187 de la misma Constitución, por más de la mitad de un período, a menos que hayan sido condenados por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones”; pero nunca podría haberlo hecho el Congreso Nacional en la Ley Electoral o Ley del Sufragio, por más que tuviera facultad para legislar sobre elecciones y sobre toda la materia con ellas relacionadas. El carácter de senador vitalicio es una prerrogativa o privilegio que sólo le era dado al constituyente atribuir a los ex presidentes.

Se explica fácilmente que para el enjuiciamiento del ciudadano que ejerce la Primera Magistratura del país se establezca una competencia especial en la Corte Suprema de Justicia y se le rodee de una serie de prerrogativas o privilegios, pues las múltiples y delicadas funciones de que está investido dicho ciudadano así lo demandan. Por ejemplo, se comprende perfectamente que en el caso del Presidente de la República haya necesidad de declarar previamente, ante una acusación penal, si hay o no mérito para su enjuiciamiento, pues no es lógico, ni el interés del Estado así lo permite, que a cada momento ese alto funcionario pudiera verse entrabado en sus complejas y delicadas funciones por cualquiera acusación que fuera dado hacerle cualquier ciudadano, sin ser suficientemente seria y fundada; se comprende, asimismo, que deba pasársele a dicho funcionario copia íntegra de la querrela y de la documentación acompañada, para su debido conocimiento y defensa, pues no es compatible con esas mismas funciones el que un Presidente de la República tenga que estar concurriendo al Tribunal en horas de audiencia o de se-

cretaría, como cualquier reo, a imponerse de las actas del expediente. Por esas mismas razones, se comprende finalmente, que el Tribunal que lo juzgue sea la Corte y que se le otorguen los demás privilegios o prerrogativas que su complejo y delicado cargo imponen. Todo ello enmarca perfectamente dentro de la definición que hemos dado de "prerrogativa".

No ocurre lo mismo con los ex presidentes, si enfocamos el problema dentro de un criterio eminentemente democrático. Una vez que descienden de la silla presidencial, deberán retornar a la vida ciudadana y seguir siendo ciudadanos como los demás, como ocurre en otros países, sin privilegios o prerrogativas que repugnan a la conciencia republicana y democrática. Ajenos ya a las altas y complejas funciones de que estuvieron investidos, y retornados a su condición de simples ciudadanos, deben ser juzgados por sus jueces naturales, pues no hay nada que les impida concurrir a los Tribunales ordinarios a defenderse y sin que ello vaya en desmedro del alto cargo en que sirvieron a la República. Si a pesar de estas consideraciones, todavía se piensa que esa prerrogativa debe establecerse a favor de los ex presidentes, porque el haber ejercido la Primera Magistratura de la República, deja al ciudadano investido de algo así como de un fuero, que lo hace acreedor a determinados privilegios, situación esta que no tendríamos inconveniente en aceptar, no obstante lo que dejamos dicho, consideramos sin embargo que la consagración de ese carácter, deberá estar en el texto de la propia Constitución, pues en la Ley ordinaria se violarían los principios que se han dejado expuestos, pues, se repite, mientras el constituyente no lo disponga así, el haber ejercido la Presidencia de la República no inviste al ciudadano de una condición especial frente a los demás ciudadanos, desde un punto de vista constitucional y jurídico: si aquél no lo dispuso así, el legislador ordinario no lo podía hacer, sin que valga alegar que lo que se tuvo en cuenta fue el momento y el carácter con que el ex funcionario cometió el hecho delictivo.

Más sobre prerrogativas

No compartimos el criterio de que se trataría de una prerrogativa funcional y no de un privilegio y que éste no podría ser, porque ello sería incompatible con el texto del artículo 61 de la Constitución, según el cual "no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social". Pero como aquí se trataría de una discriminación por razón del cargo y no de "la raza, sexo, credo o condición social", aún siendo un privilegio, no habría la incompatibilidad

expresada, máxime si esa discriminación la ha establecido la propia Constitución. Y en cuanto a que esa prerrogativa funcional, ya dejamos expresado que en nuestro criterio no hay tal prerrogativa funcional, sino que ella es en atención a la persona y por razón del cargo que ejerce.

Tampoco compartimos la opinión de que "cuando la Ley Orgánica dispone que la competencia de la Corte *subsistirá*, aun cuando el acusado hubiere cesado en el desempeño de sus funciones, siempre que se trate de hechos cometidos durante éstas, no está señalando una nueva atribución a la Corte, sino simplemente precisando el alcance de la correspondiente atribución constitucional, dado que "subsistir es permanecer, durar una cosa, existir una sustancia con todas las condiciones propias de su ser y de su naturaleza".

Lo anterior sería exacto, si la Ley Orgánica, por ejemplo, se hubiera limitado a decir, que "iniciado un proceso contra el ciudadano en ejercicio de la Presidencia de la República, la competencia de la Corte *subsistirá* aun cuando el acusado hubiere cesado en el desempeño de sus funciones", pues, en tal caso, la Ley Orgánica sí estaría "simplemente precisando el alcance de la correspondiente atribución constitucional". Mas no ocurre tal cosa cuando, habiendo cesado en ejercicio de sus funciones el ciudadano que ejercía la Presidencia de la República, se le enjuicia con posterioridad, pues entonces, por más que se haya usado hábilmente por el legislador ordinario, para burlar al constituyente, la palabra *subsistirá*, lo que en realidad se está haciendo es *extender* la competencia que para enjuiciar a los Presidentes de la República tiene la Corte, al caso del enjuiciamiento de los ciudadanos que la hubieran ejercido.

Llama la atención que en ninguna de las Constituciones que nos han regido durante los años de vida republicana que llevamos, se haya consagrado ese privilegio o prerrogativa en favor de los ex presidentes. E igual cosa se advierte en las diecinueve Constituciones de los países latinoamericanos que hemos consultado. En todas ellas, absolutamente en todas, el enjuiciamiento penal ante la Corte o Tribunal Supremo, sólo tiene lugar para los ciudadanos en ejercicio de la Presidencia de la República. Ninguna de ellas lo establece para los que la *hayan ejercido*. Todo lo cual indica que los principios que dejamos sustentados, han inspirado al constituyente en todos esos países, lo mismo que al nuestro. Queremos advertir, para el caso de que últimamente haya ocurrido algún cambio, que las Constituciones que consultamos son las que aparecen en la obra intitulada *Comentarios a las Constituciones Políticas de Iberoamérica*, por Luis Muñoz, publicada en México, en 1954.

Las competencias residuales

Finalmente, no vale la pena alegar en apoyo de la competencia de la Corte en el caso que nos ocupa, que la actual Constitución de 1961 dispone que la Corte "tendrá las demás atribuciones que establezcan las leyes", pues ello debe entenderse con respecto a aquellas atribuciones que se originen en las llamadas *competencias residuales* y nunca para las que el propio constituyente hizo objeto de una disposición expresa en la Constitución. Esas atribuciones conferidas por las leyes ordinarias han de referirse a asuntos de la competencia federal no resueltas en la Constitución y que no tengan que ver con una "prerrogativa constitucional", que nunca podrán ser materia de leyes ordinarias, como es la que da a los presidentes de la República el privilegio de ser enjuiciados exclusivamente ante la Corte Suprema de Justicia y no ante los Tribunales que ejercen la jurisdicción ordinaria. Por ello, no compartimos el criterio conforme al cual "el Poder Constituyente siempre ha determinado en la Ley Fundamental la competencia de la Corte, pero nunca consideró que lo establecido en la norma constitucional agotara esa competencia". En casos como el que estudiamos, sí se agota, pues, como alguien asentó, "es de doctrina que estas competencias, las residuales, son aplicables en cuestiones de menor significación, en las que no han sido contempladas de manera expresa por la Carta Política cuando define las atribuciones del respectivo órgano del Estado; pero en este caso, la tesis es absolutamente inoperante, porque siendo la atribución de alta jerarquía, «conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República», de haber querido el constituyente comprender entre las atribuciones de la Corte la de conocer de las acusaciones contra los ex presidentes, lo habría dicho en ese mismo lugar en forma expresa, pero no implícitamente, allá en la competencia residual, en el desván de las cosas olvidadas, en el lugar reservado, no las tuvo en cuenta el constituyente cuando señaló de manera expresa las atribuciones capitales de la Corte". Y ya se vio que en ninguna de nuestras Constituciones (ni tampoco en las de diecinueve países latinoamericanos), así se hizo.

Para concluir queremos hacer notar que el criterio que dejamos sustentado es aplicable también al caso del enjuiciamiento de ex ministros y demás altos ex funcionarios.

**DERECHO
TRIBUTARIO**

EL PROCESO FORMATIVO DEL CODIGO ORGANICO TRIBUTARIO

TOMÁS ENRIQUE CARRILLO BATALLA

SUMARIO

I. *Análisis preliminar.* 1. La Codificación en el Derecho Privado y en el Público. 2. La Codificación Hacendaria y Tributaria. 3. Los documentos del proceso formativo del Código Orgánico Tributario. 4. Algunas consideraciones sobre la investigación en materia de Codificación Hacendaria. 5. La Codificación Monetaria y Financiera. II. *Labor de la Comisión Revisora del Proyecto.* 1. Su análisis sobre los antecedentes históricos del proyecto. 2. Comentarios y observaciones sobre el texto del proyecto. III. *Modificaciones Introducidas por el Senado de la República al Proyecto del Código Tributario.* 1. Texto de las modificaciones. 2. Informe de la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados donde coincide con las reformas del Senado. IV. *El Veto Presidencial.* 1. Texto enviado al Congreso. 2. Informe de la Comisión Especial del Congreso sobre las observaciones presidenciales. V. *Nota de los diputados D. F. Maza Zavala, Anselmo Natale y T. E. Carrillo Batalla sobre Críticas al Código Orgánico Tributario.* VI. *Texto del Código Orgánico Tributario.*

I. ANALISIS PRELIMINAR

1. *La Codificación en el Derecho Privado y en el Público*

La codificación se ha desarrollado principalmente en las más importantes ramas del Derecho Privado, tales como Civil, Mercantil y Penal.

Se ha dicho que estas áreas del Derecho son más propicias a la sistematización, en vista de la coherencia en que se encuentran integradas las diversas partes que las componen. Se ha escrito por especialistas del Derecho Administrativo que éste es poco propicio a la codificación en

vista de la dispersión de sus múltiples materias y de las dificultades de sistematizar sus normas en Códigos, tal como ha ocurrido en el Derecho Privado.

Sin embargo, en la evolución legislativa venezolana hemos tenido códigos de áreas de Derecho Público bien definidos. Tales son: el campo educacional, pues el segundo Código en orden cronológico que aprobaron las Cámaras Legislativas en Venezuela, es el de Instrucción Pública de 1843. Posteriormente, se puso en vigencia en 1873 un Código de la Hacienda Pública Nacional y también ha existido un Código Militar, Códigos del Ejército y de la Armada, todo lo cual revela, que en estas disciplinas ha sido posible legislar en el pasado, en forma codificada. Sin embargo, no se puede negar que el Derecho Administrativo por su variedad de materias, es más difícil de codificarlo que el civil o el mercantil.

Tal como dijimos antes, la legislación de instrucción pública fue codificada en 1843 y luego hacia fines de siglo se modificó el respectivo Código; lo mismo sucedió en 1904 y en 1912, hasta que en 1915 el Código de Instrucción Pública fue derogado por la Ley Orgánica de Instrucción Pública en la época de Guevara Rojas. Posteriormente se siguió usando la terminología de Ley Orgánica de Instrucción Pública, Ley de Educación o Ley Orgánica de Educación, que es la denominación que tiene hoy en día esa importante pieza de nuestra legislación positiva.

En materia fiscal, en 1873, se aprobó el Código de Hacienda. Este contuvo en su articulado las diversas disposiciones sobre la Administración de la Hacienda Pública sistematizadas, que habían tenido su origen en la legislación colonial y luego habían sido paulatinamente modernizadas en la evolución legislativa de la República. Ese instrumento fue luego derogado por sucesivos Códigos de la materia, hasta que en 1918 fue eliminada la denominación Código de Hacienda por la de Ley Orgánica de la Hacienda Nacional. De ahí en adelante no se ha usado más en la terminología hacendaria la palabra Código para denominar ese instrumento de nuestra legislación.

En materia militar todavía se usa la expresión Código, tanto para el Ejército, como para la Armada.

2. *La Codificación Hacendaria y Tributaria*

A pesar de que indudablemente resulta más difícil codificar las áreas del Derecho Público, no hay duda que específicas materias o instituciones se prestan más que otras a ser codificadas. Por ejemplo, la legislación educacional actual, se ha ido ramificando en sus diversos es-

tratos de la enseñanza educacional y comprende una multiplicidad tan compleja de disposiciones que hoy sería una tarea difícil hacer un Código de Educación Nacional. Por eso el legislador ha preferido usar la expresión, para el cuerpo principal de la legislación educacional, de Ley Orgánica. En cambio hay otra materia, como la fiscal donde es posible y menos difícil llevar a cabo el proceso de codificación. Tal es el caso del recientemente promulgado Código Orgánico Tributario.

Este instrumento se refiere a los aspectos generales regulatorios de la tributación. No trata de las cuestiones específicas de cada uno de los tributos, como las tarifas, como la progresividad, en los casos de leyes que tienen tarifas progresivas o como las tarifas proporcionales en los casos de leyes que adoptan ese otro tipo de escala en la tributación. El Código Tributario, si lo comparamos por ejemplo con el Código Penal, habría que enfocarlo en su contenido, con una primera parte, que sería la Parte General y, luego una Segunda Parte que sería la Especial. En el caso del Código Penal, la Parte General se refiere a los principios de toda la materia del Derecho y de la legislación penal; en cambio, la parte especial se contrae a la tipificación y al señalamiento de las sanciones de las penas específicas que se establecen para cada uno de los delitos.

En el caso del Código Tributario, la parte general se contrae a la exposición amplia en términos generales, de los distintos aspectos comunes de la materia tributaria, los aspectos comunes a los distintos tributos. No entra en la parte especial; es decir, el Código Tributario no trata por ejemplo, del Impuesto sobre la Renta, ni del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, ni de los tributos sobre el consumo de licores o cigarrillos, o sobre los impuestos de circulación. El Código Tributario se contrae a la parte general. Podría concebirse un Código Tributario que tratase las dos partes, la General y la Especial. Sin embargo, en el caso del Código Orgánico Tributario de Venezuela se prefirió empezar por reunir, sistematizar y homogeneizar las disposiciones generales comunes a todos los tributos, tales como la definición de la territorialidad, o sea, el área de aplicación de los tributos, la definición de la jurisdicción y de la cobertura de aplicación en cuanto al tipo de tributos sometidos al régimen del código; igualmente a la interpretación de la Ley Tributaria, a las normas relativas a las exoneraciones y exenciones, a las disposiciones concernientes a la prescripción, a las normas de administración comunes a los distintos tributos, a las disposiciones concernientes a la declaración de la obligación tributaria, a la intervención de la administración para el examen de la declaración, a la aceptación o no por la administración de la declaración, a lo concerniente a la renta

presunta, a la indagación por parte de la administración para comprobar la veracidad de las declaraciones. Igualmente las relativas a la veracidad de las declaraciones. Igualmente las relativas a la posibilidad del examen de los libros contables y de los comprobantes de los contribuyentes, de los requisitos para intervenir esos libros, para examinarlos y de las posibles sanciones a que hubiere lugar para serles aplicadas a los infractores que puede establecer la administración, y luego lo concerniente también a los procedimientos administrativos tributarios y a los procedimientos contenciosos tributarios, a los recursos que se pueden intentar en el caso de esos procedimientos, etc.

En una posterior reforma no hay duda que debería contemplarse la posibilidad de incluir ciertas cuestiones además de la parte general que es lo que constituye el actual Código Orgánico Tributario, que no están en el presente texto, tales como lo concerniente a la materia aduanera. Esta quedó fuera del texto del vigente instrumento legal. Es posible considerar dentro de la posibilidad futura, que se contemple la conveniencia de hacer un Código más amplio, que contenga también una parte especial donde vayan los distintos tributos, cada uno en título separado con sus correspondientes capítulos, de modo que se tenga un instrumento integral que contenga las normas jurídicas sobre la parte general que es la que existe hoy en día, debidamente completada y que a su vez incluya, asimismo, una parte especial con el tratamiento de los diferentes impuestos, ingresos y tasas. Pero esa sería materia del futuro.

Se quiso iniciar el proceso de la codificación tributaria con la parte general. Entre las ventajas que se derivarán de este nuevo instrumento legal se destacan las siguientes:

1º Las de orden administrativo.

De ahora en adelante todo tributo se rige por una sola administración. No habrá como en el pasado una administración del impuesto sobre la renta, una de la llamada renta interna, tabacos, cigarrillos, licores, etc., otra sección especializada sobre sucesiones y donaciones, etc. Habrá sencillamente una sola administración de rentas la cual se regirá por las mismas normas administrativas que serán aplicables a todos los tributos. Esta es sin duda una extraordinaria ventaja.

2º Los procedimientos administrativos tributarios son iguales para todos los tributos, de modo pues que las disposiciones sobre el particular que contenía cada Ley Tributaria, quedan derogadas por virtud de la entrada en vigencia de los procedimientos comunes que se establecen en el Código Orgánico Tributario.

3º Los procedimientos contenciosos tributarios son de ahora en adelante iguales. Quedan asimismo derogadas las normas sobre procedimientos tributarios que contenían cada una de las leyes sobre los respectivos impuestos vigentes en el país.

4º El principio de territorialidad de aplicación de los tributos, también es igual. De ahora en adelante cualquier Ley sobre cualquier tributo que vaya a referirse al territorio de aplicación del respectivo impuesto, deberá acogerse a las respectivas normas matrices que están en el Código Orgánico Tributario.

5º La interpretación de la Ley Tributaria que había dado lugar a una larga controversia, de ahora en adelante queda clarificada al fijarse los lineamientos precisos sobre cómo debe interpretarse su aplicación en los tributos. Habrá que recurrir primero que nada, lógicamente, a la Ley Tributaria específica; luego si no hay una disposición aplicable al caso, habrá que ocurrir a la analogía o si no a los principios generales del Derecho Tributario o a los principios generales de la legislación. Pero sí queda claro que no se puede crear ningún tributo por virtud de la interpretación analógica, pues ello es materia de disposición legal. No se puede crear ni derogar tributos sino por virtud de una norma legal. Igualmente se estatuye recurrir a todos los métodos de interpretación admisibles en nuestro Derecho Fiscal.

6º Las sanciones penales en razón de incumplimiento o violación de la Ley Tributaria también son objeto de un tratamiento uniforme. Existe una sección en el Código que trata detalladamente de esta materia, de modo que todos los tributos se rigen por los mismos principios penales.

Puede verse claramente que son ventajas evidentes que ayudarán grandemente al quien hoy en día tiene una guía mucho más clara para orientar su función sentenciadora; al abogado, a los efectos de la preparación del litigio y de la invocación de las normas específicas en el proceso correspondiente; al administrador por lo que se refiere a la aplicación de la Ley Tributaria; a los Fiscales de Hacienda que también gozarán de una orientación mucho más clara para el cumplimiento de su misión, y en general a los contribuyentes que dispondrán de un cuerpo sistemático, más integrado, más claro y más preciso sobre todas estas cuestiones, las cuales es necesario que sean precisamente conocidas para que sus normas puedan ser cumplidas.

3. *Los documentos del proceso formativo del Código Orgánico Tributario*

Habiendo sido yo designado para presidir la respectiva subcomisión que se ocupó en el seno de la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados, de estudiar el proyecto que ahí reposaba sobre Código Tributario, me consagré junto con los otros Miembros de esa subcomisión, los diputados Armando Sánchez Bueno, Homero Parra, José Miguel Uzcátegui, Domingo Felipe Maza Zavala, a revisar minuciosamente desde marzo de 1979 hasta noviembre de 1980, todo el articulado del proyecto, el cual fue objeto de un cuidadoso análisis, a los fines de adaptarlo a la realidad venezolana, en el sentido de usar un lenguaje jurídico común en nuestro medio, no obstante que el trabajo realizado por la Comisión presidida por el doctor José Andrés Octavio, fue sumamente valioso e importante. Sin embargo, en el cuerpo del articulado se colaron siempre expresiones más propias de los países del cono sur que de nuestra usual terminología jurídica. Con ese trabajo nosotros venezolanizamos el proyecto.

Pero no solamente se limitó la labor de esa subcomisión a los aspectos del lenguaje. También trabajamos en el fondo. La Exposición de Motivos con la cual se acompañó el Proyecto a discusión en Diputados, revela las modificaciones que propusimos en aquella oportunidad y que fueron acogidas sin alteración por el pleno de la Cámara de Representantes. Es bueno observar que en este trabajo nos acompañó, habiendo dado un importante aporte, el Presidente de la Comisión Permanente de Finanzas, doctor Luis Enrique Oberto. Una vez aprobado el Proyecto por la Cámara de Diputados se remitió a la Cámara del Senado donde se le hicieron modificaciones a algunos artículos. Entre éstos, nos vamos a referir a los siguientes:

1º El concerniente a la territorialidad. Nosotros nos habíamos pronunciado por el principio de la territorialidad, es decir, de la aplicación de los tributos en el ámbito territorial. En la Cámara del Senado se sugirió que se extendiera la posibilidad de la aplicación del Derecho Tributario a las actividades que realicen venezolanos en el exterior. En ese caso pues se aplicaría el principio de la extraterritorialidad de la obligación tributaria. Nosotros habíamos examinado los dos casos y habíamos concluido que siendo Venezuela en las actuales circunstancias y quizás en un tiempo largo por venir, un país deudor, era preferible, era más ventajoso acogernos al principio territorial. Sin embargo no causa ningún daño establecer la posibilidad del principio extraterritorial siempre y cuando se ajuste ese intento a los acuerdos internacionales destina-

dos a evitar la doble imposición, cosa que así se deja constar en el texto del artículo que fue definitivamente aprobado por las Cámara del Senado y después de Diputados. Al habernos designado de nuevo, a los Miembros de la misma Comisión que trabajamos en esta materia para que revisáramos el criterio del Senado, lo acogimos como en efecto se hizo. 2º Igual cosa ocurrió con otras materias que nos planteó el Senado, tales como una ligera modificación al procedimiento de las transacciones. Ya nosotros habíamos establecido unos requisitos bastante estrictos sobre la materia.

En el examen que hicimos junto con la respectiva Comisión del Senado se ratificó el procedimiento que habíamos aprobado inicialmente en diputados y se establecieron algunas otras normas que en definitiva le dieron forma a la redacción final de ese artículo. Tal fue lo concerniente a que se sometieran las transacciones al requisito de la aprobación por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Este artículo fue objeto del veto del Presidente. El Congreso en pleno estableció una gradación por la importancia o monto de los acuerdos. Para aquellos asuntos menos importantes en cuanto al monto, se puede hacer la operación sin necesidad del voto favorable del Presidente en Consejo de Ministros, y para las grandes transacciones que involucrarán volúmenes en recursos mucho mayores se fijó el requisito de la intervención afirmativa del Presidente con su cuerpo ministerial.

Una importante modificación introducida por la Cámara del Senado fue la concerniente a cambiarle la denominación al Código en el sentido de incluir en el título la expresión Orgánico, o sea, Código Orgánico Tributario. Ello fue sumamente importante. Nosotros comprendemos que estuvo destinado a evitar toda duda o posible litigio que pudiera presentar cualquier persona en el futuro, solicitando la nulidad de la Ley al invocar que no era Orgánica, no obstante declararse expresamente en el artículo 1º del Proyecto que el Código tenía el carácter de Orgánico. Fue en realidad muy conveniente que se le agregara la palabra Orgánico al título de ese trascendental instrumento legal. Regresado por el Senado a Diputados, el Proyecto, pasó a la Comisión Permanente de Finanzas y la misma subcomisión volvió a estudiar las modificaciones propuestas por el Senado, las cuales ya habíamos discutido con ellos en el curso de los trabajos de la respectiva Comisión de la Cámara Alta que estuvo presidida por el senador doctor Pedro París Montesinos. Conversamos con él, y con los senadores Chumaceiro y Manzo Núñez. En una forma muy armoniosa estuvimos siempre desde el principio, de acuerdo en aceptar las modificaciones que ellos creyeron conveniente

hacerle al Proyecto, tal como había sido inicialmente aprobado por la Cámara de Diputados.

Fue por esa circunstancia que yo redacté el Informe aprobando esas modificaciones y como tal fue presentado a la Cámara de Diputados, la cual las sancionó en su integridad. Por tanto de ahí en adelante el Proyecto quedó convertido en un instrumento aprobado por el Congreso. Fue así remitido al Presidente de la República a finales del mes de diciembre de 1981. Este, haciendo uso de la facultad que le da el artículo 173 de la Constitución Nacional, vetó algunas de las disposiciones de la recién aprobada Ley, y remitió al Congreso un documento contentivo de doce capítulos o acápite, donde señalaba los puntos en los cuales no estaba de acuerdo. Recibido ese documento, ambas Cámaras reunidas en Congreso procedieron a designar una Comisión Especial para estudiar el veto presidencial. La presidió el senador París Montesinos y la integraron los diputados Oberto, Maza Zavala, Germán Pacheco y yo, así como los senadores Virgilio Avila Vivas y Armando Chumaceiro.

La Comisión estuvo, trabajando intensamente para examinar las objeciones presidenciales.

Lo primero fue hacer un programa de audiencias públicas. Al efecto se citó al Consejo de la Judicatura que había formulado algunos reparos, específicamente cuestiones concernientes al nombramiento de los jueces de la jurisdicción. Se examinaron detenidamente las observaciones y puntos de vista del Consejo.

En virtud de las cuales ese Cuerpo aspiraba se consagrarse dentro de sus atribuciones la designación de los jueces del área de la Hacienda Pública. Posteriormente, se recibieron los jueces del Impuesto sobre la Renta; se conversó con ellos y se llegó también a puntos de vista coincidentes, los cuales se consagran en el texto de lo que es hoy el Código Orgánico Tributario. Se oyeron las exposiciones del Fiscal General de la República, del Consultor Jurídico de Miraflores, del Procurador General, y la Directiva de la Asociación de Derecho Tributario. Como resultado de los trabajos de esa Comisión, se presentó un Informe donde se acogieron algunas de las sugerencias del Presidente de la República, y en otros puntos se ratificó el criterio anteriormente fijado por el Congreso. En realidad, en la mayoría de las observaciones presidenciales hubo coincidencia por parte de esta Comisión en acoger sus recomendaciones. Hubo unos tres puntos en los cuales se ratificó el anterior criterio fijado por el Congreso.

Habiendo sido yo el ponente del Informe que se concreta en la exposición de motivos que presentó la Comisión Permanente de Finanzas

de la Cámara de Diputados, y que fue el fruto del análisis que hizo la subcomisión a que me he referido antes, me he propuesto en esta oportunidad publicar el texto de ese trabajo. Seguidamente el informe por virtud del cual la Comisión de Finanzas recomienda acoger los criterios e innovaciones introducidas por la Cámara del Senado y por último el texto del Informe de la Comisión Bicameral que examinó el veto presidencial.

Debo decir, con respecto a este último documento, que en él colaboraron en forma muy eficaz y muy activa, principalmente el Dr. José Andrés Octavio y asimismo el doctor José Vicente Urdaneta. Sin embargo, yo asumí la plena responsabilidad como ponente de esa proposición ante el seno de la Comisión, la cual fue finalmente aprobada por la misma y remitida a la reunión de ambas Cámaras en Congreso. En ese acto se impartió la final aprobación al texto. El Código Orgánico Tributario así sancionado por el Congreso fue remitido al Presidente de la República, el cual le puso el cúmplase de Ley. Estamos actualmente en el proceso de la *vocatio legis*, que habrá de vencer en febrero del año de 1983.

La publicación de estos documentos, en las siguientes secciones de este trabajo, constituye un hecho interesante para los estudiosos del Derecho Fiscal, por cuanto podrán examinar el proceso cuidadoso que se siguió en la revisión de los textos, en la modificación de los mismos de acuerdo con los criterios a que se fue llegando por parte de los Miembros de los respectivos cuerpos legislativos, y, últimamente de la participación del Presidente con sus observaciones y del final punto de vista expresado por el Congreso como fruto del examen del veto del Primer Magistrado. Se trata de un interesante proceso de formación de una Ley que es de trascendental importancia para la buena marcha del sistema tributario venezolano. Hemos creído interesante reunir estos materiales, a fin de que sean utilizados por los estudiosos e investigadores, por aquellos que dictan cátedras en las universidades, sentencias en los tribunales, por los abogados que ocurren ante esos organismos en demanda de justicia, por los administradores de la rama fiscal, por los contribuyentes y por el público en general. Así es que habiéndose solicitado mi colaboración para el *Libro Homenaje al Profesor Eloy Lares Martínez*, por su dedicación al trabajo, por su sabiduría en la rama del Derecho Administrativo, por su honradez y espíritu de servicio público de que ha dado muestra en el transcurso de su vida, no vacilé en reunir estos documentos en cuya formación he participado, para incorporarlos a esta obra que va a cumplir con un acto de justicia con un docente e investigador de larga trayectoria en la Universidad Central de Venezuela.

4. *Algunas consideraciones sobre la investigación en materia de condificación hacendaria*

La Ley Orgánica de la Hacienda Nacional ha venido sufriendo sucesivos desprendimientos, de partes importantes de su contenido, con motivo de la promulgación de las Leyes Orgánicas de la Contraloría General de la República, del Régimen Presupuestario y del Código Tributario. No hay duda que el tratamiento singularizado de esas instituciones ha respondido a necesidades vinculadas a su desenvolvimiento, y, como es lógico, el cabal cumplimiento de sus obligaciones. Pero es el caso, que parece ser pertinente, empezar a investigar sobre la posibilidad de elaborar un Código de la Hacienda Nacional, que contenga el articulado correspondiente a cada singular institución, en los Títulos y Capítulos correspondientes.

Naturalmente que ello no ignora las dificultades de la codificación del Derecho Público. Sin embargo, el intento es digno de sostenido esfuerzo con miras al logro en forma más sistematizada y sin mengua de todas las ventajas que han sido alcanzadas con la legislación separada, de un cuerpo que reúna todas las expresiones de la actividad fiscal del Estado.

Lo planteo, más como materia de estudio que de inmediata realización. En todo caso, de la elucubración en torno a la utopía, muchas veces ha surgido el progreso plasmado en realidad. No parece que en este caso sea utópico el objetivo señalado, aunque no por ello podemos desconocer que es difícil. Sin embargo, las tareas difíciles, cuando son coronadas por el éxito, son las que mayor satisfacción producen.

Con ánimo de contribución al avance de la ciencia fiscal, es que formulamos estas sugerencias.

5. *La codificación monetaria y financiera*

El sistema monetario y crediticio institucional, amerita igualmente de un análisis con vistas a su posible codificación. Existe, aparte de la Ley de Monedas, una Ley de Banco Central, otra de Bancos e Instituciones Financieras y diversas Leyes y Estatutos que regulan la actividad de organismos financieros del Estado y Mixtos. Siendo aplicables a todas esas instituciones, algunas disposiciones que les son comunes; y a cierto tipo de ellas otras que también pueden regirlas en términos generales, aparte de las que sí les son específicas a cada entidad, resulta indicado acometer una aproximación a sistematizar las normas según los conceptos comunes antes indicados, para apreciar si el esfuerzo es factible y conductivo a resultados positivos.

La materia de la Codificación Monetaria y Bancaria, es asimismo digna de ser investigada. A ese título la mencionamos, en este breve trabajo, sobre cuestiones de interés para la ciencia jurídica y para el progreso del país.

II. LABOR DE LA COMISION REVISORA DEL PROYECTO

1. *Su análisis sobre los antecedentes históricos del proyecto*

Se ha creído conveniente iniciar el presente informe con unas breves notas de carácter histórico, relativas a los antecedentes del Proyecto de Código Tributario de Venezuela.

Al respecto se debe significar que la Comisión Redactora se basó fundamentalmente para sus labores en el Modelo de Código Tributario para América Latina, el cual había sido preparado en 1967 para el Programa Conjunto de Tributación OEA-BID. Este proyecto había sido redactado por una muy calificada Comisión, integrada por los destacados juristas doctor Carlos Giuliani Fonrouge, de la Argentina; el doctor Rubens Gómez de Sousa, del Brasil; y el doctor Ramón Valdés Costa, de Uruguay. Además contaron con la colaboración que, desde sus respectivos países, les prestaron los doctores: Aurelio Camacho Rueda, Enrique Piedrabuena, Alonso Moisés Beatriz, Carlos Angel Mersán, Enrique Vidal Cárdenas y José Andrés Octavio, respectivamente, de Colombia, Chile, El Salvador, Paraguay, Perú y Venezuela.

Igualmente le aportaron sugerencias tanto de forma como de fondo, los técnicos de la Unidad de Finanzas Públicas del Departamento de Asuntos Económicos de la Unión Panamericana.

El Modelo anteriormente señalado constituyó así realmente la piedra angular dentro de los trabajos realizados por la Comisión Redactora del Proyecto de Código Tributario de Venezuela, la cual tuvo presente tanto su sistematización y ordenación como el tratamiento específico dado a las respectivas materias, sin que ello signifique el seguimiento subordinado y dependiente del mismo, sino la adopción de una base de análisis, aun para en determinados casos establecer soluciones distintas, partiendo de las realidades concretas de Venezuela y de su específica historia y problemática en materia tributaria.

La Comisión Redactora del Proyecto venezolano además de tomar en cuenta como el elemento esencial de sus trabajos al Modelo de Código Tributario OEA-BID, consideró y evaluó como de la mayor importancia ciertos principios y presupuestos básicos de los cuales partió la

redacción y la sistematización del aludido Modelo de Código OEA-BID. Sintéticamente enunciados estos presupuestos fueron los siguientes:

1. Que las fórmulas del Proyecto debían ser lo suficientemente elásticas para permitir sus adaptaciones a las exigencias nacionales.

2. Que los sistemas tributarios de los países latinoamericanos deben responder a sus características propias, tanto desde el punto de vista económico y social, como jurídico; y que por tanto las soluciones de países con doctrina, legislación y técnica más evolucionada no pueden ser adoptadas sin una tarea previa de ajuste y armonización.

3. Que lo fundamental en un proyecto de Código Tributario es fijar posición acerca de las grandes cuestiones como consagrar soluciones concretas en cuanto a los problemas más discutidos en las teorías, tal como ocurre con respecto a la eliminación del *salve et repete*.

4. Que el proyecto viene a responder a la concepción del derecho tributario como Derecho Autónomo.

5. Que la idea de la formulación de un modelo de Código uniforme presupone la aceptación de la introducción de reformas en los Derechos Positivos vigentes de cada país.

6. Que se reconocen que las diferencias de terminología y técnica legislativas entre los países latinoamericanos crearon grandes dificultades para la elaboración del Proyecto y que, por tanto, debe considerarse que los términos utilizados por el Modelo tengan y deban ser sustituidos por otros, según las condiciones y vocablos preferentemente utilizados en cada país.

Finalmente en el referido Modelo de Código Tributario la Comisión quiso expresar una consideración final de carácter general, cual es la de que al formular el proyecto se pretendiese sistematizar los principios fundamentales del Derecho Tributario dentro de las directivas impuestas por los derechos constitucionales latinoamericanos, y recogiendo los adelantos de la Doctrina Jurídica Tributaria preferentemente a través de las manifestaciones más destacadas en la América Latina.

El Proyecto de Código tuvo otro importante antecedente:

Un grupo de venezolanos que residía en Buenos Aires, y que se encontraba allí efectuando estudios de especialización en materia tributaria tuvieron la idea, interesados por los profesores del Centro Interamericano de Estudios Tributarios, de elaborar un proyecto de Código

Tributario Tipo que acogiera las ideas y los planteamientos que durante el desarrollo del curso en referencia se hicieron en el mencionado Centro. De esta manera surgió la idea de presentar a las autoridades de la Administración Financiera Venezolana un Anteproyecto que pudiera servir de base para estudios posteriores. Con base en el proyecto preparado por el profesor Jaime Ross, estos funcionarios del Ministerio de Hacienda comenzaron la elaboración del primer Anteproyecto Nacional de Código que fue promovido y patrocinado por el Ministerio de Hacienda a través de diversos titulares. En el año de 1976 ya había culminado la obra de elaboración de este primer Anteproyecto y estaba preparado junto con otros textos legales que integraban la reforma fiscal que se promovió ese año y que fueron concluidos para ser presentados a consideración del Parlamento. Por razones desconocidas este primer Anteproyecto no fue presentado en esa oportunidad al Congreso. Es de observar que para la elaboración de este Anteproyecto Nacional de Código Tributario se tomó en cuenta no solamente el Proyecto elaborado por el profesor Jaime Ross, sino también el propio Modelo de Código Tributario OEA-BID. En este primer Proyecto se puede apreciar claramente una tendencia hacia la utilización de una terminología propiamente nacional, de acuerdo a los vocablos más utilizados en la materia fiscal, los cuales han tenido el reconocimiento de la práctica y de una tendencia histórica. Asimismo es importante hacer notar que este proyecto no excluyó la materia aduanera, sino que también trató de regularle en una forma orgánica en sus grandes principios dentro del conjunto de los otros tributos, y así en la materia infraccionaria y sanciones incluyó el contrabando, como uno de los delitos que tipificaron en el Código mismo.

Otro precedente que se tomó en cuenta fue el Proyecto de Código Tributario llamado Tipo para América Latina, que fue preparado por el profesor Jaime Ross en el año de 1973, dentro del marco del Centro Interamericano de Estudios Tributarios de Buenos Aires. Este proyecto diverge del modelo de Código OEA-BID en distintos aspectos y, en general, tiene una tendencia a ser más pormenorizado en las normas y atribuirle mayores potestades y discrecionalidad a los entes encargados de la Administración de los Tributos.

Respecto al proyecto del Código Tributario de Venezuela objeto de este informe, el mismo fue elaborado por una Comisión Redactora constituida por decisión del ciudadano Presidente de la República con motivo de la presentación por el Ejecutivo Nacional al Congreso de la República de distintos proyectos de reforma fiscal.

La idea que prevaleció en cuanto a la conveniencia de redactar un proyecto de Código Tributario fue la de complementar la reforma propuesta con una Ley general, de carácter orgánico, que contuviese los principios esenciales aplicables a toda la tributación. La composición de la Comisión Redactora fue la siguiente: El doctor José Andrés Octavio, Contralor General de la República, a quien correspondió presidirla; los doctores Carlos Velásquez Marín y Martha Borjas de Hernández, nombrados por el Ministerio de Hacienda; los doctores: José Luis Aguilar Gorrondona y Jimmy R. Mathison, designados por la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (FEDECAMARAS); y los doctores José Mijares Gómez y Guillermo Muñoz designados por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV). Como secretario actuó el doctor Ricardo Murati Godoy.

Por otra parte, en la Contraloría General de la República el doctor José Andrés Octavio constituyó una especie de Comisión Preparatoria, presidida por él mismo e integrada por los Asesores doctores Martín Natos Arreaza, profesor Enrique Silva Cimma, doctor Sibel Girón y doctor Ricardo Sillery.

Cabe igualmente significar que la Comisión Preparatoria y la Comisión Redactora recibieron además importantes y valiosa asesoría del doctor Ramón Valdés Costa, distinguido jurista y profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Montevideo y autor de varios trabajos, así como del doctor Héctor Villegas D., profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Córdoba, Argentina, y autor de distintas obras y trabajos en materia tributaria.

La Comisión expresa que para el presente informe ha contado con la colaboración de la Contraloría General de la República, prestada a través de su anterior titular doctor José Anlrés Octavio, para la información y documentación básica. Igualmente destaca la Comisión la cooperación prestada con la participación de los doctores Ricardo Sillery y Sibel Girón. Asesores del Contralor General de la República.

La Comisión deja constancia de su especial reconocimiento con el profesor doctor Tulio Chiossone por haber revisado y reformulado el título III referente a los delitos, faltas y sanciones, habiendo adaptado las normas de los proyectistas al lenguaje jurídico venezolano.

2. Comentarios y observaciones sobre el texto del proyecto

La Comisión considera que no obstante la importancia que tiene el amplio análisis de todas las disposiciones en el proyecto en referencia,

debe evitarse una repetición de las atinadas consideraciones que se hicieron tanto en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Tributario para la América Latina, como del proyecto a que se refiere el presente informe.

No obstante la anterior aclaratoria, consideramos que algunas de las instituciones consagradas y diversas disposiciones en particular, son acreedoras de nuevos comentarios, dada su trascendencia o el contenido novedoso o polémico que puedan revestir:

DISPOSICIONES PRELIMINARES

En lo referente a denominación, consideramos procedente la dada al proyecto como "Código Tributario de Venezuela", que excluye la palabra "orgánico" que le asigna el artículo primero, por estar más dentro de la terminología usualmente utilizada en nuestras leyes codificadas. Pero estimamos como totalmente procedente e incluso ineludible darle a este instrumento legal dicho carácter "orgánico", por las numerosas razones expresadas en las citadas "Exposiciones de Motivos", a las cuales nos permitimos remitir para no repetirlas.

TITULO PRIMERO

En este Título, como es usual, se define el ámbito de aplicación, las fuentes del Derecho Tributario, y otras instituciones fundamentales. Compartimos la decisión tomada por la Comisión redactora de incluir como sujetas a las disposiciones de este Código, las contribuciones sobre seguridad social. Consideramos, asimismo, muy conveniente, en pro de la unidad conceptual y doctrinaria, la extensión, que como normas de carácter supletorio, se hace de las de este Código a los regímenes tributarios de los Estados y de los Municipios.

Compartimos, igualmente, lo proyectado, en cuanto se refiere a la materia aduanera, ya que por su naturaleza no exclusivamente tributaria, acertadamente se ha decidido su exclusión de este instrumento legal.

La Comisión considera conveniente hacer observaciones en lo atinente a las normas proyectadas sobre las exoneraciones tributarias, en pro de la seguridad jurídica de los administrados y a fin de evitar la arbitrariedad en que pueden incurrir algunos funcionarios encargados de la aplicación de la respectiva regulación legal.

Se sugiere como una solución a este problema, que el Código establezca un marco orgánico dentro de cuyos lineamientos la Administración Tributaria pueda ejercer sus funciones discrecionales, a fin de evitar las arbitrariedades y discriminaciones que una facultad amplia pueda

traer consigo al dejar amplias facultades a funcionarios que puedan otorgar o negar las exoneraciones, sin razones valederas.

A este efecto se incluye esta normativa orgánica en el artículo 5º al ordenar a las leyes fiscales especiales que, al consagrar las exoneraciones, lo hagan de tal manera que en sus mismas normas aparezcan, en sus lineamientos generales, las condiciones esenciales para su procedencia. Este nuevo artículo dice así:

Artículo 5º En materia de exoneraciones, desgravámenes, rebajas y demás beneficios fiscales, la ley determinará los requisitos o condiciones esenciales para su procedencia, a los fines de evitar en lo posible la discrecionalidad del funcionario cuando fueren otorgadas.

En una materia de singular importancia como es lo concerniente a los métodos de interpretación de la norma tributaria, el proyecto en comentario recoge las últimas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, por lo cual compartimos, en su casi totalidad, la normativa proyectada.

En el artículo 12 del proyecto y 12 de la nueva numeración se acordó acoger el principio de territorialidad que es el mismo consagrado en la Ley de Impuesto sobre la Renta vigente y no el de la nacionalidad, que había sido acogido por los redactores del proyecto. Por tanto, se eliminó el segundo párrafo de dicho artículo.

El Capítulo II de este Título, lo dedican los proyectistas a los conceptos y aspectos básicos de los tributos. La Comisión, luego de estudiar el articulado del proyecto desde el 14 al 18 inclusive, que se refiere a definiciones de tributos, impuestos, contribuciones de seguridad social y tasas, acordó reducir todos esos artículos a uno sólo cuyo texto es el siguiente:

Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las contribuciones especiales, las contribuciones de seguridad social, los precios públicos y tasas.

Este artículo corresponde al número 14 de la nueva numeración.

La Comisión al adoptar esa decisión quiso apartarse de la controversia entre las escuelas de intérpretes que excluyen las tasas del ámbito de los tributos y aquéllas, como lo de algunos autores argentinos y uruguayos, que conceptúan que las tasas son tributos, tesis esta adoptada por los redactores del proyecto. En el seno de la Comisión prevaleció el criterio opuesto, pero para evitar una actitud parcial sobre una cuestión controvertida en el campo de la doctrina, se prefirió sencillamente afirmar el área de aplicación del Código, sin definir cada una de las formas que adopta la recaudación fiscal.

TITULO SEGUNDO

El Título Segundo, está consagrado a una amplia regulación de la Obligación Tributaria, cuya importancia la cataloga como una de las instituciones fundamentales del Derecho Tributario y por consiguiente del presente proyecto. En general, consideramos las normas proyectadas ajustadas a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales e internacionales.

En el artículo 19 del Proyecto y 15 del nuevo articulado se aprobó sustituir la frase "otros entes públicos", por "en las distintas expresiones del poder público", quedando el artículo redactado así: "La obligación tributaria surge entre el Estado, en las distintas expresiones del poder público y los sujetos pasivos en cuanto ocurra el presupuesto de hecho previsto en la Ley".

En cuanto se refiere a la responsabilidad de los sujetos pasivos, regulada en la Sección Tercera del Capítulo III de este Título, nos permitimos sugerir conforme a lo acordado en las Octavas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, que se sustituya el único aparte del artículo 31 de la numeración del proyecto y 27 de la nueva, por un Parágrafo Unico, cuyo texto sería el siguiente:

Parágrafo Unico. La responsabilidad establecida en este artículo sólo se hará efectiva cuando el responsable hubiese actuado con dolo o culpa grave, y se limitará al valor de los bienes que se administren o dispongan.

Esta responsabilidad será subsidiaria, y cubrirá solamente el monto del tributo que no pueda ser recabado del respectivo contribuyente. A este fin la administración tributaria demandará en primer lugar el pago del tributo al contribuyente, sin perjuicio de solicitar, cuando lo estime conveniente, medidas cautelares sobre bienes del responsable para garantizar la recaudación de la totalidad del tributo a cuyo pago éste puede quedar obligado.

En lo atinente a la Sección Cuarta (Remisión), correspondiente al Capítulo V (artículo 54 del Proyecto y 50 del nuevo articulado), nos permitimos sugerir que se reforme el proyectado artículo, de manera que quede establecido que las obligaciones distintas a las de pagar los tributos, tales como las de intereses moratorios y multas, sólo puedan condonarse por Ley, o que en el caso de poder serlo mediante resolución administrativa, ésta quede sometida a la forma y condiciones que la Ley establezca.

Una importante innovación introduce el proyecto, al consagrar la "incobrabilidad" de ciertas deudas tributarias (Sección 5ª, artículo 55 del Proyecto y 51 de la nueva numeración) y sus accesorios y multas conexas, lo cual resolverá un antiguo problema de insinceridad en la información presupuestaria y contable.

No obstante, consideramos procedente que a los efectos de la aplicación de los supuestos del numeral 1º del artículo 55 del Proyecto y 51 de la nueva numeración, se incluya entre los entes públicos que deben emitir opinión sobre la modificación de la cuantía especificada en dicho numeral y que el Ejecutivo pueda hacer, a la Procuraduría General de la República, por su condición de organismo asesor de la Administración Pública Nacional.

En el Capítulo IX de este Título, dedicado específicamente a las "exoneraciones y exenciones", deberá ajustarse la redacción del artículo 70 del Proyecto y 66 de la nueva numeración, a lo propuesto en relación con lo proyectado sobre esta materia en las "Normas Tributarias" de las "Disposiciones Preliminares".

TITULO TERCERO

Infracciones y Sanciones

Respecto al Título III, se procedió a someterlo a revisión, a fin de adoptar los textos del artículo de los proyectistas al lenguaje jurídico usual en Venezuela. La Comisión contó con la valiosa asesoría del profesor doctor Tulio Chiossone, y merced a su aporte se ha logrado un producto notablemente mejorado con respecto al original.

CAPITULO I

Parte General

Respecto al artículo 75 del Proyecto, hoy artículo 71 de la nueva numeración, se eliminó la frase "regirán para el futuro", pues toda ley, por principio, obra en el futuro, y el futuro de la ley es siempre un *presente*.

La Comisión estima que en el artículo 77 del Proyecto y 78 de la nueva numeración no es necesario calificar la norma de "sustancial o formal" porque posiblemente esa calificación va a dar oportunidad a "interpretaciones". En consecuencia se sugiere que el artículo 77 quede redactado como sigue:

La acción u omisión violatoria de normas tributarias es punible conforme a este Código.

El artículo 78 del Proyecto y 74 de la nueva numeración podría redactarse con más apego a las fórmulas tradicionales, de la siguiente manera:

Las infracciones tributarias pueden ser dolosas o culposas. Las presunciones sobre intención o culpa establecidas en este Código admiten prueba en contrario. Ellas se refieren al conocimiento por parte del infractor de los fines y resultados de su acción u omisión.

La redacción del artículo 79 del Proyecto y 75 de la nueva numeración quedaría más clara para nuestros jueces de esta manera:

Cuando concurren dos o más infracciones tributarias, se aplicará la sanción más grave, y también cuando haya concurrencia de una infracción tributaria sancionada con pena corporal, y un delito común.

Sin embargo, esta regla podría quedar con más lógica en el Capítulo sobre las Sanciones. Respecto al artículo 80 del Proyecto y 76 de la nueva numeración, creemos que la redacción quedaría más clara y genérica, y estaría más de acuerdo con el concepto jurídico de la reincidencia si se expresare de la siguiente manera:

Artículo 76. Habrá reincidencia cuando el imputado después de una sentencia o resolución firme sancionatoria, cometiere una o varias infracciones tributarias de la misma o de diferente índole durante los cinco años contados a partir de aquéllas.

Por otra parte, es evidente que los conceptos de reincidencia y reiteración, o sea, los que los tratadistas de derecho penal denominan *reincidencia genérica y específica*, son diferentes de la noción que se tiene de tales formas en el derecho punitivo común. Sin embargo, hemos mantenido el criterio de los proyectistas, y sólo hemos modificado la redacción para hacerla concordante, con la terminología conocida en la práctica. Por consiguiente, el segundo párrafo del mencionado artículo 76 quedaría así:

Habrá reiteración cuando el imputado cometiere una nueva infracción de la misma índole dentro del término de cinco años después de la anterior, sin que mediare condena por sentencia o resolución firme.

El artículo 81 del Proyecto y 77 de la nueva numeración quedaría mejor redactado de la siguiente manera:

Artículo 77. Son causas de extinción de las acciones por infracciones tributarias:

1. La muerte del actor o infractor extingue la acción punitiva, pero no extingue la acción contra los autores, cómplices o encubridores. No

obstante subsistirá la responsabilidad por las multas aplicadas que hubieren quedado firme en vida del causante.

2. La amnistía.
3. La prescripción.
4. Las demás causas de extinción de la acción tributaria conforme a este Código.

Respecto al artículo 82 del Proyecto y 78 de la nueva numeración, se le ha dado una redacción más cónsona con el estilo legal, pues la redacción del proyecto se parece a una explicación didáctica o doctrinaria, no conveniente para la inteligencia de las normas por los encargados de aplicarlas.

El mencionado artículo 78, quedaría, pues, redactado como sigue:

Artículo 78. Las sanciones tributarias prescriben:

1. Por cuatro años contados desde el 1º de enero del año siguiente a aquél en que se cometió la infracción.
2. Por dos años contados desde el 1º de enero del año siguiente a aquél en que la administración tributaria tuvo conocimiento de la infracción, cuando dicho conocimiento sea probado fehacientemente por el infractor.

La Comisión de nuevas infracciones de la misma índole, interrumpe la prescripción. En este caso el nuevo término se contará desde el 1º de enero del año siguiente a aquél en que se cometió la nueva infracción.

La averiguación administrativa o la instrucción del sumario, suspenden la prescripción por el término de seis meses contados desde la citación del imputado.

En cuanto al artículo 83 del Proyecto y 79 de la nueva numeración, nos parece más adecuado señalar los sujetos de la responsabilidad tributaria, sin indicar que ésta es "personal", pues si estamos contemplando las sanciones penales, huelga la referencia a lo "personal", ya que una de las conquistas del derecho penal es la suspensión de la pena hereditaria o para terceros que no han intervenido en el hecho. Se recomienda, por tanto, que el mencionado artículo quede redactado como sigue:

Artículo 79. Son responsables personalmente de las infracciones y delitos tributarios los autores, coautores, cómplices y encubridores.

El proyecto no explica en la exposición de motivos el alcance de las razones de no punibilidad, pues se refiere en el artículo 84, y 80 de la

nueva numeración, a circunstancias genéricas que "excluyen la responsabilidad". Indica, por ejemplo "la incapacidad absoluta". Esta expresión tiene una amplia posibilidad de interpretación; y en materia punitiva, las causales que excluyen la responsabilidad (eximentes) son de derecho estricto. Por eso hemos preferido dar una redacción distinta que aclare mejor su significado. El menor de 18 años, "no es delincuente", según la declaración del "Estatuto de Menores", pero sí son responsables civil y tributariamente.

De acuerdo con lo anterior, el referido artículo quedaría redactado así:

Artículo 80. Son circunstancias que eximen de responsabilidad penal tributaria:

- a) Cualquier otra circunstancia prevista en las leyes y aplicable a las indebidamente comprobada.
- b) El caso fortuito y la fuerza mayor.
- c) El error de hecho y de derecho excusable.
- d) La obediencia legítima y debida.
- e) Cualquier otra circunstancia prevista en las leyes y aplicable a las infracciones tributarias.

La redacción que se propone al artículo 86 del Proyecto y 82 de la nueva numeración contiene sustancialmente la tesis del Proyecto sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y las sociedades irregulares, denominadas impropiaemente "de hecho", pues dichas sociedades no son nulas y les son aplicables las normas de la legislación mercantil. (Véase el trabajo sobre *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Venezuela*, por Luis Gerardo Gabaldón, de la Universidad de Los Andes, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1978).

Así pues, el mencionado artículo quedaría redactado como sigue:

Artículo 82. Las personas jurídicas responden por infracciones tributarias punibles, independientemente de la responsabilidad que puedan tener sus representantes, directores, gerentes, administradores o mandatarios por su actuación personal en la infracción.

Las sociedades irregulares o entidades sin personalidad jurídica responden tributariamente por las infracciones punibles en que hubiesen incurrido, sin perjuicio de la responsabilidad personal de sus representantes.

La Comisión estima que, en relación al texto del artículo 90 del Proyecto y 86 de la nueva numeración, debe proponerse una redacción en la cual se indiquen por separado las agravantes y atenuantes, y se ex-

pliquen algunas de ellas para mayor garantía en los procesos administrativos o judiciales. No puede hablarse del "grado del dolo", porque, cuando éste existe, ya está calificando la especie de infracción. El dolo no tiene grados. Existe o no existe. Si bien la legislación italiana admite la "graduación del dolo", el criterio de la Comisión es contrario porque admite la teoría psicológica. En base a estos comentarios, se recomienda el siguiente texto para el artículo 86:

Artículo 86. Son circunstancias agravantes:

1. La reincidencia y la reiteración.
2. La condición de funcionario o empleado público.
3. La gravedad del perjuicio fiscal.
4. La gravedad de la infracción.
5. La resistencia o reticencia del infractor para esclarecer los hechos.

Son atenuantes:

1. El estado mental del infractor que no excluya totalmente la responsabilidad.
2. No haber tenido la intención de causar el hecho imputado de tanta gravedad.
3. La presentación o declaración espontánea para regularizar el crédito tributario. No se reputará espontánea la presentación o declaración, motivada por una fiscalización por los organismos competentes.
4. No haber cometido el indiciado ninguna violación de normas tributarias durante los años anteriores a aquél en que se cometió la infracción.
5. Las demás atenuantes que resultaren de los procedimientos administrativos o jurisdiccionales, a juicio de los juzgadores.

En el proceso se apreciará el grado de la culpa, para agravar o atenuar la pena, e igualmente, y a los mismos efectos, el grado de cultura del infractor.

El artículo 91 del Proyecto y 87 de la nueva numeración no merece observación porque la suspensión de la pena es hoy un sistema ampliamente acogido.

En cuanto al artículo 92 del Proyecto y 88 de la nueva numeración, no merece observación para la Comisión, aunque debería agregársele: "Sino que se harán efectivas como obligaciones civiles".

CAPITULO II

Parte Especial

En el artículo 104 del Proyecto y 100 de la nueva numeración la Comisión estima que la frase, "no aumenta su valor en *menos* de una

cuarta parte" . . . debe leerse: "no aumenta su valor en *más* de una cuarta parte. Respecto a los artículos 109 y 110 del Proyecto relativos a la mora, la Comisión considera que deben ser eliminados. La mora en el pago no puede ser delito ni falta, y por consiguiente, no puede incluirse en el aspecto punible. Ni siquiera como "cláusula penal", porque ésta es siempre contractual. La mora en el pago obligaciones tributarias es generadora de "intereses", pero no de sanciones. Es nuestro criterio.

TITULO CUARTO

Administración Tributaria

Bajo este título se comprenden diversos capítulos referentes a la actividad de la Administración y las relaciones de distinta naturaleza que se traban entre la Administración Tributaria y los contribuyentes. En términos generales estima la Comisión, que este es un conjunto de normas bien balanceado y orientado que tiende a asegurar, dentro de una actuación eficiente por parte de la Administración Tributaria, el que simultáneamente no sean consultados y desconocidos los derechos de los contribuyentes. Debe señalarse que se ha logrado un equilibrio bastante razonable y armónico en la persecución de estos objetivos que a primera vista debieran parecer difícilmente conciliables.

CAPITULO I

Facultades y Deberes de la Administración Tributaria

Bajo este Capítulo se contienen distintas normas cuya orientación y propósito es el antes indicado de asegurar las facultades necesarias a la Administración para poder actuar, como ocurre en cuanto a la previsión de las facultades de fiscalización e investigación en todo lo relativo a la aplicación de las Leyes Tributarias, de que dispondrá la Administración Tributaria.

Igual orientación tiene la norma que consagra la obligación de todas las autoridades civiles, políticas, administrativas, militares y fiscales de la Nación, el Estado y el Municipio, y hasta de los particulares, de prestar su concurso a todos los funcionarios de fiscalización y a denunciar los hechos de que tuvieren conocimiento que impliquen infracciones a las normas tributarias.

Igualmente hay varias normas que están destinadas también a asegurar los derechos de los interesados y de los contribuyentes. Así ocurre en el caso del artículo 114 del Proyecto y 108 de la nueva numeración, que obliga a la Administración a dictar resolución de toda petición planteada por los interesados dentro del plazo de 30 días de su presentación.

Norma indudablemente novedosa es la contenida en el artículo 113 del Proyecto y 107 de la nueva numeración, que da poderes a la Administración Tributaria para dictar disposiciones de carácter general para la interpretación y aplicación de la Ley Tributaria, previéndose que tales disposiciones deban ser publicadas en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela. Incuestionablemente esto coadyuvará a despejar dudas y equívocos anticipadamente, antes de que se le dé aplicación a ciertas normas pudiéndose incurrir en errores inconvenientes y que pueden generalizarse desvirtuando la correcta interpretación de la Ley Tributaria.

Es de significar que la Comisión ha considerado conveniente modificar el párrafo final de dicho artículo 113 para contemplar que igualmente tales disposiciones puedan ser modificadas por el mismo funcionario del cual emanaron, en cuya virtud esta parte final del proceso quedaría redactada del modo siguiente:

Las disposiciones a que se refiere el presente artículo podrán ser modificadas o derogadas por el superior jerárquico del funcionario que las dictó o por el mismo funcionario del cual emanaron, en caso de que este sea el superior de la respectiva Administración Tributaria”.

También la Comisión ha considerado conveniente modificar la última parte del artículo 114 del Proyecto y 108 de la nueva numeración, en la que se contempla que vencido el plazo dentro del cual debe contestar la Administración Tributaria sin que se haya dictado resolución, se presume que hay decisión denegatoria, quedando los interesados “facultados para interponer los recursos y acciones que correspondan”. Se conceptúa que es preferible antes que establecer categóricamente la presunción de que hay decisión denegatoria por la falta de decisión dentro de un determinado plazo, el que los interesados tengan la facultad y el derecho de entender que haya habido decisión denegatoria, pero no siendo ello una conclusión forzosa de la cual deriva que los interesados más bien puedan o bien interponer los recursos y acciones que les correspondan, o bien, aun cuando haya habido dilación más allá del plazo, puedan elegir el continuar a la espera de que se dicte resolución por parte de la Administración Tributaria. En virtud de lo dicho se sugiere que la redacción de la parte final del artículo 108 diga así:

Vencido el plazo sin que se dicte resolución, los interesados podrán a su sólo arbitrio optar por conceptuar que ha habido decisión denegatoria, en cuyo caso quedan facultados para interponer los recursos y acciones que correspondan.

La Comisión también considera necesario con el propósito de crear un debido equilibrio entre la finalidad de darle máxima eficacia a las potestades de la Administración Tributaria, pero armonizado esto con el respeto de los derechos individuales, el que se agregue al artículo 115 del Proyecto correspondiente al N° 109 de la nueva numeración, un párrafo único, que rezaría así:

Parágrafo Unico. Para la adopción de cualquiera de las medidas contenidas en este artículo será necesario el levantamiento de Acta y exposición razonada de los motivos y causas en que están fundadas las medidas que se adoptan. Igualmente la decisión y realización de cualquiera de las actuaciones anteriores tiene necesariamente que ser autorizada por la Administración Tributaria respectiva.

Igualmente se sugiere la modificación del ordinal 2° del referido artículo 115, a los fines de que el mismo quede redactado del modo siguiente:

2° Intervenir los libros y documentos inspeccionados y tomar medidas de seguridad para su conservación, a cuyo efecto se entregarán los libros en custodia a uno o más depositarios designados al efecto.

La Comisión también considera conveniente añadir un aparte último al artículo 117 del Proyecto, correspondiente al 110 de la nueva numeración, en el cual se establecería el deber de cooperación a cargo de los colegios profesionales, asociaciones gremiales, asociaciones de producción y sindicatos, a los fines de cooperar y prestar su concurso a los funcionarios de fiscalización.

En tal sentido se recomienda que se incluya un aparte único que rezaría del modo siguiente:

Los colegios profesionales, asociaciones gremiales, asociaciones de comercio y producción, así como los sindicatos, tienen el deber de cooperar en cuanto a suministrar las informaciones que se les requieran conforme a lo que al efecto regulen las leyes especiales en materia tributaria.

CAPITULO II

Determinación

Bajo este Capítulo se agrupan distintas normas relativas a lo que se llama la determinación o liquidación. Según se establece en uno de los propios preceptos del proyecto, esto consiste en el caso o conjunto de actos que declara la existencia y cuantía de un crédito tributario o

su inexistencia. Se trata así del procedimiento para determinar o mejor para establecer si ha nacido la obligación tributaria, y en qué, alcance, o cuantía.

En esta materia se siguen también los lineamientos generales del Modelo de Código OEA-BID. Se parte de la premisa de que la determinación o liquidación tiene efecto declaratorio.

En principio la determinación, y hasta el cumplimiento de la obligación, corresponde al propio deudor, quien supletoriamente debe proporcionar la información necesaria para que la misma sea realizada por la Administración Tributaria.

En el texto se han hecho los necesarios ajustes para adaptarlo a la terminología y a la situación específicamente nacional.

El artículo 120 del Proyecto y 114 de la nueva numeración, contempla los casos en que puede proceder la Administración Tributaria a la determinación de oficio. La Comisión cree necesario hacer algunos ajustes a los ordinales 2º, 3º y 4º de dicho artículo. Específicamente se sugiere que los mismos queden redactados del modo siguiente:

- 2º Cuando la declaración ofreciera dudas debidamente fundadas y razonadas relativas a su sinceridad o exactitud.
- 3º Cuando el contribuyente debidamente requerido conforme a la Ley no exhiba los libros y documentos pertinentes.
- 4º Cuando así lo establezcan las leyes tributarias, las cuales deberán expresamente señalar las condiciones y requisitos para que proceda.

La razón de las modificaciones anteriores estriba en crear mayores seguridades en cuanto a que a la determinación de oficio se proceda sólo en situaciones en que realmente existan fundadas y objetivas razones para ello, de manera de asegurar la eficiencia de la actuación de la Administración Tributaria, pero sin por ello desconocer los derechos de los administrados.

Con respecto a lo previsto en el artículo 121 del Proyecto o 114 de la nueva numeración, acerca de los sistemas en cuya aplicación se realizará la determinación por la Administración Tributaria, la Comisión considera conveniente la modificación del ordinal 1º de dicho artículo 121, en forma que el mismo quede redactado así:

- 1º Sobre bases ciertas, con apoyo en los elementos que permitan conocer en forma directa los hechos generadores del tributo.

La razón que ha movido a la Comisión a la modificación indicada con anterioridad, es asegurar no sólo que se tomen en cuenta los elemen-

tos que en forma directa permiten conocer al hecho generador del tributo, sino que sea algo más vinculante y se exija exactamente que sea con apoyo y sustento en los elementos antes dichos.

En lo que respecta al artículo 122 del Proyecto 116 de la nueva numeración, la Comisión después de su estudio cree aconsejable su modificación a los efectos de que el mismo rece del modo siguiente:

Artículo 116. La determinación sobre base presunta sólo procede si el contribuyente no proporciona los elementos de juicio necesarios para practicar la determinación sobre base cierta y a la Administración Tributaria le fuere imposible obtener por sí misma dichos elementos. En tal caso, subsiste la responsabilidad por las diferencias que pudieren corresponder derivadas de una posterior determinación sobre base cierta practicada en tiempo oportuno.

La determinación a que se refiere este artículo no podrá ser impugnada fundándose en hechos que el contribuyente hubiere ocultado a la Administración Tributaria o no los hubiere exhibido al ser requerido para ello por la respectiva Administración dentro del plazo que al efecto fije la Ley especial correspondiente.

Es de observar que las modificaciones que se hacen en la primera parte o encabezamiento del artículo anterior tienen por objeto limitar la procedencia de la determinación por base presunta al caso, de que el contribuyente no sólo no haya proporcionado los elementos de juicio respectivos sino que debe estar presente otra condición, concurrente, el cual es la de que a la Administración le resulte imposible obtener por sí misma dicho elementos. En efecto, no obstante que no proporcionase el contribuyente su respectiva información, no sería acorde con el principio de que la obligación tributaria nace por el acaecimiento del hecho imponible el que la Administración Tributaria pudiese recurrir a una determinación sobre base presunta, a pesar de que a ella le fuese posible por sí misma obtener los elementos para establecer la determinación sobre base cierta.

En cuanto a la modificación de la última parte del artículo 122 de la misma, está dictada por la consideración esencial de que la simple condición de no haber puesto oportunamente en conocimiento de la Administración Tributaria determinados hechos, no puede y no debe conllevar el negar la posibilidad de impugnación de la determinación realizada por la Administración, sino que esa negativa del derecho de impugnar esos hechos debe derivar o de habersele ocultado a la Administración Tributaria o por no haber presentado lo exigido dentro del plazo útil que fije la Ley especial para ello, al ser requerido al efecto por la Administración Tributaria.

La Comisión cree que de esta manera se logra un balance más armonioso en el aseguramiento de los derechos de los administrados, sin que ello conlleve en ninguna forma menoscabo ni reducción de los poderes y facultades que para garantizar su eficiencia se le atribuyen a la Administración Tributaria en el Código.

CAPITULO III

Deberes Formales de los Contribuyentes Responsables y Terceros

Este capítulo recoge una serie de normas que constituyen, hasta cierto punto, derivación del Capítulo anterior, en cuanto son consagración de deberes que facilitan y coadyuvan a la más fácil y precisa determinación de la obligación tributaria, y posibilitan la fiscalización para el establecimiento de si la determinación ha sido efectuada precisa y exactamente conforme a la Ley.

El artículo 124 del Proyecto correspondiente al 118 de la nueva numeración, consagra así la obligación de los contribuyentes responsables y terceros en el sentido indicado y además establece en seis (6) literales obligaciones genéricas de tipo formal.

El primero de ellos se refiere a las obligaciones cuando lo requieran las leyes o los reglamentos de llevar libros y registros especiales; de inscribirse en los registros permanentes; de solicitar a la autoridad correspondiente permisos previstos o de habilitación de locales; y a presentar las declaraciones que correspondan.

Los restantes cinco ordinales se refieren a: la obligación de observar los libros; facilitar inspecciones; presentar o exhibir informes y documentos; comunicar cualquier cambio en su situación con incidencia en su responsabilidad tributaria; y comparecer a las oficinas fiscales.

Otra norma precisa quiénes deben cumplir los deberes formales en relación a las distintas personas o entidades.

Finalmente se consagra la presunción de verdad de las declaraciones o manifestaciones, pero a la vez se posibilita la modificación, sin perjuicio de la verificación y aplicación de sanciones que correspondieren en el caso allí previsto.

CAPITULO IV

Tramitación

Bajo este Capítulo y en distintas secciones se comprenden y engloban preceptos relativos al procedimiento a seguirse en los trámites administrativos.

Sección 1ra. Comparecencia

La primera de estas normas ha sido objeto de reformulación por parte de la Comisión, con el fin de dar oportunidad a quien invoque una representación de acreditar su personería, no solamente en la primera actuación, sino dentro de un lapso corto para posibilitar las mayores posibilidades de defensa por parte de los administradores. En tal virtud se sugiere que la redacción del artículo 127 del Proyecto y 121 de la nueva numeración, quede así:

Artículo 121. La comparecencia ante la Administración Tributaria podrá hacerse personalmente o por medio de representante legal o voluntario. Quien invoque una representación acreditará su personería en la primera actuación o dentro de los diez días hábiles siguientes.

En cuanto al artículo 128 del Proyecto y 122 de la nueva numeración, se hace una ligera modificación de forma con el solo propósito de hacer más claro el precepto. Su redacción se sugiere quede así:

Artículo 122. La fecha de comparecencia se anotará en el escrito si lo hubiere, y, en todo caso, se le otorgará en el acto constancia oficial al interesado.

Sección 2da. Notificaciones

Esta materia aparece como compleja por cuanto supone la armonización de objetivos aparentemente encontrados cuales son los de hacer posible para la Administración Tributaria efectuar las notificaciones ininterrumpidamente y dentro de un flujo de actuación administrativo normal, mientras que, simultáneamente, se debe tutelar el aseguramiento del derecho de los administrados, en cuanto a que efectivamente existe la notificación o la posibilidad cierta de toma de conocimiento de la misma por parte del interesado.

La Comisión conceptuó bien logrado el balance entre esos dos propósitos de esta materia trascendental, ya que como bien define el primero de los preceptos de la materia, la notificación constituye requisito cuando los mismos produzcan efectos individuales.

De acuerdo a las pequeñas modificaciones de forma sugeridas se efectuarían cambios en los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 131 del Proyecto y 125 de la nueva numeración, los cuales se sugiere queden redactados así:

2º Por correspondencia postal certificada o telegráfica, dirigida al interesado a su domicilio, con acuse a recibo para la Administración Tributaria del cual se le dejará copia al destinatario en la que conste la fecha de entrega.

3º Por constancia escrita entregada por empleados de la Administración Tributaria en el domicilio del interesado. Esta notificación se hará a persona adulta que habite o trabaje en dicho domicilio, quien deberá firmar el correspondiente recibo, del cual se dejará copia al interesado en la que conste la fecha de entrega.

En caso de negativa a firmar, los referidos empleados seguirán las formalidades establecidas en la legislación procesal común.

4º Por aviso, que se practicará cuando no haya podido determinarse el domicilio del interesado o de su representante, conforme a lo previsto en este Código o cuando fuere imposible efectuar notificación personal, por correspondencia o por constancia escrita.

En cuanto al artículo 132 del Proyecto y 126 de la nueva numeración, se conceptuó más conveniente extender el plazo, en forma que dicho precepto quede redactado así:

Artículo 126. Las notificaciones se practicarán en día y hora hábiles. Si fueren efectuadas en día inhábil, se entenderán realizadas el primer día hábil siguiente.

Cuando la notificación no sea practicada personalmente, sólo surtirá efectos después del 10º día hábil siguiente de verificada.

Muy importante es el precepto que establece cómo determinados funcionarios y representantes de sociedades y otros entes, se reputaron legalmente facultados para ser notificados a nombre de sus entidades, no obstante cualquier limitación de los estatutos o actas constitutivas respectivas.

Sección 3ra. Prueba

Diversas normas consagran en esta materia principios que se conceptúan fundamentales y que siguen las recomendaciones aprobadas en las II y IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de México y Buenos Aires, acerca de la facultad de indagación de la verdad independientemente de lo alegado y probado por las partes, y de la administración de todos los medios de prueba y de la libertad de apreciación de las pruebas.

En cambio, la Comisión estimó que es lógico y admitido por el Derecho Procesal Tributario el que los funcionarios públicos no puedan ser objeto de las pruebas de juramento y confesión, limitando para esto poderosas y variadas razones que es innecesario señalar aquí.

Sección 4ta. Determinación por la Administración Tributaria y aplicación de sanciones

Bajo este intitulado se contienen las normas que regulan los procedimientos relativos a los actos administrativos de determinación y aplicación de sanciones, habiéndose tenido presente en criterio de la Comisión el aseguramiento de un debido proceso legal.

Es de significar que se estima adecuado que cuando la infracción fuese sancionada con pena privativa de la libertad, se dispone que la Administración Tributaria se limite a practicar las diligencias indispensables y a poner en conocimiento del Ministerio Público y de los Tribunales competentes los hechos respectivos.

En términos generales se contempla la necesidad del levantamiento de Acta por funcionario competente, y la que debe ser notificada al contribuyente o responsable, con previsión de un plazo para que el afectado formule sus descargos.

Una norma novedosa y conveniente en opinión de la Comisión es la que permite el que al contestar el afectado pueda hacer la declaración omitida o rectificar la errónea, y que en caso de no aparecer intención dolosa pueda absolverse de toda sanción al inculpado, por decisión de la más alta autoridad de la Administración Tributaria.

Las restantes normas son relativas al aseguramiento de documentos relacionados con la infracción o los hechos; la posible declaratoria del secreto de las actuaciones del sumario administrativo: los requisitos que debe contener la resolución con que culmina el sumario. Todas son normas que han parecido adecuadas y convenientes a la Comisión.

CAPITULO V

Certificaciones de Solvencias

Esta importante cuestión ha sido tratada en criterio de la Comisión en forma novedosa precisa, y creando máxima seguridad jurídica. Así expresamente se consagra que el requisito de la certificación no podrá afectar el libre ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución.

También en garantía de posibles errores o irregularidades en que se hubiese podido incurrir al emitir las certificaciones, se prevé que aquéllos harán perderle su efecto liberatorio.

La Comisión considera adecuadas las normas indicadas para la materia que ellas regulan.

CAPITULO VI

Consultas

En opinión de la Comisión el régimen de consultas servirá para facilitar un más preciso y adecuado procedimiento de aplicación de la Ley en los casos de dudas o equívocos.

Sin suspender el transcurso de los plazos ni eximir al consultante del cumplimiento de sus obligaciones, se prevé que no pueda imponérsele sanción a quien hubiere adoptado el criterio o interpretación expresada por la Administración Tributaria en consulta evacuada sobre el mismo tipo de asunto o cuando no habiendo contestado la consulta la Administración en el plazo de 30 días, el consultante hubiese aplicado la interpretación acorde con la opinión que, debidamente fundamentada, él hubiese expresado al plantear la consulta.

CAPITULO VII

Recurso Jerárquico

Los preceptos de este título consagran en forma precisa y clara el procedimiento tendiente a la revisión de los actos de la administración tributaria, de efectos particulares o generales, por el supervisor jerárquico.

En razón del circunstanciado señalamiento de los requisitos a cumplirse, del procedimiento a seguirse, por los plazos establecidos, y por el hecho de consagrarse que la Administración pueda solicitar todas las informaciones adicionales que juzgue necesarias con el fin de decidir, la Comisión estima que esta es una normativa muy positiva y bien lograda.

CAPITULO VIII

Repetición del Pago

La Comisión considera que este capítulo que regula lo relativo a la repetición de lo pagado indebidamente, contiene normas adecuadas y precisas para lograr un claro procedimiento en la materia que sea dispensador de seguridad jurídica.

Tan sólo se considera conveniente la modificación del artículo 169 del Proyecto y 163 de la nueva numeración, en cuanto que si la autoridad a quien corresponda resolver sobre la reclamación no hubiere decidido en el plazo para ello previsto, no sea inexorable la consecuencia de que se entienda denegada la petición, sino que más bien sea un *de-*

recho para el interesado de poder conceptuar que por el vencimiento de ese plazo, sin haber recibido contestación, él pueda entender denegada la solicitud. En tal virtud se sugiere que la redacción del mencionado artículo 164 sea la siguiente:

Artículo 163. La Dirección General de Rentas o la autoridad a quien corresponda resolver, en su caso, deberá decidir sobre la reclamación dentro de un plazo que no exceda de dos meses, contados a partir de la fecha en que la haya recibido. Si ella no es resuelta en el mencionado plazo, el interesado podrá optar en cualquier momento y a su solo arbitrio, por esperar la decisión o por considerar que el transcurso del plazo aludido sin haber recibido contestación es equivalente a denegatoria de la misma.

TITULO V

Procedimientos Contenciosos

CAPITULO I

Del Recurso Contencioso Tributario

La Comisión considera que las normas que regulan el Recurso Contencioso Tributario lo hacen en forma pormenorizada, clara y precisa, suministrando certeza y seguridad para ambas partes.

El recurso contencioso tributario es un recurso para ante los órganos jurisdiccionales, y en la normativa se regula cuidadosamente el procedimiento en forma de dar la mayor certeza y seguridad jurídica a las partes. Es importante señalar que se posibilita la utilización del recurso contencioso tributario directamente, sin necesidad de que haya mediado previamente recurso jerárquico.

También es de destacar que el Proyecto, y en ello está acorde la Comisión por cuanto responde a las mejores razones doctrinales y de Derecho Comparado, eliminó el calificado como odioso sistema del *solve et repete*. Sin que esto pueda entrañar ningún menoscabo para el Fisco, ya que en todo momento queda a salvo la posible utilización de medidas cautelares que constituirían suficientes garantías para los derechos que pudieren corresponderle al Fisco.

CAPITULO II

Juicio Ejecutivo

La Comisión ha conceptuado, después del estudio detenido de esta materia, que es perfectamente razonable y conveniente la sustitución del procedimiento actualmente existente en el Código de Procedimiento Ci-

vil por éste más ágil, más pormenorizado y preciso y del cual debe derivar una mayor seguridad jurídica.

CAPITULO III

Medidas Cautelares

La Comisión considera que este capítulo es adecuado y conveniente para la salvaguarda de los derechos del Fisco Nacional.

Se posibilita el que la Administración Tributaria pueda pedir al Tribunal Competente para conocer del recurso contencioso tributario que decreta medidas cautelares suficientes, que son las que allí se establecen en una amplia gama, para el aseguramiento de los derechos del Fisco.

Se establece expresamente que el riesgo debe ser fundamentado por la Administración Tributaria y justificado sumariamente ante el Tribunal.

También se dispone que para decretar las medidas cautelares no se exigirá caución, pero que, sin embargo, el Fisco será responsable de sus resultas.

CAPITULO IV

Acción de Amparo

La Comisión conceptúa que esa materia es novedosa, pero a la vez es fundamental su consagración, ya que establece un procedimiento para asegurar que quienes hayan presentado peticiones a la Administración Tributaria y no hayan recibido oportuna decisión puedan ocurrir al Tribunal competente a fin de que el mismo ordene, previa solicitud de informe sobre la causa de la demora, que se decida el asunto en el término breve y perentorio que fije.

Se contempla que si vencido el plazo sin que la Administración hubiera dictado decisión, el Tribunal dictará la resolución que corresponda en amparo del derecho lesionado. En ella fijará un término la Administración para que realice el trámite o diligencia, o dispensará de su cumplimiento al actor, previo aseguramiento del interés fiscal respectivo.

CAPITULO V

Disposiciones Generales

Como su nombre lo indica, aquí se contienen distintas normas relacionadas con todos los recursos contenciosos. De esencial consagra-

ción en Venezuela, estima la Comisión, es la norma conforme a la cual la Administración Tributaria tanto como el particular que resulte totalmente vencido en el juicio, serán condenados en costas.

TITULO VI

Disposiciones Transitorias y Finales

CAPITULO I

Disposiciones Transitorias

Estas normas se refieren a los tribunales que continuarán conociendo en materia de Impuesto sobre la Renta; la regulación de las prescripciones que hubiesen comenzado a correr; los plazos para ejercer las acciones que estuvieren pendientes en los tribunales a la fecha de entrada en vigencia del Código.

CAPITULO II

Disposiciones Finales

La Comisión opina que las normas en este capítulo son idóneas y adecuadas, por cuanto se decide como no aplicables a la materia tributaria regida por el Código, los artículos de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que allí se indican, con el fin de garantizar la total vigencia del Código. La no derogatoria deriva de que por ser aplicables a la materia aduanera, la cual está fuera del ámbito del Código Tributario y a otras materias fiscales no tributarias, no debe derogárselas, sino simplemente declarárselas inaplicables en el área cubierta por el Código.

En contraposición, se derogan las disposiciones de las leyes tributarias especiales relativas a las materias reguladas por el Código.

III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL SENADO DE LA REPUBLICA AL PROYECTO DEL CODIGO TRIBUTARIO

1. *Texto de las modificaciones*

Se modifica la denominación de Código Tributario por "Código Orgánico Tributario".

Se modifica el artículo 1º, así:

Artículo 1º Las disposiciones del presente Código Orgánico son aplicables a los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas derivadas de ellos,

con excepción de los tributos aduaneros, a los cuales solo se aplicarán con carácter supletorio. También son aplicables a las obligaciones legales de índole pecuniaria establecidas a favor de personas de derecho público no estatales, siempre que no existan disposiciones especiales.

Las normas de este Código regirán igualmente, con carácter supletorio y en cuanto sean aplicables, a los tributos de los Estados y Municipios.

Se modifica el artículo 12, así:

Artículo 12. Las normas tributarias nacionales tienen vigencia en el ámbito especial sometido a la potestad del órgano competente para crearlas. Las leyes tributarias podrán crear tributos sobre hechos imponibles ocurridos total o parcialmente fuera del territorio nacional, cuando el contribuyente tenga la nacionalidad venezolana o esté domiciliado en Venezuela. En estos casos, la Ley procurará conciliar los efectos de tales disposiciones con la conveniencia de evitar la doble tributación.

Se modifica el artículo 14, así:

Artículo 14. Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social, y las demás contribuciones especiales, salvo lo dispuesto en el artículo 1º.

Se modifica el artículo 60, así:

Artículo 60. El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio respectivo, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros, y oída la opinión del Contralor General de la República.

La transacción podrá otorgarse sin la opinión del mencionado funcionario, cuando hayan transcurrido tres meses después de habersele solicitado. El contrato correspondiente será ejecutado por la Procuraduría General de la República.

Se modifica el artículo 109, en la redacción del ordinal 2º, y del párrafo único:

Ordinal Segundo: Intervenir los libros y documentos inspeccionados y tomar medidas de seguridad para su conservación, a cuyo efecto se levantará acta en la cual se especificarán los libros y documentos de que se trate.

Parágrafo Único: La realización de cualquiera de las actuaciones anteriores será autorizada por la administración tributaria respectiva, por resolución motivada.

Se contempla una *vacatio legis*, en el artículo 216:

Artículo 216. El presente código entrará en vigencia ciento ochenta días después de su promulgación.

2. *Informe de la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados donde coincide con las reformas del Senado al Código Tributario.*

1. El Senado de la República modificó el título y aprobó el de "Código Orgánico Tributario". La justificación se remonta a la disposición Constitucional, que pauta, que al iniciar la discusión de una Ley, debe dársele el carácter de Orgánica, para que tenga tal naturaleza. En la Cámara de Diputados, al iniciar la primera discusión aprobó en el primer artículo el carácter Orgánico del Código. En esa misma línea, el Senado le dio el carácter orgánico en el título de la Ley, antes de iniciar la primera discusión.

La Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados, está conforme con el criterio del Senado y por tanto, propone que se apruebe el nuevo título de "Código Orgánico Tributario", a fin de reforzar ese carácter para este importante instrumento legal y para evitar dudas y discusiones sobre la materia.

2. Aprobado el carácter orgánico en el título, consideró el Senado que no era necesario incluirlo en el artículo 1º. De ahí la modificación en el artículo primero. La Comisión considera coherente la reforma del artículo 1º con el nuevo título dado al Código.

3. La modificación del artículo 12 establece el ámbito especial de aplicación del Código. Se agregó el siguiente párrafo: "las leyes tributarias podrán crear tributos sobre hechos imposibles total o parcialmente fuera del territorio nacional, cuando el contribuyente tenga la nacionalidad venezolana. En estos casos la ley procurará conciliar los efectos de tales disposiciones con la conveniencia de evitar la doble tributación". La Comisión está conforme con la adición.

4. En virtud de la modificación del artículo 14 se eliminan los precios públicos del ámbito de competencia del código. La Comisión, examinada la materia, considera que debe aceptarse la modificación propuesta por el Senado.

5. La modificación del artículo 60 añade nuevos requisitos para las transacciones. En este sentido, la Comisión opina, que el nuevo procedimiento aprobado por el Senado se ajusta a los objetivos del artículo de velar por los intereses del Estado, en este tipo de operaciones. Por tal circunstancia, recomienda su aprobación.

6. Las modificaciones al artículo 109, se ajustan al propósito de la defensa de los intereses del fisco sin atropellar los derechos de los contribuyentes. Por tal motivo, aprobamos la modificación.

7. La Comisión comparte el criterio de crear una *vacatio legis* de 180 días, lo cual consagra el artículo 216.

Por las razones expuestas, la Comisión recomienda aceptar en todas sus partes, las modificaciones aprobadas por el Senado y propone se apruebe, en consecuencia, el Código Orgánico Tributario en los términos antes indicados.

IV. EL VETO PRESIDENCIAL

1. *Texto enviado al Congreso*

Caracas, 4 de enero de 1982

Ciudadano doctor
Godofredo González
Presidente del Congreso
de la República
Su Despacho.

En uso de la facultad que me confiere el artículo 173 de la Constitución y previo acuerdo del Consejo de Ministros, tengo a honra dirigirme a usted, mediante exposición razonada, a fin de pedir al Congreso que usted dignamente preside la reconsideración del Código Orgánico Tributario sancionado por ese honorable cuerpo, el día 10 de diciembre del año pasado.

El Ejecutivo Nacional estima que el nuevo texto legal recoge normas fundamentales en materia impositiva, acordes con las modernas concepciones del sistema tributario. No obstante, para asegurar una mejor actuación de la administración tributaria y una mayor seguridad y justicia para los contribuyentes, considera necesario hacer las siguientes observaciones para que se modifiquen algunas disposiciones.

Primera

Artículo 13

La referencia que se hace en este artículo a la potestad tributaria obliga a interpretar que se pueden celebrar convenciones internacionales en materias impositivas atribuidas constitucionalmente a los Estados o Municipios. En este aspecto la disposición es inconstitucional.

Por otra parte, resulta superfluo e innecesario establecer que las normas tributarias contenidas en las convenciones internacionales "tienen vigencia en todo el territorio nacional", ya que al ser éstas recibidas

por el Derecho Interno, tienen aplicación en todo el ámbito espacial de la República.

En consecuencia, se sugiere la eliminación del artículo.

Segunda

Artículo 59

La comisión redactora del modelo "Código Tributario —Organización de Estados Americanos—, Banco Interamericano de Desarrollo" que ha servido de base al Código, advierte que la enumeración de los medios de extinción de las obligaciones tributarias en él contenidas es simplemente ilustrativa, por entender que su fijación o adopción definitiva depende de la legislación de cada país. Al señalar a la transacción como un medio de extinción, advierte de los riesgos que se pueden presentar y por ello afirma: "...su adopción debe estar limitada a las cuestiones de hecho de veces de muy difícil comprobación, y nunca en materia de interpretación de la norma".

La experiencia reiterada y constante demuestra que generalmente la transacción surge cuando existen interpretaciones opuestas de una norma. Por eso formular la norma expresando que "la transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable", puede llevar en la práctica a su desuso.

Se sugiere, por tanto, la eliminación del artículo.

Tercera

Artículo 60

El encabezamiento de este artículo exige la opinión favorable del Consejo de Ministros para la celebración de todas las transacciones. Este requisito es excesivo si la Contraloría General de la República las ha considerado procedentes y retardaría la actuación administrativa injustificadamente. Debe limitarse a los casos en los que la opinión del organismo contralor resulte contraria, solución acogida en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario para las órdenes de pago objetadas.

Señala el artículo, además, que el contrato de transacción debe ser "ejecutado" por el Procurador General de la República. Al respecto se observa que dicha ejecución supone, entre otras cosas, anular las planillas objeto de la transacción y emitir una nueva, lo cual solo puede estar a cargo de la administración tributaria. Además, es innecesario expresar que el Procurador suscribe el contrato de transacción, pues el

artículo 2º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que, corresponde a éste "redactar y suscribir", conforme a las instrucciones que le comunique el Ejecutivo Nacional, los documentos contentivos de actos, contratos o negocios relacionados con los ingresos públicos estatales".

Se propone la siguiente redacción:

El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro respectivo, podrá celebrar transacciones oída la opinión del Contralor General de la República. Si ésta fuere adversa, se requerirá la opinión favorable del Consejo de Ministros.

La transacción podrá otorgarse sin la opinión del mencionado funcionario si han transcurrido tres meses sin respuesta.

Cuarta

Artículo 61

El Congreso aprobó recientemente la incorporación en la Ley de Impuesto sobre la Renta de una disposición que fija intereses a una tasa de doce por ciento (12%) anual, adicional a la del redescuento que el Banco Central de Venezuela establece para los bancos e instituciones financieras. Esa determinación es diferente a la establecida en el Código y por tanto quedaría derogada, lo que supone un cambio de concepción que incidiría negativamente en la recaudación. Habrá contribuyentes que preferirán no pagar impuestos de inmediato para usar su dinero con fines especulativos u otros objetivos por lo bajo de los intereses, convirtiendo así al Fisco en una suerte de agente financiero. Además, se debilitaría el carácter coactivo de los intereses moratorios.

Se propone la siguiente redacción:

La falta de pago dentro del término establecido, hace surgir el deber de pagar intereses hasta la extinción de la obligación, a una tasa equivalente al doce por ciento (12%) anual, adicional a la del redescuento que el Banco Central de Venezuela fija a los bancos e instituciones financieras. En ningún caso los intereses moratorios podrán exceder de una tasa equivalente al dieciocho por ciento (18%) anual sobre las cantidades adeudadas.

La transacción podrá otorgarse sin la opinión del mencionado funcionario si han transcurrido tres meses sin respuesta.

Quinta

Artículo 107

La redacción del artículo puede dar origen a equívocos en cuanto

al carácter y naturaleza de las "disposiciones de carácter general para la interpretación y aplicación de la Ley Tributaria".

Es obvio que esas disposiciones no pueden tener como destinatarios a los administrados, sino a los inferiores jerárquicos. En consecuencia, se propone incluir la siguiente mención en el encabezamiento: ... "podrá dictar instrucciones de carácter general a sus subalternos, para la interpretación y aplicación de la Ley Tributaria...".

Sexta

Artículo 153

Esta disposición otorga a la Dirección General de Rentas competencia para conocer de los recursos jerárquicos en la materia tributaria que corresponde al Ministerio de Hacienda. Al respecto consideramos necesario que se permita la delegación, dado el gran volumen de recursos que se procesan anualmente en escala nacional, que sobrepasan los cien mil.

Se propone el siguiente texto:

Salvo lo dispuesto en el artículo 158, la decisión de los recursos jerárquicos corresponde al Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda, quien podrá delegarla en los directores o funcionarios de similar jerarquía bajo su dependencia.

El escrito contentivo del recurso jerárquico se entregará en la oficina de la cual emanó el acto, o en cualquiera de las oficinas de la administración tributaria. En este último caso la oficina que reciba el recurso deberá remitirlo de inmediato a la primera.

Artículo 161

En el mismo sentido señalado respecto del artículo anterior, se sugiere que la redacción del artículo 161, relativo a la repetición, se reforme de la siguiente manera:

La reclamación se entregará en la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda, directamente o por órgano de cualquiera de las oficinas administrativas tributarias nacionales, y corresponderá al Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda la decisión de la misma. Esta atribución podrá ser delegada en los directores o funcionarios de similar jerarquía bajo su dependencia.

Si se trata de los tributos no administrados por el Ministerio de Hacienda, la reclamación se efectuará ante el respectivo organismo administrativo y la decisión corresponderá a la más alta autoridad jerárquica de dicho organismo.

*Séptima**Artículo 168*

Este artículo establece en su numeral 1º la posibilidad de acudir a la vía contenciosa sin agotar la vía administrativa.

Aparentemente esta disposición pareciera favorecer a los administrados, pues elimina la obligación de pedir a la Administración Pública que revise nuevamente sus actos. No obstante, la revisión de los actos por el superior jerárquico permite su modificación o revisión, con el consiguiente beneficio para el administrado de una decisión más rápida y menos costosa. Para el Fisco Nacional también conviene que se agote la vía administrativa pues le permite, en ejercicio de su poder de autotutela, modificar o anular sus propios actos irregulares. Ello resulta particularmente importante en razón de la admisión que hace el Código, de la posibilidad de condenarlo en costas. Igualmente lo es para los tribunales pues disminuiría el número de recursos de los que conocerían.

Se propone la siguiente redacción para el artículo 168:

El recurso contencioso-tributario se ejercerá contra los actos administrativos de efectos particulares cuando se hubiere agotado la vía administrativa.

Parágrafo Unico: El recurso contencioso-tributario podrá también ejercerse en el mismo escrito subsidiariamente al recurso jerárquico, para el caso de que se le declare total o parcialmente sin lugar, expresa o tácitamente.

*Octava**Artículos 181, 182 y 183*

Estos artículos admiten la revisión de los actos de la administración tributaria en la vía contenciosa sin indicar el procedimiento aplicable. Resulta pues conveniente remitir a las normas previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Se propone una nueva redacción para el artículo 183, así:

El procedimiento para la apelación será el establecido en los artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

*Novena**Artículos 198 y 199*

Estos artículos regulan las medidas cautelares que puede pedir el Fisco Nacional ante los Tribunales.

El contenido del Código evidencia la intención del legislador de igualar al Fisco Nacional con los particulares. Sin embargo, las citadas disposiciones lo colocan en situación de inferioridad al exigir siempre la prueba del riesgo como requisito para pedir medidas cautelares. Incidentalmente conviene recordar que en los procedimientos civiles y mercantiles solo se pide a los particulares esta prueba excepcionalmente.

Por otra parte, se considera conveniente facultar al Fisco Nacional para exigir del recurrente garantía suficiente del cumplimiento de su obligación si las medidas cautelares previstas no fueren posibles.

Se propone la siguiente redacción para el artículo 198:

La administración tributaria podrá pedir al Tribunal competente para conocer del recurso contencioso tributario, que decrete medidas cautelares suficientes, las cuales podrán ser:

1. Embargo preventivo de bienes muebles.
2. Secuestro o retención de bienes muebles.
3. Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Las medidas procederán también en los casos de multas confirmadas en el recurso jerárquico o en la sentencia de primera instancia. Si no fuere posible decretar medidas cautelares el Fisco Nacional podrá solicitar que se otorgue garantía suficiente a juicio del Tribunal.

Por la razón expresada en primer término, se propone eliminar el aparte único del artículo 199 que establece:

El riesgo debe ser fundamentado por la administración tributaria y justificado sumariamente ante el Tribunal.

Décima

Artículos 207, 209 y 213

El artículo 213 establece que los recursos y juicios que sobre materia tributaria estuvieren pendientes ante los Tribunales a la fecha de entrada en vigencia del Código, se seguirán ante los "órganos jurisdiccionales establecidos en el Título V (es decir, las Cortes de lo Contencioso-Administrativo), a los cuales pasarán en el estado en que se encuentren. Sin embargo, los juicios ejecutivos en proceso se seguirán hasta su culminación en la jurisdicción ordinaria".

Actualmente solo existe la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. De no variar esta situación durante la *vocatio-legis* del Código, se concentraría en esa Corte el conocimiento de todas las causas por violación de las normas tributarias. Tal situación no solo rompería con

la respetable tradición de la existencia de tribunales especializados para conocer de las causas correspondientes a los distintos tributos, sino que recargaría inadecuadamente a dicha Corte, el agregarle las del impuesto sobre la renta de los tres tribunales existentes que quedarían sin competencia alguna. De igual manera, correspondería a esa Corte conocer de los juicios ejecutivos que actualmente corresponden a la jurisdicción ordinaria y del procedimiento de las medidas cautelares previstas en el Código.

Por otra parte, las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que prevén las Cortes de lo Contencioso-Administrativo y la que crea la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, son normas transitorias que el Código convertiría en permanentes. Lo procedente es dejar para una ley futura la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, según es la orientación expresa de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, se propone sustituir los artículos 207, 209 y 213 por una norma que sería la primera de las disposiciones transitorias, inspirada en el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que diría:

Mientras se dicte la ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, continuarán conociendo en primera instancia de los procedimientos contemplados en este Código y según sus normas, los tribunales actualmente competentes, inclusive los que en materia tributaria se originen en reparos de la Contraloría General de la República.

Décima Primera

Artículo 214

Este artículo declara inaplicable a la materia tributaria regida por el Código, determinadas disposiciones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Al respecto se hacen las siguientes observaciones:

1) Se declara inaplicable el artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual somete el convenio, la transacción y el desistimiento en las causas fiscales, a determinadas condiciones. Ahora bien, los artículos 59 y 60 del Código regulan la transacción, pero no mencionan el convenio ni el desistimiento, con lo cual declarado no aplicable el artículo 7º mencionado a "la materia tributaria regida por las disposiciones del Código", queda la duda de si la intención del legislador ha sido la de eliminar totalmente la posibilidad de convenir y desistir en las causas fiscales, lo cual resultaría contrario a nuestra tradición legislativa.

Por tanto, se propone eliminar la referencia al artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que se hace en el artículo 214 del Código.

2) En su artículo 214 también se declara inaplicable el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que prohíbe la condenatoria en costas del Fisco Nacional. No existe justificación para desmejorar la posición del Fisco Nacional en los juicios en materia tributaria, la cual supone el ejercicio de una potestad pública, cuando en los procedimientos ordinarios o de plena jurisdicción, aunque resulte perdedor, goza de una total exención de costas. Además, este beneficio constituye un privilegio fiscal regulado por la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, por lo que resulta de mejor técnica legislativa dejar para una futura reforma de dicha Ley lo relativo a la regulación de todos los privilegios fiscales.

Esta situación se vería agravada si la intención del legislador, al declarar inaplicable el artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, fuere la de prohibir el desistimiento y el convenimiento en las causas fiscales, según hemos planteado. Si lo que se pretende es colocar al Fisco Nacional en condición de igualdad con los particulares, con la supuesta prohibición de convenir o desistir, se lograría el efecto contrario, pues se le obligaría a seguir el juicio y a pagar las costas aun en los casos en los cuales, convencido del mejor derecho de la otra parte, quisiera emplear un medio de autocomposición procesal.

Si tal fuere la situación, el artículo 8º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, deberían ser modificados. Según estas normas los apoderados o mandatarios de la República, deben hacer valer en juicio todos los recursos ordinarios y extraordinarios concedidos por las leyes sin necesidad de autorización especial, y solo podrán dejar de hacerlo cuando haya instrucciones escritas del Ejecutivo Nacional. Las razones que justificarían la prohibición de desistir o convenir serían igualmente válidas para prohibir al Ejecutivo Nacional impartir instrucciones para no apelar. Tampoco podría darlas para desistir de una apelación ya interpuesta.

Por lo expuesto se propone al Congreso mantener la vigencia plena del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y por tanto, eliminar de los artículos 205 y 214 del Código la posibilidad de condenar en costas a la República.

Décima Segunda

Por último, se sugiere la adecuación de este Código, en la medida de lo posible, a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que entró en vigencia el 1º de enero del presente año, para no crearle excepciones tan pronto. En este sentido, se considera procedente acoger las normas relativas a la revisión de los actos en vía administrativa (artículos 81 a 99). Sin embargo, respetando la concepción del Código, sería necesario mantener la decisión de los recursos jerárquicos relativos a los tributos que recaude el Ministerio de Hacienda, en el Director General de Rentas de ese Ministerio (artículo 153 del Código), y no en el Ministro según lo establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por otra parte, debemos hacer notar que la Administración Pública Nacional, y en especial el Ministerio de Hacienda sobre el cual este Código tiene mayor incidencia, ha tomado una serie de medidas para adecuarse a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que regirían el procedimiento administrativo tributario apenas durante los seis meses de la *vacatio-legis* prevista en el Código. Vencida ésta, tendría que reordenar nuevamente su organización para adecuarse a las normas del Código, lo cual resulta inconveniente y oneroso. Como se comprende, la aceptación de esta proposición obligaría a revisar disposiciones conexas del Código para evitar posibles contradicciones entre sus normas.

La petición de reconsideración del Código Orgánico Tributario que hago en ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 173 de la Constitución, tiene por objeto señalar únicamente las observaciones y modificaciones más importantes que consideramos deben hacerse. Responde al deseo del Ejecutivo Nacional de cooperar con el Congreso, según el principio constitucional de colaboración de los Poderes Públicos previsto en el artículo 118 de nuestra Ley Fundamental. En consecuencia, con toda deferencia devuelvo el referido Código Orgánico Tributario a los fines de su reconsideración por el Congreso.

Atentamente,

Luis Herrera Campíns
Presidente de la República

2. *Informe que presenta la Comisión Especial designada por las dos Cámaras en sesión conjunta, para el estudio de las observaciones formuladas por el Presidente de la República al Código Orgánico Tributario, conforme al artículo 173 de la Constitución*

La Comisión Especial se constituyó y procedió de inmediato al estudio de las observaciones formuladas por el Presidente de la República, al Código Orgánico Tributario, en comunicación dirigida al Presidente del Congreso de la República en fecha 4 de enero de 1982.

La Comisión Especial desea expresar, que ha estudiado estas proposiciones de reformas al Código Tributario, no sólo con la debida atención que merecen como emanadas del ejercicio de una facultad constitucional del Presidente de la República, sino con el criterio de que ellas fueron formuladas con el propósito de contribuir al perfeccionamiento de este importante instrumento legal, lo cual realiza en la práctica, la colaboración para la función legislativa, entre el Poder Legislativo, y el Poder Ejecutivo, que el artículo 173 de la Constitución consagra.

La Comisión entiende que todo proyecto de ley es susceptible de perfeccionamiento, por lo cual todo lo que tienda a esa finalidad es encomiable, aunque, obviamente, el proceso legislativo debe culminar y convertir los proyectos en leyes de la República. En todo caso, queda siempre abierta la posibilidad de nuevos perfeccionamientos, por la vía de las reformas legislativas, cada vez que la experiencia en la aplicación de las leyes las haga recomendables.

Cabe recordar en esta oportunidad, como aparece en el Informe rendido por la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados, que el Código Orgánico Tributario aprobado por el Congreso, fue objeto de una amplia consulta. El proyecto presentado por el Ejecutivo Nacional a aquella Cámara en 1977, fue elaborado por una comisión integrada por el entonces Contralor General de la República doctor José Andrés Octavio, quien la presidió y por representantes designados por el Ministerio de Hacienda, la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (FEDECAMARAS) y la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV).

Esa Comisión redactó el proyecto teniendo en cuenta todos los antecedentes de este tipo de ordenamiento legal, entre los cuales cabe mencionar el modelo de Código Tributario para América Latina, elaborado para el Programa Conjunto de Tributación OEA-BID, por una comisión integrada por calificados juristas latinoamericanos, originarios de diferentes países, especialistas todos en la materia, el Código Tributario Tipo para América Latina, preparado por el Centro Interamericano de Estu-

dios Tributarios con sede en Buenos Aires, y el Anteproyecto Nacional de Código Tributario elaborado en el Ministerio de Hacienda.

La Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados realizó un detenido estudio del mismo y, solicitó la opinión de distinguidos juristas, todo lo cual dio como resultado la redacción de numerosas modificaciones, sin perjuicio del mantenimiento de la estructura y la orientación del Proyecto, modificaciones que fueron aprobadas por la Cámara de Diputados, y posteriormente, con liegros cambios, por la Cámara del Senado. El trabajo realizado en el Congreso dio al Código la terminología jurídica sustantiva y procesal genuinamente venezolana y sustituyó expresiones usuales en los países de origen, de los expertos que trabajaron en los modelos antes aludidos, pero extrañas a nuestro medio. Todo ello hace del instrumento aprobado por el Congreso un cuerpo de normas incuestionablemente venezolano.

Al iniciar sus labores esta Comisión Especial, y para el mejor cumplimiento de su objeto, decidió abrir una amplia consulta pública entre las instituciones y personas vinculadas a esta materia, a fin de estudiar las proposiciones del Presidente de la República con el concurso de las más autorizadas opiniones, no sólo de quienes fuesen invitados por ella, sino de todos los que tuviesen interés en ser oídos por la Comisión.

Este programa se cumplió a cabalidad. La Comisión recibió en primer lugar y conjuntamente, a los ciudadanos Ministro de Hacienda, Procurador General de la República y Consultor Jurídico de la Presidencia de la República, habiendo concurrido también calificados asesores de los dos funcionarios nombrados en primer término. Seguidamente, la Comisión recibió a los Magistrados del Consejo de la Judicatura, a los Jueces de los Tribunales de Impuesto sobre la Renta y a los integrantes de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.

La Comisión también examinó todos los comentarios aparecidos en los órganos de comunicación social a raíz de la aprobación del proyecto por el Congreso y de la publicación de las observaciones presidenciales, todo lo cual pone de manifiesto el procedimiento ajustado en un todo a los principios democráticos que han servido de guía al trabajo de la Comisión.

Por último, la Comisión deja constancia de haber consultado la calificada opinión del doctor José Andrés Octavio y asimismo, la del doctor José Vicente Urdaneta Lafée, ambos expertos en Derecho Tributario por cuya contribución la Comisión expresa su reconocimiento.

Como resultado del estudio de las modificaciones propuestas, y teniendo en cuenta las calificadas opiniones recibidas en el proceso de consultas, la Comisión Especial somete a la consideración de las Cámaras

Legislativas las proposiciones que seguidamente se presentan mediante las cuales se acogen, total o parcialmente, nueve de las doce proposiciones modificatorias formuladas por el Presidente de la República y, además, se sugiere la reforma de otros dos artículos del Código, en virtud de la conexión que tienen con algunos de los artículos que fueron objeto de aquellas proposiciones.

Primera, artículo 13: Las normas tributarias contenidas en las convenciones internacionales ratificadas por el Estado venezolano, tienen vigencia en todo el territorio nacional, aunque exista potestad tributaria de los Estados o Municipios, sobre la materia a la cual aquéllas se contraen.

La Comisión ha estudiado la sugerencia del Presidente de la República de suprimir este artículo, basada en la observación de inconstitucionalidad de la norma, en cuanto a la posibilidad de que pueda autorizar la celebración de convenciones internacionales sobre materias atribuidas a los Estados o Municipios, y al respecto considera que si bien el tema puede dar lugar a opiniones jurídicas divergentes, no aparece que el artículo contenga una clara violación de la autonomía constitucional de los Estados y Municipios.

No obstante, al examinar la necesidad y el alcance de este artículo, la Comisión ha llegado a la conclusión de que se trata de una norma declarativa, cuya eficacia siempre dependerá de que los actos cumplidos conforme a su texto no contradigan la Constitución de la República.

En vista de estas consideraciones, la Comisión recomienda acoger la proposición del Presidente de la República, de suprimir el mencionado artículo 13 del Código Orgánico Tributario.

Segunda, artículo 58: La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la forma aplicable.

El Presidente de la República sugiere la eliminación de este artículo, con el propósito de no limitar a las cuestiones de hecho la facultad del Ejecutivo Nacional para celebrar transacciones en materia tributaria, sino que ellas pueden referirse también a problemas derivados de la interpretación de la Ley.

La Comisión ha estudiado detenidamente este problema, y ha llegado a la conclusión de que debe mantenerse el artículo tal como fue aprobado por el Congreso. Considera la Comisión que la transacción en materia tributaria es un medio excepcional de solucionar controversias entre el Fisco y los contribuyentes, cuya utilización no se justifica cuando esas

controversias se refieren a la interpretación de los textos legales, pues la decisión de tales casos debe dejarse siempre a los Tribunales competentes. En cambio, puede ser útil la vía de la transacción para resolver discrepancias sobre los hechos constitutivos de la materia imponible, en lo que respecta a su existencia y cuantía.

La Comisión deja constancia que la materia de las transacciones no constituye una innovación en nuestro derecho tributario, siendo permitidas por el Art. 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, cuestión esta que ha sido ratificada por múltiples decisiones de los Tribunales que constituyen jurisprudencia por haberse repetido durante más de treinta años de nuestra reciente historia judicial. Es igualmente oportuno observar que las decisiones repetidas de la Contraloría y Procuraduría de la República, relativas a transacciones, aun en los casos en que se han pronunciado contra el fondo de la transacción, nunca han impugnado la legalidad de las mismas por supuesta inexistencia de normas que las autorizarán. Lo que sí constituye innovación, es la norma de limitar las transacciones a las materias de hecho y prohibirlas en lo atinente a la interpretación de la Ley.

En virtud de estas consideraciones, la Comisión recomienda que se mantenga el artículo 59 del Código Orgánico Tributario, tal como fue aprobado por el Congreso.

Tercera, artículo 60: El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio respectivo, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros, y oída la opinión del Contralor General de la República.

Respecto a este artículo que se contrae a los requisitos que deben cumplirse para celebrar la transacción, el Presidente de la República sugiere que la autorización del Consejo de Ministros sólo sea exigida cuando la Contraloría General de la República haya expresado una opinión adversa a la transacción, y sugiere también un cambio en la redacción de la norma. La proposición se concreta así:

Artículo 59: El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio respectivo, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.

La transacción podrá celebrarse sin la opinión del mencionado funcionario, cuando hayan transcurrido tres (3) meses sin haberse recibido su respuesta. No será necesario el pronunciamiento del Consejo de Ministros, cuando el asunto sometido a transacción no exceda de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00). El Consejo de Ministros podrá elevar este límite hasta cin-

co millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00). El contrato de transacción será otorgado en nombre de la República, por el Procurador General de la República.

Cuarta, artículo 61: La falta de pago dentro del término establecido hace surgir, sin necesidad de actuación alguna de la administración tributaria, la obligación de pagar intereses, hasta la extinción de la obligación a la tasa máxima autorizada para el descuento bancario de los efectos comerciales.

El Presidente de la República sugiere sustituir este artículo con una condición redactada en los siguientes términos:

La falta de pago dentro del término establecido, hace surgir el deber de pagar intereses hasta la extinción de la obligación, a una tasa equivalente al doce por ciento (12%) anual adicional a la del redescuento que el Banco Central de Venezuela fija a los bancos e instituciones financieras.

En ningún caso los intereses moratorios podrán exceder de una tasa equivalente al dieciocho por ciento (18%) anual sobre las cantidades adeudadas.

La Comisión encuentra que la finalidad de ambas disposiciones es la misma, o sea, adaptar la tasa de intereses moratorios a la del mercado, para no estimular el retardo en el pago de los tributos. Sin embargo, la norma propuesta es más precisa, por cuanto agrega un 12 por ciento anual a la tasa de redescuento del Banco Central, con un tope máximo del 18 por ciento anual, y es similar a la que fue incorporada recientemente a la Ley de Impuesto sobre la Renta.

La Comisión considera conveniente, en base a lo antes expuesto, aceptar la proposición modificatoria del Presidente de la República, pero manteniendo en el artículo la frase, según la cual la obligación de pagar intereses moratorios surge "sin necesidad de actuación alguna de la administración", pues ella aclara que no se requiere poner en mora al deudor para que corran los intereses.

En base a estas consideraciones, se propone que el artículo quede redactado así:

Artículo 60: La falta de pago dentro del término establecido hace surgir sin necesidad de actuación alguna de la administración tributaria, la obligación de pagar intereses hasta la extinción de la deuda a una tasa equivalente al doce por ciento (12%) anual adicional, a la del redescuento que el Banco Central de Venezuela fije a los bancos e instituciones financieras. En ningún caso, los intereses moratorios podrán exceder de una tasa equivalente al dieciocho por ciento (18%) anual sobre las cantidades adeudadas.

Quinta, artículo 107: La administración tributaria, por órgano de la más alta autoridad jerárquica o de la que señale la ley o el reglamento correspondiente, podrá dictar disposiciones de carácter general para la interpretación y aplicación de la Ley tributaria.

Tales disposiciones deberán ser publicadas en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela.

Las disposiciones a que se refiere el presente artículo podrán ser modificadas o derogadas por el superior jerárquico del funcionario que las dictó o por el mismo funcionario del cual emanaron en caso de que éste sea el superior de la respectiva administración tributaria.

Propone el Presidente de la República un cambio de redacción en el encabezamiento del artículo, que consta en modificar la frase "podrá dictar disposiciones de carácter general para la interpretación y aplicación de la ley tributaria", a fin de que diga: "Podrá dictar instrucciones de carácter general a sus subalternos, para la interpretación y aplicación de la ley tributaria".

La Comisión propone aceptar esta modificación, aunque ella no cambia el sentido de la norma, pero sí la hace mas precisa.

En consecuencia, el artículo quedaría redactado así:

Artículo 106: La administración tributaria, por órgano de la más alta autoridad jerárquica, o de la que señale la ley o el reglamento correspondiente, podrá dictar instrucciones de carácter general a sus subalternos, para la interpretación y aplicación de la Ley tributaria.

Tales disposiciones deberán ser publicadas en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela.

Las instrucciones a que se refiere el presente artículo podrán ser modificadas o derogadas por el superior jerárquico del funcionario que las dictó o por el mismo funcionario del cual emanaron, en caso de que éste sea el superior de la respectiva administración tributaria.

Sexta, artículo 153: El recurso jerárquico deberá interponerse ante la oficina de la cual emanó el acto, directamente o a través de cualquiera de las oficinas administrativas tributarias nacionales. En este último caso, la oficina que reciba el recurso deberá remitirlo de inmediato a la primera. La sustanciación y decisión del recurso corresponde a la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda, salvo lo dispuesto en el artículo 158 de este Código.

Si se trata de tributos no administrados por el Ministerio de Hacienda, la interposición del recurso se efectuará ante el respectivo organismo administrativo y la sustanciación y decisión corresponderá a la mas alta autoridad jerárquica de dicho organismo.

El Presidente de la República propone un cambio de redacción de este artículo, cuyo principal punto es referirse al Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda, como funcionario competente para

decidir el recurso jerárquico, en lugar de expresar que dicho recurso será sustanciado y decidido por la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda; y luego, como consecuencia de este cambio, se sugiere agregar que el mencionado funcionario podrá delegar esa atribución "en los directores o funcionarios de similar jerarquía bajo su dependencia".

La Comisión propone aceptar esta sugerencia, no obstante, en lo que atañe a la delegación, sugiere limitarla a los directores, sin admitirla para "otros funcionarios de similar jerarquía", por cuanto ello puede dar lugar a dudas sobre la validez de la delegación y de los actos cumplidos por el delegatario. Además, la necesidad práctica a la cual responde esa sugerencia, puede ser atendida por el Ministerio de Hacienda mediante el nombramiento de los directores sectoriales que estime necesarios para delegarles la decisión del recurso jerárquico.

Además, se ha creído necesario agregar un aparte, en igual sentido, para el caso de los reparos formulados por la Contraloría General de la República.

En consecuencia, el artículo con el aparte último relativo a los tributos no administrados por el Ministerio de Hacienda, que no fue objeto de observación, quedaría redactado así:

Artículo 156: El recurso jerárquico deberá interponerse por ante la oficina de la cual emanó el acto, o a través de cualquiera de las oficinas administrativas tributarias nacionales. En este último caso, la oficina que reciba el recurso deberá remitirlo de inmediato a la primera. La decisión del recurso jerárquico corresponde al Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda, quien podrá delegarla en directores bajo su dependencia, salvo lo dispuesto en el artículo 161 de este Código.

Si se trata de tributos no administrados por el Ministerio de Hacienda, la interposición del recurso se efectuará por ante el respectivo organismo administrativo y su decisión corresponderá a la mas alta autoridad jerárquica de dicho organismo.

En el caso de reparos formulados por la Contraloría General de la República, la interposición del recurso jerárquico se efectuará por ante ese Organismo, y su decisión corresponderá al Contralor General de la República, quien podrá delegarla en directores bajo su dependencia.

Artículo 161: La reclamación se interpondrá ante la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda, directamente o a través de cualquiera de las oficinas administrativas tributarias nacionales, y corresponderá a dicha Dirección la sustanciación y decisión de la misma.

Si se trata de tributos no administrados por el Ministerio de Hacienda, la reclamación se efectuará ante el respectivo organismo administrativo y la sustanciación y decisión corresponderá a la mas alta autoridad jerárquica de dicho organismo.

Para este artículo se sugiere una modificación de redacción similar a la del artículo anterior. Al igual que en este caso, la Comisión propone aceptar la modificación propuesta, con excepción de la delegación a otros funcionarios que no sean directores.

En consecuencia, el artículo quedaría redactado así:

Artículo 167: La reclamación se interpondrá por ante la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda, o a través de cualquiera de las oficinas administrativas tributarias nacionales, y la decisión corresponderá al Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda. La atribución podrá ser delegada en los directores bajo su dependencia.

Si se trata de tributos no administrados por el Ministerio de Hacienda, la reclamación se efectuará por ante el respectivo organismo administrativo y la decisión corresponderá a la más alta autoridad jerárquica de dicho organismo.

Para la procedencia de la reclamación no es necesario haber pagado bajo protesta.

Séptima, artículo 168: El recurso contencioso tributario procederá:

1. Contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso.
2. Contra los mismos actos a que se refiere el numeral anterior cuando habiendo mediado recurso jerárquico, éste hubiere sido denegado tácitamente conforme al artículo 158 de este Código.
3. Contra las resoluciones en las cuales se deniegue total o parcialmente el recurso jerárquico, en los casos de actos de efectos particulares.

Parágrafo Unico: El recurso contencioso tributario podrá también ejercerse subsidiariamente al recurso jerárquico, en el mismo escrito, para el caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita, de dicho recurso jerárquico.

La proposición modificatoria presentada por el Presidente de la República está contenida en la siguiente redacción:

El recurso contencioso-tributario se ejercerá contra los actos administrativos de efectos particulares cuando se hubiere agotado la vía administrativa.

Parágrafo Unico: El recurso contencioso-tributario podrá también ejercerse en el mismo escrito subsidiariamente al recurso jerárquico, para el caso de que se declare total o parcialmente sin lugar, expresa o tácitamente.

El objeto de este cambio es hacer obligatorio el ejercicio del recurso jerárquico, como requisito para agotar la vía administrativa y poder ejercerse el recurso contencioso.

Como resultado del estudio de este punto, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, si es cierto que el ejercicio obligatorio del recurso jerárquico como previo al contencioso judicial, permitiría a la administración tributaria una revisión de estos casos controvertidos antes de que sean sometido a los Tribunales, la experiencia consultada en el ramo del Impuesto sobre la Renta, donde es opcional ejercer o no previamente el recurso administrativo, indica que éste es de escasa utilidad práctica y, en cambio es utilizado para demorar el proceso y, consecuentemente el pago.

Por otra parte, la Comisión observa que cabe esperar que los contribuyentes en gran número de casos, ejercerán previamente el recurso jerárquico, salvo cuando ya se conozca que existe una doctrina administrativa contraria a las pretensiones del recurrente.

Por último, cabe recordar que una vez ejercido el recurso jerárquico, la oficina administrativa de la cual emanó el acto impugnado, si es la de mayor jerarquía, puede corregir los errores de cálculo u otros errores materiales.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Comisión propone que se mantenga el artículo 168 tal como fue aprobado (174).

Octava, artículo 183: La apelación será decidida en un término que no excederá de tres (3) meses, contados desde el ingreso del recurso al Tribunal Superior, salvo disposición especial de este Código.

El Presidente de la República propone modificar este artículo, para que quede redactado en la siguiente forma:

Artículo 189: El procedimiento para la apelación será el establecido en los artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La Comisión considera conveniente la modificación propuesta por cuanto no se limita a establecer un lapso, sino que contiene una remisión general al procedimiento de segunda instancia en la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, el artículo quedaría redactado en la forma propuesta por el Presidente de la República.

Novena, artículo 198: Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos, intereses o recargos, ya determinados, no exigibles por causa de plazo pendiente o por haberse interpuesto algún recurso, la administración tributaria podrá pedir al Tribunal competente para conocer del recurso contencioso tributario que decrete medidas cautelares suficientes, las cuales podrán ser:

1. Embargo preventivo de bienes muebles.
2. Secuestro o retención de bienes muebles.
3. Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Las medidas procederán también en los casos de multas cuando éstas hubieren sido confirmadas, mediante resolución dictada en el recurso jerárquico o en la sentencia de primera instancia del recurso contencioso tributario.

Artículo 199: El Tribunal, con vista al documento del que conste la existencia del crédito, acordará la medida o medidas solicitadas que creyere pertinentes, graduadas en proporción al riesgo, cuantía y demás circunstancias del caso.

El riesgo deberá ser fundamentado por la administración tributaria y justificado sumariamente ante el Tribunal.

El Presidente de la República propone modificar estos artículos a fin de que sean redactados así:

La administración tributaria podrá pedir al Tribunal competente para conocer del recurso contencioso tributario, que decrete medidas cautelares suficientes, las cuales podrán ser:

1. Embargo preventivo de bienes muebles.
2. Secuestro o retención de bienes muebles.
3. Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Las medidas procederán también en los casos de multas confirmadas en el recurso jerárquico o en la sentencia de primera instancia. Si no fuere posible decretar medidas cautelares, el Fisco Nacional podrá solicitar que se otorgue garantía suficiente a juicio del Tribunal.

Igualmente, propuso el Presidente de la República eliminar el párrafo Único del artículo 199 que establece:

El riesgo debe ser fundamentado por la administración tributaria y justificado sumariamente ante el Tribunal.

La principal modificación envuelta en esta redacción, relativa al artículo 198, es la de suprimir la exigencia de que la administración tributaria debe fundamentar la existencia del riesgo para el cobro de los créditos, y justificarlo sumariamente a los fines de que el Tribunal decrete medidas cautelares.

La Comisión ha estudiado detenidamente esta sugerencia, inspirada en el deseo de proteger los intereses del Fisco, pero encuentra que

la supresión de la referida exigencia daría a los funcionarios una ilimitada discrecionalidad, que obligaría al Tribunal a decretar, en todo caso, las medidas cautelares solicitadas, y por otra parte, pondría al funcionario en el trance de pedir en todo caso esas medidas, pues de lo contrario podría imputársele haber sido negligente.

La exigencia de fundamentar y justificar sumariamente ante el Tribunal la existencia del riesgo, aparece como una necesidad de evitar medidas temerarias que, indirectamente, reviven y aún agravan el *solve et repete*, suprimido por el Código, siguiendo en esto la generalizada posición de la legislación tributaria moderna.

Pero, por otra parte, la exigencia de justificación no puede confundirse con el requerimiento de una prueba plena del riesgo, especialmente cuando sólo se pide una justificación sumaria. El equilibrio entre ambos intereses, cuya custodia queda en definitiva en manos de los Tribunales, se logra cabalmente con la disposición comentada. En relación con este punto, la Comisión observa que no hay en la norma comentada, ninguna desventaja para el Fisco, en comparación con los derechos de los particulares en los procedimientos civiles y mercantiles, pues los artículos 372, 375 y 376 del Código de Procedimiento Civil, prevén las circunstancias en las cuales pueden decretarse medidas cautelares las cuales coinciden con las exigencias del Código Tributario, y sólo se puede prescindir de esas circunstancias en los juicios de cobro de instrumentos con fuerza ejecutiva, o mediante caución o garantía suficiente a juicio del Tribunal. Esta última exigencia no existe para el Fisco, por disposición expresa del Código.

Por otra parte, conviene recordar que estas medidas se refieren a créditos impugnados mediante los recursos, y también a créditos no discutidos, tenga o no vencido el plazo fijado para su pago.

Cabe por último destacar, que el embargo y remate de bienes en el juicio ejecutivo de cobro consagrado en el Capítulo II del Título V del Código, no está sometido a ningún requisito de justificación de la medida, dada la naturaleza de ese procedimiento.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Comisión propone que los referidos artículos 198 y 199 sean mantenidos tal como fueron aprobados.

Décima, artículo 207: Son competentes para conocer en primera instancia de los procedimientos contemplados en este Código, las Cortes de lo Contencioso-Administrativo previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las cuales los sustanciarán y decidirán con arreglo a las normas de este Código, inclusive los que en materia tributaria se originen en reparos de la Contraloría General de la República.

De las decisiones dictadas por dichas Cortes, podrá apelarse dentro de los términos previstos en este Código para ante la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo Primero: Se exceptúan de esta disposición los procedimientos relativos a infracciones sancionadas con penas privativas de la libertad cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción penal ordinaria.

Parágrafo Segundo: El conocimiento del juicio ejecutivo previsto en el Capítulo II de este Título, podrá ser atribuido en el país o en determinadas circunscripciones a la jurisdicción civil ordinaria.

Artículo 209: Mientras se asigna la competencia del Impuesto sobre la Renta a las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, continuarán conociendo en esa materia los Tribunales especiales del ramo, siguiendo los procedimientos consagrados en este Código.

Artículo 213: Los recursos y juicios que sobre materia tributaria estuvieran pendientes ante los Tribunales a la fecha de vigencia de este Código, se seguirán por los respectivos procedimientos y ante los órganos jurisdiccionales establecidos en el Título V a los cuales pasarán en el estado en que se encuentren. Sin embargo, los juicios ejecutivos en proceso, se seguirán hasta su culminación en la jurisdicción ordinaria.

El Presidente de la República propone sustituir estos artículos por una norma, que sería la primera de las disposiciones transitorias que diría así:

Mientras se dicte la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, continuarán conociendo en primera instancia de los procedimientos contemplados en este Código y según sus normas, los Tribunales actualmente competentes, inclusive, los que en materia tributaria se originen en reparos de la Contraloría General de la República.

La Comisión ha estudiado y consultado este punto de manera especial, dada la importancia que tiene para la adecuada administración de justicia en la materia tributaria, y ha llegado a las siguientes conclusiones básicas:

- A) Mantener la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer la segunda instancia de todos los procedimientos previstos en el Código.
- B) Respetar la idea que orienta las disposiciones del Código Tributario en el sentido de que las controversias sobre todos los tributos nacionales se ventilen conforme al procedimiento establecido en el Código, y que los Tribunales a los que se le asigne esta competencia la ejerzan para todos esos tributos.
- C) Ratificar la orientación del Código de mantener los actuales Tribunales del Impuesto sobre la Renta, mientras se organizan los Tribunales que el Código prevé para el conocimiento de los procedimientos judiciales que él establece.

Dentro de la orientación concretada en las anteriores conclusiones, la Comisión acoge la idea sugerida por el Presidente de la República, de no atribuir la competencia para estos procedimientos a las Cortes de lo Contencioso-Administrativo previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues si bien ésta puede crear nuevas Cortes de lo Contencioso-Administrativo para atender los asuntos tributarios, la Comisión adhiere a la tesis de confiar dichos asuntos a Tribunales cuyos Jueces sean designados por el Consejo de la Judicatura, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la de Carrera Judicial.

Ahora bien, la Comisión considera que el Código debe prever Tribunales especiales para la materia tributaria, con las características adecuadas a ella y al mismo tiempo, dictar las normas transitorias que sean necesarias para la continuidad de los procesos, mientras se crean y organizan dichos Tribunales.

Al efecto, la Comisión ha considerado conveniente atribuir esa competencia transitoria, a los actuales Tribunales de Impuesto sobre la Renta, ampliándola a todos los tributos regidos por el Código, ya que éste sólo se había referido al Impuesto sobre la Renta en el artículo 209.

También considera conveniente, como consecuencia de la proposición anterior, agregar a esa disposición transitoria un Parágrafo en el cual se establezca que los juicios ejecutivos para el cobro de tributos continuarán siendo conocidos por los Tribunales de la jurisdicción civil ordinaria, mientras no se disponga que sean atribuidos a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario.

Al examinar esta materia, la Comisión ha considerado conveniente proponer que los futuros Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario sean unipersonales, pues así la justicia en materia tributaria de especial interés para el Estado, se administraría de manera más rápida y eficiente.

En apoyo de esta proposición, la Comisión destaca que la gran mayoría de estos procedimientos pasan en segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia, por lo que no se justifica que la primera instancia se ejerza por Tribunales colegiados.

Esta modificación aparece más necesaria ante el hecho, que ya ha sido planteado, de la necesidad de crear Tribunales para la materia tributaria en las principales regiones y ciudades del país, a fin de que los contribuyentes no se vean obligados a sostener esos litigios, desde la primera instancia en la Capital de la República.

En lo que respecta a los jueces que integran los actuales Tribunales de Impuesto sobre la Renta, la Comisión considera que el mantenimiento de los mismos, con carácter transitorio, es suficiente para preparar ade-

cuadamente la creación de los nuevos Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, sin causarles dificultades ni perjuicios. Y por otra parte, bien puede el Consejo de la Judicatura, cuando llegue la oportunidad, designar para esos nuevos Tribunales a los actuales jueces de Impuesto sobre la Renta. No es difícil suponer, que al crear Tribunales unipersonales y al establecer algunos de ellos en las principales ciudades del país, habrá necesidad de designar un número de jueces superior al que tienen los actuales Tribunales de Impuesto sobre la Renta, especialmente si se tiene en cuenta, como ha sido informada la Comisión, de que existe una elevada cantidad de expediente a cargo de cada uno de ellos.

Como consecuencia de estas reformas se hace necesario modificar también el actual artículo 213, a fin de adecuarlo a las otras normas y aclarar la situación de los procesos en curso. En el nuevo artículo se expresaría que los procedimientos que estuvieren en curso a la fecha de vigencia del Código pasarán a los Tribunales de Impuesto sobre la Renta, con excepción de los juicios ejecutivos, pues éstos seguirán en los Tribunales ordinarios; que los procesos que cursan actualmente en dichos Tribunales continuarán en ellos; y finalmente, que en los recursos contenciosos interpuestos conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta, iniciados antes de la vigencia del Código, continuarán en vigor las garantías exigidas en dicha Ley, hasta la definitiva conclusión de los procesos y el pago de las obligaciones que de ellos se deriven.

En virtud de las consideraciones anteriores la Comisión propone que se reforme el artículo 207 sustituyéndolo por dos artículos (213 y 214), que se deje sin modificación el actual artículo 208 (215) sobre el cual no hubo observación y que se modifiquen los artículos 209 (217) y 213 (221). Las referidas normas quedarían redactadas así:

Artículo 213: Son competentes para conocer en primera instancia de los procedimientos establecidos en este Código, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, los cuales los sustanciarán y decidirán con arreglo a las normas de este Código, inclusive los que en materia tributaria se originen en reparos de la Contraloría General de la República. De las decisiones dictadas por dichos Tribunales podrá apelarse dentro de los términos previstos en este Código para ante la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo Primero: Se exceptúan de esta disposición los procedimientos relativos a infracciones sancionadas con penas privativas de la libertad, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción penal ordinaria.

Parágrafo Segundo: El conocimiento del juicio ejecutivo previsto en el Capítulo II de este Título, podrá ser atribuido a la jurisdicción civil ordinaria

Artículo 214: Los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario serán unipersonales y cada uno de ellos tendrá competencia en los procedimientos relativos a todos los tributos regidos por este Código.

La creación de estos Tribunales, la fijación de su circunscripción y la designación de los respectivos jueces titulares, suplentes y demás funcionarios y empleados, y en general todo lo relativo a su organización y funcionamiento, se regirá por las pertinentes disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Carrera Judicial.

Artículo 215: Será competente para la ejecución de las sentencias definitivas dictadas en el recurso contencioso tributario, el Tribunal al que hubiere correspondido conocimiento de dicho recurso en primera instancia.

Artículo 217: Mientras se crean los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, conocerán en primera instancia de los procedimientos previstos en este Código, respecto a todos los tributos que por él se rigen y conforme a las normas procesales que él establece en los Tribunales de Impuesto sobre la Renta.

A medida que se creen y organicen los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, se dictarán las disposiciones necesarias para transferirles los asuntos que se encuentren a cargo de los Tribunales de Impuesto sobre la Renta.

Parágrafo Unico: Se exceptúan de esta disposición los juicios ejecutivos previstos en el Capítulo II del Título V de este Código, de los cuales conocerán los Tribunales de la jurisdicción civil ordinaria mientras se creen los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, y salvo lo dispuesto en el Parágrafo Segundo del artículo 213 de este Código.

Artículo 221: Los recursos y juicios sobre materia tributaria regida por este Código, que estuvieren pendientes ante los Tribunales a la fecha de su vigencia, pasarán a los Tribunales de Impuesto sobre la Renta en el Estado en que se encuentren o continuarán en estos Tribunales los que estén cursando en ellos y en ambos casos, seguirán su curso conforme a los procedimientos establecidos en este Código.

Los lapsos procesales relativos a estos asuntos, que estuvieren en curso para aquella fecha conforme al procedimiento que les era aplicable, se reiniciarán en los Tribunales de Impuesto sobre la Renta, conforme a las disposiciones de este Código.

Para la reanudación del procedimiento, cuando éste se encontrare finalizado, será necesario practicar las correspondientes notificaciones.

Parágrafo Primero: Los juicios ejecutivos en proceso se seguirán hasta su culminación en la jurisdicción ordinaria, por el procedimiento establecido en este Código aplicándose lo dispuesto en los apartes primero y segundo de este artículo.

Parágrafo Segundo: Las garantías constituidas conforme a los artículos 133 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en los recursos interpuestos antes de la fecha de vigencia de este Código conforme al artículo

131 de dicha Ley, permanecerán en vigor hasta la culminación del proceso en la respectiva instancia, y si fuere el caso, hasta el pago de las obligaciones que resulten de la sentencia en ella dictada.

Parágrafo Tercero: La admisión de la apelación prevista en el artículo 187 de este Código, contra las sentencias dictadas en los recursos contenciosos interpuestos conforme al artículo 131 de la Ley de Impuesto sobre la Renta antes de la fecha de vigencia de este Código, estará sometida al requisito de que se efectúe el pago o se constituya la garantía real exigida en el artículo 136 de dicha Ley.

Parágrafo Cuarto: En los recursos a que se refieren los párrafos anteriores, serán aplicable las disposiciones contenidas en los párrafos primero y segundo del artículo 133 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y en el artículo 137 de la misma Ley.

Décima Primera, artículo 214: No son aplicable a la materia tributaria regida por las disposiciones del presente Código, los siguientes artículos de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional: 4º, 5º, 7º, 10, 18, 45, 46, 49, 55, 56, 58, 69, 78, Título X (artículos 272 a 303), Título XI (artículos 304 a 316), y Título XII (artículos 317 a 426), y cualesquiera otras disposiciones de naturaleza tributaria contenidas en dicha ley.

Con respecto a este artículo, el Presidente de la República hace dos proposiciones, que son las siguientes:

- 1) Eliminar la referencia que declara inaplicable a la materia tributaria el artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública, que se contrae a la transacción, el convenimiento y el desistimiento, a fin de evitar que se entiendan inaplicables a esta materia las dos últimas instituciones jurídicas, lo cual se agravaría si se mantiene la posibilidad de que el Fisco Nacional sea condenado en costas.

La Comisión considera conveniente proponer que se acoja la anterior sugerencia, pero estima mas apropiado agregar al Código un nuevo artículo que sería el N° 212, en el que se establezca categóricamente dichas figuras, sometiéndolas a la exigencia de la previa instrucción del Ejecutivo Nacional.

El artículo propuesto quedaría redactado así:

Artículo 212: En los procedimientos judiciales consagrados en este Título, el Fisco podrá desistir de cualquier acción o recurso, o convenir en ellos, previa la instrucción del Ejecutivo Nacional.

- 2) La segunda proposición consiste en suprimir la referencia al artículo 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que prohíbe la condenatoria en costas al Fisco Nacional.

La Comisión considera que debe mantenerse la condenatoria en costas al Fisco, para evitar la instauración o el seguimiento de juicios temerarios, especialmente cuando el Código limita esa condenatoria al máximo de 10 por ciento del asunto y, además, faculta al juez para eximir dichas costas, cuando considere que el Estado tuvo motivos racionales para litigar. Además, la norma aprobada por el Congreso evitará el congestionamiento de los Tribunales con excesivo número de acciones, que por no portar ningún tipo de freno, aún, en el caso de que fueren temerarias, tendrían como efecto sobrecargar el trabajo de los jueces y entorpecer la pronta administración de justicia. Además, en reuniones internacionales de expertos se ha recomendado la adopción de una norma similar a la aprobada por el Congreso.

Igualmente, cabe observar que ya el legislador venezolano se pronunció anteriormente sobre esta materia, al establecer en la Ley Orgánica de Régimen Municipal la norma de la posibilidad de la condenatoria en costas al Fisco Municipal, hasta en un 10 por ciento del monto litigado. Lo que ha hecho en este caso el Congreso, es reafirmar la misma orientación.

Por otra parte, la aceptación de la primera reforma admitiendo el desistimiento y el convenio en materia tributaria, deja sin efecto la principal objeción a la condenatoria en costas al Fisco, pues éste podrá desistir de las acciones o recursos, o convenir en ellos.

En virtud de las consideraciones anteriores, se propone que se mantenga el artículo 214 del Código en su redacción actual y que se agregue el nuevo artículo admitiendo el desistimiento y el convenio por parte del Fisco Nacional.

Décima Segunda, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

El Presidente de la República sugiere la adecuación del Código Tributario, en la medida de lo posible a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para no crear excepciones a esta última Ley, y concretamente se refiere a las normas relativas a la revisión de los actos en vía administrativa, pero dejando la competencia para decidir el recurso jerárquico por el Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda y no por el Ministro como establece aquella Ley.

La Comisión ha analizado esta sugerencia con miras a incorporar al Código Orgánico Tributario, aquellas normas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que consideren adecuadas a esta materia. En tal sentido ha llegado a la conclusión de que si bien es aconsejable mantener el recurso jerárquico, tal como está en el Código, por

estar mejor adaptado a esta materia, que el recurso similar de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, será conveniente incorporar al Código la revisión de oficio y el recurso de revisión, figuras que no están contempladas en él.

En virtud de estas consideraciones, se sugiere agregar al Título IV del Código Orgánico Tributario dos nuevos Capítulos, que reproduzcan los artículos 81 a 84 y 97 y 98 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con los necesarios ajustes de redacción cuyos respectivos textos serían los siguientes:

CAPITULO VII

Revisión de oficio

Artículo 149: La Administración tributaria podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

Artículo 150: Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó o por el respectivo superior jerárquico.

Artículo 151: La administración tributaria podrá en cualquier momento de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.

Artículo 152: La administración tributaria podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos.

Si se aporta esta sugerencia, la revisión de oficio constituiría el Capítulo VII, el recurso jerárquico pasaría a ser el Capítulo VIII, el recurso de revisión sería el Capítulo IX y el procedimiento de repetición de pago pasaría a ser el Capítulo X, todos del Título IV del Código.

Artículos conexos

La Comisión ha observado la conveniencia de hacer algunas modificaciones a otros artículos del Código, conforme al artículo 173 de la Constitución en virtud de la conexión que ellos tienen con aquellos cuya reforma se propone. A tal efecto formula las siguientes proposiciones:

A) Reformar el artículo 12 del Código, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 12: Las normas tributarias *nacionales* tienen vigencia en el ámbito espacial sometido a la potestad del órgano competente para crearlas. Las leyes tributarias podrán crear tributos sobre hechos imposables ocurri-

dos total o parcialmente fuera del territorio nacional, cuando el contribuyente tenga la nacionalidad venezolana o esté domiciliado en Venezuela. En estos casos, la Ley procurará conciliar los efectos de tales disposiciones con la conveniencia de evitar la doble tributación.

La reforma consistiría en suprimir del encabezamiento del artículo la palabra "nacionales", a fin de que sólo diga "tributos" y no "tributos nacionales".

La razón para esta proposición es coincidente con la que dio lugar a la proposición del Presidente de la República, aceptada por esta Comisión para suprimir el artículo 13, relativo al efecto de las convenciones internacionales en el ámbito de los Estados y Municipios. La modificación aquí propuesta evitaría que esta expresión pudiera entenderse, aunque fuese ineficazmente en el sentido de que los tributos nacionales pudiesen invadir la potestad tributaria que la Constitución reconoce a los Estados y Municipios.

En consecuencia, el artículo 12 quedará redactado así:

Artículo 12: Las normas tributarias tienen vigencia en el ámbito espacial sometido a la potestad del órgano competente para crearlas. Las leyes tributarias podrán crear tributos sobre hechos imponibles ocurridos total o parcialmente fuera del Territorio Nacional, cuando el contribuyente tenga la nacionalidad venezolana o esté domiciliado en Venezuela. En estos casos, la Ley procurará conciliar los efectos de tales disposiciones con la conveniencia de evitar la doble tributación.

B) El artículo 166 aparece no estar en perfecta concordancia en cuanto a la fecha a partir de la cual los intereses corren contra el Fisco con el artículo 62. En efecto, dichas normas son del tenor siguiente:

Artículo 62: El artículo anterior es también aplicable a las deudas del Fisco resultantes del pago indebido del tributo y sus accesorios y sanciones. En tal caso, los intereses se liquidarán a partir de los sesenta (60) días de la reclamación del contribuyente o en su caso, de la notificación de la demanda.

Artículo 166: Cuando la decisión sea favorable al contribuyente o responsable en la vía administrativa o en la contenciosa, ella ordenará el reintegro a que haya lugar, junto con los intereses devengados por la cantidad pagada indebidamente calculados de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 de este Código, desde la fecha en que se hizo el pago hasta la del reintegro.

La Comisión propone, dada la conexión que esta materia tiene con el artículo 61 cuya reforma fue propuesta por el Presidente de la Repú-

blica y aceptada por la Comisión, que el artículo se modifique para corregir esta falta de concordancia y al efecto se redacte así:

Artículo 166: Cuando la decisión sea favorable al contribuyente o responsable, en la vía administrativa o en la contenciosa, ella ordenará el reintegro a que haya lugar junto con los intereses devengados por la cantidad pagada indebidamente, calculados de acuerdo con los artículos 61 y 62 de este Código hasta la fecha del reintegro.

C) Se sugiere modificar los artículos 175, 176 y 181, para adecuarlos a la reforma del artículo 207, en cuanto a la referencia del Tribunal de Alzada.

En consecuencia, se propone para dichos artículos, la siguiente modificación:

Artículo 175: En la tercera línea suprimir la expresión "para ante el Tribunal Superior" en el aparte único, ya que el artículo 207 define a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Alzada para todos los procedimientos judiciales establecidos en el Código.

Artículo 176: Se propone en la tercera línea sustituir la expresión "Tribunal Superior" por "Tribunal de Alzada".

Artículo 181: Suprimir en la cuarta línea la expresión "ante el Tribunal Superior", ya que el artículo 207 define a la Corte Suprema como Tribunal de Alzada para todos los procedimientos judiciales establecidos en el Código.

Dejamos cumplida la misión que nos encomendaron las Cámaras en sesión conjunta y pedimos se le dé el trámite reglamentario correspondiente al presente Informe.

Por la Comisión,

Pedro París Montesinos
Presidente

LUIS ENRIQUE OBERTO

VIRGILIO AVILA VIVAS

ARMANDO CHUMACEIRO

GERMAN PACHECO

TOMAS ENRIQUE CARRILLO B.

DOMINGO FELIPE MAZA ZAVALA

V. NOTAS DE LOS DIPUTADOS D. F. MAZA ZAVALA, ANSELMO NATALE Y TOMAS F. CARRILLO BATALLA SOBRE CRITICAS AL CODIGO ORGANICO TRIBUTARIO

Hemos observado con sorpresa algunas de las críticas formuladas contra el *Código Orgánico Tributario*, recientemente aprobado por las Cámaras Legislativas y vetado en algunos de sus artículos por el Presidente de la República, doctor Luis Herrera Campíns. Habiendo formado parte del grupo de diputados que tuvo a su cargo la revisión y en algunas partes reformulación del Proyecto, nos sentimos obligados a expresar lo siguiente:

1) El instrumento aprobado por las Cámaras, no es una copia servil del modelo OEA-BID. A este efecto debe tenerse en cuenta que los antecedentes se concretan en un Anteproyecto redactado en Buenos Aires por el profesor Ros. Un grupo de cursantes venezolanos de postgrado, en la especialidad fiscal redactó el primer documento a adaptarse a las peculiaridades de nuestra legislación. El Proyecto OEA-BID, viene a constituir otro paso en ese proceso y fue redactado por varios especialistas originarios de diversos países de América Latina.

Cuando el Presidente de la República en 1977, señor Carlos Andrés Pérez, constituyó la Comisión Redactora del Proyecto del Código Tributario, ésta fue integrada por un representante de la CTV, el doctor Guillermo Muñoz, el doctor J. Mathieson de Fedecámaras, varios expertos del Ministerio de Hacienda y fue presidida por el doctor José Andrés Octavio entonces Contralor General de la República. Esa Comisión tuvo en cuenta todos los antecedentes mencionados y aprovechó los aportes del modelo OEA-BID en función de la integración del Sistema Tributario Latinoamericano, no de la sujeción de estos países a una potencia imperialista.

Aún más, el Proyecto mencionado, sufrió múltiples cambios, modificaciones y adaptaciones a nuestro lenguaje jurídico usual, durante los nueve meses, de las reuniones de la Subcomisión de Finanzas de la Cámara de Diputados, que nosotros integramos. El título concerniente a las sanciones, para citar solo un ejemplo, fue vuelto a redactar, con la competencia y desinteresada cooperación del eminente jurista venezolano doctor Tulio Chiossone.

En el trabajo de nuestra Comisión, se leyó, discutió y sometió a minucioso análisis todo proyecto, artículo por artículo. En varias materias se consultó a expertos especializados en específicas cuestiones. Por si fuere

poco, al finalizar la revisión, se pasó el Proyecto a cada uno de los miembros de la Comisión de Finanzas y de varios recibimos observaciones que sometimos a discusión, habiéndose acogido buen número de las sugerencias aportadas.

En el Senado se le sometió igualmente a profundo análisis bajo la competente dirección del senador París Montesinos y de los senadores Manzo Núñez y Chumaceiro. Por tanto, el instrumento aprobado por las Cámaras, puede afirmarse con propiedad, que es un proyecto venezolano, nuevo, que aprovechó sin servilismo ni espíritu de plagio, los antecedentes mencionados en ésta exposición.

2) Otra de las críticas formuladas al Proyecto se concreta a afirmar que abre el camino para que se transen más de cuatro mil millones de bolívares en reparos petroleros. Tal afirmación no tiene fundamento por lo siguiente:

Bajo el imperio de la legislación vigente se han hecho transacciones cuyos contenidos pueden ser discutibles pero siempre con ajuste a los términos del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, los cuales han sido homologados por decisiones repetidas, que constituyen jurisprudencia por los tribunales respectivos de la República.

En los diversos dictámenes de la Contraloría y la Procuraduría General de la República, no se ha objetado la legalidad de esas transacciones.

Por tanto, no es el Código Tributario el que innova con la materia de las transacciones. Por el contrario, el Código es más restrictivo que la legislación vigente por cuanto limita las transacciones a la determinación de los hechos. Por tanto, conforme al Código no podrán hacerse transacciones en base a la interpretación de la Ley. Para ser más precisos, hay opiniones de expertos muy solventes que hemos consultado, quienes sostienen que los presentes reparos petroleros, solo podrían ser transados por virtud de la interpretación de la Ley, pues en lo concerniente a determinación de los hechos, tal como está planteada la situación, no habría materia en que fundar la transacción.

Resulta por tanto temeraria e injusta la apreciación de que el Código abre el camino para que se transen y se pierdan los cuatro mil millones de bolívares de reparos petroleros pendientes.

Hay que tener presente que el Código no solo limita las posibles transacciones a la determinación de los hechos, sino que establece un procedimiento que implica la aprobación del Consejo de Ministro y la previa opinión del Procurador General de la República. Considerar de antemano que hay una confabulación del Congreso, del Procurador, del

Presidente de la República y de su Consejo de Ministros para hacerle perder al Fisco Nacional más de cuatro mil millones de bolívares, es una opinión aventurada, que carece de fundamentos probatorios objetivos y por injusta debe ser rechazada como en efecto lo hacemos.

3) Igualmente se ha afirmado que la norma de permitir condonación de obligaciones tributarias hasta por Bs. 10.000, va orientada a perdonar más de trece mil millones de bolívares atrasados que debe la alta burguesía nacional. En este sentido cabe observar que los grandes consorcios de la burguesía tienen obligaciones anuales siempre mucho mayores de Bs. 10.000. Ni aun las medianas empresas caen en esa categoría; los que oscilan en torno a los diez mil bolívares son los pequeños productores, los pulperos y los individuos de bajos ingresos pertenecientes a la clase media baja y trabajadora de mediana remuneración. De modo que la situación denunciada solo podría darse en beneficio de deudores menores los que deben un máximo de diez mil bolívares y en ningún caso de los grandes deudores. Además, la condonación queda sujeta a un procedimiento con la intervención del Ejecutivo Nacional, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, lo que constituye en todo caso un adecuado mecanismo de defensa del Fisco.

Por todo lo dicho se puede apreciar que la crítica referida carece de base lógica y de elementos objetivos que la comprueben.

4) Hemos leído igualmente los puntos en los cuales se centra el veto presidencial. Sobre estos particulares opinamos lo siguiente:

Todo proyecto legislativo, por más que se estudie y se profundice en todos y cada uno de sus aspectos, títulos, capítulos y artículos, es siempre mejorable. Sin embargo, llega un momento en que hay que darle corte a la labor de revisión, corrección y reformulación. Tal ocurre con todo Proyecto de Ley al momento de ser declarado aprobado y remitirse al Presidente de la República para que le ponga el "Ejecútese" y lo declare vigente. Por tanto, no dudamos que las observaciones presidenciales tiendan, en la intención de quienes las estudiaron y concretaron, a mejorar el instrumento bajo consideración.

Como se trata en la mayoría de los casos, de observaciones de técnica tributaria y jurídica, creemos que la Comisión Bicameral de Finanzas debe analizarlas con detenimiento, llamar a su seno al Ministro de Hacienda, Contralor, Procurador, Técnicos y expertos del Ejecutivo, de la Procuraduría y Contraloría de la República, Universidades independientes, Corte Suprema, Consejo de la Judicatura, jueces del Impuesto

sobre la Renta, para oírlos y como resultado de ese trabajo redactar el Informe que habrá de presentarse ante la reunión de las Cámaras en Congreso donde habrá de resolverse esta importante materia. Las audiencias a que nos referimos de la Comisión respectiva, dará oportunidad a todos los analistas y expertos fiscales para dejar oír sus puntos de vista sobre tan importante instrumento legal.

Aún después de terminado ese proceso, y de promulgado definitivamente el Código, seguirá habiendo margen para mejorarlo. Pero de tener la aprobación, haría interminable la labor legislativa. Por ello es que se procede a aprobar las leyes y se les somete a reformas y revisión después de cierto tiempo de vigencia para aprovechar los resultados de su aplicación práctica, dentro de un itinerario que en el largo plazo tiene características permanentes.

VI. TEXTO DEL CODIGO ORGANICO TRIBUTARIO

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA

Decreta:

el siguiente

CODIGO ORGANICO TRIBUTARIO

TITULO I

Disposiciones Preliminares

CAPITULO I

Normas Tributarias

Artículo 1.—Las disposiciones del presente Código Orgánico son aplicables a los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas derivadas de ellos, con excepción de los tributos aduaneros, a los cuales sólo se aplicarán con carácter supletorio. También son aplicables a las obligaciones legales de índole pecuniaria establecidas a favor de personas de derecho público no estatales, siempre que no existan disposiciones especiales.

Las normas de este Código regirán igualmente, con carácter supletorio y en cuanto sean aplicables, a los tributos de los Estados y Municipios.

Artículo 2.—Constituyen fuentes del derecho tributario:

1. Las disposiciones constitucionales.
2. Los tratados, convenios o acuerdos internacionales celebrados por la República.
3. Las leyes y los actos con fuerza de Ley.
4. Las reglamentaciones y demás disposiciones de carácter general establecidas por los órganos administrativos facultados al efecto.

Artículo 3.—Las órdenes e instrucciones internas impartidas por los órganos administrativos a sus subordinados jerárquicos no son de obligatoria observancia para los contribuyentes y los responsables.

Artículo 4.—Sólo la Ley puede:

1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo y la base de su cálculo e indicar el sujeto pasivo.
2. Otorgar exenciones y otros beneficios.
3. Autorizar al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones y otros beneficios.
4. Establecer los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, en cuanto éstos signifiquen una limitación o regulación de los derechos o garantías individuales.
5. Tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones.
6. Establecer privilegios, preferencias y garantías para los créditos tributarios.
7. Regular los modos de extinción de los créditos tributarios.

Artículo 5.—En materia de exoneraciones, desgravámenes, rebajas y demás beneficios fiscales, la Ley determinará los requisitos o condiciones esenciales para su procedencia, a los fines de evitar en lo posible la discrecionalidad del funcionario cuando fueren otorgadas.

Artículo 6.—Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en aquellas.

La disposición precedente es también aplicable a las exenciones, exoneraciones y otros beneficios.

Artículo 7.—La analogía es procedimiento admisible para colmar los vacíos legales, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos, ni exenciones, exoneraciones u otros beneficios, como tampoco tipificar infracciones ni establecer sanciones.

Artículo 8.—En las situaciones que no puedan resolverse por las disposiciones de este Código o de las leyes especiales sobre la materia, se aplicarán supletoriamente y en orden de prelación, las normas tributarias análogas, los principios generales de derecho tributario y los de otras ramas jurídicas que más se avengan a su naturaleza y fines, salvo disposición especial de este Código.

Artículo 9.—Las leyes tributarias regirán a partir del vencimiento del término previo a su aplicación, que ellas deberán fijar. Si no lo establecieran, se aplicarán vencidos los sesenta (60) días siguientes a su promulgación.

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

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

Artículo 10.—Las reglamentaciones y demás disposiciones administrativas de carácter general se aplicarán desde la fecha de su publicación oficial o desde la fecha posterior que ellas mismas indiquen, cuando deban ser cumplidas exclusivamente por los funcionarios, se aplicarán desde la fecha antes mencionada o de su notificación a éstos.

Artículo 11.—Los plazos legales y reglamentarios se contarán de la siguiente manera:

1. Los plazos por años o meses serán continuos y terminarán el día equivalente del año o mes respectivo. El lapso que deba cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último día de ese mes.
2. Los plazos establecidos por días se contarán por días hábiles salvo que la Ley disponga que sean continuos.
3. En todos los casos los términos y plazos que vencieran día inhábil para la administración, se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.

Parágrafo Unico.—Se consideran inhábiles tanto los días declarados feriados conforme a disposiciones legales, como aquellos en los cuales la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público, lo que deberá comprobar el contribuyente por los medios que determine la Ley.

Artículo 12.—Las normas tributarias tienen vigencia en el ámbito espacial sometido a la potestad del órgano competente para crearlas.

Las leyes tributarias podrán crear tributos sobre hechos imponibles ocurridos total o parcialmente fuera del territorio nacional, cuando el contribuyente tenga la nacionalidad venezolana o esté domiciliado en Venezuela. En estos casos, la Ley procurará conciliar los efectos de tales disposiciones con la conveniencia de evitar la doble tributación.

CAPITULO II

Impuestos, Tasas y Contribuciones

Artículo 13.—Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social y las demás contribuciones especiales, salvo lo dispuesto en el artículo 1º.

TITULO II

Obligación Tributaria

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Artículo 14.—La obligación tributaria surge entre el Estado en las distintas expresiones del Poder Público y los sujetos pasivos en cuanto ocurra el presupuesto de hecho previsto en la Ley.

Constituye un vínculo de carácter personal aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales.

Artículo 15.—Los convenios referentes a la aplicación de las normas en la materia tributaria celebrados entre particulares no son oponibles al fisco, salvo en los casos autorizados por la Ley.

Artículo 16.—La obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, siempre que se hubiesen producido los resultados que constituyen el presupuesto de hecho de la obligación.

Artículo 17.—En todo lo no previsto en este Título, la obligación tributaria se regirá por el derecho común, en cuanto sea aplicable.

CAPITULO II

Sujeto Activo

Artículo 18.—Es sujeto activo de la obligación tributaria el ente público acreedor del tributo.

CAPITULO III

Sujeto Pasivo

SECCION PRIMERA

Disposiciones Generales

Artículo 19.—Es sujeto pasivo el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable.

Artículo 20.—Están solidariamente obligadas aquellas personas respecto de las cuales se verifique el mismo hecho imponible. En los demás casos la solidaridad debe ser expresamente establecida en la Ley.

Artículo 21.—Los efectos de la solidaridad son los mismos establecidos en el Código Civil, salvo lo dispuesto en los ordinales siguientes:

1. El cumplimiento de un deber formal por parte de uno de los obligados, no libera a los demás cuando sea de utilidad para el sujeto activo que los otros obligados lo cumplan.
2. La remisión o exoneración de la obligación libera a todos los deudores, salvo que el beneficio haya sido concedido a determinada persona. En este último caso el sujeto activo podrá exigir el cumplimiento de los demás, con deducción de la parte proporcional del beneficiado.
3. No es válida la renuncia a la solidaridad.
4. La interrupción de la prescripción en contra de uno de los deudores es oponible a los demás, cuando ella se efectúe dentro del lapso de dos años contados a partir del 1º de enero del año siguiente a aquel en que se produjo el hecho imponible.

SECCION SEGUNDA

Contribuyentes

Artículo 22.—Son contribuyentes los sujetos pasivos respecto de los cuales se verifica el hecho imponible de la obligación tributaria.

Dicha condición puede recaer:

1. En las personas físicas, prescindiendo de su capacidad según el derecho privado.
2. En las personas jurídicas y en los demás entes colectivos a los cuales otras ramas jurídicas atribuyen calidad de sujeto de derecho.
3. En las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional.

Artículo 23.—Los contribuyentes están obligados al pago de los tributos y al cumplimiento de los deberes formales impuestos por este Código o por normas especiales.

Artículo 24.—Los derechos y obligaciones del contribuyente fallecido serán ejercitados o, en su caso, cumplidos, por el sucesor a título universal, sin perjuicio del beneficio de inventario. Los derechos del contribuyente fallecido transmitidos al legatario serán ejercidos por éste.

SECCION TERCERA

Responsables

Artículo 25.—Responsables son los sujetos pasivos que sin tener el carácter de contribuyentes deben, por disposición expresa de la Ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éstos.

Artículo 26.—Son responsables solidarios por los tributos derivados de los bienes que administren o dispongan:

1. Los padres, los tutores y los curadores de los incapaces.
2. Los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad reconocida.
3. Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que carecen de personalidad jurídica.

4. Los mandatarios, respecto de los bienes que administren o dispongan.
5. Los síndicos y liquidadores de las quiebras y los liquidadores de sociedades.

Parágrafo Único: La responsabilidad establecida en este artículo sólo se hará efectiva cuando el responsable hubiese actuado con dolo, negligencia o culpa graves, y se limitará al valor de los bienes que se administren o dispongan.

Esta responsabilidad será subsidiaria, y cubrirá solamente el monto del tributo que no pueda ser recabado del respectivo contribuyente. A este fin la administración tributaria demandará en primer lugar el pago del tributo al contribuyente, sin perjuicio de solicitar, cuando lo estime conveniente, medidas cautelares sobre bienes del responsable para garantizar la recaudación de la totalidad del tributo a cuyo pago éste pueda quedar obligado.

Artículo 27.—Son responsables solidarios, los adquirientes de fondos de comercio y demás sucesores a título particular de empresas o entes colectivos con personalidad jurídica o sin ella. A estos efectos, se consideran sucesores a los socios y accionistas de las sociedades liquidadas. La responsabilidad de los sucesores estará limitada al valor de los bienes que reciban, a menos que hubiesen actuado con dolo o culpa grave. Esta responsabilidad cesará a los seis (6) meses de comunicada la operación a la autoridad tributaria correspondiente, y no se hará efectiva si el sucesor no pudo conocer oportunamente la obligación.

Artículo 28.—Son responsables directos en calidad de agentes de retención o percepción, las personas designadas por la Ley o por la administración previa autorización legal, que por sus funciones públicas o por razón de sus actividades privadas, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.

Los agentes de retención o de percepción que lo sean por razón de sus actividades privadas, no tendrán el carácter de funcionarios públicos.

Efectuada la retención o percepción, el agente es el único responsable ante el fisco por el importe retenido o percibido. De no realizar la retención o percepción, responderá solidariamente con el contribuyente.

El agente es responsable ante el contribuyente por las retenciones efectuadas sin normas legales o reglamentarias que las autoricen. Si el agente enteró a la Administración lo retenido, el contribuyente podrá solicitar de la administración tributaria el reintegro o la compensación correspondiente.

Artículo 29.—El responsable tendrá derecho a reclamar del contribuyente el reintegro de las cantidades que hubiere pagado por él.

SECCION CUARTA

El Domicilio

Artículo 30.—Se consideran domiciliados en Venezuela para los efectos tributarios:

1. Las personas naturales que hayan permanecido en el país por un período continuo o discontinuo, de más de ciento ochenta (180) días en un año calendario o en el inmediato anterior.
2. Los venezolanos que desempeñen en el exterior funciones de representación o cargos oficiales de la República, de los Estados, de los Municipios o de las entidades funcionalmente descentralizadas, y que perciban remuneración de cualquiera de estos entes públicos.
3. Las personas jurídicas constituidas en el país, o que se hayan domiciliado en él, conforme a la Ley.
4. Las personas naturales o jurídicas constituidas o domiciliadas en el exterior que mantengan en el país un establecimiento permanente, respecto a las operaciones que efectúen en Venezuela.

Artículo 31.—A los efectos tributarios se tendrá como domicilio de las personas naturales en Venezuela:

1. El que hubiere elegido el contribuyente o responsable con arreglo a lo previsto en el artículo 34 de este Código.
2. El lugar de su residencia.
3. El lugar donde desarrolle sus actividades civiles o comerciales, en caso de no conocerse su residencia.
4. El lugar donde ocurra el hecho imponible, en caso de no poder aplicarse las reglas precedentes.
5. El que elija el sujeto activo de la obligación tributaria, en caso de existir más de un domicilio según lo dispuesto en este artículo, y siempre que no hubiese uno de elección con arreglo al numeral 1 de este mismo precepto.

6. El lugar donde se encuentre el contribuyente o responsable cuando no sea posible determinar su domicilio según los numerales anteriores.

Artículo 32.—A los efectos tributarios se tendrá como domicilio de las personas jurídicas en Venezuela:

1. El que hubiere elegido con arreglo a lo previsto en el artículo 34 de este Código.
2. El lugar donde esté situada su dirección o administración efectiva.
3. El lugar donde se halle el centro principal de su actividad, en caso de que no se conozca el de su dirección o administración.
4. El lugar donde ocurra el hecho imponible, en caso de no poder aplicarse las reglas precedentes.
5. El que elija el sujeto activo de la obligación tributaria, en caso de existir más de un domicilio según lo dispuesto en este artículo y siempre que no hubiese un domicilio de elección con al numeral 1 de este mismo precepto.

Artículo 33.—En cuanto a las personas domiciliadas en el extranjero, regirán las siguientes normas:

1. Si tienen establecimiento permanente en el país, se aplicarán a éste las disposiciones de los artículos 31 y 32.
2. En los demás casos, tendrán el domicilio de su representante.

Artículo 34.—Se reputará como domicilio de elección el que indiquen los interesados en las actuaciones de que se trate o el que conste en la última declaración del impuesto respectivo, siempre que se circunscriba a uno de los lugares previstos en los numerales 2 y 3 de los artículos 31 y 32 de este Código, caso de tratarse de personas naturales o jurídicas respectivamente.

Parágrafo Unico: También podrán los contribuyentes y responsables elegir domicilio especial a los efectos tributarios, sin restricción de lugar, con la conformidad de la administración tributaria, la cual sólo podrá negar su aceptación si resultare inconveniente para el desempeño de sus funciones.

La conformidad de la administración se presume si ésta no manifiesta desacuerdo dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de notificación.

Una vez aprobado este domicilio, prevalecerá sobre cualquier otro, salvo que el interesado, en actuación o declaración posterior ante la administración tributaria, utilizare alguno de los previstos en la primera parte de este artículo.

La administración tributaria podrá requerir la constitución de nuevo domicilio especial, cuando lo considere conveniente para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 35.—Los contribuyentes y los responsables tienen la obligación de indicar a la administración tributaria su domicilio fiscal, en cualquier actuación o declaración, o mediante comunicación especial, así como también el cambio de dicho domicilio.

El anterior domicilio se considerará subsistente en tanto no se indique uno nuevo.

CAPITULO IV

Hecho Imponible

Artículo 36.—El hecho imponible es el presupuesto establecido por la Ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación.

Artículo 37.—Se considera ocurrido el hecho imponible y existentes sus resultados:

1. En las situaciones de hecho, desde el momento en que se hayan realizado las circunstancias materiales necesarias para que produzca los efectos que normalmente les corresponden.
2. En las situaciones jurídicas, desde el momento en que estén definitivamente constituidas de conformidad con el derecho aplicable.

Artículo 38.—Si el hecho imponible estuviere condicionado por la Ley o fuere un acto jurídico condicionado, se le considerará realizado:

1. En el momento de su acaecimiento o celebración, si la condición fuere resolutoria.
2. Al producirse la condición, si ésta fuere suspensiva. En caso de duda se entenderá que la condición es resolutoria.

CAPITULO V

Extinción

Artículo 39.—La obligación tributaria se extingue por los siguientes medios comunes:

1. Pago.
2. Compensación.
3. Confusión.
4. Remisión.
5. Declaratoria de incobrabilidad.
6. Prescripción.

Parágrafo Unico: Las leyes especiales pueden establecer otros medios de extinción de la obligación tributaria que ellas regulen.

SECCION PRIMERA

Pago

Artículo 40.—El pago de los tributos debe ser efectuado por los contribuyentes o por los responsables. También puede ser efectuado por un tercero, quien se subrogará en los derechos, garantías y privilegios del sujeto activo, pero no en las prerrogativas reconocidas al mismo por su condición de ente público.

Artículo 41.—El pago debe efectuarse en el lugar, la fecha y la forma que indique la Ley o en su defecto la reglamentación.

Artículo 42.—Los pagos anticipados deben ser expresamente dispuestos o autorizados por la Ley.

En los impuestos que se determinen sobre la base de declaraciones juradas, la cuantía del anticipo se fijará teniendo en cuenta las estimaciones del sujeto pasivo, hechas de conformidad con la Ley.

Artículo 43.—Las prórrogas y demás facilidades deben solicitarse antes del vencimiento del plazo para el pago y sólo podrán ser concedidas cuando a juicio de la administración se justifiquen las causas que impiden el cumplimiento normal de la obligación. La decisión denegatoria no admitirá recurso alguno.

Las prórrogas que se concedan causarán los intereses previstos en el artículo 60 sobre las sumas adeudadas.

Artículo 44.—Excepcionalmente, en casos particulares, comprobada la incapacidad económica del contribuyente, y siempre que los de-

rechos del fisco queden suficientemente asegurados, la administración tributaria podrá conceder fraccionamiento y plazos para el pago de deudas atrasadas, los cuales no podrán exceder de treinta y seis (36) meses. En estos casos seguirán corriendo los intereses moratorios sobre los saldos deudores.

En caso de incumplimiento de las condiciones y plazos otorgados, la administración podrá dejarlos sin efecto y exigir el pago inmediato de la totalidad de la obligación a la cual ellos se refieren.

Artículo 45.—Existe pago por parte del contribuyente en los casos de percepción o retención en la fuente previstos en el artículo 28.

SECCION SEGUNDA

Compensación

Artículo 46.—La administración tributaria declarará, de oficio o a petición de parte, la compensación de los créditos líquidos y exigibles del contribuyente por concepto de tributos y sus accesorios, con las deudas tributarias igualmente líquidas y exigibles, referentes a períodos no prescritos, comenzando por los más antiguos y aunque provengan de distintos tributos, siempre que se trate del mismo sujeto activo.

También son compensables los créditos por tributos con los que provengan de multas firmes, en las mismas condiciones establecidas en el encabezamiento de este artículo.

Artículo 47.—Los créditos líquidos y exigibles del contribuyente por concepto de tributos podrán ser cedidos a otros contribuyentes y responsables, al sólo efecto de ser compensados con deudas tributarias que tuviese el cesionario contra el mismo sujeto activo.

SECCION TERCERA

Confusión

Artículo 48.—La obligación tributaria se extingue por confusión, cuando el sujeto activo de la misma quedare colocado en la situación del deudor, como consecuencia de la transmisión de los bienes o derechos objeto del tributo. La decisión será tomada mediante Resolución por el Ministro de Hacienda, cuando las circunstancias así lo aconsejen.

SECCION CUARTA

Remisión

Artículo 49.—La obligación de pago de los tributos sólo puede ser

condonada o remitida por Ley dictada con alcance general. Las demás obligaciones, así como los intereses y las multas, sólo pueden ser condonadas por Ley o por Resolución administrativa en la forma y condiciones que la Ley establezca.

SECCION QUINTA

Declaratoria de Incobrabilidad

Artículo 50.—El Ejecutivo Nacional podrá de oficio, previa opinión de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República, declarar incobrables las obligaciones tributarias y sus accesorios y multas conexas, que se encontraren en algunos de los siguientes casos:

1. Aquellas cuyo monto no exceda de diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), siempre que hubieren transcurrido cinco (5) años contados a partir de la fecha en que la deuda se hizo exigible y cuando las gestiones de cobro no se justifiquen o hayan resultado infructuosas, la cuantía indicada podrá ser modificada por el Ejecutivo Nacional cada tres (3) años, previo informe de la Oficina Central de Estadística e Informática y de la Contraloría General de la República.
2. Aquellos cuyos sujetos pasivos que estén ausentes del país por más de cinco (5) años, siempre que no tenga conocimiento de la existencia de bienes embargables para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.
3. Aquellas cuyos sujetos pasivos hayan fallecido en situación de insolvencia comprobada.

Artículo 51.—La declaratoria de incobrabilidad sólo podrá decretarse una vez cada dos (2) años, y podrá recaer únicamente en obligaciones tributarias que figuren como de difícil cobro en el respectivo balance de la Hacienda Pública, siempre que se dé algunos de los casos que señala el artículo anterior.

SECCION SEXTA

Prescripción

Artículo 52.—La obligación tributaria y sus accesorios prescriben a los cuatro (4) años.

Este término será de seis (6) años cuando el contribuyente o responsable no cumplan con la obligación de inscribirse en los registros pertinentes, de declarar el hecho imponible o de presentar las declaraciones tributarias a que estén obligados, y en los casos de determinación de oficio, cuando la administración tributaria no pudo conocer el hecho.

Artículo 53.—Prescribirá a los cuatro (4) años la obligación de la administración tributaria de reintegrar lo recibido por pago indebido de tributos y sus accesorios.

Artículo 54.—El término se contará desde el 1º de enero del año siguiente a aquel en que se produjo el hecho imponible.

Para los tributos cuya determinación o liquidación es periódica, se entenderá que el hecho imponible se produce al finalizar el período respectivo.

El lapso de prescripción para ejercer la acción de reintegro se computará desde el 1º de enero del año siguiente a aquel en que se efectuó el pago indebido.

Artículo 55.—El curso de la prescripción se interrumpe:

1. Por la declaración del hecho imponible.
2. Por la determinación del tributo, sea ésta efectuada por la administración tributaria o por el contribuyente, tomándose como fecha la de notificación o de presentación de la liquidación respectiva.
3. Por el reconocimiento inequívoco de la obligación por parte del deudor.
4. Por el pedido de prórroga u otras facilidades de pago.
5. Por el acta levantada por funcionario fiscal competente, respecto del monto de los tributos derivados de los hechos específicos a que ella se contrae.
6. Por todo acto administrativo o actuación judicial que se realice para efectuar el cobro de la obligación tributaria ya determinada y de sus accesorios, o para obtener la repetición del pago indebido de los mismos, que haya sido legalmente notificado al deudor.

Parágrafo Unico: El efecto de la interrupción de la prescripción se contrae al monto, total o parcial, de la obligación tributaria o del pago indebido, determinado en el acto interruptivo y se extiende de derecho a los respectivos accesorios.

Artículo 56.—El curso de la prescripción se suspende por la interposición de peticiones o recursos administrativos, hasta sesenta (60) días después que la administración tributaria adopte Resolución definitiva, tácita o expresa, sobre los mismos.

Suspende también el curso de la prescripción, la iniciación de los procedimientos previstos en el Título V de este Código, respecto de las materias objeto de los mismos, hasta su decisión definitiva. La paralización del procedimiento hará cesar la suspensión y reiniciar el curso de la prescripción. Si se reanuda el proceso antes de cumplirse la prescripción, ésta se suspende de nuevo.

Artículo 57.—Lo pagado para satisfacer una obligación prescrita no puede ser materia de repetición, salvo que el pago se hubiere efectuado bajo reserva expresa del derecho a hacerlo valer.

CAPITULO VI

Transacción

Artículo 58.—La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable.

Artículo 59.—El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.

La transacción podrá celebrarse sin la opinión del mencionado funcionario, cuando hayan transcurrido tres (3) meses sin haberse recibido su respuesta. No será necesario el pronunciamiento del Consejo de Ministros, cuando el asunto sometido a transacción no exceda de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00). El Consejo de Ministros podrá elevar este límite hasta cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00). El contrato de transacción será otorgado en nombre de la República, por el Procurador General de la República.

CAPITULO VII

Intereses

Artículo 60.—La falta de pago dentro del término establecido hace surgir, sin necesidad de actuación alguna de la administración tributaria, la obligación de pagar intereses hasta la extinción de la deuda, a una tasa equivalente al doce por ciento (12%) anual, adicional a la del redes-

cuento que el Banco Central de Venezuela fije a los Bancos e Instituciones Financieras.

En ningún caso, los intereses moratorios podrán exceder de una tasa equivalente al dieciocho por ciento (18%) anual sobre las cantidades adeudadas.

Artículo 61.—El artículo anterior es también aplicable a las deudas del fisco resultantes del pago indebido del tributo y sus accesorios y sanciones.

En tal caso, los intereses se liquidarán a partir de los sesenta (60) días de la reclamación del contribuyente, o en su caso, de la notificación de la demanda.

CAPITULO VIII

Privilegios y Garantías

Artículo 62.—Los créditos por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del contribuyente o responsable y tendrán prelación sobre los demás créditos con excepción de:

1. Los garantizados con derecho real.
2. Las pensiones alimenticias, salarios y demás derechos derivados del trabajo y de seguridad social.

El privilegio sólo alcanza a los tributos correspondientes al año en que se invoque y de los dos años anteriores, y no es extensivo a los intereses ni a las sanciones de carácter pecuniario.

Artículo 63.—Los créditos fiscales de varios sujetos activos contra un mismo deudor concurrirán a prorrata en el privilegio en proporción a sus respectivos montos.

Artículo 64.—Cuando se celebren convenios de facilidades de pago, en cualesquiera de los casos señalados por la ley, la administración tributaria podrá exigir garantías reales o personales.

CAPITULO IX

Exenciones y Exoneraciones

Artículo 65.—Exención es la dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, otorgada por la Ley.

Exoneración es la dispensa total o parcial de la obligación tributaria, concedida por el Ejecutivo Nacional en los casos autorizados por la Ley.

Artículo 66.—La Ley que autorice al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones, especificará los tributos que comprenda, los presupuestos necesarios para que proceda y las condiciones a las cuales está sometido el beneficio. La Ley podrá facultar al Ejecutivo Nacional para someter la exoneración a determinadas condiciones y requisitos.

Artículo 67.—La Ley que autorice al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones, establecerá el plazo máximo de duración del beneficio. Si no lo fija, el término máximo de la exoneración será de cinco (5) años. Vencido el término de la exoneración, el Ejecutivo Nacional podrá renovarla hasta por el plazo máximo fijado en la Ley o en este artículo.

Parágrafo Unico: No obstante, las exoneraciones concedidas a instituciones sin fines de lucro, podrán ser por tiempo indefinido.

Artículo 68.—Las exoneraciones serán concedidas con carácter general, en favor de todos los que se encuentren en los presupuestos y condiciones establecidos en la Ley o fijados por el Ejecutivo Nacional.

Artículo 69.—Las exenciones y exoneraciones pueden ser derogadas o modificadas por Ley posterior, aunque estuvieren fundadas en determinadas condiciones de hecho. Sin embargo, cuando tuvieren plazo cierto de duración, los beneficios en curso se mantendrán por el resto de dicho término, pero en ningún caso por más de cinco (5) años a partir de la derogatoria o modificación.

TITULO III

Infracciones y Sanciones

CAPITULO I

Parte General

SECCION PRIMERA

Disposiciones Generales

Artículo 70.—Las normas tributarias punitivas tendrán efecto retroactivo cuando supriman hechos punibles o infracciones legales o establezcan sanciones más benignas.

Artículo 71.—Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las infracciones tributarias, con excepción de las relativas a las normas aduaneras.

A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del derecho penal, compatibles con la naturaleza y fines del derecho tributario.

SECCION SEGUNDA

Infracciones

Artículo 72.—La acción u omisión violatoria de normas tributarias, es punible conforme a este Código.

Artículo 73.—Las infracciones tributarias pueden ser dolosas o culposas.

Las presunciones sobre intención o culpa establecidas en este Código admiten prueba en contrario. Ellas se refieren al conocimiento por parte del infractor de los fines y resultados de su acción u omisión.

Artículo 74.—Cuando concurren dos o más infracciones tributarias, se aplicará la sanción más grave, y también cuando haya concurrencia de una infracción tributaria sancionada con pena corporal, y un delito común.

Artículo 75.—Habrá reincidencia cuando el imputado después de una sentencia o resolución firme sancionatoria, cometiere una o varias infracciones tributarias de la misma o de diferente índole durante los cinco (5) años contados a partir de aquellas.

Habrá reiteración cuando el imputado cometiere una nueva infracción de la misma índole dentro del término de cinco (5) años después de la anterior, sin que mediare condena por sentencia o resolución firme.

Artículo 76.—Son causas de extinción de las acciones por infracciones tributarias:

1. La muerte del actor o infractor extingue la acción punitiva, pero no extingue la acción contra los coautores, cómplices o encubridores. No obstante subsistirá la responsabilidad por las multas aplicadas que hubieren quedado firmes en vida del causante.
2. La amnistía.
3. La prescripción.
4. Las demás causas de extinción de la acción tributaria conforme a este Código.

Artículo 77.—Las sanciones tributarias prescriben:

1. Por cuatro (4) años contados desde el 1º de enero del año siguiente a aquel en que se cometió la infracción.
2. Por dos años contados desde el 1º de enero del año siguiente a aquel en que la administración tributaria tuvo conocimiento de la infracción, cuando dicho conocimiento sea probado fehacientemente por el infractor.

La comisión de nuevas infracciones de la misma índole, interrumpe la prescripción. En este caso el nuevo término se contará desde el 1º de enero del año siguiente a aquel en que se cometió la nueva infracción.

La averiguación administrativa o la instrucción del sumario, suspenden la prescripción por el término de seis (6) meses contados desde la citación del imputado.

SECCION TERCERA

Responsabilidad

Artículo 78.—Son responsables personalmente de las infracciones y delitos tributarios los autores, coautores, cómplices y encubridores.

Artículo 79.—Son circunstancias que eximen de responsabilidad penal tributaria:

- a) El hecho de no haber cumplido 18 años, y la incapacidad mental debidamente comprobada.
- b) El caso fortuito y la fuerza mayor.
- c) El error de hecho y de derecho excusable.
- d) La obediencia legítima y debida.
- e) Cualquier otra circunstancia prevista en las leyes y aplicables a las infracciones tributarias.

Artículo 80.—Se aplicará la misma sanción que al autor principal de la infracción, sin perjuicio de la graduación de la pena que corresponda:

1. A los que tomaren parte en la ejecución de la infracción.
2. A los que prestasen al autor un auxilio o cooperación sin los cuales la infracción no habría podido cometerse.
3. A los que induzcan directamente a otro a cometer la infracción.

Se aplicará la sanción correspondiente a la infracción, disminuida de dos terceras partes a la mitad:

- a) A los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución de la infracción o presten una ayuda posterior cumpliendo promesa anterior a la comisión de la infracción.
- b) A los que sin promesa anterior al delito y después de la ejecución de éste, adquieran, tengan en su poder, oculten, vendan o colaboren en la venta de bienes respecto a los cuales sepan o deban saber que se ha cometido una infracción.

Artículo 81.—Las personas jurídicas responden por infracciones tributarias punibles, independientemente de la responsabilidad que puedan tener sus representantes, directores, gerentes, administradores o mandatarios por su actuación personal en la infracción.

Las sociedades irregulares o entidades sin personalidad jurídica responden tributariamente por las infracciones punibles en que hubiesen incurrido, sin perjuicio de la responsabilidad personal de sus representantes.

Artículo 82.—Cuando un mandatario, representante, administrador, encargado o dependiente, incurriere en infracción en ejercicio de sus funciones, los representantes o principales serán responsables por las sanciones pecuniarias, sin perjuicio de su acción de reembolso contra aquellos.

Artículo 83.—Los autores, coautores, cómplices y encubridores, responden solidariamente por las costas procesales. Esta responsabilidad es independiente del pago solidario de las obligaciones tributarias.

SECCION CUARTA

Sanciones

Artículo 84.—Las penas deberán ser impuestas por los órganos competentes con sujeción a los procedimientos establecidos en este Código.

La pena privativa de la libertad sólo podrá ser aplicada por los órganos judiciales competentes.

Artículo 85.—Son circunstancias agravantes:

1. La reincidencia y la reiteración.
2. La condición de funcionario o empleado público.
3. La gravedad del perjuicio fiscal.

4. La gravedad de la infracción.
5. La resistencia o reticencia del infractor para esclarecer los hechos.

Son atenuantes:

1. El estado mental del infractor que no excluya totalmente su responsabilidad.
2. No haber tenido la intención de causar el hecho imputado de tanta gravedad.
3. La presentación o declaración espontánea para regularizar el crédito tributario. No se reputará espontánea la presentación o declaración, motivada por una fiscalización por los organismos competentes.
4. No haber cometido el indiciado ninguna violación de las normas tributarias durante los tres (3) años anteriores a aquel en que se cometió la infracción.
5. Las demás atenuantes que resultaren de los procedimientos administrativos o jurisdiccionales, a juicio de los juzgadores.

En el proceso se apreciará el grado de la culpa, para agravar o atenuar la pena, e igualmente y a los mismos efectos, el grado de cultura del infractor.

Artículo 86.—Los órganos jurisdiccionales podrán resolver la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad cuando se trate de infractores no reincidentes, y atendiendo a las circunstancias del caso.

La suspensión de la pena quedará sin efecto en caso de reincidencia.

Artículo 87.—Las sanciones pecuniarias, no son convertibles en penas privativas de la libertad sino que se harán efectivas como obligaciones civiles.

Artículo 88.—Si no fuere posible el comiso por no poder aprehenderse las mercancías u objetos, será reemplazado por multa equivalente al valor de éstos.

Cuando a juicio del órgano que aplica la sanción exista una diferencia apreciable de valor entre la mercancía en infracción y los efectos utilizados para cometerla, se sustituirá el comiso de éstos por una multa adicional de dos a cinco veces el valor de la mercancía en infracción, siempre que los responsables no sean reincidentes en el mismo tipo de infracción.

Artículo 89.—La tentativa será sancionada con las penas correspondientes a la infracción consumada, rebajada de una tercera parte a la mitad.

Artículo 90.—Cuando las sanciones estén relacionadas con el valor de las mercancías y objetos en infracción, se tomará en cuenta el valor de mercado al día en que se cometió la infracción.

Artículo 91.—Las sanciones aplicadas, salvo las privativas de la libertad, prescriben por el transcurso de cuatro (4) años contados desde el 1º de enero del año siguiente a aquel en que quedó firme la resolución o la sentencia que las impuso.

Por igual término de cuatro (4) años prescribe la acción para reclamar la restitución de lo pagado indebidamente por concepto de sanciones pecuniarias.

Artículo 92.—Las sanciones privativas de la libertad, prescriben por el transcurso de un tiempo igual al de la condena.

El término se computará desde el día en que quedó firme la sentencia o desde el quebrantamiento de la condena si hubiere ésta comenzado a cumplirse.

Artículo 93.—El superior jerárquico del órgano que impuso la sanción pecuniaria podrá, por vía de gracia, eximir total o parcialmente de la misma a quienes soliciten la exención, siempre que no hubiere habido intención dolosa a juicio de la autoridad que deba decidir, y siempre que la sanción no haya sido impuesta por defraudación.

La solicitud de gracia deberá interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la cual la sanción quedó definitivamente firme.

CAPITULO II

Parte Especial

SECCION PRIMERA

Defraudación

Artículo 94.—Comete defraudación el que mediante simulación, ocultación, maniobra, o cualquier otra forma de engaño, obtenga para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas del derecho del sujeto activo a la percepción del tributo.

Es agravante la circunstancia de que la defraudación se cometa con la participación del funcionario que, por razón de su cargo, intervenga en los hechos constitutivos de la infracción.

Artículo 95.—Se presume la intención de defraudar, salvo prueba en contrario, cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Llevar dos o más juegos de libros para una misma contabilidad, con distintos asientos.
2. Contradicción evidente entre las constancias de los libros o documentos y los datos consignados en las declaraciones tributarias.
3. Proporcionar informaciones falsas sobre cualquiera de los elementos constitutivos del hecho imponible.

Artículo 96.—La defraudación será penada con multa de dos a cinco veces el monto del tributo omitido.

Podrán aplicarse además, conjunta o separadamente:

- a) Comiso de las mercancías u objetos, y de los vehículos y demás elementos utilizados para la comisión de la infracción.
- b) Clausura del establecimiento donde se hubiere cometido la infracción, por un máximo de seis (6) meses, cuando dicho establecimiento sea elemento esencial para la comisión de la infracción.

Artículo 97.—Cuando la defraudación consista en el ejercicio clandestino de la industria o comercio del alcohol o de las especies alcohólicas, será penada con prisión de tres (3) meses a dos (2) años.

SECCION SEGUNDA

Contravención

Artículo 98.—El que mediante acción u omisión que no constituya ninguna de las otras infracciones tipificadas en este Código, cause una disminución ilegítima de ingresos tributarios, inclusive mediante la obtención indebida de exoneraciones u otros beneficios fiscales, será penado con multa desde un décimo hasta dos veces el monto del tributo omitido.

Artículo 99.—Cuando la Ley exija la estimación del valor de determinados bienes, y el avalúo administrativo no aumente su valor en más de una cuarta parte, no se impondrá sanción por este respecto. Las leyes especiales podrán eximir de sanción las diferencias de tributo provenientes de la estimación de otras características relativas a los bienes.

SECCION TERCERA

Incumplimiento de los Deberes de los Agentes de Retención y de Percepción

Artículo 100.—Los agentes de retención y de percepción que no retuvieren o percibieron los correspondientes tributos, serán penados, sin perjuicio de la responsabilidad civil, con multa equivalente a otro tanto del tributo dejado de retener o percibir.

Artículo 101.—Los agentes de retención y percepción que retuvieren o percibieren cantidades menores a las legalmente establecidas, serán penados, sin perjuicio de la responsabilidad civil, con multa equivalente a la mitad del tributo no retenido o no percibido.

Artículo 102.—Los agentes de retención y de percepción que no enteraren en la receptoría de fondos las cantidades retenidas o percibidas dentro de los lapsos previstos en la Ley, serán penados con multa equivalente al veinte por ciento (20%) mensual de los tributos retenidos o percibidos, hasta un máximo de dos veces el monto de dichos tributos.

Artículo 103.—Cuando los agentes de retención o de percepción se apropien de los tributos retenidos o percibidos, serán penados, independientemente de la responsabilidad civil, con prisión comprendida entre tres (3) meses y dos (2) años.

SECCION CUARTA

Incumplimiento de los Deberes Formales

Artículo 104.—Constituye incumplimiento de los deberes formales toda acción u omisión de sujetos pasivos o terceros que viole las disposiciones que establecen tales deberes, contenidas en este Código, en las leyes especiales, sus reglamentaciones o en disposiciones generales de los organismos administrativos competentes. Constituye también esta infracción la realización de actos tendientes a obstaculizar o impedir las tareas de determinación, fiscalización o investigación de la administración tributaria.

Artículo 105.—El incumplimiento de los deberes formales será penado con multa de cien bolívares (Bs. 100,00) a diez mil bolívares (Bs. 10.000,00).

TITULO IV

Administración Tributaria

CAPITULO I

Facultades y Deberes de la Administración Tributaria

Artículo 106.—La administración tributaria, por órgano de la más alta autoridad jerárquica, o de la que señale la Ley o el Reglamento correspondiente, podrá dictar instrucciones de carácter general a sus subalternos, para la interpretación y aplicación de la ley tributaria. Tales disposiciones deberán ser publicadas en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela.

Las instrucciones a que se refiere el presente artículo podrán ser modificadas o derogadas por el superior jerárquico del funcionario que las dictó o por el mismo funcionario del cual emanaron, en caso de que éste sea el superior de la respectiva administración tributaria.

Artículo 107.—La administración tributaria está obligada a dictar resolución en toda petición planteada por los interesados, dentro del plazo de treinta (30) días de su presentación, salvo disposición especial de este Código. Vencido el plazo sin que se dicte resolución, los interesados podrán a su solo arbitrio optar por conceptuar que ha habido decisión denegatoria, en cuyo caso quedan facultados para interponer los recursos y acciones que correspondan.

Artículo 108.—La administración tributaria dispondrá de amplias facultades de fiscalización e investigación de todo lo relativo a la aplicación de las leyes tributarias, inclusive en los casos de exenciones y exoneraciones. En el ejercicio de estas facultades, especialmente podrá:

1. Exigir a los contribuyentes y responsables la exhibición de sus libros, documentos y correspondencia comercial, así como su comparecencia ante la autoridad administrativa para proporcionar informaciones pertinentes.
2. Intervenir los libros y documentos inspeccionados y tomar medidas de seguridad para su conservación, a cuyo efecto se levantará acta en la cual se especificarán los libros y documentos de que se trate.
3. Incautarse de dichos libros y documentos cuando la gravedad del caso lo requiera. A tal efecto, se levantará acta en la cual se especificarán los libros y documentos incautados. La medi-

da estará limitada a quince (15) días, prorrogables por los órganos jurisdiccionales competentes cuando fuere indispensable, por lapsos que en su conjunto no excederán de tres (3) meses.

4. Requerir informaciones a terceros relacionados con hechos que en el ejercicio de sus actividades hayan contribuido a realizar o hayan debido conocer, así como exhibir documentación relativa a tales situaciones y que se vincule con la tributación.

No podrá exigirse información de:

- a) Las personas que por disposición legal pueden invocar el secreto profesional.
 - b) Los ministros del culto en cuanto a los asuntos relativos al ejercicio de su ministerio que constituyen secreto en la respectiva religión.
 - c) Aquellos cuya declaración implique violar el secreto de la correspondencia epistolar o de las comunicaciones en general.
 - d) El cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en caso de que su declaración estuviera relacionada con hechos que pudieran motivar la aplicación de penas privativas de la libertad.
5. Practicar inspecciones en los locales y medios de transporte ocupados o utilizados a cualquier título por los contribuyentes y responsables. Para realizarlas en los locales fuera de las horas hábiles o en los domicilios particulares en cualquier tiempo, será necesario orden judicial de allanamiento de conformidad con el derecho común, la cual deberá ser decidida dentro de las veinticuatro (24) horas de solicitada, habilitándose el tiempo que fuere menester para practicarlas.
 6. Requerir el auxilio de la fuerza pública cuando hubiere impedimento en el desempeño de sus funciones y ello fuere necesario para practicar las diligencias.
 7. Tomar posesión de los bienes con los que se suponga fundamentadamente que se ha cometido una infracción tributaria, previo el levantamiento de acta en la cual se especifiquen dichos bienes. Estos serán puestos a disposición del Tribunal competente den-

tro de los cinco (5) días siguientes, para que proceda a su devolución o dicte la medida cautelar que se le solicite.

Parágrafo Unico: La realización de cualquiera de las actuaciones anteriores será autorizada por la administración tributaria respectiva, por resolución motivada.

Artículo 109.—Las autoridades civiles, políticas, administrativas, militares y fiscales de la nación, de los Estados y Municipios y los particulares, están obligados a prestar su concurso a todos los órganos, funcionarios y empleados de fiscalización y a denunciar los hechos de que tuvieran conocimiento que impliquen infracciones a las disposiciones de este Código y de las leyes tributarias especiales para colegios profesionales, asociaciones gremiales, así como de comercio y producción, así como los que tienen el deber de cooperar en cuanto a suministrar informaciones que se les requieran conforme a lo que al efecto regulen las leyes especiales en materia tributaria.

Artículo 110.—Las informaciones y documentos que la administración tributaria obtenga de los contribuyentes, responsables y terceros, por cualquier medio, tendrán carácter reservado.

Sólo serán comunicados a la autoridad jurisdiccional mediante orden de ésta, o de oficio cuando fuere legalmente procedente. También podrán ser comunicados en los demás casos que establezcan las leyes.

CAPITULO II

Determinación

Artículo 111.—La determinación o liquidación es el acto o conjunto de actos que declara la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia.

Artículo 112.—Ocurridos los hechos previstos en la ley como generadores de una obligación tributaria, los contribuyentes y demás responsables deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación, o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la administración tributaria, según lo que dispongan las leyes especiales.

Artículo 113.—La administración tributaria podrá verificar la exactitud de las declaraciones.

Podrá asimismo proceder a la determinación de oficio, sobre base cierta o sobre base presunta, en cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar la declaración o cuando no hubiere cumplido la obligación tributaria en los casos en que no se exija declaración.
2. Cuando la declaración ofreciera dudas debidas o fundadas y razonadas relativas a su sinceridad y exactitud.
3. Cuando el contribuyente debidamente requerido conforme a la Ley no exhiba los libros y documentos pertinentes.
4. Cuando así lo establezcan las leyes tributarias, las cuales deberán expresamente señalar las condiciones y requisitos para que proceda.

Artículo 114.—La determinación por la administración se realizará aplicando los siguientes sistemas:

1. Sobre base cierta, con apoyo en los elementos que permitan conocer en forma directa los hechos generadores del tributo.
2. Sobre base presunta, en mérito a los hechos y circunstancias que, por su vinculación o conexión normal con el hecho generador de la obligación, permitan determinar la existencia y cuantía de la misma.

Artículo 115.—La determinación sobre base presunta sólo procede si el contribuyente no proporciona los elementos de juicio necesarios para practicar la determinación sobre base cierta y a la administración tributaria le fuere imposible obtener por sí misma dichos elementos. En tal caso, subsiste la responsabilidad por las diferencias que pudieren corresponder derivadas de una posterior determinación sobre base cierta practicada en tiempo oportuno.

La determinación a que se refiere este artículo no podrá ser impugnada fundándose en hechos que el contribuyente hubiere ocultado a la administración tributaria, o no los hubiere exhibido al ser requerido para ello por la respectiva administración, dentro del plazo que al efecto fije la Ley especial correspondiente.

Artículo 116.—Cuando la ley encomienda la determinación a la administración tributaria, prescindiendo total o parcialmente del contribuyente, aquella deberá practicarse sobre base cierta.

Sólo podrán utilizarse indicios o presunciones en el caso de imposibilidad de conocer los hechos.

El contribuyente podrá impugnar la determinación así practicada invocando todos los fundamentos de hecho y de derecho que considere pertinentes.

CAPITULO III

Deberes formales de los contribuyentes, responsables y terceros

Artículo 117.—Los contribuyentes, responsables y terceros están obligados a cumplir con los deberes formales relativos a las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la administración tributaria y en especial deberán:

1. Cuando le requieran las leyes o los reglamentos:
 - a) Llevar los libros y registros especiales, referentes a las actividades y operaciones que se vinculen con la tributación.
 - b) Inscribirse en los registros pertinentes, a los que aportarán los datos necesarios y comunicarán oportunamente sus modificaciones.
 - c) Solicitar a la autoridad que corresponda permisos previos o de habilitación de locales.
 - d) Presentar las declaraciones que correspondan.
2. Conservar en forma ordenada, mientras el tributo no esté prescrito, los libros de comercio, los libros y registros especiales, los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos gravados.
3. Facilitar a los funcionarios fiscales autorizados las inspecciones o verificaciones en cualquier lugar, establecimientos comerciales o industriales, oficinas, depósitos, buques, aeronaves y otros medios de transporte, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 108 de este Código.
4. Presentar o exhibir en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados las declaraciones, informes, documentos, comprobantes de legítima procedencia de mercancías, relacionadas con hechos generadores de obligaciones tributarias, y formular las ampliaciones o aclaraciones que les fueren solicitadas.
5. Comunicar cualquier cambio en su situación que pueda dar lugar a la alteración de su responsabilidad tributaria, especialmente cuando se trate del inicio o término de las actividades del contribuyente.
6. Comparecer a las oficinas fiscales cuando su presencia sea requerida.

Artículo 118.—Los deberes formales deben ser cumplidos:

1. En el caso de personas naturales, por sí mismas o por representantes legales o mandatarios.
2. En el caso de personas jurídicas, por sus representantes legales o convencionales.
3. En el caso de las entidades previstas en el artículo 22, numeral 3, por la persona que administre los bienes, y en su defecto por cualquiera de los integrantes de la entidad.
4. En el caso de sociedades conyugales, núcleos familiares, sucesiones y fideicomisos, por sus representantes, administradores, albaceas, fiduciarios o personas que designen los componentes del grupo y en su defecto por cualquiera de los interesados.

Artículo 119.—Las declaraciones o manifestaciones que se formulen se presumen fiel reflejo de la verdad y comprometen la responsabilidad de quienes las suscriban, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 82.

Dichas declaraciones y manifestaciones se tendrán como definitivas, aun cuando podrán ser modificadas en cualquier tiempo, sin perjuicio de las facultades de verificación de la administración tributaria y de la aplicación de las sanciones que correspondan si tal modificación ha sido hecha a raíz de denuncias, observación o inspección de la autoridad.

CAPITULO IV

Tramitación

SECCION PRIMERA

Comparecencia

Artículo 120.—La comparecencia ante la administración tributaria podrá hacerse personalmente o por medio de representante legal o voluntario.

Quien invoque una representación acreditará su personería en la primera actuación o dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

Artículo 121.—La fecha de comparecencia se anotará en el escrito si lo hubiere, y, en todo caso, se le otorgará en el acto constancia oficial al interesado.

Artículo 122.—Las actuaciones de la administración tributaria y las que se realicen ante ella, deberán practicarse en días y horas hábiles,

sin perjuicio de las habilitaciones que fueren procedentes de conformidad con las leyes y reglamentos.

SECCION SEGUNDA

Notificaciones

Artículo 123.—La notificación es requisito necesario para la eficacia de los actos emanados de la administración tributaria, cuando éstos produzcan efectos individuales.

Artículo 124.—Las notificaciones se practicarán en alguna de estas formas:

1. Personalmente, entregándola contra recibo al interesado.
Se tendrá también por notificado personalmente el interesado o representantes que realice cualquier actuación que implique el conocimiento inequívoco del acto, desde el día en que se efectuó dicha actuación.
2. Por correspondencia postal certificada o telegráfica dirigida al interesado a su domicilio, con acuse de recibo para la administración tributaria, del cual se le dejará copia al destinatario en la que conste la fecha de entrega.
3. Por constancia escrita entregada por empleados de la administración tributaria en el domicilio del interesado.
Esta notificación se hará a persona adulta que habite o trabaje en dicho domicilio, quien deberá firmar el correspondiente recibo, del cual se dejará copia al interesado en la que conste la fecha de entrega.
En caso de negativa a firmar, los referidos empleados seguirán las formalidades establecidas en la legislación procesal común.
4. Por aviso, que se practicará cuando no haya podido determinarse el domicilio del interesado o de su representante, conforme a lo previsto en este Código o cuando fuere imposible efectuar notificación personal, por correspondencia o por constancia escrita. La notificación por aviso se hará mediante publicación que contendrá un resumen del acto administrativo correspondiente. Dicha publicación deberá efectuarse por una sola vez en uno de los periódicos de mayor circulación de la capital de la República o de la ciudad sede de la administración tributaria

que haya emitido el acto. Deberá igualmente fijarse el referido resumen en el domicilio del interesado si fuere conocido, o a falta de tal conocimiento en el último domicilio, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

Artículo 125.—Las notificaciones se practicarán en día y hora hábiles. Si fueren efectuadas en día inhábil, se entenderán realizadas el primer día hábil siguiente.

Cuando la notificación no sea practicada personalmente, sólo surtirá efectos después del décimo día hábil siguiente de verificada.

Artículo 126.—El incumplimiento de los trámites legales en la realización de las notificaciones tendrá como consecuencia el que las mismas no surtan efecto sino a partir del momento en que se hubiesen realizado debidamente, o en su caso, desde la oportunidad en que el interesado se deba tener por notificado personalmente en forma tácita según lo previsto en el aparte del numeral 1 del artículo 124 de este Código.

Artículo 127.—El gerente, director o administrador de sociedades civiles o mercantiles, o el presidente de las asociaciones, corporaciones o fundaciones, se entenderán facultados para ser notificados a nombre de esas entidades, no obstante cualquier limitación establecida en los estatutos o actas constitutivas de las referidas entidades.

Las notificaciones a los entes sin personalidad jurídica se practicarán en las personas indicadas en los numerales 3 y 4 del artículo 118 de este Código.

SECCION TERCERA

Prueba

Artículo 128.—Podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho, con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos cuando ella implique prueba confesional de la administración.

Artículo 129.—Los interesados o sus representantes y sus abogados asistentes tendrán acceso a los expedientes y podrán consultarlos sin más exigencia que la comprobación de su identidad.

Artículo 130.—El término de prueba será fijado de acuerdo con la importancia y complejidad de cada caso, y no podrá ser inferior a quince (15) días.

En los asuntos de mero derecho se prescindirá de él, de oficio o a petición de parte.

Artículo 131.—No se admitirán las pruebas manifiestamente impertinentes o ilegibles, las que deberán rechazarse mediante resolución fundada. El afectado podrá dejar constancia de su disconformidad, la que será considerada al sustanciarse el recurso que corresponda.

Artículo 132.—La autoridad administrativa impulsará de oficio el procedimiento y podrá acordar la práctica de las pruebas que estime necesarias.

SECCION CUARTA

Determinación por la Administración Tributaria y aplicación de sanciones

Artículo 133.—Cuando la administración tributaria deba proceder a la determinación a que se refieren los artículos 113 y 114, o a perseguir las infracciones de las leyes tributarias, reglamentos y demás disposiciones sobre la materia y aplicar las sanciones correspondientes de acuerdo con lo establecido en el presente Código, se sujetará a las normas de esta sección.

Artículo 134.—En caso de infracción sancionada con pena privativa de la libertad, la administración tributaria se limitará a practicar las diligencias indispensables y a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Público o de los tribunales competentes.

Artículo 135.—Cuando haya de procederse conforme al artículo 133, se levantará acta por el funcionario competente, la que se notificará al contribuyente o responsable por alguno de los medios contemplados en los tres primeros numerales del artículo 124, junto con la comunicación de apertura del respectivo sumario administrativo. El acta hará plena fe mientras no se pruebe lo contrario.

El afectado tendrá el plazo no perentorio de quince (15) días para formular sus descargos, contados desde la notificación del acta. Regirá, en materia de prueba y del lapso respectivo, lo dispuesto en la Sección Tercera de este Capítulo.

Artículo 136.—Si la infracción acarrear la evasión total o parcial de un tributo, el contribuyente podrá, al contestar, hacer la declaración omitida o rectificar la errónea. Si esta declaración fuere satisfactoria, se liquidará de inmediato el tributo y podrá absolverse de toda sanción al

inculpado, por decisión de la más alta autoridad de la administración tributaria, si no apareciere intención dolosa.

Artículo 137.—Pendiente el procedimiento, la administración tributaria tomará las medidas necesarias para evitar que desaparezcan los documentos relacionados con la infracción o que contribuyan a probarla, o que se consignen los hechos que la constituyan. En ningún caso estas medidas impedirán el desenvolvimiento de las actividades del contribuyente.

Artículo 138.—Al ordenarse el sumario administrativo, podrá disponerse el secreto de las actuaciones durante un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, transcurrido el cual regirá lo dispuesto en el artículo 129 de este Código y comenzará a correr el plazo de quince (15) días para formular descargos, previstos en el párrafo segundo del artículo 135.

Artículo 139.—El sumario culminará con una resolución en la que se determinará la obligación tributaria, se consignará en forma circunstanciada la infracción que se imputa, se señalará la sanción que corresponda y se intimarán los pagos que fueren procedentes. La resolución deberá contener las siguientes especificaciones:

1. Lugar y fecha de emisión.
2. Identificación del contribuyente o responsable.
3. Indicación del tributo, y si fuere el caso, del período fiscal correspondiente.
4. Apreciación de las pruebas y de las defensas alegadas.
5. Fundamentos de la decisión.
6. Elementos inductivos aplicados, en caso de estimación sobre base presunta.
7. Discriminación de los montos exigibles por tributos, recargos, intereses y sanciones según los casos.
8. Firma del funcionario autorizado.

La ausencia de cualquiera de estos requisitos vicia de nulidad el acto.

Artículo 140.—Si la resolución a que se refiere el artículo precedente no aplica la sanción y se limita sólo a determinar la obligación tributaria, se entenderá que la administración tributaria la consideró improcedente.

Artículo 141.—El afectado podrá interponer, en contra de la resolución a que se refiere el artículo 139, los recursos administrativos y jurisdiccionales que este Código consagra.

CAPITULO V

Certificaciones de solvencia

Artículo 142.—Cuando los contribuyentes, responsables o terceros con interés legítimo, deban acreditar el cumplimiento de obligaciones tributarias, solicitarán un certificado a la administración tributaria, la cual deberá expedirlo en un plazo no mayor de tres (3) días.

Si dicha administración no estuviere en condiciones de otorgarlo, dejará constancia documentada de tal hecho dentro del mismo plazo, la que tendrá igual efecto que el certificado.

Artículo 143.—Se presume que los interesados han cumplido sus obligaciones tributarias cuando han observado sus deberes formales, sin perjuicio del derecho de la administración tributaria a verificar la exacta aplicación de las normas dentro del término de prescripción.

En todo caso dicha administración podrá efectuar las fiscalizaciones pertinentes para comprobar la existencia de eventuales infracciones.

Artículo 144.—Los certificados tendrán efecto liberatorio respecto de los contribuyentes y responsables cuando se emitan sobre la base de resoluciones firmes de la administración tributaria, o cuando así surja del propio documento, y frente a terceros en todos los casos, en cuanto a los pagos a que ellos se refieren.

El error o irregularidad en que hubiere incurrido la administración tributaria al emitir estas certificaciones, les hará perder su efecto liberatorio. No obstante, conservarán tal efecto frente a terceros, salvo que se pruebe comisión de fraude.

Artículo 145.—El requisito de la certificación no podrá afectar el libre ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución.

CAPITULO VI

Consultas

Artículo 146.—Quien tuviere un interés personal y directo, podrá consultar a la administración tributaria sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación concreta. A ese efecto, el consultante deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos

de la cuestión que motiva la consulta, y podrá asimismo expresar su opinión fundada.

Artículo 147.—La formulación de la consulta no suspende el transcurso de los plazos, ni exime al consultante del cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Para evacuar la consulta la administración tributaria dispondrá de los plazos que fijan las leyes especiales; en su defecto, el plazo será de treinta (30) días hábiles.

Artículo 148.—No podrá imponerse sanción a los contribuyentes que en la aplicación de la legislación tributaria hubieren adoptado el criterio o la interpretación expresada por la administración tributaria, en consulta evacuada sobre el mismo tipo de asunto.

Tampoco podrá imponerse sanción en aquellos casos en que la administración tributaria no hubiere contestado la consulta que se le haya formulado en el plazo fijado, y el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión fundada que él mismo haya expresado al formular la consulta.

CAPITULO VII

Revisión de Oficio

Artículo 149.—La administración tributaria podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

Artículo 150.—Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó o por el respectivo superior jerárquico.

Artículo 151.—La administración tributaria podrá en cualquier momento, de oficio, o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.

Artículo 152.—La administración tributaria podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos.

CAPITULO VIII

Recurso Jerárquico

Artículo 153.—Los actos de la administración tributaria de efectos

particulares o generales que determinen tributos, apliquen sanciones, o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, podrán ser impugnados por quien tenga interés legítimo mediante la interposición del recurso jerárquico reglado en este Capítulo.

Artículo 154.—El recurso jerárquico debe interponerse mediante escrito en el cual se expresarán las razones de hecho o de derecho en que se funda. El escrito deberá acompañarse del documento donde aparezca el acto recurrido o, en su defecto, éste deberá identificarse suficientemente en el texto de dicho escrito.

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

Artículo 155.—El lapso para interponer el recurso será de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación del acto que se impugna.

Artículo 156.—El recurso jerárquico deberá interponerse por ante la oficina de la cual emanó el acto, o a través de cualquiera de las oficinas administrativas tributarias nacionales. En este último caso, la oficina que reciba el recurso deberá remitirlo de inmediato a la primera. La decisión del recurso jerárquico corresponde al Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda, quien podrá delegarla en Directores bajo su dependencia, salvo lo dispuesto en el artículo 161 de este Código.

Si se trata de tributos no administrados, por el Ministerio de Hacienda, la interposición del recurso se efectuará por ante el respectivo organismo administrativo y su decisión corresponderá a la más alta autoridad jerárquica de dicho organismo.

En el caso de reparos formulados por la Contraloría General de la República, la interposición del recurso jerárquico se efectuará por ante ese organismo, y su decisión corresponderá al Contralor General de la República, quien podrá delegarla en Directores bajo su dependencia.

Artículo 157.—La administración tributaria podrá practicar todas las diligencias de investigación que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos y llevará los resultados al expediente. Dicha administración está obligada también a llevar al expediente los elementos de juicio de que disponga.

Artículo 158.—La administración podrá solicitar del propio contribuyente o de su representante, así como de entidades y de particulares, dentro del lapso que tiene para decidir, las informaciones adicionales.

les que juzgue necesarias, requerir la exhibición de libros y registros y demás documentos relacionados con la materia objeto del recurso y exigir la ampliación o complementación de las pruebas presentadas, si así lo estimare necesario.

Artículo 159.—El lapso para sustanciar y decidir el recurso será de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de su interposición.

Artículo 160.—El recurso deberá decidirse mediante resolución motivada. Vencido el término fijado en el artículo anterior sin que hubiere decisión, el recurso se entenderá denegado.

Artículo 161.—Interpuesto el recurso jerárquico, la oficina de la cual emanó, el acto, si no fuere la máxima autoridad jerárquica, podrá revocarlo o modificarlo de oficio en caso de que compruebe errores en los cálculos u otros errores materiales, dentro de los primeros quince (15) días del lapso que para decidir el recurso señala el artículo 159. La revocación total produce el término del procedimiento. En caso de modificación de oficio, el recurso continuará su tramitación por la parte no modificada.

Artículo 162.—La interposición del recurso suspende la ejecución del acto recurrido. Cuando en el recurso sólo se impugne parcialmente el acto, será exigible el pago de la porción no objetada, en el término de Ley.

Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código.

CAPITULO IX

Recurso de Revisión

Artículo 163.—El recurso de revisión contra los actos administrativos firmes, podrá intentarse ante los funcionarios competentes para conocer el recurso jerárquico, en los siguientes casos:

- 1) Cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente.
- 2) Cuando en la resolución hubieren influido en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos, por sentencia judicial definitivamente firme.
- 3) Cuando la resolución hubiere sido adoptada por cohecho, vio-

lencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial, definitivamente firme.

Artículo 164.—El recurso de revisión sólo procederá dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de la sentencia a que se refieren los numerales 2 y 3 del artículo anterior, o de haberse tenido noticia de la existencia de las pruebas a que se refiere el numeral 1 del mismo artículo.

Artículo 165.—El recurso de revisión será decidido dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su presentación.

CAPITULO X

Repetición de Pago

Artículo 166.—Los contribuyentes o los responsables podrán reclamar la restitución de lo pagado indebidamente por tributos, intereses, sanciones y recargos, siempre que no estén prescritos.

Artículo 167.—La reclamación se interpondrá por ante la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda, o a través de cualquiera de las oficinas administrativas tributarias nacionales, y la decisión corresponderá al Director General de Rentas del Ministerio de Hacienda. La atribución podrá ser delegada en los Directores bajo su dependencia.

Si se trata de tributos no administrados por el Ministerio de Hacienda, la reclamación se efectuará por ante el respectivo organismo administrativo y la decisión corresponderá a la más alta autoridad jerárquica de dicho organismo.

Artículo 168.—Para la procedencia de la reclamación, no es necesario haber pagado bajo protesta.

Artículo 169.—La Dirección General de Rentas o la autoridad a quien corresponda resolver, en su caso, deberá decidir sobre la reclamación dentro de un plazo que no exceda de dos meses, contado a partir de la fecha en que la haya recibido. Si ella no es resuelta en el mencionado plazo, el interesado podrá optar en cualquier momento y a su solo criterio, por esperar la decisión o por considerar que el transcurso del plazo aludido sin haber recibido contestación es equivalente a denegatoria de la misma.

Artículo 170.—Si la decisión es favorable, los créditos reconocidos serán compensados, de oficio o petición de parte, con deudas tributarias ya determinadas, de acuerdo con el artículo 46 de este Código.

Artículo 171.—Vencido el lapso previsto sin que se haya resuelto la reclamación, o cuando la decisión fuere parcial o totalmente desfavorable, el reclamante queda facultado para interponer el recurso contencioso tributario, sujetándose a lo dispuesto en el Capítulo I del Título V de este Código.

El recurso contencioso podrá interponerse en cualquier tiempo siempre que no se haya cumplido la prescripción. La reclamación administrativa interrumpe la prescripción, la cual se mantendrá en suspenso durante el lapso establecido en el artículo 169.

Artículo 172.—Cuando la decisión sea favorable al contribuyente o responsable, en la vía administrativa o en la contenciosa, ella ordenará el reintegro a que haya lugar junto con los intereses devengados por la cantidad pagada indebidamente, calculados de acuerdo con los artículos 60 y 61 de este Código hasta la fecha del reintegro.

Artículo 173.—En todo caso en que se formule reclamación de repetición o reintegro, ya sea a título de incentivos, franquicias, subsidios, o por otras causas, ella se someterá a las normas establecidas en el presente Capítulo.

TITULO V

Procedimientos Contenciosos

CAPITULO I

Del Recurso Contencioso Tributario

Artículo 174.—El recurso contencioso tributario procederá:

1. Contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso.
2. Contra los mismos actos a que se refiere el numeral anterior, cuando habiendo mediado recurso jerárquico, éste hubiere sido denegado tácitamente conforme al artículo 160 de este Código.
3. Contra las resoluciones en las cuales se deniegue total o parcialmente el recurso jerárquico, en los casos de actos de efectos particulares.

Parágrafo Unico: El recurso contencioso tributario podrá también ejercerse subsidiariamente al recurso jerárquico, en el mismo escrito,

para el caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita, de dicho recurso jerárquico.

Artículo 175.—El recurso debe interponerse mediante escrito en el cual se expresarán las razones en que se funda. Al escrito deberá acompañarse el documento donde aparezca el acto recurrido, o en su defecto, éste deberá identificarse suficientemente en el texto de dicho escrito.

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

Artículo 176.—El lapso para interponer el recurso será de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto que se impugna, o del vencimiento del lapso previsto para decidir el recurso jerárquico en caso de denegación tácita de éste, o de la notificación de la resolución que decidió expresamente el mencionado recurso.

Artículo 177.—El recurso podrá interponerse directamente ante el Tribunal competente, o a través de la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda, o de cualquiera otra oficina de la administración tributaria correspondiente al tributo de que se trate, o por intermedio de un juez del domicilio fiscal del recurrente.

Cuando el recurso no hubiere sido interpuesto ante el Tribunal competente, la oficina o juez receptor del recurso deberá remitirlo a aquél dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, junto con el respectivo expediente administrativo en el primer caso. El recurrente podrá solicitar del Tribunal competente que reclame a la oficina o juez receptor el envío del recurso interpuesto.

Artículo 178.—La interposición del recurso suspende la ejecución del acto recurrido. Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código, las cuales podrán decretarse por todo el tiempo que dure el proceso, sin perjuicio de que sean sustituidas conforme el aparte único del artículo 207.

Artículo 179.—Cuando el recurso hubiese sido interpuesto directamente ante el Tribunal competente, el recurrente estará a derecho desde la interposición. En los otros casos el recurrente estará a derecho después de transcurridos veinte (20) días continuos contados a partir de la interposición del recurso, cuando éste hubiere llegado al Tribunal competente dentro de dicho lapso. Si el expediente del recurso llegase al Tribunal después de vencido este lapso, deberá notificarse al recurrente para ponerle a derecho.

Artículo 180.—Cuando el recurso no hubiese sido interpuesto por intermedio de la administración tributaria, el Tribunal notificará a ésta y solicitará el respectivo expediente administrativo.

Artículo 181.—Recibido el recurso, y una vez que la administración tributaria y el recurrente estén a derecho, el Tribunal dentro de las tres (3) audiencias siguientes, lo admitirá o lo declarará inadmisibile, mediante decisión motivada.

Esta decisión será apelable dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. La apelación será oída en ambos efectos y deberá ser decidida en el término de quince (15) días hábiles.

Artículo 182.—Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha del auto de admisión del recurso, o de la devolución del expediente del Tribunal de Alzada que lo admitió, el Tribunal declarará la causa abierta a pruebas con un término de diez (10) audiencias para promoverlas y veinte (20) para evacuarlas, o fijará oportunidad para el inicio de la relación si el recurrente y el representante del fisco solicitaren que se decida la causa como de mero derecho, o con los elementos probatorios que obren en el expediente.

Serán admisibles todos los medios de pruebas con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos, cuando ella implique prueba confesional de la administración.

Artículo 183.—Si la evacuación de alguna de las pruebas promovidas debe realizarse fuera de la sede del Tribunal, se concederá además un término de distancia a razón de un día por cada 200 kilómetros o fracción.

Si la prueba ha de evacuarse fuera del territorio nacional, el término de distancia no podrá exceder de cuatro (4) meses.

Artículo 184.—En la primera audiencia siguiente a la del vencimiento del lapso probatorio, o a la del auto que hubiere decidido que se trata de una causa de mero derecho, se iniciará la relación, la cual no excederá de quince (15) audiencias, y se fijará una de las cinco últimas para que tenga lugar el acto de informes.

Artículo 185.—Terminada la relación y antes de dictar sentencia, el Tribunal podrá, si lo juzga procedente, ordenar, de oficio la evacuación de las pruebas promovidas que no hubieren sido evacuadas en la oportunidad correspondiente y de otras que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

En el auto para mejor proveer se indicará el término para su cumplimiento. Cumplido el acto o vencido el término, se procederá a dictar sentencia dentro del lapso señalado en el artículo siguiente.

Artículo 186.—La sentencia deberá dictarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a aquel en que concluyó la relación de la causa o se haya cumplido el auto para mejor proveer o haya transcurrido el término para su cumplimiento.

Artículo 187.—De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Primera Instancia, o de las interlocutorias que causen gravamen irreparable por la definitiva, podrá apelarse dentro del término de diez (10) días hábiles contados a partir de la publicación de la sentencia.

Cuando se trate de determinación de tributos o de aplicación de sanciones pecuniarias, este recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de veinte mil bolívares (Bs. 20.000,00).

Artículo 188.—Interpuesta la apelación por ante el mismo Tribunal que dictó la decisión, éste la admitirá o negará en la audiencia siguiente al vencimiento del plazo para apelar, y en su caso, remitirá los autos al Tribunal de Alzada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

Artículo 189.—El procedimiento para la apelación será el establecido en los artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

CAPITULO II

Juicio Ejecutivo

Artículo 190.—Cuando los créditos a favor del Fisco Nacional por concepto de tributos, sanciones, intereses o recargos, no hayan sido pagados al ser determinados y exigibles, se demandarán judicialmente siguiéndose el procedimiento previsto en este Capítulo.

A tal efecto, constituirán título ejecutivo los documentos que evidencien los créditos antes mencionados, los cuales al ser presentados en juicio aparejan embargo de bienes.

Artículo 191.—Para que los documentos a que se refiere el artículo anterior constituyan título ejecutivo, deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Expresión del lugar, fecha de la emisión y plazo o fecha para el pago.
2. Identificación del deudor y su domicilio tributario.
3. Indicación precisa del concepto y monto del crédito con especificación, en su caso, del tributo y ejercicio fiscal que corresponda, tasa y período del interés.

4. Expresión del nombre y firma del funcionario que emitió el documento.

Artículo 192.—El procedimiento se iniciará mediante escrito en el cual se expresará la identificación del representante del Fisco, la identificación del demandado, el carácter con que se le demanda, el objeto de la demanda y las razones en que ésta se funda.

Con el escrito de demanda se presentará documento que reúna los requisitos del artículo anterior.

Artículo 193.—En la misma demanda podrá el representante del Fisco solicitar, y el Tribunal así lo acordará, el embargo de bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exceda del doble del monto de la ejecución, más una cantidad suficiente estimada prudencialmente por el Tribunal para responder del pago de intereses y costas.

En caso de que los bienes del deudor sean de tal naturaleza que no pudieren hacerse dichas evaluaciones, se embargará cualquiera de ellos, aun cuando su valor exceda de la cantidad de que trata este artículo.

Si el embargo se realiza sobre dinero efectivo, se limitará al monto de la demanda más la estimación de intereses y costas.

A falta de bienes, se procederá al embargo de sueldos o pensiones de que disfrute el deudor dentro de los límites permitidos por la Ley.

Artículo 194.—Ordenando el embargo, el Juez designará como depositario de los bienes al Fisco Nacional, cuando el representante de éste lo solicitare.

Artículo 195.—Cuando un tercero pretenda ser preferido al demandante, o que son suyos los bienes embargados, propondrá demanda ante el Juez de la causa en primera instancia, de la cual se pasará copia a las partes y la controversia se sustanciará según su naturaleza y cuantía, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil en materia de Tercería.

Artículo 196.—En la misma audiencia de admisión de la demanda, se acordará la intimación del deudor para que pague o compruebe haber pagado, apercibido de ejecución, en el lapso de cinco (5) audiencias contadas a partir de su intimación.

Artículo 197.—El deudor puede proponer sus excepciones en el mismo lapso concedido para pagar o comprobar haber pagado. El juicio sobre las excepciones seguirá por los trámites del ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil, sin impedir ni suspender el remate de los bienes embargados.

Artículo 198.—Si en la sexta audiencia después de la intimación, el deudor no hubiere acreditado el pago, se ordenará el remate de los bienes embargados, el cual se seguirá por las reglas del Código de Procedimiento Civil, salvo las normas especiales que se señalan a continuación.

Artículo 199.—El Tribunal procederá a nombrar un solo perito avaluador a objeto de que efectúe el justiprecio de los bienes embargados, quien deberá presentar sus conclusiones por escrito en un plazo que fijará el Tribunal y que no será mayor de quince (15) días contados a partir de la fecha de su aceptación.

Cualquiera de las partes puede impugnar el avalúo, en cuyo caso se procederá a la designación de peritos conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 200.—Consignados los resultados del avalúo, se procederá dentro de los diez (10) días siguientes, a la publicación de un solo cartel de anuncio de remate en uno de los diarios de mayor circulación en la ciudad sede del Tribunal.

Dicho cartel deberá contener:

1. Identificación del ejecutante y del ejecutado.
2. Naturaleza e identificación de los bienes objeto del remate.
3. Certificación de gravámenes, cuando se trate de bienes inmuebles.
4. El justiprecio de los bienes.
5. Base mínima para la aceptación de posturas, la cual no podrá ser inferior a la mitad del justiprecio tratándose de bienes inmuebles.
6. Lugar, día y hora en que haya de practicarse el remate.

Copia de dicho cartel deberá fijarse a las puertas del Tribunal.

Artículo 201.—Cumplidas las formalidades establecidas anteriormente, se procederá en el día, lugar y hora señalados, a la venta de los bienes en pública subasta, por el Juez u otro funcionario judicial competente.

Artículo 202.—Si no quedase cubierto el crédito fiscal y sus accesorios, el representante del Fisco podrá pedir al Tribunal que decrete los embargos complementarios hasta cubrir la totalidad de los mismos.

Artículo 203.—En cualquier estado del juicio en que el demandado presente instrumento público que excluya la acción, se suspenderá la ejecución respecto de los bienes que no se hayan rematado.

CAPITULO III

Medidas Cautelares

Artículo 204.—Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos, intereses o recargos, ya determinados, no exigibles por causa de plazo pendiente por haberse interpuesto algún recurso, la administración tributaria podrá pedir al Tribunal competente para conocer del recurso contencioso tributario que decrete medidas cautelares suficientes, las cuales podrán ser:

1. Embargo preventivo de bienes muebles.
2. Secuestro o retención de bienes muebles.
3. Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Las medidas procederán también en los casos de multas, cuando éstas hubieren sido confirmadas mediante resolución dictada en el recurso jerárquico o en la sentencia de primera instancia del recurso contencioso tributario.

Artículo 205.—El Tribunal, con vista al documento del que conste la existencia del crédito, acordará la medida o medidas solicitadas que creyere pertinentes, graduadas en proporción al riesgo, cuantía y demás circunstancias del caso.

El riesgo deberá ser fundamentado por la administración tributaria y justificado sumariamente ante el Tribunal.

Artículo 206.—El Juez decretará la medida el mismo día, o a más tardar el día hábil siguiente, sin conocimiento del deudor. En el mismo acto se fijará el plazo de duración de la medida que no podrá exceder de noventa (90) días continuos prorrogables por un término igual, a solicitud de la administración tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 178.

Artículo 207.—Para decretar las medidas cautelares no se exigirá caución. No obstante, el Fisco será responsable de sus resultados.

Las medidas decretadas podrán ser sustituidas, a solicitud del interesado, por garantías que a juicio del Tribunal sean suficientes.

CAPITULO IV

Acción de Amparo

Artículo 208.—Procederá la acción de amparo cuando la administración tributaria incurra en demoras excesivas en resolver sobre peticio-

nes de los interesados y ellas causen perjuicio no reparables por los medios procesales establecidos en este Código o en leyes especiales.

Artículo 209.—La acción podrá ser interpuesta por cualquier persona afectada, mediante escrito presentado ante el Tribunal competente.

La demanda especificará las gestiones realizadas y el perjuicio que ocasiona la demora. Con ella se presentará copia de los escritos mediante los cuales se ha urgido el trámite.

Artículo 210.—Si la acción apareciere razonablemente fundada, el Tribunal requerirá informes sobre la causa de la demora y fijará un término breve y perentorio para la respuesta. Vencido el plazo, el Tribunal dictará la resolución que corresponda en amparo del derecho lesionado, dentro de los cinco (5) días hábiles. En ella fijará un término a la administración tributaria para que realice el trámite o diligencia, o dispensará del mismo al actor, previo afianzamiento del interés fiscal comprometido.

De la decisión dictada no se oirá apelación.

CAPITULO V

Disposiciones Generales

Artículo 211.—Declarado totalmente sin lugar el recurso, la acción, o en su caso las excepciones en el juicio de cobro, o cuando estas últimas no hubiesen sido opuestas y hubiese vencido el lapso para que el deudor acreditare el pago, procederá en la respectiva sentencia la condenatoria en costas del contribuyente o responsable, las cuales no excederán del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso o acción o de la demanda, según corresponda.

Cuando, a su vez, el sujeto activo del respectivo tributo resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente firme, será condenado en costas en los términos previstos en este artículo.

Cuando el asunto no tenga una cuantía determinada, el Tribunal fijará prudencialmente las costas.

El Tribunal podrá eximir del pago de las costas, cuando a su juicio la parte perdedora haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de ello en la sentencia.

Los intereses son independientes de las costas, pero ellos no correrán por el tiempo durante el cual esté paralizado el juicio.

Artículo 212.—En los procedimientos judiciales consagrados en este Título, el Fisco podrá desistir de cualquier acción o recurso, o convenir en ellos, previa la instrucción del Ejecutivo Nacional.

Artículo 213.—Son competentes para conocer en Primera Instancia de los procedimientos establecidos en este Código los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, los cuales los sustanciarán y decidirán con arreglo a las normas de este Código, inclusive los que en materia tributaria se originen en reparos de la Contraloría General de la República.

De las decisiones dictadas por dichos Tribunales podrá apelarse dentro de los términos previstos en este Código, para ante la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo Primero: Se exceptúan de esta disposición los procedimientos relativos a infracciones sancionadas con penas privativas de la libertad, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción penal ordinaria.

Parágrafo Segundo: El conocimiento del juicio ejecutivo previsto en el Capítulo II de este Título, podrá ser atribuido a la jurisdicción civil ordinaria.

Artículo 214.—Los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario serán unipersonales y cada uno de ellos tendrá competencia en los procedimientos relativos a todos los tributos regidos por este Código.

La creación de estos Tribunales, la fijación de su circunscripción y la designación de los respectivos Jueces titulares, suplentes y demás funcionarios y empleados, y en general todo lo relativo a su organización y funcionamiento, se regirá por las pertinentes disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Carrera Judicial.

Artículo 215.—Será competente para la ejecución de las sentencias definitivas dictadas en el recurso contencioso tributario, el Tribunal al que hubiere correspondido el conocimiento de dicho recurso en Primera Instancia.

Artículo 216.—En lo no previsto en este Título, y en cuanto sea aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

TITULO VI

Disposiciones Transitorias y Finales

CAPITULO I

Disposiciones Transitorias

Artículo 217.—Mientras se crean los Tribunales Superiores de lo

Contencioso Tributario, conocerán en Primera Instancia de los procedimientos previstos en este Código, respecto a todos los tributos que por él se rigen y conforme a las normas procesales que él establece, los Tribunales de Impuesto sobre la Renta.

A medida que se creen y organicen los Tribunales Superiores de lo contencioso tributario, se dictarán las disposiciones necesarias para transferirles los asuntos que se encuentren a cargo de los Tribunales del Impuesto sobre la Renta.

Parágrafo Único: Se exceptúan de esta disposición los juicios ejecutivos previstos en el Capítulo II del Título V de este Código, de los cuales conocerán los Tribunales de la jurisdicción civil ordinaria mientras se creen los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, y salvo lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 213 de este Código.

Artículo 218.—Las prescripciones que hubiesen comenzado a correr antes de la vigencia de este Código se regirán por las leyes bajo cuyo imperio se iniciaron, pero si desde que éste estuviere en vigor, transcurriere todo el tiempo en él requerido para las prescripciones, surtirán éstas su efecto aunque por dichas Leyes se requiera mayor lapso.

Las interrupciones de tales prescripciones, que se produzcan a partir de la vigencia de este Código, surtirán efecto de acuerdo con las normas que en él se establecen.

Artículo 219.—Los plazos para ejercer las acciones o recursos que estuvieren corriendo a la fecha de entrada en vigencia del presente Código, se reiniciarán por todo el tiempo que este último fije para interponer las acciones o recursos que correspondan.

Artículo 220.—Los recursos administrativos que estuvieren pendientes de resolución en la administración tributaria a la fecha de entrada en vigencia del presente Código, se sujetarán a los procedimientos y plazos que para el recurso jerárquico se establecen en el Título IV, Capítulo VIII del mismo. Dichos plazos comenzarán a correr con la vigencia del Código y mientras transcurren se podrán completar las exigencias y requisitos que establecen los artículos 153 y 154.

Artículo 221.—Los recursos y juicios sobre materia tributaria regida por este Código, que estuvieren pendientes ante los Tribunales a la fecha de su vigencia, pasarán a los Tribunales de Impuesto sobre la Renta en el estado en que se encuentren, o continuarán en estos Tribunales los que estén cursando en ellos, y en ambos casos seguirán su curso conforme a los procedimientos establecidos en este Código.

Los lapsos procesales relativos a estos asuntos, que estuvieren en curso para aquella fecha conforme al procedimiento que les era aplicable, se reiniciarán en los Tribunales de Impuesto sobre la Renta, conforme a las disposiciones de este Código.

Para la reanudación del procedimiento, cuando éste se encontrare paralizado, será necesario practicar las correspondientes notificaciones.

Parágrafo Primero: Los juicios ejecutivos en proceso se seguirán hasta su culminación en la jurisdicción ordinaria, por el procedimiento establecido en este Código, aplicándose lo dispuesto en los apartes primero y segundo de este artículo.

Parágrafo Segundo: Las garantías constituidas conforme a los artículos 133 y 136 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, en los recursos interpuestos antes de la fecha de vigencia de este Código conforme al artículo 131 de dicha ley, permanecerán en vigor hasta la culminación del proceso en la respectiva instancia, y si fuere el caso, hasta el pago de las obligaciones que resulten de la sentencia en ella dictada.

Parágrafo Cuarto: En los recursos a que se refieren los párrafos anteriores, serán aplicables las disposiciones contenidas en los párrafos primero y segundo del artículo 133 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y en el artículo 137 de la misma Ley.

CAPITULO II

Disposiciones Finales

Artículo 222.—No son aplicables a la materia tributaria regida por las disposiciones del presente Código, los siguientes artículos de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional: 4, 5, 7, 10, 18, 45, 46, 49, 55, 56, 58, 69, 78, Título X (artículos 272 a 303), Título XI (artículos 304 a 316), y Título XII (artículos 317 a 426), y cualesquiera otras disposiciones de naturaleza tributaria contenidas en dicha Ley.

Artículo 223.—Quedan derogadas todas las disposiciones de otras leyes sobre las materias que regula el presente Código, las cuales estarán regidas únicamente por sus normas y por las leyes a las que el Código remite. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 224.—El presente Código entrará en vigor ciento ochenta (180) días después de su promulgación.

Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los veintidós días del mes de junio de mil novecientos ochenta y dos. — Año 172º de la Independencia y 123º de la Federación.

El Presidente,

GODOFREDO GONZALEZ

El Vicepresidente,

ARMANDO SANCHEZ BUENO

Los Secretarios,

José Rafael García

Héctor Carpio Castillo

En el Palacio de Miraflores, Caracas, al primer día del mes de julio de mil novecientos ochenta y dos. — Año 172º de la Independencia y 123º de la Federación.

Cúmplase,

Luis Herrera Campíns

¿ESTA VIGENTE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE 23 DE JUNIO DE 1978?

LEOPOLDO A. BORJAS H.

I

En la *Gaceta Oficial* de la República, N° 2.894, Extraordinaria de 23 de diciembre de 1981, se dio a la publicidad una ley denominada "Ley de Reforma parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta", la cual había sido sancionada por el Congreso a los catorce días del mes de diciembre de 1981 y promulgada por el Presidente de la República el mismo día de su publicación en la *Gaceta Oficial*.

La ley consta de seis artículos. El artículo 1° dice agregar un Párrafo Unico al artículo 44. El artículo 2° declara reformar el artículo 65. El artículo 3° habla de reformar el artículo 80. El artículo 4° señala que se añade un nuevo artículo que deberá llevar el número 168. El artículo 5° dispone: "...La presente Ley comenzará a regir el 1° de enero de 1982 y se aplicarán (*sic*) a los ejercicios en curso para la fecha de su vigencia...". Y el artículo 6° ordena: "...Se deroga la Ley de Impuesto sobre la Renta de fecha 17 de mayo de 1978 y todas las disposiciones que colidan con las de la presente Ley; corríjase la numeración de la Ley de Impuesto sobre la Renta e imprímase íntegramente con las reformas que se le han hecho y en el correspondiente texto único sustitúyanse por las de la presente las firmas, fechas y demás citas de sanción y promulgación de la Ley reformada...".

La Ley de Impuesto sobre la Renta que se declara reformada había sido sancionada por el Congreso a los 17 días del mes de mayo de 1978, ordenada ejecutar por el Presidente de la República a los 23 días del mes de junio del mismo año y publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 2.277, Extraordinario de la misma fecha de su ejecución.

El artículo 6°, antes transcrito, ¿ha producido una verdadera y propia novación legislativa? En otras palabras: ¿la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de junio de 1978, quedó derogada por la Ley de

Impuesto sobre la Renta de 23 de diciembre de 1981? O, como nos preguntamos en el título de este estudio: ¿Está vigente la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de junio de 1978?¹

II

La ley, como norma de conducta impuesta a todos los ciudadanos por los órganos del Estado que tienen tal potestad de acuerdo con las disposiciones de la Constitución, es el resultado de una actividad humana que, así como tiene un principio, tiene también un fin.

En esta actividad humana de formación de la ley, podemos destacar dos fases: la de su sanción, por acto de ambas cámaras, la del Senado y la de Diputados, como cuerpos colegisladores; y, la de su promulgación, por acto del Presidente de la República.

Todo proyecto de ley puede ser presentado en cualesquiera de las Cámaras, salvo los que por disposición especial de la Constitución hayan de iniciarse necesariamente bien en el Senado, como es el caso de los proyectos de leyes relativos a tratados y convenios internacionales, o bien en la Cámara de Diputados, como es el caso de los proyectos de ley concernientes al régimen tributario (artículos 150, n. 1; 153; n. 1; y 157 de la Constitución).

La iniciativa de las leyes, corresponde:

- 1) A la comisión delegada del Congreso a las comisiones permanentes de cualesquiera de las Cámaras;
- 2) Al Ejecutivo Nacional;
- 3) A los senadores o diputados en número no menor de tres;
- 4) A la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales; y
- 5) A un número no menor de veinte mil electores, identificados de acuerdo con la ley (artículo 165 de la Constitución).

Una vez recibido por la cámara correspondiente, todo proyecto de ley debe admitir no menos de dos discusiones en ambas cámaras, en días diferentes y en cámara plena, de acuerdo con las reglas establecidas en la propia Constitución y en los reglamentos respectivos (artículo 166 de la Constitución).

1. Identificamos la fecha de las leyes con las de su publicación, en la *Gaceta Oficial*, la cual completa la fase de su promulgación, aunque la Ley de publicaciones oficiales ordena que cuando haya de citarse una ley, ésta se mencionará con la fecha de su ejecutarse (Art. 3º)

Una vez que el proyecto ha sido aprobado por la cámara donde se inició su discusión, ésta deberá pasarlo a la otra. Si ésta lo aprueba sin modificaciones, quedará sancionada la ley; pero si lo aprueba con modificaciones deberá devolverlo a la cámara de origen. Si ésta acepta las modificaciones, la ley queda sancionada; en caso contrario las cámaras deberán, en sesión conjunta, decidir por mayoría de votos lo que fuese procedente respecto de aquellas partes en las cuales hubiere la discrepancia y de aquéllas que tuvieron conexión diferente con éstos, pudiendo acordarse una redacción diferente de la adoptadas en una u otra cámara. Resueltas las discrepancias, la Presidencia declarará sancionada la ley (artículo 167 de la Constitución).

En caso de que se declare previamente la urgencia de la ley por las dos terceras partes de los miembros de la cámara que deba discutirla en segundo lugar, el proyecto de ley aprobado por la cámara de origen podrá serlo por la otra en una sola discusión (artículo 168 de la Constitución).

Una vez que la ley ha sido sancionada, debe ser enviada al Presidente de la República para su promulgación (artículo 172 de la Constitución), es decir, para que éste ordene su ejecución, con el correspondiente "cúmplase", y su posterior publicación en la *Gaceta Oficial* de la República (artículo 14 de la Constitución).

La ley, una vez sancionada, se extiende por duplicado, con la redacción final que haya resultado de las discusiones. Ambos ejemplares deben ser firmados por el Presidente, el Vicepresidente y los secretarios del Congreso, debiendo llevar la fecha de su aprobación definitiva. Uno de los dos ejemplares se envía por el Presidente del Congreso al Presidente de la República para su promulgación (artículo 172 de la Constitución).

Recibido el ejemplar correspondiente, el Presidente de la República debe proceder a la promulgación de la ley dentro de los diez (10) días siguientes a aquel en que la haya recibido, pero dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo de Ministros, pedir al Congreso su reconsideración, mediante exposición razonada, a fin de que se modifiquen algunas de sus disposiciones o de que se levante la sanción a parte de la ley o a toda ella.

Restituida la ley al Presidente del Congreso, se convocará a las cámaras a sesión conjunta, las cuales decidirán acerca de los puntos planteados por el Presidente de la República, pudiendo dar a las disposiciones objetadas y a las que tengan conexión con ellas una nueva redacción.

Cuando la decisión se hubiere tomado por simple mayoría, el de los presentes, el Presidente de la República procederá a la promulga-

ción de la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

Cuando la decisión se hubiere tomado por simple mayoría, el Presidente de la República podrá optar entre promulgar la ley o devolverla al Congreso dentro del mismo plazo de cinco días para una nueva y última reconsideración. La decisión de las Cámaras en sesión conjunta será definitiva, aun cuando sea tomada por simple mayoría, y la promulgación de la ley deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes a su recibo.

En todo caso, si la objeción del Presidente de la República se hubiere fundado en razones de inconstitucionalidad, el Presidente de la República podrá, dentro del término fijado para promulgar la ley, ocurrir a la Corte Suprema de Justicia, solicitando su decisión acerca de la inconstitucionalidad alegada. La Corte Suprema decidirá en el término de diez días, contados desde el recibo de la comunicación del Presidente de la República. Si la Corte negare la inconstitucionalidad invocada, o no decidiere dentro del término antes señalado, el Presidente de la República deberá promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión de la Corte o al vencimiento de dicho término (artículo 174 de la Constitución).

La ley quedará promulgada una vez que el Presidente de la República ha ordenado su ejecución, con el correspondiente "cúmplase", y su posterior publicación en la *Gaceta Oficial* de la República (artículo 174 de la Constitución).

Cuando el Presidente de la República no promulgare la ley, como está obligado, en los términos señalados, el Presidente y Vicepresidente del Congreso procederán a su promulgación, sin perjuicio de la responsabilidad del Presidente por su falta. En este caso la publicación de la ley podrá hacerse en la *Gaceta Oficial* de la República o en la *Gaceta* del Congreso (artículo 175 de la Constitución).

La ley tiene principio, o lo que es lo mismo, se hace obligatoria para todos, desde la fecha que ella misma señala; o, en su defecto, desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República o, en los casos permitidos, en la *Gaceta* del Congreso (artículo 175 de la Constitución, artículo 2º de la Ley de Publicaciones Oficiales; y artículo 1º del Código Civil), sin que pueda tener efecto retroactivo (artículo 44 de la Constitución y artículo 3º del Código Civil); y, una vez que ha entrado en vigor, nadie puede excusarse de su cumplimiento, independientemente de su conocimiento, *ignorantia legis non excusat* (artículo 2º del Código Civil).

La ley tiene fin cuando es derogada expresamente por otra ley (Art. 177 de la Constitución y Art. 7º del Código Civil); o cuando es declarada nula por colidir con la Constitución (Art. 215, n. 1 de la Constitución); o cuando es abrogada tácitamente, bien porque es incompatible con nuevas normas contenidas en una ley posterior, o bien porque las leyes posteriores regulan enteramente la materia regulada en la ley anterior (Art. 177 de la Constitución y Art. 2º del Código Civil); o por causas intrínsecas, como es el caso de que la propia ley establezca su término de duración o cuando fue dictada en consideración de eventuales circunstancias o por el solo término de duración de éstas (ley sujeta a un término o a condición); o cuando sobreviene una imposibilidad que la haga inejecutable (Sentencia de la Corte de Casación, citada en la Constitución de la República de Venezuela anotada y concordada por Mariano Arcaya, *El Cojo*, Caracas, 1971, Tomo II, pp. 411 y 412: "...Las leyes pueden ser derogadas virtualmente, o sea, sin necesidad de que se le dé a la derogación la forma que ordinariamente exigen las leyes, vale decir, la de copiar íntegramente la ley derogada con las supresiones o aumentos respectivos, y sin necesidad, igualmente, de que la derogatoria deba hacerse por leyes de igual índole o materia. Existe la derogación implícita, por actos legislativos de igual índole o materia, por actos legales o constitucionales que se limitan a prever la incompatibilidad o inutilidad de otros anteriores, los cuales quedan así anulados *ipso facto*..."; sentencia de la Corte Federal, citada en la misma obra y volumen, p. 412: "...Todas las leyes, bien que emanadas del mismo poder, no tienen el mismo carácter, y consiguientemente no pueden tener tampoco la misma extensión en su aplicación. Sin embargo, su observancia es imprescindible, y sólo puede nacer la duda racional cuando se ofrezcan dos disposiciones contradictorias entre sí. Para este caso, no raro por cierto en la legislación de todos los países, debe seguirse el principio adoptado por el Derecho Romano y consagrado por el respeto de las edades posteriores. La fuerza obligatoria de la ley reside en la que sea más reciente, y es esta la ley que debe observarse... la última ha derogado la primera, aunque tal acto de derogación no esté expreso, consistiendo virtualmente en la incompatibilidad de los preceptos. Absurdo fuera que, en la competencia de dos leyes, presentando el caso de ser imposible satisfacer al mismo tiempo a las dos, se estuviere por las más antigua..."; y sentencia del Tribunal Superior de Hacienda, citada en la misma obra y volumen, p. 411: "...Aunque la abolición es la causa más frecuente e importante de la cesación de eficacia de las leyes, no es la única.

Existen las llamadas causas intrínsecas de cesación, como el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de una ley, que aparezca en ella determinado o resulte de su propio objeto, el cumplimiento del fin de la ley o la imposibilidad de un hecho que era su presupuesto necesario...".

Como hemos visto antes (I), las dos leyes de Impuesto sobre la Renta, objeto de este estudio, fueron publicadas y entraron en vigencia en fechas distintas: la primera, fue publicada el 23 de junio de 1978 y entró en vigencia el 1º de julio de 1978; y, la segunda, fue publicada el 23 de diciembre de 1981 y entró en vigencia el 1º de enero de 1982.

La Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de diciembre de 1981, dice derogar expresamente a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de junio de 1978.

No obstante, muy serias y reputadas opiniones se han emitido para sostener que, pese a esa declaración de derogatoria expresa, la ley vigente es la de 23 de junio de 1978 y no la de 23 de diciembre de 1981. Se fundamenta este criterio en el hecho de que la Ley de 1981 es denominada "Ley de reforma parcial de la ley" y que por ello no se promulga un nuevo texto legal sino que se modifica o añaden algunos artículos al texto legal anterior. Se dice que no es admisible que una ley sea a la vez derogada y reformada, pues o se la deroga y deja de tener efecto totalmente, o se la reforma y mantiene su vigencia en todo lo no modificado. Tal sería lo dispuesto en el artículo 177 de la Constitución, el cual solo preveería la derogación o la modificación como alternativas excluyentes pero no ambas a la vez.

III

El artículo 177 de la Constitución, en general, y el artículo 5º de la Ley de Publicaciones Oficiales publicada en la *Gaceta Oficial*, Nº 20.546 de 22 de julio de 1941, en particular, ordenan que la ley que sufra una reforma parcial (como la anunciada en la ley que nos ocupa), deberá publicarse íntegramente con las modificaciones que hubiere sufrido, las cuales se insertarán en su texto suprimiendo los artículos reformados de manera de conservar su unidad; y que esa publicación deberá estar precedida por la de la ley que hace la reforma.

Ese fue el procedimiento que siguió el legislador cuando se reformó por última vez (y citamos sólo un caso, como ejemplo, porque siempre antes fue así) la Ley de Impuesto sobre la Renta publicada en la *Gaceta Oficial*, Nº 1.969, Extraordinario de 23 de diciembre de 1966.

En efecto, como aparece de la publicación oficial, el texto de la Ley de reforma publicada en la *Gaceta Oficial*, Nº 1.895, Extraordinario

de 20 de agosto de 1976, precede al texto de la Ley reformada, la cual se publica íntegramente con las modificaciones sufridas, las cuales se insertan en su texto suprimiendo los artículos reformados, conservando así su unidad.

Y para evitar dudas de que se trata realmente de una Ley de reforma, en el artículo 4º de la propia Ley de reforma, cuyo texto se agrega a la Ley reformada, se expresa lo siguiente: "...Artículo 4º —Se agrega un nuevo artículo bajo el número 162, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 162. Las modificaciones establecidas a la presente Reforma Parcial empezarán a regir dos (2) días después de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela...".

Y el artículo 5º, dispone: "...Imprímase en un solo texto la Ley de Impuesto sobre la Renta con las reformas aquí sancionadas y en el correspondiente texto único sustitúyanse las firmas, fecha y demás datos de sanción y promulgación de la Ley reformada...".

Ambos artículos dan a pensar que en tal supuesto la impresión en un sólo texto de la Ley de Impuesto sobre la Renta, con las reformas sancionadas, constituyó una verdadera y simple republicación del texto de aquellos artículos no reformados y la publicación *ex novo* de aquellos otros artículos sí reformados.

No sucede igual con la denominada "Ley de reforma parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta", publicada en la *Gaceta Oficial*, Nº 2.894, Extraordinario de 23 de diciembre de 1981.

En efecto, el artículo 5º, primer aparte, de dicha Ley, establece:

"...La presente Ley comenzará a regir el 1º de enero de 1982 y se aplicarán (*sic*) a los ejercicios en curso para la fecha de su vigencia..."; y no como dice la Ley de Reforma de 16 de diciembre de 1966: "...Las modificaciones establecidas en la presente Ley de Reforma Parcial empezarán a regir dos (2) días después de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial*...".

Y el artículo 6º, ordena: "...Se deroga la Ley de Impuesto sobre la Renta de fecha 17 de mayo de 1978 y todas las disposiciones que colidan con la de la presente Ley, corríjase la numeración de la Ley de Impuesto sobre la Renta e imprímase íntegramente con las reformas que se le han hecho y el correspondiente texto único, sustitúyanse por la de la presente las firmas, fechas y demás citas de sanción y promulgación de la Ley reformada...".

En el texto único que sigue a la llamada Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta se copian, en cuanto había lugar,

el texto de los dos citados artículos 5º y 6º en substitución del artículo 168, el cual, en virtud de haberse agregado un nuevo artículo que lleva el número 168 y de haberse corrido en consecuencia, la numeración, les correspondió los números 169 y 170, respectivamente.

El texto sustituido es el siguiente: "...artículo 168. La presente Ley empezará a regir el 1º de julio de 1978 y se aplicará a los ejercicios en curso para la fecha de su vigencia. Las normas contenidas en el artículo 92 se empezarán a aplicar el día 1º de enero de 1970. En consecuencia, se deroga la Ley de Impuesto sobre la Renta de fecha 16 de diciembre de 1966, sus reformas parciales y todas las disposiciones que colidan con esta Ley...".

Ambos artículos nos llevan a reflexionar, esta vez, en sentido contrario, es decir, en que la impresión en un solo texto de la Ley de Impuesto sobre la Renta, conjuntamente con las reformas sancionadas, constituye una auténtica novación legislativa y no una simple republicación del texto no reformado con anexo del texto de los artículos reformados.

IV

La referencia que se hace al "texto único", tanto en la "Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta" de 20 de agosto de 1976 (artículo 5º), como en la "Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta" de 23 de diciembre de 1981 (artículo 6º), nos obligan a indagar sobre el significado de tal expresión.

Desde ahora, debemos advertir, no obstante, sobre la distinta redacción usada por el legislador en las dos normas citadas, en donde en la primera se dice: "...Imprímase en un solo texto la Ley de Impuesto sobre la Renta con las reformas aquí sancionadas y en el correspondiente texto único..."; y, donde en la segunda se expresa: "...corríjase la numeración de la Ley de Impuesto sobre la Renta e imprímase íntegramente con las reformas que se han hecho y en el correspondiente texto único...", porque la redacción diferente nos llevará a conclusiones también diferentes.

Por texto único podemos entender el texto de ley que unifica y sustituye una pluralidad de textos legales que disciplinan una determinada materia,² El texto único, al contrario de lo que sucede con una simple reforma parcial de una ley preexistente, en la cual la publicación del nuevo texto tiene por finalidad la conservación de la unidad de la ley reformada, tiene como propósito agregar nuevas disposiciones o

2. Spósito, Carlo: *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, 1940, Vol. XII, p. 2º, *Voz: Testi unici*, p. 181 y ss.

modificar las existentes, aunque sea para la conservación de la unidad de las leyes que se pretenden unificar; pero no constituye nunca una pura y simple reunión de textos vigentes, sino la sustitución de una nueva ley a leyes preexistentes.

Es doctrina pacíficamente aceptada que la calificación del texto único sólo puede ser asumida por un texto de ley que discipline una determinada materia, la cual haya estado regulada previamente en una pluralidad de textos legales.³

La pluralidad puede ser originaria o sobrevenida por el hecho de que un texto legislativo haya sido parcialmente derogado, modificado o completado por leyes posteriores. En caso de derogación expresa no debe excluirse la posibilidad de la emisión del texto único, porque en tal supuesto existirá una pluralidad de textos legales: el derogado y el derogante.⁴

Entre el texto único y las leyes anteriores existiría no solo ese nexo cronológico, sino también un nexo más íntimo, como sería la identidad no solo de materia sino de contenido. El texto único es siempre y fundamentalmente el conjunto de las leyes preexistentes que disciplina la materia en el momento de su emisión, aun cuando contenga normas que modifican las disposiciones, existentes, porque en tal caso, el texto único es el medio para conseguir ese, su propósito fundamental, con otro propósito, como sería el de armonización de determinada legislación.⁵

El texto único comporta la sustitución de la pluralidad de textos, por lo que resultaría contradictorio sostener la subsistencia de la pluralidad de textos, aun después de la promulgación del texto único.

Bien que sea el Presidente de la República por delegación (Art. 190, n. 8 de la Constitución), quien dicte el texto único, bien que sea el Congreso, quien lo promulgue, como ha sido sostenido,⁶ siempre hay una verdadera y propia novación legislativa. Por lo tanto, cuando no hay delegación de potestad legislativa, no existe novación sino una simple republicación de leyes vigentes, por lo que la vieja dicción usada por el legislador debe prevalecer. Sandulli,⁷ distingue, en efecto, dos textos únicos.

Unos, dictados generalmente sin una delegación de poderes, los cuales se limitan a recoger, en forma oficial, las disposiciones normati-

3. Spósito, Carlo: *ob. cit.*, p. 181.

4. Spósito, Carlo: *ob. cit.*, p. 181 en nota (3).

5. Spósito, Carlo: *ob. cit.*, p. 181.

6. Virga, Pietro: *Diritto Costituzionale*, Mori, Palermo, 1952, p. 271.

7. Sandulli, Aldo M.: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, 1969, p. 5.

vas vigentes, sin poseer ningún carácter innovativo o alguna fuerza vinculante. Estos textos únicos serían meras fuentes de conocimiento.

Otros, los cuales comportarían una verdadera y propia novación de las disposiciones legales preexistentes, aun cuando no modifiquen su contenido, presupone que la autoridad que lo discute tenga facultad, por su propia competencia o porque se la haya delegado. Estos textos únicos serían verdaderas fuentes de producción por lo que con su innovación la fuente normativa queda novada.

D'Alessio,⁸ por el contrario, sólo reconoce un tipo de texto único: aquel emitido por el Ejecutivo por delegación del poder legislativo. Este autor niega que el Ejecutivo pueda, por iniciativa propia, reunir varias leyes en un texto único.

Zanobini,⁹ distingue también dos tipos de textos únicos:

Los que no tienen valor legislativo, pues sus disposiciones repiten su eficacia de las fuentes de donde fueron tomadas y, por lo tanto, si contrarias a éstas, no tienen aplicación.

Y los que son dictados por delegación del poder legislativo, el cual autoriza al ejecutivo, además de la recopilación propiamente dicha, para que coordine las varias normas, inclusive con poder de introducir nuevos principios, por lo que tienen eficacia legislativa, como en cualquier otro caso de delegación.

V

La Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de diciembre de 1981, unifica la pluralidad de normas jurídicas contenidas en la ley de 23 de junio de 1978, con las que ella misma, como ley de reforma, incorpora; y sustituye, al mismo tiempo, las normas de la ley de 23 de junio de 1978 por las nuevas normas, de idéntico texto, que agrega a la que ella misma incorpora.

En efecto, la ley de 23 de diciembre de 1981, unifica la pluralidad de normas jurídicas contenidas en la ley de 23 de junio de 1978, con la que ella misma, como ley de reforma, incorpora cuando el legislador dice que "...Se deroga la Ley de Impuesto sobre la Renta, de fecha 17 de marzo de 1978 y todas las disposiciones que colidan con las de la presente Ley de Impuesto sobre la Renta e *imprímase con la reforma que se le ha hecho...*", subrayado nuestro (Art. 6º, de la ley de reforma); y sustituye, al mismo tiempo, las normas de la ley

8. D'Alessio, Francesco: *Diritto Amministrativo*, UTET, 1939, pp. 77 y ss.

9. Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 1954, Vol. Primo, p. 73.

de 23 de junio de 1978 por las nuevas normas, de idéntico texto, que agrega a las que ella misma incorpora, cuando el legislador ordena "...y en el correspondiente texto único..." (Art. 6º de la ley de reforma).

Es necesario que insistamos en esto: es distinto el caso cuando se reforma una ley y el legislador dice que se publique, en el texto único, la ley reformada con su reforma, admitiendo expresamente que los artículos reformados entrarán en vigencia en esta fecha, como fue el caso de la reforma a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de diciembre de 1966, efectuado con fecha 20 de agosto de 1976; y, otro, el caso cuando el legislador dice que se publiquen, en un texto único, la ley reformada con sus reformas, admitiendo expresamente que la nueva ley, resultante de la suma de las normas de la ley modificada con las normas de la ley de reforma, deroga a la anterior modificada.

En el segundo caso, lo que no sucede en el primero, hay tres leyes: la ley modificada (que es derogada); la ley que modifica (que se agota en sí misma); y la ley nueva que resulta de la suma de las normas contenidas en las otras dos.

En este supuesto, la ley de reforma contiene, además, la orden al Ejecutivo, de publicar en un texto único las normas de las otras dos leyes, la derogada expresamente y la derogante, identificándose ambas así, no sólo en la materia sino en el contenido. Efectivamente el legislador dice: "...imprímase ésta junto con las reformas que se le han hecho y en el correspondiente texto único...", y la orden no puede ser dada sino a quien corresponda su impresión, que es al Presidente de la República (artículos 173, 174 y 175 de la Constitución).

En el primer caso, por lo contrario, existen solamente dos leyes: la ley modificada (que no es derogada) y la ley que modifica (que se agota en sí misma). La ley de reforma, también en este caso, contiene una orden al Presidente de la República de publicar, en un texto único, las normas de las otras dos leyes, la reformada y la reformante, identificándose ambas así, igualmente, no sólo en la materia sino en el contenido.

Como hemos visto antes (IV), en caso de derogatoria expresa no debe excluirse la posibilidad de la emisión del texto único, porque en tal supuesto también existe una pluralidad de textos: el derogado y el derogante, y, en caso de que sea el Presidente de la República, quien, por delegación, dicte el texto único, o el Congreso, quien la promulgue, siempre hay una verdadera y propia novación legislativa.

VI

Nuestra opinión, por lo tanto, es que la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de junio de 1978 fue derogada por la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de diciembre de 1981, la cual, publicada en un texto único, está integrada por las normas no modificadas de la ley derogada y por las disposiciones reformadas y agregadas de la ley de reforma, que es de la misma fecha de la nueva ley.

VII

Un ejemplo bastará para aclarar la importancia de la determinación de la vigencia de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

En la *Gaceta Oficial*, N° 31.565 del 5 de septiembre de 1978, se publicó el Decreto N° 2.827 de 29 de agosto de 1978 por el cual se declaran exentos del Impuesto sobre la Renta, en un cincuenta (50%) por ciento, los dividendos provenientes de empresas inscritas en la Bolsa de Valores que obtengan las personas naturales residentes en el país y de los dividendos que obtengan las personas naturales residentes en el país, a partir de la fecha en que la empresa pagadora del dividendo formalice su inscripción en la Bolsa de Valores (Art. 1°).

El Decreto N° 2.827, fue dictado de conformidad con lo previsto en el artículo 158 de la Ley de Impuesto sobre la Renta publicado en la *Gaceta Oficial*, N° 2.777, Extraordinario de 23 de junio de 1978, estableciéndose el plazo máximo de exención previsto en el citado artículo 158 en los siguientes términos: "...durante los primeros cinco años de aplicación de la actual Ley de Impuesto sobre la Renta...".

En virtud de dicho Decreto, en concordancia con el artículo 158 de la Ley de Impuesto sobre la Renta vigente para esa fecha, el término de exención comenzó a correr el 1° de julio de 1978, fecha de entrada en vigencia de la ley (artículo 168); y vencería, por lo tanto, el 30 de junio de 1983, al cumplirse los cinco años siguientes a su entrada en vigencia, a menos que dicha ley fuese derogada con anterioridad.

Ahora bien, la Ley de Impuesto sobre la Renta publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 2.894, Extraordinario de 23 de diciembre de 1981, la cual comenzó a regir el 1° de enero de 1982 (artículo 169), declaró expresamente derogada. (como hemos visto antes, II), la Ley de Impuesto sobre la Renta publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 2.777, Extraordinario de 23 de junio de 1978, por lo que el Decreto N° 2.827, de 19 de agosto de 1978, debe considerarse derogado tácitamente por causas intrínsecas, porque el propio Decreto estableció su término de

duración: "...durante los primeros cinco años de aplicación de la actual Ley de Impuesto sobre la Renta...".

Habiendo quedado derogado el Decreto N° 2.817 en referencia, el 31 de diciembre de 1981, hasta esa fecha quedaron exentos del pago de Impuesto sobre la Renta los dividendos provenientes de empresas inscritas en la Bolsa de Valores.

A partir del 1° de enero de 1982, y hasta por el plazo máximo de cinco años que determine el Ejecutivo Nacional, los dividendos a que se refiere el artículo 158 de la ley vigente, están exentos del pago del impuesto.

LIMITACIONES LEGALES DE LAS TASAS DE INTERES

RENÉ DE SOLA

El 19 de febrero de 1981, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, declaró sin lugar la acción de nulidad de varias Resoluciones del Banco Central de Venezuela que, en concepto del demandante, autorizaban a los bancos y sociedades financieras a cobrar intereses que exceden de la tasa máxima permitida por la legislación vigente.

Dicha sentencia fue calificada como "histórica"¹ y "trascendental"² por algunos, y por otros, como "un caso ilustrativo y ejemplarizante" de interpretación del ordenamiento jurídico venezolano con objetividad y sentido de realismo³ y "una importantísima decisión que debe ser tenida muy en cuenta para determinar los topes o límites cuantitativos a los intereses".⁴

Como ponente que fui del referido fallo, he pensado que convendría resumir sus fundamentos doctrinarios a fin de facilitar su mejor aplicación en el futuro por parte de los jueces, abogados e instituciones públicas y privadas del país.

I

En libelo presentado el 24 de noviembre de 1980, el doctor Henry Pereira Gorrín, procediendo por sus propios derechos y alegando el interés que le confiere su profesión de abogado, la cual le impone la obligación "moral y cívica de la defensa específica de las instituciones jurídicas sobre las que descansan la organización democrática y legal

-
1. Villoria, Rafael: La Corte en sentencia histórica precisó la lucha contra la usura.
 2. Villalobos, Horacio Guillermo: *Memorandum* para el Consejo Bancario Nacional. Caracas, 4 de noviembre de 1981.
 3. Sillery López de Ceballos, Ricardo: "Interés en las obligaciones mercantiles". *El Universal*. Caracas, 19 de septiembre de 1981.
 4. Muci-Abraham, José: "Límites cuantitativos de los intereses". *El Nacional*. Caracas, 16 de enero de 1982.

del Estado venezolano", alegó que, conforme a la legislación vigente en Venezuela, la tasa máxima de interés permitida en caso de préstamo no podrá exceder en ninguna forma del doce por ciento (12%) anual, y al efecto invocó expresamente lo dispuesto en los artículos 1.746 del Código Civil, 108 del Código de Comercio y 1º del Decreto-Ley Nº 247 del 9 de abril de 1946; y que "las otras disposiciones legales que de alguna manera regulan lo relativo a la fijación de intereses máximos, pero sin fijar propiamente la tasa (ejemplo: Ley de Protección al Consumidor, Art. 6º; Ley del Banco Central de Venezuela, Art. 46; etcétera), correspectivamente imponen la obligación de que sea respetada la legalidad que se deriva de las transcritas normas por parte del Ejecutivo o por alguna otra persona de Derecho Público, como el Banco Central (Artículo 117 de la Constitución Nacional)".

Señala luego que en cada una de las Resoluciones impugnadas se autoriza a los Bancos y Sociedades Financieras a cobrar intereses hasta del doce por ciento (12%) anual por las respectivas operaciones a que aquéllas se refieren, y se establece además, que estos mismos institutos podrán cobrar también comisiones por todos los servicios y operaciones accesorias, relacionadas directa o indirectamente con el otorgamiento del crédito o préstamos y por otros conceptos. Alega seguidamente que dichas Resoluciones son ilegales al autorizar el cobro de intereses "que exceden de la tasa máxima permitida por la legislación vigente (Decreto-Ley 247, Código Civil y Código de Comercio), pues aunque en dichas resoluciones se habla de comisiones", éstas (a excepción de las "comisiones por cobranza") no son tales y por el contrario son verdaderos intereses disfrazados con ese nombre de "comisiones".

Agrega el impugnante que etimológica y jurídicamente, interés de capital significa la retribución, utilidad, ganancia, lucro, producido por ese capital en forma completamente independiente de cualquier prestación accesoria por parte del dueño del mismo; y que, en cambio, la comisión corresponde a la retribución de un servicio realmente prestado, según debe interpretarse el artículo 46 de la Ley del Banco Central, cuando establece: "Asimismo, queda facultado (el Banco Central para fijar comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califique como relacionados directa o indirectamente con las mencionadas operaciones activas y pasivas".

En representación del Banco Central de Venezuela actuaron los abogados doctores, Manuel Simón Egaña, Leopoldo Márquez Añez y Oswaldo Padrón Amaré, quienes en extenso escrito presentado el 13

de enero de 1981, refutaron de la manera más absoluta los argumentos del impugnante, sostuvieron la legalidad de todas las Resoluciones dictadas por el Banco Central de Venezuela en materia de intereses y comisiones, y solicitaron se declarara sin lugar la demanda.

Mediante escrito de 20 de enero de 1981, el doctor Leopoldo A. Borjas H. se hizo parte en el proceso, legitimando su cualidad en el hecho de ser abogado y además en que, como Profesor de Derecho Civil y Mercantil en la Universidad Central de Venezuela, tenía interés en que se llegare al establecimiento de la verdad, y como ciudadano, que cumplan las finalidades esenciales que tiene el Banco Central de Venezuela, de acuerdo con el artículo 2º de la ley que lo rige.

Circunscrito en la forma expuesta el problema judicial, la Corte en su referido fallo declaró sin lugar la demanda con fundamento en las motivaciones que de seguida se expresan.

II

El Código de Comercio actualmente vigente fue promulgado en en el año de 1919. Aunque ha sido objeto de varias modificaciones parciales, ninguna de ellas ha afectado ni en su contenido ni en su letra su artículo 108, que dice así:

"Las deudas mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual".

Como se evidencia de la simple lectura de la susodicha norma, ésta no se refiere específicamente al contrato de préstamo a interés. Se trata de un precepto de carácter general que abarca todo género de obligaciones mercantiles que puedan dar origen a una deuda líquida y exigible. Así como la deuda puede tener su fundamento en un préstamo, también puede derivarse del precio de un contrato de compraventa, o de los cánones de arrendamiento de un local comercial, o bien del flete insoluto de una nave.

Frente a lo dispuesto en el artículo 1.277 del Código Civil, que a falta de acuerdo limita al interés legal del tres por ciento (3%) anual (artículo 1.746 *ejusdem*), la indemnización exigible al deudor por el retardo en el cumplimiento de una obligación dineraria, el artículo 108 del Código de Comercio establece que todas las deudas mercantiles líquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento (12%) anual.

Dos diferencias importantes se observan entre la norma civil y la mercantil. A falta de convención, en materia civil el interés está limitado al tres por ciento (3%) anual; en materia comercial, el interés será el corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento (12%) anual.

Por otra parte, el interés convencional queda sujeto a lo dispuesto en el tercer aparte del artículo 1.746 del Código Civil; o sea, que tendría que sujetarse al límite determinado por alguna ley especial, o, en defecto de ésta, su cuantía no podría exceder en una mitad al interés corriente al tiempo de la convención.

De lo expuesto es necesario concluir, que en materia mercantil rige el artículo 108 del Código de Comercio, y que la limitación que éste establece se refiere exclusivamente al interés corriente en el mercado que de pleno derecho devenga cualquier deuda pecuniaria y en modo alguno a los intereses convencionales de cualquier origen.

Estos últimos, de acuerdo con otras normas del propio Código de Comercio, no tienen más límite que el fijado por el acuerdo de las partes. Así lo corrobora, entre otros, el artículo 414 *ejusdem*, que deja en libertad para fijación de los intereses en una letra de cambio a la vista o a cierto plazo vista, y sólo a falta de la indicación correspondiente, regirá en este caso el interés legal para la materia cambiaria del cinco por ciento (5%) anual.

En lo que se refiere específicamente al contrato de préstamo mercantil, el artículo 529 del Código de Comercio no deja lugar a dudas: está autorizada la estipulación de un interés distinto del corriente en la plaza, sin la limitación del doce por ciento (12%) anual que rige para los intereses que se causen de pleno derecho.

Aún más. El anatocismo —cobro de intereses sobre intereses— está permitido en relación con el contrato de cuenta corriente, según aparece de los artículos 518 y 524 del Código de Comercio. Y el siguiente artículo 525 permitía asimismo fijar libremente la tasa de interés, comisión y todas las demás estipulaciones que definan las relaciones jurídicas entre el banco y el cliente.

Salvo esta última norma —y por ello la referencia a la misma en pretérito imperfecto—, todas las demás tienen plena vigencia en el campo del derecho mercantil y particularmente en el sector bancario. No la tiene en cambio, como se ha dicho, el artículo 525, en lo que se refiere a intereses y comisiones, por haber sido parcial y tácitamente derogado por las normas especialísimas de la Ley del Banco Central de Venezuela (artículo 46) y la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito (artículo 153), que serán consideradas más adelante.

¿Quiere esto decir que fuera del sector bancario donde rigen limitaciones legales, no existe en materia mercantil ninguna norma que ampare al ciudadano de un cobro abusivo de intereses? Todo lo contrario. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico mercantil no establece limitación alguna en cuanto a la estipulación convencional de intereses, el orden público y las buenas costumbres que repudian la usura, imponen suplir esta laguna por la vía establecida en el artículo 8º del Código de Comercio, el cual ordena aplicar las disposiciones del Código Civil en los casos que aquél mismo no resuelva especialmente.

En consecuencia, es perfectamente aplicable en materia mercantil la regla expresada en el tercer aparte del artículo 1.746 del Código Civil que, aunque se refiere específicamente al contrato de préstamo, debe extenderse por analogía a cualquier otra convención en la que se estipule el pago de intereses.

Al analizar posteriormente el alcance del referido artículo 1.746 del Código Civil, se explicará el mecanismo de su aplicación, por otra parte perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley de Protección al Consumidor, que igualmente será objeto de consideración ulterior.

III

El artículo 1.746 del Código Civil, cuya violación por el Banco Central de Venezuela denunció igualmente el impugnante, expresa textualmente:

El interés es legal o convencional.

El interés legal es el tres por ciento anual.

El interés convencional no tiene más límite que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor.

El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal.

El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual.

La jerarquía de las fuentes legales en el derecho mercantil venezolano sólo permite recurrir subsidiariamente al Código Civil cuando el Código de Comercio y demás leyes especiales de carácter mercantil no resuelvan en forma precisa el caso *sub-judice* (Artículo 8º del Código de Comercio en concordancia con el Artículo 14 del Código Civil).

Como antes fue ya señalado, el Código de Comercio establece sus propias reglas en materia de préstamo e intereses. Sin embargo, mientras no exista una norma legal que limite el interés convencional en todo el campo mercantil o en alguno de sus sectores (el bancario, por ejemplo), o mientras las normas abstractas de alguna ley no hayan sido complementadas mediante los actos administrativos de los órganos competentes que ellas mismas señalen, el vacío que representa la carencia de una norma mercantil que pueda poner coto a la estipulación abusiva o usuraria de intereses, debe ser llenado por la norma subsidiaria del Código Civil.

Esta norma subsidiaria no es otra que la contenida en el tercer aparte del artículo 1.746, arriba transcrito, que penaliza a quien incurra en el acto doloso de estipular intereses que excedan en una mitad al corriente en el mercado al tiempo de la convención.

Si ello ocurriere, la ley no se limita a reducir el exceso a concurrencia con el interés corriente más la mitad del mismo, sino que la disminución debe llevarse al solo monto del interés corriente, sin excedente alguno.

En cuanto al ámbito de aplicación del último aparte del mismo artículo 1.746, es necesario admitir que, como toda norma excepcional, es de estricta aplicación a la hipótesis por ella contemplada. En efecto, la regla general es la expresada por el tercer aparte del artículo 1.746, según la cual el interés convencional no tiene más límite que el fijado por la ley especial, o, en defecto de ésta, el que resultare de agregar una mitad del monto del mismo al interés corriente en el mercado.

La excepción exige la presencia de dos elementos: primero, que se trate específicamente de un contrato de préstamo, y segundo, que ese préstamo esté garantizado con hipoteca. Si así fuere el caso, el interés no podrá exceder del doce por ciento (12%) anual.

La referida excepción, dictada para la contratación civil, sólo podría tener aplicación en el campo mercantil cuando nos encontremos en presencia de un contrato de préstamo, garantizado con hipoteca, perteneciente a un sector que no esté regido por alguna regla especial del Código de Comercio o por alguna ley especial de carácter mercantil. En cambio, sería abusiva su aplicación a cualquier otro contrato productor de intereses, no obstante que sus resultas estén garantizadas con hipoteca.

Tal sería, entre otros, el caso —contemplado en el artículo 516 del Código de Comercio— de un contrato de cuenta corriente cuyo saldo haya sido garantizado con hipoteca.

Mucho menos sería aplicable la limitación establecida en el último aparte del artículo 1.746 del Código Civil, cuando se han dictado leyes especiales concernientes a determinados sectores de la economía social, que tienen aplicación preferente, no sólo frente al Código Civil, sino aun frente al Código de Comercio. Posteriormente se analizarán el efecto y alcance que tienen al respecto la promulgación de las leyes de Protección al Consumidor, del Banco Central de Venezuela y General de Bancos y otros Institutos de Crédito.

IV

El 9 de abril de 1946 se dictó el Decreto-Ley N° 247 sobre represión de la usura, cuyo artículo 1° declara textualmente:

Cualquiera que intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otro para obtener para sí o para un tercero una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio que tomando en cuenta las circunstancias concomitantes, resultare notoriamente desproporcionada a la contraprestación o entrega que por su parte verificare, será castigado con prisión hasta de dos años o con multa hasta de diez mil bolívares (Bs. 10.000,00).

Sin perjuicio de la limitación que establece el Código Civil en su artículo 1.746, se considera constitutivo del delito de usura el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda del uno por ciento (1%) mensual.

Los antecedentes y circunstancias referentes a la promulgación de ese Decreto-Ley permiten establecer con certeza su verdadero propósito y finalidad, aunque su propio texto bastaría para fijar su estricto campo de aplicación.

Los considerandos que preceden a la parte normativa del Decreto señalan claramente que su motivación y objeto es combatir la usura y proteger a las clases desposeídas y a todo aquel que llegare a encontrarse en condición de inferioridad económica y moral para defenderse contra la indebida explotación. Además, su tercer considerando alude concretamente al proyecto que equivocadamente fue publicado como Decreto 230 en la *Gaceta Oficial*, N° 21.974 del 2 de abril de 1946 y cuya carencia de validez fue declarada por Aviso Oficial aparecido en la *Gaceta* N° 21.975, del 3 del mismo mes y año.

Esos considerandos definen con precisión a qué sector están dirigidas las normas protectoras: clases desposeídas y débiles económicos, que no son normalmente los sujetos de una relación entre profesionales

del comercio general y menos de sus sectores especializados en el tráfico bancario.

El Decreto definitivo, al excluir determinadas normas del primitivo proyecto, corroboró su propósito de circunscribir sus efectos exclusivamente al sector de la contratación civil. En efecto, la supresión de los artículos 1º, 2º, 3º y 7º del proyecto original, referentes todos a operaciones netamente mercantiles, demuestra que el Decreto definitivo estaba destinado a regir negocios o contratos de índole diferente.

Sin embargo, el demandante alegó que las Resoluciones del Banco Central de Venezuela violaban el artículo 1º del mencionado Decreto 247. Sería suficiente para rechazar esta denuncia los argumentos que se deducen del artículo 1.746 del Código Civil y lo ya dicho acerca de los límites de la aplicabilidad de esta norma en el campo mercantil.

Aplicando —como antes se señaló su posibilidad legal— el tercer aparte del artículo 1.746 a los contratos mercantiles, el límite del interés convencional es el del interés corriente en el mercado, más una cantidad que represente la mitad del mismo. Entonces, en la hipótesis inadmisibles de que el Decreto 247 fuere aplicable a los contratos comerciales, sólo podría configurarse el delito de usura si se llegare a demostrar que el interés estipulado sobrepasa el límite señalado por el tercer aparte de la norma civil, de modo que el caso pueda quedar subsumido en la previsión contenida en el primer aparte del artículo 1º de dicho Decreto 247.

En cuanto a la presunción de usura establecida por el segundo aparte del artículo 1º del susodicho Decreto 247, la referencia directa y exclusiva que se hace respecto al Código Civil, es prueba evidente de que no es el sector comercial el contemplado en ese supuesto legal.

Refuerza igualmente la inaplicabilidad del Decreto 247 al sector comercial, la otra presunción de usura establecido por su artículo 2º, que excluye expresamente de la misma a quien tenga un negocio de crédito legalmente establecido.

Pero si todos los anteriores argumentos son absolutamente concluyentes en cuanto al campo mercantil general, concretados al sector bancario se encontrarán nuevas razones para excluir sus contratos y operaciones del alcance del Decreto 247 una vez que se analicen las leyes especiales posteriormente dictadas sobre fijación de intereses.

V

La Ley de Protección al Consumidor, publicada el 2 de septiembre de 1974, tiene, aunque en un campo más amplio, la misma finalidad

que el ya comentado Decreto 247: la defensa de la parte supuestamente más débil en toda relación económica.

Su artículo 6º, copiado a la letra dice:

Constituye delito de usura todo acuerdo o convenio, cualquiera que sea su naturaleza, por el cual una de las partes obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte verifica, en atención a las circunstancias en que se realice la operación.

En las operaciones de crédito o de financiamiento no podrá obtenerse a título de intereses, comisiones y recargos de servicio, ninguna cantidad por encima de los máximos que sean fijados por el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional. Los infractores de esta disposición incurrirán también en delito de usura. En estos casos se aplicará la pena prevista en la legislación respectiva para el delito de usura.

Cuando se compara el primer aparte del artículo arriba transcrito con el primer aparte del artículo 1º del Decreto 247, se advierte inmediatamente que este último ha sido derogado parcialmente. En efecto, la nueva norma establece la configuración del delito de usura en forma tal que impide la supervivencia de su antigua tipificación.

Desde la fecha de vigencia de la Ley de Protección al Consumidor, el delito de usura tiene que ser definido en Venezuela de acuerdo con los términos que aquélla establece en su artículo 6º. Consecuentemente, sólo queda vigente del primer aparte del Decreto 247 la sanción del delito (prisión hasta de dos años o multa hasta de diez mil bolívares), porque así lo declara el último aparte del artículo 6º de la Ley de Protección al Consumidor en los términos siguientes: "En estos casos se aplicará la pena prevista en la legislación respectiva para el delito de usura", y porque no existe ninguna otra legislación que establezca pena para ese delito.

Ahora bien, para la configuración del delito tipificado en la nueva norma es de especial importancia lo que ella misma establece en su segundo aparte. Tan pronto como el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, cumpla con su deber de fijar las tasas máximas de interés para las operaciones de crédito o financiamiento realizadas por particulares o entidades no regidas por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, el delito de usura sólo podría imputarse a quien excediere los topes establecidos en las respectivas decisiones.

En conclusión, el Decreto 247 ha sido parcial y tácitamente derogado por la Ley de Protección al Consumidor en todo cuanto sea incompatible aquél con las nuevas normas que ésta contiene, y así fue declarado por la sentencia.

VI

El ordinal 14º del artículo 2º del Código de Comercio declara objetivamente mercantiles las operaciones de banco. Esto significa que, independientemente de que sean realizadas por comerciantes o por no comerciantes, todos los contratos quedan sometidos a la ley y jurisdicción mercantiles (Artículos 109 y 1.090, ordinal 1º *eiusdem*).

Como es harto sabido, la legislación mercantil está constituida por el Código de Comercio y todas las demás leyes especiales que rigen algunos sectores de la actividad comercial.

Por lo que respecta al sector bancario, tienen singular importancia la Ley del Banco Central de Venezuela y la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, que rigen por igual a las propias entidades comerciales como a las personas que con ellos contratan.

La primera de dichas leyes, en correlación con el ordinal 12º del artículo 153 de la segunda, establece en su artículo 46, lo siguiente:

El Banco Central de Venezuela está facultado para fijar las tasas máximas y mínimas de interés que los bancos e institutos de crédito, privados y públicos, regidos por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito y por otras leyes, podrán cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen. Asimismo, queda facultado para fijar las comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califique como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas. El Banco Central de Venezuela podrá efectuar esta fijación aun cuando los servicios u operaciones accesorias sean realizadas por personas naturales o jurídicas distintas de los bancos e institutos de crédito.

Queda igualmente facultado para fijar las tarifas que podrán cobrar dichos bancos o institutos de crédito por los distintos servicios que presten. Las modificaciones en las tasas de interés y en las tarifas regirán únicamente para operaciones futuras.

Como se ha visto, ningún límite establece la disposición transcrita a la facultad que atribuye al Banco Central de Venezuela para fijar las tasas máximas y mínimas de interés que los bancos e institutos de crédito podrán cobrar y pagar por las distintas operaciones activas y pasivas que realicen, así como las comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a

los cuales califique como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas.

Y no podría ser de otro modo. Si se hubiera puesto límite a su facultad, el Banco Central no podría cumplir algunas de sus finalidades esenciales, como es la de crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, al equilibrio económico y al desarrollo ordenado de la economía, tal como le está señalado en el artículo 2º de la ley respectiva.

Esta facultad discrecional abarca toda la gama de operaciones bancarias, aun aquéllas de los institutos hipotecarios, en forma tal que respecto a los intereses que éstos puedan cobrar por sus préstamos garantizados con hipoteca, no rige la tasa máxima del doce por ciento (12%) anual que para las operaciones civiles fijó el artículo 1.746 del Código Civil, sino aquella que de tiempo en tiempo fije el Banco Central de Venezuela de acuerdo con las fluctuaciones del mercado.

No se consagra con esto, como se ha pretendido, desigualdad legal alguna. La tasa máxima del doce por ciento (12%) anual fijada al prestamista particular, beneficia a éste en la integridad de su cuantía. En cambio, la utilidad o beneficio del banco o instituto de crédito en un contrato de préstamo está constituido por la diferencia entre lo que perciben por los intereses activos y comisiones y lo que tenga que desembolsar por los intereses pasivos que paga a sus clientes, más los costos de servicios y gastos de administración.

Por otra parte, cuando el Banco Central de Venezuela fija intereses pasivos por encima del doce por ciento (12%) anual, sería completamente absurdo sostener que esté convirtiendo en usureros a los depositantes, cuentacorrientistas y demás clientes de los bancos, institutos de crédito beneficiarios de tal medida.

Es un hecho público y notorio que las tasas de interés han subido en todos los mercados del mundo. Venezuela no podía permanecer como una isla en este universo interdependiente e inflacionario sin exponerse al riesgo de graves daños en su economía y en su moneda. A prevenirlos han estado encaminadas sin duda las Resoluciones del Banco Central de Venezuela impugnadas por el demandante.

Por las razones expuestas, aun admitiendo la afirmación del actor de que las comisiones fijadas por el Banco Central de Venezuela no serían sino intereses adicionales disfrazados, ha quedado claramente establecido que aquéllas no violan ninguna disposición legal que les sea aplicable, y, por tanto, no están viciadas de nulidad las Resoluciones impugnadas.

VII

El actor demandó subsidiariamente la nulidad de las mismas Resoluciones impugnadas por la acción principal y para el supuesto de que ésta fuera desechada, alegando que son violatorias del artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela, pues en algunos casos, aun cuando fijan comisiones por los servicios directa o indirectamente relacionadas con los préstamos, no indican cuáles son esos servicios y operaciones acesorias, y porque en otros, las fijan por los desembolsos y por los préstamos o las fijan sin siquiera indicar la razón.

La hermenéutica jurídica ha señalado siempre la importancia de dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador, y la segunda, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte.

En el sentido indicado, cualquier interpretación que se haga de las facultades otorgadas al Banco Central de Venezuela por la ley que lo rige, tiene que tomar en consideración las finalidades para las cuales éste fue creado, tal como está establecido en su artículo 2º; o sea, la de crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, al equilibrio económico y al desarrollo ordenado de la economía.

Para el cumplimiento de esa finalidad esencial, el mismo artículo 2º lo faculta para:

1. Regular el medio circulante y en general la liquidez del sistema financiero con el fin de ajustarlo a las necesidades del país.
.....
5. Regular las actividades crediticias de los bancos y demás institutos de crédito a fin de armonizarlas con los propósitos de la política monetaria y fiscal, así como el necesario desarrollo regional y sectorial de la economía nacional para hacerla más independiente.
.....
7. Promover la adecuada liquidez y solvencia del sistema bancario.

La ciencia económica nos enseña que no puede procurarse la estabilidad de la moneda de un país y la regulación y distribución del

crédito de acuerdo con las necesidades de los distintos sectores de la actividad productiva, sin la intervención directa del Estado o por intermedio de algún organismo especializado.

Al igual que en los grandes países de economía desarrollada, Venezuela ha creado su Banco Central, entre otras finalidades, con la de ejercer por conducto del mismo esa intervención necesaria en la economía nacional.

Las Resoluciones del Banco Central de Venezuela, impugnadas por vía principal y subsidiaria, están destinadas no sólo a regular el crédito de acuerdo con las realidades del mercado del dinero, sino a orientar su distribución hacia los sectores que más lo necesitan para su desarrollo de una economía nacional sana e independiente.

De aquí la propia ley que rige sus funciones, en el artículo 46 invocado por el denunciante, le haya otorgado la facultad para fijar las tasas máximas y mínimas de interés que los bancos e institutos de crédito podrán cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen, y asimismo para fijar las comisiones o recargos máximos y mínimos causadas por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califique como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas. Dicho de otra manera, le ha atribuido la facultad de fijar de tiempo en tiempo el precio máximo que se debe pagar por el dinero, según las exigencias del desarrollo de la economía nacional y la estabilidad de la moneda, así como también el precio mínimo a que pueden ofrecerlo los bancos, a fin de mantener en condiciones sanas el sistema integrado por los institutos de crédito del país.

Para fijar las respectivas tarifas máximas y mínimas en materia de crédito, el Banco Central puede operar directamente sobre la tasa de intereses o sobre los recargos y comisiones que adicionalmente puedan cobrar los bancos. Se trata de una facultad discrecional que no podría ser interferida por ningún otro poder de la República sin desnaturalizar y dejar sin efecto las finalidades esenciales del primer instituto bancario del país y sin sentido las facultades que se le han otorgado para el cumplimiento de las mismas.

Ya sea por la vía de intereses o por la de comisiones y recargos, o bien por la adecuada combinación de unos y otros, todas las Resoluciones impugnadas del Banco Central de Venezuela no han tenido otro propósito sino el de la regulación del mercado crediticio de acuerdo con las realidades nacionales e internacionales de la época presente y las necesidades de la economía del país. No altera el propósito perseguido por dichas Resoluciones, la circunstancia de que se haga

una discriminación pormenorizada de cada tipo de servicio o que se fije la tarifa máxima que se pueda cobrar por la totalidad de los mismos. Al fijar esas tarifas máximas, queda un margen de libertad a los bancos para cobrar tasas de interés o comisiones menores por sus servicios, a fin de participar competitivamente en el mercado nacional del dinero. La tarifa máxima es sólo una garantía de que se ha establecido un equilibrio económico entre el costo para los bancos del dinero y de los servicios que prestan y gastos de administración y la exigencia que esos mismos bancos puedan hacer a sus clientes a cambio del otorgamiento de créditos, sin que en ningún momento pueda sufrir daños el sistema bancario nacional, que es columna vertebral de toda economía racionalmente organizada.

Por las razones expuestas, el fallo llegó a la conclusión de que el Banco Central de Venezuela no se había extralimitado en el uso de la facultad discrecional que le acuerda el artículo 46 de la ley que rige sus funciones, y que, en consecuencia, debían considerarse exentas del vicio de ilegalidad las Resoluciones impugnadas por los motivos señalados en la demanda subsidiaria.

Como toda investigación jurídica seria, la sentencia ha servido no sólo para dilucidar las cuestiones que concretamente analizó, sino que ha actuado como guía y acicate para que los especialistas hayan tratado de establecer sus repercusiones o de precisar sus consecuencias en otros campos afines.

Tal, por ejemplo, el valioso estudio llevado a cabo por el doctor Horacio Guillermo Villalobos, Consultor Jurídico del Consejo Bancario Nacional, en relación con los préstamos hipotecarios bancarios. A través de argumentos jurídicos e históricos, llega él a la conclusión de que el último aparte del artículo 1.746 del Código Civil —que limita al doce por ciento el interés de los préstamos garantizados con hipoteca— no es aplicable a los que sean otorgados con igual garantía por los institutos bancarios.

Ciertamente —como bien observa Villalobos— la sentencia no señaló de una manera suficientemente explícita o quizás enfáticamente, la no aplicación del último aparte del indicado artículo 1.746 del Código Civil a los préstamos hipotecarios bancarios, pero muchas de sus declaraciones tienen necesariamente que conducir a la misma conclusión a que lo llevó su interesante y acuciosa indagación.

En efecto —como hemos visto—, la sentencia expresa que dado el carácter de excepción o regla especial que tiene el último aparte del artículo 1.746 del Código Civil en relación con su tercer aparte (donde

se establece la norma general acerca de los préstamos a interés), su aplicación debe ser absolutamente restrictiva.

Aun dentro de su campo natural de aplicación —el civil—, según señala la sentencia, se exige la presencia de dos requisitos: primero, que se trate específicamente de un contrato de préstamo, y segundo, que ese préstamo esté garantizado con hipoteca.

Luego agrega la sentencia (y se subraya ahora lo fundamental):

La referida excepción, dictada para la contratación civil, sólo podría tener aplicación en el campo mercantil cuando nos encontremos en presencia de un contrato de préstamo, garantizado con hipoteca, perteneciente a un sector que no esté regido por alguna regla especial del Código de Comercio o por alguna ley especial de carácter mercantil. En cambio, sería abusiva su aplicación a cualquier otro contrato mercantil productor de intereses, no obstante que sus resultas estén garantizadas con hipoteca.

Tal sería, entre otros, el caso —contemplado en el artículo 516 del Código de Comercio— de un contrato de cuenta corriente cuyo saldo haya sido garantizado con hipoteca.

Mucho menos sería aplicable la limitación establecida en el último aparte del artículo 1.746 del Código Civil cuando se han dictado leyes especiales concernientes a determinados sectores de la economía social, que tienen aplicación preferente, no sólo frente al Código Civil, sino aun frente al Código de Comercio.

Posteriormente —en relación con la facultad de fijar tasas máximas y mínimas de interés que corresponde al Banco Central de Venezuela, según el artículo 46 de la ley que lo rige— agrega la sentencia:

Esta facultad discrecional abarca toda la gama de operaciones bancarias, aun aquéllas de los institutos hipotecarios, en forma tal que respecto a los intereses que éstos puedan cobrar por sus préstamos garantizados con hipoteca, no rige la tasa máxima del doce por ciento (12%) anual que para las operaciones civiles fijó el artículo 1.746 del Código Civil, sino aquella que de tiempo en tiempo fije el Banco Central de Venezuela de acuerdo con las fluctuaciones del mercado.

No se consagra con esto, como se ha pretendido, desigualdad legal alguna. La tasa máxima del doce por ciento (12%) anual fijada al prestamista particular, beneficia a éste en la integridad de su cuantía. En cambio, la utilidad o beneficio del banco o instituto de crédito en un contrato de préstamo está constituido por la diferencia entre lo que perciban por los intereses activos y comisiones y lo que tenga que desembolsar por los intereses pasivos que paga a sus clientes, más los costos de servicios y gastos de administración.

Los fragmentos transcritos permiten sostener que la sentencia dejó por lo menos claramente establecida la posibilidad de que los bancos hipotecarios podían cobrar intereses por encima de la tasa del doce por ciento (12%) anual, que es el límite que para las operaciones civiles establece el último aparte del artículo 1.746 del Código Civil.

Es verdad que, conjuntamente con tal afirmación, el fallo expresó que la tasa de interés sería la que "de tiempo en tiempo fije el Banco Central de acuerdo con las fluctuaciones del mercado".

La interpretación sistemática del ordinal 12° del artículo 153 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, en concatenación con el artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela, debe conducir a la conclusión de que una vez fijada la tasa máxima por el nombrado instituto, ningún banco hipotecario podría cobrar por los préstamos que concediere intereses que sobrepasen el límite así establecido.

Pero, ¿cuál sería la situación en el caso de que el Banco Central de Venezuela no hiciera uso de tal facultad y dejare al libre criterio de los bancos la fijación de las tasas activas de interés? Creo que la sentencia anticipó de una manera implícita la respuesta a la anterior cuestión. En efecto, en su capítulo III se dijo:

Como antes fue ya señalado, el Código de Comercio establece sus propias reglas en materia de préstamo e intereses. Sin embargo, mientras no exista una norma legal que limite el interés convencional en todo el campo mercantil o en alguno de sus sectores (el bancario, por ejemplo), o mientras las normas abstractas de alguna ley no hayan sido complementadas mediante los actos administrativos de los órganos competentes que ellas mismas señalen, el vacío que representa la carencia de una norma mercantil que pueda poner coto a la estipulación abusiva o usuraria de intereses, debe ser llenado por la norma subsidiaria del Código Civil.

Esta norma subsidiaria no es otra que la contenida en el tercer aparte del artículo 1.746 arriba transcrito, que penaliza a quien incurra en el acto doloso de estipular intereses que excedan en una mitad al corriente en el mercado al tiempo de la convención.

Con base en los anteriores razonamientos, considero que se puede ahora analizar la Resolución N° 81-08-81, dictada por el Banco Central de Venezuela el 25 de agosto de 1981 y publicada en el N° 32.299 de la *Gaceta Oficial*, correspondiente al día 26 de agosto de 1981.

De su texto aparece que el Banco Central derogó anteriores Resoluciones suyas, entre ellas las que fijaban las tasas máximas de interés que podían cobrar los bancos por los préstamos concedidos con garantía hipotecaria. Claramente dice la propia Resolución que su propósito

es dejar en libertad a los bancos de pactar con sus clientes el tipo de interés que responda a la realidad del mercado de fondos destinados a préstamos.

Dicha Resolución deja sin vigencia toda norma específica de limitación del interés bancario para los préstamos hipotecarios, con lo cual cobra toda su fuerza —también para el sector bancario— el tercer aparte del artículo 1.746 del Código Civil, cuya aplicabilidad declaró la sentencia siempre que "no exista una norma legal que limite el interés convencional en todo el campo mercantil o en alguno de sus sectores (el bancario, por ejemplo) o *mientras las normas abstractas de alguna ley no hayan sido complementadas mediante los actos administrativos de los órganos competentes que ellas mismas señalen*".

En conclusión, ante la ausencia de reglamentación por parte del Banco Central, los institutos bancarios podrán contratar libremente los intereses sobre los préstamos garantizados con hipoteca, sin otro límite que el fijado en el tercer aparte del citado artículo 1.746 del Código Civil; o sea, que en ningún caso podrán exceder en una mitad del corriente en el mercado al tiempo de la convención.

Ojalá que nuevos estudios e investigaciones realizados por los especialistas lleven a la construcción de una sólida teoría que oriente de una manera sana y definitiva a institutos cuya actuación tanta importancia tiene para el desarrollo de nuestra economía.

LA FIGURA DEL "TRANSEUNTE" COMO SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE ACTIVIDADES COMERCIO INDUSTRIALES

JOSÉ URDANETA PÉREZ

INTRODUCCION

El desarrollo que, en los últimos años, ha tenido la actividad municipal se ha debido a un afán de adaptar la organización primitiva de los entes locales a situaciones que no fueron previstas, ni eran previsibles, al momento de su formulación. La constante modificación de las ordenanzas reguladoras del área urbana de los distritos, de las ordenanzas reguladoras de la materia tributaria, de las ordenanzas de zonificación, la modernización de los sistemas y equipos administrativos, la formación de personal capacitado, el establecimiento de órganos de control, son apenas simples ejemplos de una tarea que no puede delimitarse ni en su contenido ni en su alcance.

El estudio de cualesquiera de las áreas o parcelas de desarrollo indicadas bien podría servir de tema para un trabajo de tipo científico. La presente colaboración no pretende tener un carácter dogmático ni tiene aspiraciones de sentar un criterio irrefutable, es simplemente un medio para llamar la atención sobre la actitud irreflexiva y la acción desmedida de ciertos entes locales.

No puede ni debe coartarse a los municipios su derecho o potestad de ejercer las atribuciones que le confiere la Constitución Nacional; pero, al mismo tiempo, su acción debe estar orientada fundamentalmente a favorecer a la colectividad dentro de la cual existe y a crear condiciones tendientes al mejoramiento de la vida local, en todos sus aspectos.

La Constitución Nacional atribuye a los municipios una determinada autonomía que comprende, entre otros, la creación, recaudación e inversión de sus ingresos¹ y estatuye que entre sus ingresos estarán las patentes sobre industria y comercio.²

1. Constitución Nacional, artículo 29, ordinal 3º.

2. Constitución Nacional, artículo 31, ordinal 3º.

El volumen actual de las actividades comercio-industriales hace que determinadas personas ejerzan actividades temporales, esporádicas o eventuales en jurisdicción de distritos donde no mantienen oficinas administrativas y, en ocasiones, ni siquiera personal fijo. Los concejos municipales ante el creciente número de este tipo de operaciones han, en su mayoría, introducido un nuevo sujeto pasivo del impuesto sobre patente de industria y comercio, que es el denominado "Contribuyente Transeúnte"; calificación dentro de la cual se incluyen aquellas personas que ejerciendo, en criterio de los entes locales, actividades en jurisdicción de un determinado distrito, no cumplen con los requisitos de los "Contribuyentes Residentes". Mediante el presente trabajo se tratará de delimitar, en la medida de lo posible, el carácter de tal "Contribuyente Transeúnte" y establecer si existe o no extralimitación o desborde de la atribución constitucional cuando un Concejo califica a determinadas personas como tales "Contribuyente Transeúntes".

Para una mejor comprensión del planteamiento propuesto es necesario delimitar las competencias entre el poder tributario nacional y el poder tributario municipal; analizar el llamado Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio y cuál es su ámbito de aplicación; cómo surge y cuál es el sentido de la figura del "Contribuyente Transeúnte"; para por último, establecer algunas consideraciones al respecto. Cada uno de los aspectos señalados conformará un capítulo separado del presente estudio.

I. DELIMITACION DE COMPETENCIAS ENTRE EL PODER TRIBUTARIO NACIONAL Y EL MUNICIPAL

Poder financiero es la facultad que tiene el Estado de establecer su sistema de ingresos y egresos. La base de sustentación de dicho poder es en un primer momento la soberanía. *Grosso modo*, la soberanía es toda la serie de cualidades del poder que corresponden al Estado, para el cumplimiento de sus fines. Así, pues, el poder financiero es la expresión de la soberanía, como atributo del Estado, que permite a éste crear un sistema general de ingresos y gastos. Junto a este concepto está el de supremacía financiera, que alude a los órganos que tienen la atribución de ejercer el poder financiero.³

3. Sobre este aspecto es necesario aclarar que no existe una uniformidad terminológica ni conceptual. El problema se plantea en el plano formal al tratar de establecer si se trata de un poder financiero o de una potestad. Dependiendo de la escuela doctrinaria que se acepte, cambiarán los términos. En cuanto, al fondo del asunto, la idea que informa la cuestión es básicamente la misma: la posibilidad que tiene el Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes bajo su jurisdicción. He adoptado la terminología que a mi juicio aclara más la situación sin que ello deba entenderse como rechazo de las otras... ..

Como parte del poder financiero existe el poder tributario que es la facultad del ente dotado de supremacía tributaria para crear o establecer el tributo. El concepto de supremacía o competencia tributaria no hace sino expresar el clásico principio de legalidad del tributo, consagrado en el artículo 224 de nuestra Constitución Nacional.

El principio de legalidad tributaria supone un reparto de competencias entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, el primero como creador de leyes y tributos y el segundo, como ejecutor de normas jurídicas tendientes a la recaudación (eventualmente coactiva) de los tributos y de la política tributaria creada por el Poder Legislativo. Este reparto de competencias surge dentro de una determinada jerarquía normativa, en el orden general de la legalidad y hace posible hablar, en consecuencia, de un poder tributario originario y de otro derivado: el primero es el que ejerce el Estado directamente y el segundo el que corresponde a otros entes del Estado.⁴ Un examen del texto constitucional permitirá establecer quién puede crear impuestos mediante la aplicación directa de la Constitución y quién de manera mediata. Aún más, habrá que determinar qué entes que no tienen facultades para crear el impuesto, sí la tienen para recaudarlo.

El artículo 136, Ordinal 8º, de la Constitución Nacional establece que es competencia del Poder Nacional: "La organización, recaudación y control de los impuestos a la renta, al capital y a las sucesiones y donaciones de las contribuciones que gravan la importación, las de registro y timbre fiscal y las que recaigan sobre la producción y consumo de bienes que total o parcialmente la ley reserva el poder nacional, tales como la de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas; las de minas e hidrocarburos y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidos a los Estados y a los Municipios, que con el carácter de contribuciones nacionales creare la ley".

Por otro lado, el artículo 25 de la Constitución establece que: "Los municipios constituyen la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional". Según la tradición histórica y la evolución de los municipios en nuestro medio, éstos han sido siempre la expresión jurídica suprema de las comunidades locales, dotados de una autonomía que comprende, de acuerdo al artículo 29, Ordinal 3º, "la

4. Como acertadamente expresa Ezra Mizrahi C., en su estudio "Los ingresos tributarios de la municipalidad del Distrito Federal —régimen legal. Publicado en el Volumen III del *Estudio sobre Caracas*, publicaciones de la Gobernación del Distrito Federal, Caracas, 1968. "La distinción entre poder tributario originario y derivado no puede vincularse a la soberanía sino que es forzoso, referirla, en cada país, a la organización constitucional, al reparto de atribuciones que haya hecho el constituyente".

creación, recaudación e inversión de sus ingresos", con lo cual les está dado un amplio poder de creación de tributos; pero, con las limitaciones que la propia Constitución les impone.

El artículo 31 de la Constitución, indica los ingresos que tendrán los Municipios y, en el Ordinal 3º, se establecen como tales, entre otros, las patentes sobre industria y comercio.

Ahora bien, la creación y recaudación de este tipo de impuesto tiene una doble limitación, una, la que expresa la propia Constitución en el Ordinal 8º del artículo 136, es decir, que no se invada la competencia atribuida al Poder Nacional; y otra, que resulta implícita, de que el impuesto municipal no menoscabe la recaudación del tributo nacional, en el sentido que aún siendo válido y legal el impuesto municipal no debe afectar el ingreso previsto a nivel nacional, acceder en o contrario sería decretar la "quiebra" del sistema impositivo nacional.

El impuesto municipal no solamente debe cumplir con el requisito de no confiscación previsto en el artículo 102 de la Constitución, sino que no debe llegar a afectar el monto del impuesto nacional. Así, en un sistema como el nuestro donde se permite a efectos del cálculo del Impuesto sobre la Renta, la deducción de las contribuciones municipales pagadas, éstos no deben tener una cuantía tal que puedan afectar el monto de aquél.

Aun cuando parezca obvio, lo que se quiere dejar claramente expresado es la delimitación entre la competencia tributaria del poder nacional y la del municipio. Además, es necesario establecer cuál será el ámbito de aplicación de una determinada norma tributaria municipal en cuanto a su aspecto espacial o territorial.

El artículo 25 de la Constitución Nacional, dispone:

Los Municipios constituyen la unidad política primaria y autónoma, dentro de la organización nacional...

Por su parte, el artículo 3º, primera parte, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, al desarrollar la norma constitucional, expresa:

El Municipio constituye la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional establecida en una extensión determinada del territorio...

Resulta claro que el Municipio no puede actuar o ejercer su poder tributario sino dentro del ámbito de la jurisdicción o demarcación territorial que se le ha atribuido. Es un principio general y fundamental en

el Derecho Tributario, el que la legislación impositiva, cualquiera que sea la materia regulada, tiene vigor y se aplica en el territorio bajo potestad del legislador, sin más limitaciones que las derivadas del ordenamiento constitucional o legal: es lo que doctrinariamente se ha llamado "Principio de Territorialidad". La eficacia de las normas tributarias se extiende a las personas y a las cosas que se encuentran en jurisdicción del respectivo Concejo Municipal; así como también, a los hechos jurídicos, con o sin contenido económico, que se realizan en él.

De manera pues que, habrá que acudir en cada caso concreto a la respectiva Ley de División Territorial Estatal, para establecer cuál es la jurisdicción en la que un determinado Concejo puede ejercer su poder tributario; y, cuál exceso o extralimitación invadiría, o la jurisdicción de otro Distrito o, en el caso más grave, la competencia del poder nacional.

Sin entrar en mayores disquisiciones sobre el particular lo que interesa, en esta exposición, es llegar a comprender el "Impuesto sobre la Patente de Industria y Comercio", para así establecer cabalmente su campo de aplicación y conocer el sentido de su concepción.

II. EL IMPUESTO SOBRE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El llamado Impuesto sobre Patentes de Industria y Comercio grava la realización de actividades comerciales e industriales en jurisdicción de un determinado Concejo Municipal. Tal actividad puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas y debe tener una finalidad de lucro o remuneración. Se entiende comúnmente que una actividad es ejercida en un determinado distrito, cuando una de las operaciones o actos fundamentales que la integran o determinan ha ocurrido en su jurisdicción.⁵

Como primer punto es menester distinguir entre el pago de la patente y el pago del impuesto, que resulta una de las notas características de este tipo de tributo. Para ejercer la actividad lucrativa que genera, da lugar y constituye el hecho generador del impuesto, es necesario previamente obtener una autorización, licencia o patente de parte del Concejo Municipal. La tramitación de la solicitud y de la renovación de la patente, que debe hacerse año a año, causa el pago de una cantidad fija, generalmente determinada según el capital de la empresa o negocio, y la cual tiene todas las características de una Tasa. El impuesto, por el contrario, se paga en razón del volumen de actividades u operaciones que realice la personaje sujeta al mismo.

5. Para familiarizarse en la estructura y contenido de una Ordenanza de Patente de Industria y Comercio, véase la obra: *Derecho Tributario Municipal Venezolano*, de Germán Acedo Payares. Colección de Estudios Jurídicos N° 11. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.

La Corte Suprema de Justicia, en forma sostenida y reiterada, ha declarado que el hecho imponible o hecho generador del impuesto sobre actividades comerciales o industriales, es el ejercicio de una actividad lucrativa. El impuesto que ahora nos ocupa, tal como lo ha dejado dicho la Corte, no es un impuesto sobre las ventas, ni sobre los ingresos brutos, ni sobre el capital, porque éstos, tal como hemos visto en el capítulo anterior, son ramos de ingresos reservados al poder nacional. El hecho generador del impuesto municipal, como lo ha expresado la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de marzo de 1967 y 1º de julio de 1969, es el ejercicio de la industria o del comercio, entendidos en su cabal acepción económica. No debe, pues, confundirse ese hecho generador con la base imponible, que pueden ser las ventas, los ingresos brutos o el capital; como tampoco debe confundirse el hecho generador del impuesto con la obtención u otorgamiento por parte del Concejo Municipal del permiso, licencia, autorización o patente para ejercer la actividad lucrativa.

Ahora bien, ningún texto legislativo, a nivel nacional o municipal, ni ninguna sentencia o decisión de los tribunales ordinarios o de la Corte Suprema de Justicia, han establecido qué se entiende por actividad industrial, comercial, de índole similar o servicios conexos, que constituyen el hecho generador de impuesto municipal. Solamente, la Procuraduría General de la República, en dictamen N° 3.340, de fecha 3 de septiembre de 1965, expresó un criterio sobre el particular, limitándose a un análisis gramatical de las expresiones: comercial, industrial o de índole similar.⁶

De modo, pues, que el ejercicio o desarrollo de una actividad comercial, industrial o de índole similar, con fines lucrativos, lo que da lugar a la aplicación del llamado impuesto de patente de industria y

6. El dictamen señalado en sus partes más resaltantes señala:

"La industria en términos sencillos, «designa el conjunto de elementos que se agrupan con el fin determinado de producir o de hacer producir bienes...»; en tanto que por comercio ha de entenderse «la actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza...». ¿Cómo debe entonces entenderse la expresión «actividad de índole similar...»? Similar es, según el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*, lo «que tiene semejanza o analogía con una cosa», lo que —...— mediata o directamente puede armonizarse con ella, guardando ambas —...— sus caracteres individuales..., la similitud debe forzosamente estar informada por un elemento concurrente, esto es, la finalidad de lucro —no la percepción efectiva de éste, pues de ser así se trataría de un impuesto a la renta, de la exclusiva competencia del Poder Nacional, independientemente de la habitualidad o permanencia de la fuente; y por otro —...— que tienda directa o indirectamente a facilitar la producción o la circulación de la riqueza..., el lucro en materia comercio industrial debe entenderse como algo derivado de la especulación y de la gestión competitiva...".

comercio los ingresos, las ventas o el capital no son sino índices de la capacidad contributiva del sujeto pasivo del impuesto, que sirven para determinar la base imponible.

Conocidos el hecho generador, la materia y base gravable, queda por determinar quiénes son los sujetos pasivos del impuesto. Sujeto pasivo del impuesto será quien ejerza una actividad comercial, industrial o de índole similar, con fines de lucro y en forma habitual. Según el texto de algunas ordenanzas quien soporta la carga impositiva es toda persona natural o jurídica que sea propietaria o responsable de un negocio o establecimiento donde se ejerzan actividades comerciales, industriales o de índole similar.

Desde otro punto de vista, el impuesto como tal se paga en razón del volumen de las actividades u operaciones que realice la persona sujeta al mismo. Esto, materialmente, se plasma en una declaración de ingresos brutos que presenta el contribuyente y a la cual se aplica un determinado porcentaje, de acuerdo al género de actividades, para así fijar el monto del impuesto.

En cuanto a la aplicación del impuesto, en el capítulo anterior se ha establecido cuál es la jurisdicción donde se aplica. Ello unido al sujeto que ejerce las actividades comercio-industriales nos aclara suficientemente el ámbito territorial del impuesto. Al respecto es conveniente mencionar una decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en aclaratoria de la sentencia de fecha 5 de agosto de 1976, donde en relación a la aplicación del Impuesto de Industria y Comercio, expuso que lo importante, es "la ubicación del establecimiento comercial del contribuyente, donde éste ejerce su actividad".

III. LA FIGURA DEL "TRANSEUNTE" COMO SUJETO TRIBUTARIO MUNICIPAL

El primer comentario es que el tributo municipal sobre patente de industria y comercio configura un impuesto tanto desde el punto de vista doctrinal-teórico, como de la técnica tributaria que lo inspira.

El impuesto analizado grava el ejercicio de actividades comercio-industriales con fines de lucro. Del contenido de las diversas Ordenanzas existentes se desprende que opera sobre el comercio, la industria, los servicios, oficios, negocios o cualquier actividad lucrativa llevada a cabo o que se ejerza en jurisdicción de un determinado distrito. Tal como se expresa, acertadamente, es un impuesto de tipo real y directo: lo primero por cuanto no tiene como fundamento el aspecto subjetivo de la capacidad contributiva, sino que se basa en el ejercicio de una actividad

lucrativa; y, lo segundo en cuanto grava una actividad lucrativa como manifestación inmediata de la riqueza.⁷

Lo anterior resulta importante porque esa naturaleza de impuesto de tipo real y directo, va a determinar el campo de aplicación en cuanto al sujeto pasivo.⁸

Por excelencia el contribuyente a efectos del pago del impuesto que nos ocupa es toda persona natural o jurídica que de una manera habitual y con finalidad de lucro, lleva a cabo actividades comerciales, industriales o índole conexas.

El análisis del contenido normativo de cualquier ordenanza de patentes de industria y comercio, nos lleva al convencimiento de que la realización de las actividades gravadas está unida al cumplimiento por parte del contribuyente de toda una serie de obligaciones o deberes que aparecen a primera vista como extrañas al tributo mismo. Por ejemplo, es necesario obtener previamente una autorización, licencia o patente para el ejercicio de actividades lucrativas; la patente o licencia debe ser colocada en un lugar visible del establecimiento o local desde el que se lleve a cabo la actividad; en general cada establecimiento necesitará de una licencia; se exige el cumplimiento de las previsiones de zonificación y urbanismo, así como también las de salubridad, higiene, moralidad, seguridad e interés social y cultural, todas estas obligaciones, como se desprende lógicamente de ellas, suponen la existencia de un establecimiento o local. Existen obligaciones especiales cuando se quiere trasladar el establecimiento o local; la expedición de la patente otorga el derecho de efectuar actividades dentro de un horario determinado, en el sentido de mantener abierto el establecimiento. Cuando por otro lado, analizamos las sanciones que puede imponer el Concejo por el incumplimiento de las previsiones de la Ordenanza, encontramos la del cierre temporal y clausura del establecimiento; así como también, multas por no exhibir en lugar perfectamente visible del establecimiento la licencia o autorización.

Lo que se quiere recalcar es que siempre y en todo caso existe una referencia a un establecimiento o local, desde el cual se ejerza la actividad; es decir, se da la idea de una cierta permanencia o residencia en una determinada jurisdicción.

De lo que se ha podido extraer de la lectura de diversas ordenanzas municipales, el ejercicio de las actividades lucrativas puede ser permanente o habitual, eventual y ambulante. En cuanto a los contribuyentes

7. Véase Manuel de Juano: *Curso de Finanzas y Derecho Tributario*. Tomo II. Ediciones Molachino, Rosario, República Argentina, año 1971.

8. Recuérdese que he dicho anteriormente que existe el impuesto sobre actividades comercio-industriales y la patente, licencia o autorización para el ejercicio de la actividad, cuyo pago configura una Tasa. Nos referimos aquí al primero de ellos.

las diversas ordenanzas los califican como residentes y transeúntes. Ahora bien, aparece meridianamente claro que el ejercicio de actividades lucrativas de manera permanente o habitual, eventual y ambulante, dan la idea de residencia en un lugar o jurisdicción determinada; aun para el supuesto del comercio ambulante, no cabe duda que la persona que lo ejerce al momento de llevarlo a cabo está físicamente dentro del ámbito territorial de un determinado Concejo Municipal, lo mismo sucede en el caso del comercio eventual. En todo caso se cumplen con los supuestos de hecho del impuesto: 1) se ejerce una actividad lucrativa, y 2) los actos que la generan se efectúan en jurisdicción del distrito.

Por ello la clasificación de los contribuyentes es acertada: residentes los que ejercen actividades lucrativas de manera permanente o habitual; transeúntes los que ejercen dichas actividades de manera esporádica, eventual o ambulante.

En general, se conceptúa como contribuyente residente a la persona natural o jurídica que sea propietario o responsable de un establecimiento industrial, comercial y de servicios, que ejerza una actividad lucrativa. Para establecer tal cualidad, se toma en consideración el domicilio del contribuyente, el establecimiento de sucursales o agencias, tener oficina en jurisdicción del distrito, etc. La idea básica es el inmueble, establecimiento o local, como punto de partida de la calificación.

El contribuyente transeúnte es aquella persona natural o jurídica que ejerce una actividad lucrativa por un período de tiempo determinado, para una obra determinada o por servicio temporal y aquellos que no cumplan con los requisitos exigidos a los contribuyentes residentes. El matiz dado al concepto no desvirtúa el carácter de residencia, será transeúnte, por ejemplo, el buhonero o comerciante de ferias que ejerce eventualmente actividades lucrativas en una jurisdicción municipal, pero ello no desvirtúa el hecho de la residencia o permanencia física en el distrito; por otra parte, aparece como excesivo y arbitrario el que cuando un contribuyente residente no cumpla con los requisitos que exige la ordenanza se le califique como transeúnte, maxime se hará acreedor a las sanciones que se establezcan en el ordenamiento municipal, pero no podrá variarse su calificación dentro de una categoría específica de contribuyentes.

Esta figura del "Contribuyente Transeúnte", como ya dije al inicio de esta colaboración, es de reciente aparición o formulación en ciertos, aunque no pocos, ordenamientos locales.

La figura del "transeúnte" surge como una medida, apropiada en algunos casos, para gravar a determinadas personas o empresas que rea-

lizan obras de construcción o infraestructura en jurisdicción de un determinado distrito. Tales obras en ocasiones se prolongan por períodos inferiores a un año o en todo caso no se estiman como permanentes. Venía sucediendo que las empresas o personas contrataban personal en la localidad y mantenían, en ocasiones dentro de la propia obra, una pequeña oficina. Los concejos municipales estimaron que, aun cuando no domiciliados en su jurisdicción, ejercían una actividad gravada con el impuesto de industria y comercio e idearon la figura del "transeúnte" para lograr ingresos tributarios en tales supuestos.

Lo que no se puede aceptar es que con la calificación de una persona como contribuyente transeúnte, se pretenda gravar a personas naturales o jurídicas no domiciliadas ni residentes en jurisdicción del distrito donde se pretende aplicar el tributo.

Un análisis de la legislación tributaria aplicable en Venezuela, hace resaltar que el único caso conocido de una ley impositiva donde se regula la figura del transeúnte, es la Ley del Impuesto sobre la Renta. En realidad, la cualidad de transeúnte no es más que una categoría de orden fiscal, puramente práctica, para diferenciar a determinados sujetos que ingresan al país, con la finalidad específica de efectuar negocios en Venezuela y tal calificación se la atribuye al tipo de visa de su pasaporte.

Ahora bien, tal regulación es válida para el Impuesto sobre la Renta, dado que el mismo grava la producción de la renta en el país, independientemente del domicilio o nacionalidad del contribuyente. Pues bien, si como hemos visto el Impuesto de Patente de Industria y Comercio grava el ejercicio de una actividad comercial o industrial, realizada en jurisdicción de un determinado distrito, y sabiendo que lo que lo genera o da lugar al nacimiento de la obligación tributaria es el ejercicio de tales actividades, no puede el legislador municipal, bajo pretexto de determinar la base imponible del impuesto, utilizar elementos extraños al presupuesto de hecho o hecho generador del impuesto, establecido en la ordenanza. No sería constitucionalmente válido crear un impuesto cuyo hecho generador fuese la residencia en la jurisdicción del Municipio. Esto es precisamente lo que se ha hecho, variando el hecho generador del impuesto, establecer como elemento del mismo el tránsito en jurisdicción del distrito.

Por otro lado, la figura del transeúnte presupone la permanencia física que en el caso de compañías o sociedades, no puede ser determinada sino cuando las mismas tengan oficinas o establecimientos, aun cuando no estén identificados, en la localidad.

La calificación de "transeúnte" de determinadas personas esta prevista de manera genérica en la Ley de Extranjeros y su Reglamento;⁹ en todo caso, el sentido que se le da a tal vocablo es el opuesto a domiciliado. De allí que la Ley de Impuesto sobre la Renta tomara su acepción en el mismo sentido.

Lo que se quiere dejar claro es que a efectos de la calificación de los contribuyentes municipales poco importa, a nuestro juicio, que sean considerados como residentes o transeúntes, porque ambas denominaciones sugieren la estada o permanencia en un lugar determinado. Lo que calificará a unos y otros será la forma como ejercen la actividad lucrativa; si es permanente o habitual, eventual o ambulante. En todo caso tanto el contribuyente residente propiamente dicho, como el transeúnte, son residentes y ejercen actividades comercio industriales en una jurisdicción definida.

Lo que han tratado los municipios es pechar a personas, que no pueden ser catalogadas como residentes en un distrito, por el simple hecho que incidentalmente o indirectamente el producto de su actividad (gravada en su respectiva jurisdicción) repercute en la jurisdicción de un distrito vecino, creyéndose éste con el derecho de imponer su poder tributario.

De lo expuesto parece desprenderse la idea de que el concepto de "Transeúnte" como calificación de ciertos contribuyentes municipales, es totalmente innecesaria e inútil. La creación no ha sido sino un medio puesto al alcance del municipio para dar satisfacción a su voracidad fiscal. Sin embargo, de mantenerse dentro de ciertos límites el concepto sería aceptable por inocuo; pero, cuando basado en él se trate de gravar personas que no ejercen actividades lucrativas en jurisdicción de un determinado distrito, su concepción es intolerable.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión de todo lo expuesto hasta ahora, podemos llegar a una serie de consideraciones en relación al problema que nos ocupa, fundamentalmente a estimar que en determinadas situaciones la calificación de ciertas personas como transeúntes resulta violatorio de los principios y normas que rigen y delimitan la actividad tributaria municipal.

9. Ley de Extranjeros, del 31 de julio de 1937, artículos 3º; 27; 32, párrafo único, y 56. Reglamento de la Ley de Extranjeros, del 7 de mayo de 1942, artículos 1º; 4º; y 8º.

La primera consideración es que el municipio goza en Venezuela de un poder tributario originario, que no tiene más limitaciones que el establecido por la competencia atribuida constitucionalmente al poder nacional y la establecida en razón del territorio por la respectiva Ley de División Territorial.

Ello hace que el municipio en ejercicio de su poder tributario deba adecuarse a los lineamientos, principios y preceptos que rigen la creación del tributo. Deberá cumplir con el principio de legalidad establecido en el artículo 224 de la Constitución Nacional y con lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.¹⁰

Dentro del ejercicio del poder tributario le está atribuida al municipio la facultad de crear su propio sistema de ingresos y en particular la de crear y recaudar determinados tributos, entre los que destaca el llamado de Patente de Industria y Comercio. Este tributo en cumplimiento del elemental principio de legalidad, debe establecerse mediante ley (entendida como Ordenanza), que debe contener la determinación de la materia gravable, la cuota exigible, los sujetos pasivos y, fundamentalmente, "el modo y término en que se causa la cuota o se hace exigible"; es decir, debe indicar claramente cuál es el hecho generador del tributo. En su momento expresamos cuál era el hecho generador del Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio, reforzando nuestro aserto con decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular. De manera pues, que tal hecho generador no puede ser variado y no puede estimarse válido, ni legal ni constitucionalmente, el hecho de que una ordenanza modifique el hecho generador o supuesto de hecho del tributo por cuanto ello modificaría la naturaleza del tributo, convirtiéndole en cualquier otro tipo de tributo pero no en un impuesto sobre las actividades comercio-industriales; y, ello será aún más inaceptable en la medida en que la modificación de la naturaleza del tributo, lo convierta en uno de los que son competencia exclusiva del poder nacional.

Creo haber dejado claramente expresado que la calificación de "transeúnte" a determinadas personas con la finalidad de someterlas al pago de impuesto sobre Patente de Industria y Comercio pareciera como innecesaria y que, desde un punto de vista meramente formal podría aceptarse. Lo que sí resulta inaceptable, es que bajo tal esquema se trate de gravar a personas no domiciliadas ni residentes en un distrito y que,

10. Debemos llamar la atención sobre el hecho de que el Código Orgánico Tributario, que entra en vigencia el próximo 2 de febrero de 1982, declara inaplicable en materia tributaria el artículo 45 citado. Sin embargo, la normativa orgánica mencionada, mantiene el principio aun cuando no de manera expresa.

en consecuencia, mal pueden ejercer actividades en esa determinada jurisdicción local.

El propio concepto de transeúnte resulta lo suficientemente ambiguo como para incluir en él a cualquier tipo de persona natural o jurídica. Transeúntes, a nuestro juicio, serían aquellos que de una manera eventual, transitoria, esporádica o discontinua ejercen una actividad en jurisdicción de un distrito. Pero quien no está domiciliado, residenciado o físicamente presente en un distrito, no puede ni válida ni legalmente ser sujeto pasivo de un impuesto, sin haber incurrido en la verificación del acto jurídico o económico con relevancia jurídica que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria.

**DERECHO
INTERNACIONAL**

LA CONTRIBUCION DE DON ANDRES BELLO A LA FORMULACION DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN AMERICA

ISIDRO MORALES PAÚL

SUMARIO

I. Carácter objetivo del análisis. II. La doctrina de los publicistas como fuente del Derecho Internacional en América. III. El marco histórico. 1. Bello y su época. 2. El Derecho Internacional "Europeo". IV. La posición de Bello. V. El derecho público uniforme en América. VI. La política internacional americana autónoma. VII. Los instrumentos de la política exterior. VIII. Bello y los principios del Derecho Internacional en América. IX. El maestro se manifiesta partidario inequívoco del principio de autodeterminación de las naciones. X. El maestro aporta su pensamiento claro y preciso enfrentándose a las ideas internacionalistas de su época y sustentado la fundamentación del principio fundamental de no intervención. XI. Bello indaga y analiza el contenido y límites del concepto de denegación de justicia, consciente de constituir frecuentes pretextos para tratar de justificar la intervención diplomática y militar, por parte de las naciones poderosas. XII. Relaciones comerciales. XIII. El mar y su apropiabilidad. XIV. El régimen de reclamaciones extranjeras. XV. Bello aporta una importante y destacada contribución a la elaboración de los principios del derecho de la neutralidad. XVI. El individuo y el Derecho Internacional. XVII. Bello y el derecho de asilo. XVIII. Resumen y conclusiones.

I. *Carácter objetivo del análisis*

1. El estudio del aporte de don Andrés Bello como internacionalista exige del investigador un esfuerzo sistemático de análisis en los diversos campos de actividad humana en los cuales el maestro desplegó su incesante devenir: como funcionario de las Embajadas de Venezuela, Colombia y Chile en Londres, como maestro de Derecho de Gentes en Santiago de Chile, como autor de sus Principios de Derecho de Gentes (posteriormente de Derecho Internacional), como Subsecretario de Relaciones Exteriores en la Cancillería chilena, como senador sirviendo

de guía en la política legislativa, como autor de notas y exposiciones del citado Despacho, como columnista en los artículos publicados en *El Araucano*.

2. Su influencia en la Política Exterior chilena, en la identificación y colaboración de los principios y normas de Derecho Internacional a ser aplicados frente a los países europeos, y en las normas de particular aplicación entre los países latinoamericanos, constituye hecho cierto e indubitable a los ojos de sus más celosos críticos.

3. Pero ese examen tiene que estar revestido de la más estricta objetividad. El crítico tiene que ser juez exigente al escrutar y ponderar las realizaciones y aportes de otros seres humanos. Y ese juicio crítico tiene que ser particularmente severo cuando se trata del hombre cuya prominente conducta tiene mil fuentes de estímulo al juicio laudatorio.

4. Sin embargo, el maestro Bello pertenece a ese escaso grupo de seres privilegiados que forman parte de la historia sin necesidad de remilgos. Su aporte a la política internacional americana ha sido ponderada por los más exigentes analistas.

II. *La doctrina de los publicistas como fuente del Derecho Internacional en América*

Es necesario destacar como premisa indispensable en el proceso de análisis del pensamiento internacional del maestro, el papel que corresponde a la doctrina de los publicistas en la formación del Derecho Internacional en América.

Es bien sabido que la doctrina se encuentra, a nivel internacional, relegada a una posición subalterna. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia le asigna únicamente el carácter de un *método subsidiario, de naturaleza auxiliar*.

En épocas recientes, sin embargo, "la doctrina emerge de sus cenizas"¹ y recobra una posición importante en el proceso de formación del Derecho Internacional.

En todo caso, la doctrina continúa cumpliendo las tres tareas fundamentales que identificó Schwarzenberger: a) El análisis y la sistematización primeramente; b) La interpretación funcional después y la crítica, incluyendo la planeación constructiva, como remate.²

-
1. C. Sepúlveda: *Las fuentes del Derecho Internacional Americano*. Edit. Porrúa, México, p. 72, 1975.
 2. G. Schwarzenberger: *The inductive approach to International Law*. London, p. 477, 1965.

El valor de la doctrina como ha dicho el maestro Sepúlveda³ "depende de la oportunidad en que se expide, la categoría del autor, los principios que engendra, de la institución a la que se refiera y de la continuidad con que se siga".

En América Latina, en todo caso, ha sido reconocida la influencia determinante de la doctrina en la formación de las normas internacionales. "En el continente americano se dan en forma óptima las condiciones para que la doctrina florezca y se traduzca en norma jurídica".⁴

Pues bien, como se evidencia en estas páginas, el aporte doctrinario del maestro Bello a la formación e identificación del Derecho Internacional en América *constituye el primer conjunto de ideas de carácter sistemático, congruente, destinado a la formulación de los principios del Derecho Internacional en el área.*

La influencia doctrinaria del maestro se proyectó tanto en la Cancillería chilena, como en el pensamiento de sus discípulos tanto en el ámbito universitario como en los lineamientos de la política y el derecho internacional en América.

III. *El marco histórico*

Si es evidente a todas luces "el carácter esencial y radicalmente histórico que posee *toda norma jurídica positiva*",⁵ tanto más lo es el examen del pensamiento de un importante contribuyente a la formulación de los principios fundamentales del Derecho Internacional en una época determinada. Todavía más, el propio Derecho Internacional sólo es comprensible, "a condición de no prescindir de su consideración histórica".⁶

El examen crítico de las ideas y puntos de vista de don Andrés Bello sobre la Política y del Derecho Internacional sólo pueden y deben ser examinados en el marco histórico-político en que le tocó vivir y actuar, en el marco de las relaciones internacionales de su época y teniendo en cuenta la posición relativa de Venezuela inicialmente y luego de Chile, su patria de adopción, en el concierto de las naciones de su época. Con toda razón De Visscher ha dicho⁷ que "es absolutamente preciso para el jurista sumergir o empapar las instituciones jurídicas en

3. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano, ob. cit., p. 73.*

4. *Ibid., p. 76.*

5. F. Sánchez-Apellaniz: *Sobre el sentido del Derecho Internacional*. Symbolae-García Arias, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, p. 127, 1973-74.

6. *Ibid., p. 127.*

7. *Teoría y realidades en Derecho Internacional Público*, citado por F. Sánchez Apellaniz. *Ibid., p. 129.*

el medio social donde han nacido y donde viven y todo el contenido de la obra es una aplicación y, a la vez, la prueba de lo bien fundado de su aserto".

Conscientes de esa realidad, eminentes internacionalistas la han estudiado pormenorizadamente. *El Tiempo de Londres* y las fuentes de la obra internacional de Andrés Bello (F. Murillo Rubiera), las fuentes del Derecho Internacional de Bello, de su período londinense, la experiencia y los estudios (E. Plaza Alfonso),⁸ el Derecho Internacional en los años londinenses de Andrés Bello (H. Gros Espiel), etc.

1. *Bello y su época*

El análisis de "la situación del Derecho Internacional Público en la época de Bello y especialmente el estudio" de las principales características del Derecho Internacional en los años 1810-1829, efectuados "a través de lo que resulta de la práctica entonces vigente, de los grandes problemas políticos de esos años, de la forma en que fueron encarados y resueltos y de las más importantes corrientes doctrinarias que entonces se manifestaron", ha permitido identificar el marco jurídico internacional en las épocas que lo antecedieron como el vigente en la época en que le tocó actuar al maestro.

La apreciación general de las relaciones internacionales y sus efectos en el campo jurídico, nos revela lo siguiente:

a. En la Edad Media el concepto de *equilibrio* político como lo señala A. Herrera Rubio,⁹ era "el principio general que sirve de punto de partida, durante la Edad Moderna, a todas las guerras, a todas las negociaciones diplomáticas. En nombre de ese principio se concluyen las alianzas y las coaliciones. Los repartos territoriales y las declaraciones de guerra trataron de apoyarse en el equilibrio europeo. A mantener este equilibrio, siempre inestable y siempre comprometido, se consagra toda la política internacional de los siglos XVII y XVIII. Este principio fue también invocado para justificar todas las ambiciones, las usurpaciones y las violaciones del derecho de gentes".

En esa época se realiza la *primera reunión de carácter internacional* entre Estados, con motivo de la discusión y suscripción de los Tratados de Westfalia¹⁰ que pusieron fin a la guerra de los treinta años,

8. *Bello y el segundo Congreso del Bicentenario*. London, Fundación La Casa de Bello, Caracas, pp. 243 y 263, respectivamente, 1981.

9. *Derecho de Gentes (Introducción Histórica)* Graf. A. Martín, Valladolid, p. 98, 1979.

10. En realidad se firmaron tres Tratados: dos en Munster, el 30 de febrero de 1648, entre España y los Países Bajos y entre Francia y el Emperador de Alemania y otro en Osnabruck entre Alemania y Suecia, estos dos últimos en octubre de 1648.

todo lo cual es considerado por alguna doctrina *como el punto de partida del derecho de gentes*.¹¹

Se produce igualmente, el valioso aporte doctrinario de Hugo Cornets de Groot (Hugo Grocio, 1583-1654) considerado por alguna doctrina como "fundador de la ciencia jurídica internacional, galardón hoy en día inequívocamente reivindicado en favor de los teólogos-juristas de la escuela española del siglo XVI, encabezados por el dominico Fray Francisco de Vitoria, desde su cátedra de Prima Teología de la Universidad de Salamanca."¹²

La obra de Grocio, quien a los 16 años era ya doctor en Jurisprudencia,¹³ *De iure belli ac pacis*, hasta el siglo XVIII fue considerada como el *Código de derecho de gentes europeo*. Se le ha criticado el haber restringido el enfoque *intergentes* sustentado por Vitoria para acercarse a la concepción *ius inter homines* sustentada por Menchaca.¹⁴

Sin embargo, el aporte principal de Grocio radica en "la asombrosa plenitud y profundidad con que trata las cuestiones —aún las más remotas— del derecho internacional".¹⁵

Entre los discípulos de Grocio se encuentran partidarios tanto de la escuela iusnaturalista¹⁶ que considera el derecho de gentes como una expresión del derecho natural, como de la escuela positivista que circunscribe el derecho internacional al contenido de los tratados y de la costumbre.

b. El siglo XVIII se caracterizó por ser la época en que el *Derecho de Gentes adquiere personalidad propia, autónoma*, distinguiéndose del Derecho Natural con el cual se había mantenido confundido en los siglos XVI y XVII.¹⁷

c. Como lo ha analizado con abundancia de elementos de juicio Gros Espiel,¹⁸ entre 1810 y 1829 (siglo XIX), el Derecho Internacional continúa siendo con algunas precisiones, "*una creación básicamente europea, fruto en esencial de la acción política y doctrinarias de los Estados de Europa y de los Juristas de estos países*. Estaba dirigido, después

11. A. Nussbaum: *Historia del Derecho Internacional*. Edit. Rev. Dcho. Priv., Madrid y Aguilar Navarro. Dcho. Int. Público, Vol. II, p. 72.

12. L. García Arias: *Adiciones a la Historia del Derecho Internacional*, de A. Nussbaum, *ob. cit.*, p. 384.

13. G. Stadtmuller: *ob. cit.*, p. 151.

14. A. Herrero Rubio: *ob. cit.*, III.

15. G. Stadtmuller: *ob. cit.*, p. 153.

16. A. Herrero Rubio: *ob. cit.*, p. 112.

17. H. Gros Espiel, p. 347.

18. H. Gros Espiel, p. 347.

del fin de la epopeya napoleónica, y como consecuencia de la reorganización de Europa que se abrió con el Congreso de Viena, a resolver sus problemas internacionales para lograr, mediante fórmulas del tipo del llamado *equilibrio europeo*, que se formula y vuelve a aplicar entonces, la convivencia más o menos armónica y a solucionar las cuestiones que a Europa se le planteaban como resultado de su proyección universal y de su acción colonial.¹⁹

Ese Derecho Internacional constituyó lo esencial del *Derecho Internacional Clásico* que, como lo observó Truyol y Serra²⁰ permaneció en vigor hasta la Primera Guerra Mundial. A partir de 1810 se consolida el denominado *Sistema Continental o Napoleónico* (1803-1805) proyectado a la formación de una Confederación de Estados europeos bajo la supremacía absoluta de Francia.²¹ La época napoleónica se caracterizó por la imposición de un *sistema imperialista* donde se utilizaron las concepciones tradicionales del Derecho Internacional para tratar de justificar todo género de abusos y atropellos, como fue el asesinato de mil prisioneros turcos "por no disponer de medio alguno para transportarlos".²²

La reunión del Congreso de Viena (septiembre de 1814 hasta junio de 1815) después de la derrota napoleónica en Waterloo (18 de junio de 1815), reflejó "el ansia por una ordenación jurídica internacional" en base al antiguo derecho internacional "que habría de servir de barrera contra cualquier nuevo abuso de la fuerza".²³

Se restablece el viejo sistema de equilibrio de potencias verdadero y perdurable, donde las máximas competencias están atribuidas a Rusia, Prusia, Austria e Inglaterra.

En todo caso, el siglo XIX se caracteriza por una *expansión del Derecho Internacional*, especialmente "por un firme *aumento y progreso* de las normas internacionales"²⁴ evidenciada por una enorme multiplicación de los Tratados de carácter no político.

Es conveniente recordar que en el siglo XIX las *relaciones internacionales* se limitaban a *un número escaso de dominios*, tales como relaciones diplomáticas, alianzas militares, relaciones en tiempo de gue-

19. *La Sociedad Internacional*, Alianza Universidad, Madrid, pp. 30-33, 197-i.

20. *Ibid.*, pp. 30-33.

21. G. Stadtmuller: *Historia del Derecho Internacional Público*, Edit. Aguilar, Madrid, p. 223, 1961.

22. G. Stadtmuller: *ob. cit.*, p. 224.

23. *Ibid.*, *ob. cit.*, p. 229.

24. A. Nussbaum: *ob. cit.*, p. 209.

rra, libertad de navegación, circulación de personas, intercambio de mercancías.²⁵

2. *El Derecho Internacional "Europeo"*

Al propio tiempo ese derecho se aplicaba efectivamente "*casi en forma exclusiva entre Estados Europeos*, en razón del interés común que los ligaba en esos dominios, y asimismo, en razón del peso efectivo que esos Estados han ejercido al menos hasta el comienzo de nuestro siglo sobre la comunidad internacional entonces existente".²⁶

Era un Derecho Internacional esencialmente europeo, un conjunto de normas y de principios que regulaba la convivencia internacional de los Estados de Europa, en lo que se llamó "el sistema Europeo" y después de 1815 "el Concierto Europeo".²⁷

Por otra parte, los mismos sustentadores doctrinarios de ese Derecho, lo consideraban aplicable "sólo a las naciones que se encuentran aproximadamente en el mismo grado de cultura y de progreso". De esa premisa fundamental derivaban como lógica consecuencia, que ese Derecho Internacional de Europa "no puede regular las relaciones de las naciones civilizadas con los pueblos salvajes o semibárbaros —como lo expresó inequívocamente el tristemente célebre profesor ruso F. de Martens—,²⁸ quien fuese posteriormente Presidente del Tribunal Arbitral entre Venezuela y Gran Bretaña en 1899". De Martens, profesor de la Universidad de San Petersburgo y Consejo de la Cancillería Imperial rusa, llegó al cinismo de afirmar que sólo "la fuerza palpable e imperiosa es capaz de hacerlos (a los pueblos bárbaros) ceder ante el derecho de otros. Mientras sea imposible encontrar en los pueblos bárbaros la conciencia de los deberes internacionales, será difícil convencerlos de la necesidad de las relaciones constantes y amigables con las naciones extranjeras".

Todavía para 1873, oportunidad en que se creó el Instituto de Derecho Internacional como lo destacó el maestro Valladao, "era un Derecho Internacional europeo individualista, incluso, de las grandes potencias, de una asociación o de un club privado, el de la familia europea, cerrado a los pueblos de otros continentes no cristianos, no civilizados, poniendo de relieve como ya en el siglo XIX en América Latina, los nuevos Estados que habían obtenido su independencia sobre la base de

25-26. H. Golsong: "Le développement du Droit International Regional". *Regionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*. Edit. Pedone, p. 221, 1977.

27. H. Gros Espiel: "Bello y el Segundo Congreso del Bicentenario". *Bello y Londres*. Fundación La Casa de Bello, Caracas, Vol. I, p. 310, 1980.

28. *Rusia e Inglaterra en el Asia Central*. Ac. Nac. de la Historia Caracas, p. 93, 1981.

principios democráticos y constitucionales los transplantaron al Derecho Internacional. Pusieron así las bases de un nuevo Derecho Internacional, americano, democrático, derecho de los pequeños Estados que consagra principios avanzados, como la condena de la guerra, la condena de la conquista y el arbitraje obligatorio".²⁹

En 1875 Heffter se interrogaba sobre la existencia de un derecho Público externo universalmente reconocido.³⁰

IV. *La posición de Bello*

Pues bien, frente a este Derecho Europeo la aportación de Bello radica en aclarar el contenido y ámbito de aplicación del Derecho Internacional. El maestro parte de una realidad indubitable: "En la república de las naciones, hay una aristocracia de grandes potencias, que es en la que de hecho reside exclusivamente la autoridad legislativa; el juicio de los Estados débiles, ni se consulta ni se respeta".³¹

La cuestión se le plantea a Bello dramáticamente al enfrentar la diversidad de problemas de política internacional como subsecretario y Asesor de la Cancillería chilena.

Como lo ha expresado Gamboa Correa, "la existencia de cuestiones no planteadas en Europa, la profesión en algunas materias, de principios abiertamente contrarios a los de allá, la reglamentación de principios internacionales que aún no lo han sido en otras partes; la realización de otros que sólo han sido teóricamente enunciados en el viejo mundo; la no aplicación en América de ciertas formas exclusivamente europeas del Derecho Internacional".³²

No pensamos, como lo demuestra el eminente bellista uruguayo Gross Espiel, que Bello sostuvo la idea de la existencia de un Derecho Internacional Americano distinto o con soluciones opuestas a las del Derecho Internacional general, "ni menos caer en el error en que incurrieron, llevados por panamericanismo ciego, formal y eufórico, tantos internacionalistas posteriores a él".³³

En realidad, la diatriba doctrinaria sobre la existencia de los derechos regionales parece haber radicalizado los puntos de vista y hasta

29. Inst. de Derecho Internacional, *Anuario*, p. 299, Vol. 52, II.

30. A. G. Heffter: *Derecho Internacional Público de Europa*. Madrid, 1875, p. 12, citado por A. Barras Rodríguez: "Perspectivas actuales de los llamados Derechos Regionales". *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, N° 5, p. 125, 1979.

31. *Obras Completas*, Tomo X, p. 21.

32. "Andrés Bello: Internacionalista", *ob. cit.*, p. 63.

33. *La influencia del Derecho Internacional de Bello durante la vida de su autor*, p. 6 (Trabajo en proceso de publicación).

cierto punto obscurecido la verdadera cuestión de fondo. La verdad es que, como lo ha destacado algún sector de la doctrina,³⁴ "esta controversia doctrinal no agota la cuestión de que las relaciones entre el hecho regional y el derecho internacional son más complejas y no se limitan a una cuestión de identidad del derecho regional. Como lo reconoció el mismo Alvarez, es necesario *distinguir el derecho regional estricto sensu y la interpretación o aplicación del derecho universal sobre un sector regional*". Por eso Rousseau distingue claramente, entre dos tendencias de regionalismo distintas, pero complementarias:

- a. Las diversidades en la aplicación del derecho, como ocurre en materia de reconocimiento, la adquisición de territorio, etc.; y
- b. La diversidad en la organización política.

La cuestión principal puede consistir en determinar en qué grado o dentro de cuáles límites debe atribuirse al particularismo jurídico que deriva el hecho regional.³⁵

La cuestión adquiere particular vivencia al constatar que "la existencia de un tal derecho particular es evidente para el derecho convencional en el que un número de normas bilaterales, regionales o multilaterales restringidas, no tienen carácter universal" como lo ha destacado acertadamente Cohen Jonelthan.³⁶

Esa realidad se evidencia en el campo jurídico con el proceso de formación de la costumbre regional, producto de un uso constante y uniforme de los Estados involucrados y que constituye "la expresión de un derecho a favor del Estado que concede al asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial".³⁷

El proceso de elaboración del derecho consuetudinario es producto del esfuerzo sistemático de "Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y jurídicos, Estados de todos los continentes. Ya no puede establecerse una norma general de Derecho Internacional en virtud del *fiat* de uno o de unos pocos o como antiguamente se pretendía mediante el consenso únicamente de los Estados europeos",³⁸ como lo señaló el Juez Lachs en su opinión disidente en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte.³⁹

34. J. C. Gautron: "Le fait regional dans la société. Internationale". *Regionalisme et Universalisme*, *ob. cit.*, p. 27.

35. *Ibid.*, p. 27.

36. "La coutume locale", *A.F.D.I.*, p. 120, 1961.

37. C. I. J. "Affaire du droit d'asile", *Recueil*, 1950, p. 276.

38. C. I. J. *Reports*, p. 227, 1969.

39. *Ibid.*, p. 227, 1969.

Con no poca frecuencia las normas jurídicas de aplicación universal tienen su origen en las normas de aplicación exclusivamente regional. Como lo señaló acertadamente Politis,⁴⁰ "nos encaminamos al universalismo a través del regionalismo". El derecho regional, agregado de instituciones, principios, reglas, doctrinas, convenciones, costumbres y prácticas propias a las situaciones de determinados Estados, constituyen efectivamente un factor positivo de elaboración de normas de derecho internacional universal o general.

Este aporte, por cuya estructuración ha sido calificado como fundador del Derecho Internacional Iberoamericano, por el doctor Rafael Caldera,⁴¹ o de la doctrina internacional en América Latina por Orrego Vicuña, está plasmado en sus Principios de Derecho de Gente,⁴² luego de Derecho Internacional, en sus artículos publicados en *El Araucano*, en la doctrina de la Cancillería chilena, etc.

Este trabajo está orientado a tratar de identificar en la medida de lo posible, el contenido específico de ese aporte.

V. *El derecho público uniforme en América*

El aporte más significativo del pensamiento de Bello estuvo orientado a la formación de un *Derecho Público uniforme de las nacientes Repúblicas Latinoamericanas*.

El análisis del Discurso del Presidente de la República (de Chile) a las Cámaras Legislativas en la Apertura del Congreso Nacional de 1841, realizado por Jorge Gamboa Correa en su prólogo del Tomo XXI de las *Obras Completas* de Bello, no deja lugar a dudas.⁴³

Los americanos, unidos entre sí por tantos lazos naturales, por una misma región, por un mismo idioma, por la identidad de sus antecedentes, por la semejanza de sus instituciones políticas, por intereses y peligros comunes, se hallan a mi juicio para el establecimiento de esta especie de federación pacificadora, en circunstancias felices que no han tenido a su disposición los pueblos del antiguo mundo. El objeto a lo menos es grandioso y benéfico y cuando no produjese los efectos que son de desear, siempre sería laudable y honroso el haberse intentado.⁴⁴

Si añadimos a este lazo el de instituciones análogas, el de una legislación que reconociese sustancialmente unos mismos principios, el de

40. N. Politis citado por J. C. Gaurón, *ob. cit.*, p. 41.

41. Andrés Bello: *Biblioteca Popular Venezolana*. Edic. Min-Educación, p. 183, 1950.

42. F. Orrego Vicuña: *ob. cit.*, p. 4.

43. Tomo XXI, p. CCII.

44. Tomo XXI, p. CCVI.

un *derecho internacional uniforme*, el de la cooperación de todos los Estados a la conservación de paz y a la administración de justicia en cada una.

En su escrito en *El Araucano*⁴⁵ se interroga: "se cree posible que se sancionen algunos puntos de derecho internacional americano y se coloca esta sanción entre las cosas de pura forma. ¿De pura forma sería, por ejemplo, el reconocimiento de la inmunidad de la bandera o de la propiedad neutral, la extradición de los reos de delitos atroces, de falsificación, de quiebra fraudulenta? ¿Sería de pura forma el establecimiento de reglas generales, que facilitasen a los litigantes de un estado la adquisición de pruebas en otro, que asegurasen a las sentencias su ejecución?"

"Las relaciones con los Pueblos Hispanoamericanos aparte del intento de una fundamentación general, orientada por Bello *hacia la creación de un Derecho Público uniforme*, se resumen de preferencia en el complejo asunto de los *intentos de unificación que se pretendía realizar por el intermedio de diversos Congresos de Plenipotenciarios de los países interesados*".⁴⁶ Proyectada la tesis del maestro tendiente a la creación de un Derecho Público uniforme hacia la realidad latinoamericana actual, es un hecho cierto que la necesidad más perentoria del Derecho Internacional en América consiste en la creación de un cuerpo coherente de normas de Derecho Internacional. Como lo ha expresado claramente, el maestro mexicano Sepúlveda: "se trata de un auténtico mosaico de relaciones particulares, un conjunto abigarrado de reglas que no llegaron a convertirse en obligatorias y un genuino amontonamiento de intentos fallidos para constituir una urdimbre legal convencional. Puede observarse que, considerados individualmente —agrega el maestro— cada uno de los países americanos no ha llegado a ratificar en promedio ni la quinta parte de todos los pactos propalados". "Se impone toda esa masa difusa de convenciones no perfeccionadas, de tentativas frustradas, todo ese barroco empalmamiento de buenas intenciones se ordenara y redujera a un cuerpo coherente, que mereciera el asentimiento general de los miembros del sistema regional, con grande beneficio al derecho internacional americano, que así cristalizaría en reglas firmes, precisas y bien establecidas".⁴⁷

45. Congreso Americano. *Obras Completas*, Tomo X, p. 613.

46. *Obras Completas*, Tomo XXI, p. XXII.

47. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*. Edit. Porrúa, México, p. 67, 1975.

VI. *La Política internacional americana autónoma*

Es necesario destacar que el esfuerzo por crear un Derecho Público autónomo en América Latina fue sostenido por Bello *pari passu* con el esfuerzo por diseñar una *política internacional americana autónoma*.

Como lo señala don Pedro Lira Urquieta: "Con toda, las grandes líneas trazadas por el maestro a la historia diplomática de Chile conservan su valor y pueden seguir sirviendo a la causa americana".

Desde el primer momento Bello imprime a la política internacional americana un sello de realismo y de prudencia que no debería abandonar jamás. Las candorosas ilusiones de los teóricos y de los políticos sentimentales quedan atrás.

Al examinar las razones que pudieron impulsar al reconocimiento de las nacientes repúblicas americanas el maestro Bello, da una muestra inequívoca de su pensamiento:

"Los Estados que nos han reconocido lo han hecho por el interés de su comercio, no por miras de amistad o benevolencia que hayan podido producir efecto alguno sensible en el éxito de la contienda".⁴⁸

Esa política internacional en todo caso, no fue de carácter aldeano ni mezquino fue, al contrario, de visión amplia, generosa, constructiva, de ámbito continental.

Su análisis exhaustivo condujo a Eugenio Orrego Vicuña a calificarla en los siguientes términos:

"Generosa, exenta de pasiones partidistas, empapada de una orientación filosófica y política de tono alto, la influencia de Bello fue fecunda y civilizadora para Chile, benéfica y ejemplar para toda América Hispana".⁴⁹

Pero la característica más destacada de su gestión orientadora en la materia radicó en un verdadero *sistema de derecho internacional*, como acertadamente lo calificó Jorge Correa.⁵⁰ Ese sistema "reflejado en sus notas y por el cual se *rigieron* las soluciones de la Cancillería a los multiformes problemas que se presentaron por los años anotados, es idéntico al que consta como propiciado por Andrés Bello en sus escritos auténticos".

VII. *Los instrumentos de la política exterior*

Bello estuvo plenamente consciente de la necesidad de estructurar adecuadamente los instrumentos y mecanismos de la política exterior.

48. Artículo publicado en *El Araucano*, 1837.

49. *El Político*.

50. *Obras Completas*. Tomo XXI, Prólogo, p. XXIII.

Por eso reformó y organizó adecuadamente la Cancillería chilena, así como el servicio exterior de la hermana República en general.

Según el decir de Gamboa Correa, Bello "llegó a la Cancillería a poner orden en todas sus actividades. Comenzó por reglamentar el trabajo en las oficinas".⁵¹

Para Bello no es posible diseñar ni sustentar la política internacional de un Estado, sin contar con el conjunto de mecanismos e instrumentos necesarios —mejor dicho, indispensables— para poder lograr ese objetivo. Por ello organizó al estilo europeo el funcionamiento de la Cancillería.⁵² Esa visión explica la múltiple actividad de Bello como Subsecretario de Relaciones Exteriores, diseñando un sistema de política y de derecho internacional, como periodista explicando en lenguaje sencillo los lineamientos generales de la política exterior, como legislador contribuyendo a formar consciencia sobre la necesidad de una actitud uniforme en materia de política exterior.

Bello, al propio tiempo, extendió sus ocupaciones a la supervisión de una administración expedita:

"Se preocupó de la organización de los archivos, de la formación de personal idóneo, de la imposición de la disciplina, de la adquisición de libros, revistas y otros materiales". Según Orrego Vicuña, "con Bello todo cambió en la Cancillería".

El orden, el método, la laboriosidad exenta de nervios se colaron en él por las viejas salas.⁵³

VIII. *Bello y los principios del Derecho Internacional en América*

Bello sostuvo la necesidad de lograr y sostener el principio de *la igualdad de los Estados*, pero se interrogó con frecuencia sobre la vigencia real de este principio.

El maestro parte, siguiendo a Vattel, de una afirmación irrefutable: "Siendo los hombres naturalmente iguales, lo son también los agregados de hombres que componen la sociedad universal. La república más débil goza de los mismos derechos y está sujeta a las mismas obligaciones que el imperio más poderoso".

Sin negar la validez del principio general, de inmediato detecta la dura realidad. El analista político, el sociólogo corrige al teorizante al comentar el editorial del *Times* de Londres en relación con la actitud abusiva de Gran Bretaña, en un incidente con el Brasil, afirma:

51. Jorge Gamboa Correa: *Andrés Bello Internacionalista*. Del Pacífico Impresores. Chile, p. 79, 1951.

52. J. Gamboa C.: *Obras Completas*, Tomo XXI, p. CCLVIII.

53. Citado por Gamboa Correa. *Ibid.*, p. CCLVIII.

"Es decir, el Estado fuerte que se cree ofendido impone al débil la pena que estime correspondiente a la ofensa, que él mismo califica de grave y que él mismo se encarga de castigar, de manera que las cuestiones entre el poderoso y el débil, el poderoso es al mismo tiempo juez y parte, a no ser que se someta, por excepción al juicio de un tercero. Tal es el estado del mundo y tal el verdadero valor de la pretendida igualdad internacional".⁵⁴

El maestro apuntó acertadamente hacia el centro de la cuestión, esto es, la necesidad de precisar el contenido y alcance del derecho de igualdad. Este punto de vista del maestro sería reiterado posteriormente por Kelsen al expresar, que "los Estados son legalmente iguales en la medida en que el derecho internacional general los trate de la misma manera, es decir, en la medida en que tal derecho les impone los mismos deberes y les confiere los mismos 'derechos'".⁵⁵

Para juzgar la certeza del juicio del maestro basta con recordar que el principio de igualdad no fue mencionado en el Pacto de la Sociedad de Naciones, así como la resistencia que impidió la incorporación de este principio a la propia Carta de Naciones Unidas, en la cual se adoptó una fórmula mucho más débil y ambigua⁵⁶ que se limita a afirmar que: "la organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros (artículo 2º, párrafo 1º)".

Como lo ha señalado la doctrina, con esta fórmula se trata de disimular el hecho de que la Carta de la Organización consagra en forma jurídica la desigualdad de sus miembros. Tanto "la composición como el procedimiento de votación en el Consejo de Seguridad vienen a consolidar la formación de un auténtico gobierno oligárquico de la sociedad internacional por las cinco grandes potencias".⁵⁷

En el ámbito latinoamericano, el principio de *igualdad soberana* de los Estados ha adquirido una importancia fundamental, constituyendo una de sus normas básicas fundamentales. Así lo evidencia el artículo 9 de la Carta de Bogotá, de acuerdo con el cual "Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes. *Los derechos de cada uno no dependen del poder de que dispongan para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia* como persona de derecho internacional", principio que ya habrá sido consagrado por el artículo 4 de

54. Tomo X, p. 32.

55. *Principles of International Law*. Hott.

56. Véase al respecto M. Seara Vázquez: *Derecho Internacional Público*. Edit. Porrúa, México, p. 95, 1981.

57. Véase al respecto E. Jiménez de Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Edit. Tecnos, Madrid, p. 107, 1980.

la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo 1933). Esta disposición evidencia el intento de profundizar debidamente en el análisis del contenido y el alcance del principio, destacando su independencia de su poder para respaldarlo, y vinculándolo a la sola existencia del Estado.

En 1970 el principio es incorporado a la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, adoptada por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.⁵⁸

De acuerdo al Relator del Comité de la Conferencia de San Francisco, el concepto de igualdad soberana de los Estados comprende los siguientes elementos: a) que los Estados son jurídicamente iguales; b) que ellos gozan de todos los derechos inherentes a la plena soberanía; c) que se respeta la personalidad del Estado, así como su integridad territorial y su independencia política; y d) que el Estado debe, conforme al orden internacional, cumplir fielmente sus derechos y obligaciones internacionales.

El aporte del maestro consiste tanto en señalar la importancia del principio y su alcance, como en destacar las dificultades que derivan de su aplicación en la realidad. Las relaciones internacionales contemporáneas ponen de manifiesto que las observaciones del maestro continúan plenamente vigentes dando la impresión de tratarse de una característica inmanente de las relaciones entre los Estados. Parece expresar la esencia del irónico adagio de que "*todos los Estados son iguales pero algunos Estados son más iguales que otros*".

IX. *El maestro se manifiesta partidario inequívoco del principio de autodeterminación de las naciones*

Considero que "la cualidad especial que hace a la nación un verdadero cuerpo político, una persona que se entiende directamente con otras de la misma especie bajo la autoridad del derecho de gentes, es la *facultad de gobernarse a sí misma*, que la constituye independiente y soberana".⁵⁹

El maestro agrega una connotación adicional al considerar esa cualidad especial —como esencial para que una *nación* goce "de verdadera personalidad en el derecho de gentes".⁶⁰

58. Véase al respecto E. Jiménez de Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Edit. Tecnos, Madrid, p. 107, 1980.

59. *Obras Completas*, Tomo X, p. 35.

60. *Ibid.*, p. 35.

Para Bello "la independencia y soberanía de una nación es a los ojos de las otras, un hecho, y de este hecho nace materialmente *el derecho de comunicar* con ellas sobre el pie de igualdad y de buena correspondencia".⁶¹

Como necesaria consecuencia de las anteriores experiencias los cambios de gobierno, golpes de Estado y militares constituyen problemas internos de la sola competencia del propio Estado. "En los casos de sucesión disputada, la nación es el juez natural entre los contendientes".⁶² "Las potencias extranjeras —afirma— no tienen para qué mezclarse en ello y deben mirar estos actos como los de una autoridad independiente que juzga y obra en materias de su competencia privativa".⁶³

De conformidad con ese razonamiento Bello sustenta la *tesis del reconocimiento de gobiernos irregulares*. Tratar con un gobierno supremo no es garantía ni reconocer su legitimidad.⁶⁴ "Por ello, y cuando un país (por efectos de la guerra civil) está desmembrado en secciones, y se entablan relaciones diplomáticas con el gobierno de una de ellas que ejerce de hecho la soberanía sobre una porción extensa de territorio, no se hace ningún agravio al otro partido por justo e indisputables que aparezcan sus títulos".⁶⁵

Los neutrales nada tienen que ver con las pretensiones, sino con la posición real.

En base a esos puntos de vista, Bello apoya la Bula de Gregorio XVI, de acuerdo con la cual la Silla Apostólica debe "manifestarse neutral en las cuestiones relativas al gobierno y soberanía que afanan frecuentemente a las naciones, dar a los que se hallan en posesión del poder supremo los títulos que les dan los pueblos a cuyo frente se hallan, considerando su autoridad como existentes de hecho y prescindiendo del derecho, es la conducta que mejor se adapta al sagrado ministerio del supremo pastor de los fieles, que no es juez competente en contiendas de esta especie".⁶⁶

Es conveniente destacar que la concepción de la autodeterminación *como un derecho* fue sustentada por el maestro en 1837,⁶⁷ época donde imperó el criterio de que se trataba de un postulado político o moral

61. *Ibid.*, p. 36.

62. *Obras Completas*, Tomo X, p. 42.

63. *Obras Completas*, Tomo X, p. 41.

64. *Ibid.*, Tomo X, p. 496.

65. *Ibid.*, Tomo X, p. 496.

66. *Obras Completas*, Tomo X, p. 565.

67. Oportunidad en que publicó sus *Principios de Derecho de Gentes*.

más que un principio jurídico.⁶⁸ Es el 12 de febrero de 1918 cuando el Presidente Wilson destaca la necesidad de respetar y hacer respetar el derecho de las pequeñas naciones, hacer triunfar sus aspiraciones a determinar su propia soberanía y sus propias formas de vida política.⁶⁹ Aún en 1920, un Comité de Juristas nombrado por el Consejo de la Liga de Las Naciones, aun cuando admitió que el principio tiene un papel importante en el pensamiento político moderno, no hay mención de él en el Pacto de la Liga y *no constituye una regla positiva del Derecho Internacional*.⁷⁰

Un análisis del concepto de Bello sobre el principio de *autodeterminación* nos pone de manifiesto que el maestro lo consideró aplicable a las Naciones, como manifestación de la facultad de gobernarse a sí mismas y no como un derecho de *los pueblos* (como conglomerado humano) tal y como aparece hoy en día consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (art. 1º párrafo 2), y desarrollo tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Ahora bien, el concepto de autodeterminación expuesto por el maestro abarca los siguientes supuestos:

- 1) El derecho de toda nación como cuerpo político a gobernarse a sí misma, a constituirse en independiente y soberana.
- 2) El Derecho de cada Nación a darse la *forma o estado de Gobierno* que considera más conveniente y apropiada. Por ello "debe contarse en el número de tales, aun los Estados que se hallan ligados a otro más poderoso por una alianza desigual, siempre que por el pacto de alianza, tributo, federación o feudo no hayan renunciado a la facultad de dirigir sus negocios internos y de la de entenderse directamente con las naciones extranjeras".⁷¹
- 3) El Derecho de una Nación a regular la evaluación de su vida política como actividad privativa propia, como de la sola competencia del propio Estado.⁷²

Bello enfatiza, que este Derecho corresponde a la Nación, como concepto genérico y no a fracción o porción de las mis-

68. E. Jiménez de Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, ob. cit., p. 124.

69. A. Miaja de la Muela: *La Emancipación de los pueblos coloniales y el Derecho Internacional*. Edit. Tecnos, Madrid, p. 41, 1968.

70. "League of Nations Official Sourvel", *Special Supplement* N° 3, p. 5, oct. 1920.

71. *Obras Completas*, Tomo X, p. 35.

72. *Obras Completas*, Tomo X, p. 512.

mas, lo que refleja en términos generales la situación actual del Derecho Internacional.⁷³

X. *El maestro aporta su pensamiento claro y preciso enfrentándose a las ideas internacionalistas de su época y sustentando la fundamentación del principio fundamental de no intervención*

a) De la independencia y soberanía de las naciones se sigue que a ninguna de ellas, es permitido dictar a otra la forma de gobierno, religión o administración que ésta deba adoptar, ni llamarla a cuentas por lo que pasa a los ciudadanos de ésta o entre los gobiernos y súbditos al afirmar que "la injerencia de un gobierno en los negocios peculiares de otro y otros, no es una regla sino una excepción que generalmente hablando es ilegítima atentatoria contra la independencia de los Estados" (Artículo publicado en *El Araucano* de 1812-1846, 8-1 y 5-2-1847).

b) Critica *la intervención* de Rusia, Prusia y Austria en los negocios internos de Polonia y el derecho que a consecuencia se arrogaron de desmembrarla y de extinguir por fin su existencia política, lo que califica "como un escandaloso abuso de la fuerza".⁷⁴ Asimismo consideró inicuo y atentatorio el Derecho de la Convención de 19 de noviembre de 1792, que prometió el auxilio de Francia a todos los pueblos que quisieran recobrar su libertad, con lo que se pretendió justificar la invasión de Nápoles por Austria en 1821 y la de España por Francia en 1823, "bajo pretexto de sofocar un espíritu peligroso de innovaciones políticas".

c) En un momento histórico en que se pretenderá neutralizar la efervescencia revolucionaria, y donde se sostenía el derecho de intervención para mantener las reglas de juegos importantes y que había sido consagrada como un deber jurídico en los Congresos de la Santa Alianza (1818), Troppeu (1820), Laybach (1821) y Verona (1822).⁷⁵ Combate enérgicamente su fundamento técnico, al afirmar:

"La intervención que tiene por causa o pretexto el peligro de un contagio revolucionario, ha sido siempre funesta, efímera en sus efectos y rara vez exenta de perniciosos resultados".⁷⁶

Para destacar lo falso de la causa o pretexto de la intervención, se interroga: ¿no es eso dar a una potencia extranjera el derecho de

73. A. Miaja de La Muela: *ob. cit.*, p. 45.

74. *Obras Completas*, Tomo X, p. 39.

75. F. Murillo Ribera: *El Tiempo de Londres y las fuentes de la obra internacional de Andrés Bello*, Vol. II. La Casa de Bello, Caracas, p. 243, 1981.

76. Tomo X, p. 41.

pronunciar a su juicio sobre todas nuestras contiendas políticas y de favorecer a su arbitrio al uno de los contendientes contra el otro, empleando las armas?

d) Bello vislumbra con claridad el peligro de distinguir entre las causas justas e *injustas de intervención* y especialmente que esa distinción les sirva de pretexto a terceros Estados para inmiscuirse en las cuestiones latinoamericanas.

"De administrarse la intervención en apoyo de causas justas —expresa el maestro—, esto reducirá las Repúblicas Americanas y todos los Estados de la misma categoría a una dependencia humillante respecto de las naciones poderosas. En nuestras cuestiones interiores tendríamos que reconocer tantos Tribunales Supremos como Estados hubiese en el mundo, bastante fuertes para extender el brazo de la justicia hasta nosotros y después de someterlos a su arbitrio, tendríamos además que pagarlo".⁷⁷ Aun en 1920, el Comité de Juristas nombrado por el Consejo de la Liga de las Naciones consideró que el principio, si bien tiene un papel importante en el pensamiento político moderno, no constituye una regla positiva del Derecho Internacional.

La doctrina admite sin regateos que el *deber de no intervención tuvo su origen en las normas de Derecho Internacional aplicables entre los Estados Americanos y constituye hoy principio fundamental de Derecho Internacional, válido en todo el mundo*.⁷⁸ El primer intento de adoptar el principio como derecho público americano fue en 1826 en el Congreso de Panamá (Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua).⁷⁹ El principio hizo su aparición formal en la 6ª Conferencia (Habana, 1928) y fue incorporado a la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, aprobado por la 7ª Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933) y luego a los artículos 18 y 19 de la Carta de la OEA. Si bien la Carta de las Naciones Unidas no contiene una disposición expresa que contemple el principio de no intervención por los Estados, ese principio debe considerarse implícito en ella. Así fue consagrada la Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1965 y por la famosa Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados (Resolución 2625) (XXV),⁸⁰

77. Tomo X, p. 517. Artículo publicado en *El Araucano*, Nos. 853, 856 y 861, entre diciembre de 1846 y febrero de 1847.

78. F. Jiménez de Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Edit. Tecnos, Madrid, p. 124, 1980.

79. *Ibid.*, p. 136.

80. V. W. Thomas y A. J. Thomas: *Non Intervention*. Southern Methodist. Univers. Press. Dallas, p. 56, 1956.

si bien restringido al deber de no intervención "en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta". (Artículo 3°).

XI. *Bello indaga y analiza el contenido y límites del concepto denegación de Justicia, consciente de constituir frecuentes pretextos para tratar de justificar la intervención diplomática y militar por parte de las Naciones poderosas.*

a) Por eso parte del *debido respeto a los actos jurisdiccionales de una nación* por los extranjeros que en ella se encuentran.

"Los actos jurisdiccionales de una nación sobre los extranjeros que en ella residen, deben ser respetados de las otras naciones, porque, al poner el pie en el territorio de un Estado extranjero, contraemos, según se ha dicho, la obligación de someternos a sus leyes, y por consiguiente a las reglas que tiene establecidas para la administración de Justicia".⁸¹ Este principio constituye en esencia el contenido del art. 15 de la Carta de la OEA, de acuerdo con el cual "la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos sus habitantes, sean nacionales o extranjeros".

b) En base a esa premisa fundamental, sostiene que "no hay denegación de Justicia *si no se ha establecido la reparación por todos los medios regulares que ofrece el régimen judicial de la nación en que se ha perpetrado la ofensa*".⁸²

Este requisito del agotamiento de los recursos internos constituye hoy en día una "regla de Derecho Internacional consuetudinario bien establecido", de acuerdo con lo decidido por la Corte Internacional de Justicia.⁸³ Debido a esto, dicha regla fue incorporada en el artículo VII del Tratado de Soluciones Pacíficas (Pact. de Bogotá), aprobado en la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá 1948). El fundamento de la regla no puede ser más claro, permite "que el Estado donde ocurrió la violación tenga la oportunidad de repararla por sus propios medios, dentro del marco de su propio sistema jurídico interno".⁸⁴

c) Pero el maestro, consciente de que todo derecho es correlativo de un deber, explica que la regla implica también deberes para el Estado donde reside el extranjero.

81. *Obras Completas*, Tomo X, p. 124.

82. *Obras Completas*, Tomo X, p. 122.

83. I. C. J. *Reports*, 1959. Caso Interhandel (objeciones preliminares), p. 27.

84. *Ibid.*, p. 27.

"El Estado contrae también, por su parte, la obligación de observarlas respecto del extranjero, y en el caso de una *palpable infracción*, el daño que se infiere a ésta, es una injuria contra las naciones a que pertenecen los agraviados. Si el Estado instiga, aprueba o tolera los *actos de injusticia o violencia de sus súbditos contra los extranjeros*, los hace verdaderamente suyos y se constituye responsable de ellos para con las otras naciones".

Este tercer corolario refleja simplemente, el principio de responsabilidad general del Estado: a) por actos ilícitos, b) que le sean imputables, y c) causen un daño. No precisa Bello el contenido mismo de la denegación de justicia, y especialmente si entiende por denegación el acto del Juez que *deniega justicia* al negar acceso a los medios de administración de justicia o ha incurrido en una demora indebida e inexcusable de dicha sentencia,⁸⁵ o si incluye casos en que se comete una injusticia por haber dictado sentencia desfavorable.

En todo caso, tanto la Conferencia de Codificación de 1930, como la jurisprudencia arbitral y la doctrina más autorizada han adoptado un significado "preciso y limitado", restringido su alcance en los casos de *falta de ejercicio de jurisdicción*.⁸⁶

En todo caso, es incuestionable la contribución de Bello al esclarecimiento de tan importante principio del Derecho Internacional, de frecuente aplicación en América.

XII. Relaciones Comerciales

El maestro diagnostica certeramente, las dificultades del tráfico comercial entre las nacientes y débiles repúblicas americanas y las poderosas metrópolis europeas.

Debido a esta gran diferencia en los niveles de desarrollo económico, el justiciero principio de *igualdad de trato* no será suficiente para lograr una distribución equitativa de los resultados del comercio.

El instrumento jurídico usual regulatorio del comercio internacional era la *cláusula de la nación más favorecida*, especialmente en su forma *incondicional*, a través de la cual los "Estados vinculados por dicha cláusula se benefician de las ventajas y privilegios que les hayan sido o les sean concedidas a terceros Estados". Pues bien, Bello crea la llamada *cláusula Bello*, con el objeto de que las ventajas y privilegios que se concedieran recíprocamente entre las nacientes repúblicas latinoamericanas no extendiesen sus beneficios a los países europeos.

85. Falta de ejercicio de la jurisdicción.

86. E. Jiménez de Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, ob. cit., p. 333.

En consecuencia, se entendía como cláusula Bello "la incorporación a todos los tratados de Amistad, Comercio y Navegación", celebradas por la República de Chile, en aquella época, el privilegio de exceptuar de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, las ventajas o privilegios concedidos a los otros países latinoamericanos.⁸⁷ La cláusula causó no pocas dificultades de interpretación, así como la oposición sistemática de parte de las naciones europeas, razón por la cual no tuvo una vigencia efectiva regulando las relaciones económicas entre Europa y América.⁸⁸ Perdura, sin embargo, en las relaciones comerciales centroamericanas bajo la denominación de *cláusula centroamericana*.⁸⁹

En la 2ª reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Interiores de las Repúblicas Americanas (La Habana, 1940), la Delegación de Venezuela, al consignar su voto razonado aprobatorio del parágrafo 1, de la Resolución, planteó, en relación a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, la necesidad de buscar los métodos de política económica que, respetando el régimen de libertad e igualdad para el comercio de las naciones no limitan la posibilidad de hacer, entre los Estados Americanos, concesiones exclusivas de tratamiento en favor. La fuerza de los hechos demostraba una vez más, la vigencia de la tesis sustentada por Bello, como de deseable y conveniente aplicación en las relaciones entre América y el resto del mundo.

XIII. *El mar y su apropiabilidad*

Bello examina la apropiabilidad de los diferentes tipos de bienes. En relación al mar examina sus diferentes usos y utilidades para las Naciones.

A) *Desde el punto de vista de las comunicaciones* la utilidad del mar es ilimitada, por lo que debemos mirarlo, por lo que toca a la navegación, como "*destinado al uso común de los pueblos*".⁹⁰

B) Como medio de *seguridad*, señala que basta el dominio de aquella pequeñísima porción de mar adyacente, que no puede ser del todo libre, sin que este uso común nos incomode a cada paso, y "que podemos apropiarnos, sin hacer inseguro el territorio de los demás pueblos y aun, sin embargo, su navegación y comercio".⁹¹

87. I. Morales Paúl: *Las relaciones comerciales latinoamericanas en Derecho Internacional Económico*. Fondo Cultura Económica. México, Vol. I, p. 94, 1974.

88. I. Morales: *Ibid.*, Vol. I, p. 104.

89. I. Morales: *Ibid.*, p. 104.

90. Tomo X, p. 54.

91. *Ibid.*, p. 55.

C) Luego realiza el maestro el examen de la *apropiabilidad de las riquezas del mar desde el punto de vista de sus riquezas y recursos*, "por grande que sea en otras especies la fecundidad de la naturaleza, no se puede dudar que la concurrencia de muchos pueblos haría más difícil y menos fructuosa su pesca, y acabaría por extinguirlas, o a lo menos por alejarlas de unos mares a otros. No siendo pues, inagotables, parece que sería lícito a un pueblo apropiarse los parajes en que se encuentran y que no estén actualmente poseídos por otros".

"Hay muchas producciones marinas que se hallan circunscritas a ciertos parajes, porque, así como las tierras no dan todas unos mismos frutos, tampoco todos los mares suministran unos mismos productos. El coral, las perlas, el ámbar, las ballenas, no se hallan sino en limitadas porciones del océano".

1) El maestro acepta, como regla generalmente admitida, "que cada nación tiene derecho para considerar como perteneciente a su territorio y sujeto a su jurisdicción el mar que baña sus costas, hasta cierta distancia, que se estima por el alcance del tiro de cañón o una legua marina". A esta área marítima deben agregarse, 2) las bahías, 3) golfos, 4) estrechos, comprendidos entre costas, y 5) promontorios que pertenecen al Estado, además de, 6) ciertas porciones de mar, que varias naciones se han atribuido, a título de *posesión inmemorial*.⁹²

En este sentido, Bello admite la posibilidad de "*que ciertas porciones del mar sean propiedad peculiar de ciertos Estados*" para lo cual "sería menester que el que se atribuye ese dominio exclusivo, estableciesen sus títulos de un modo claro y satisfactorio, probando el reconocimiento expreso o la aquiescencia de otras naciones, verbigracia, por pesquerías de que éstas hayan sido excluidas por el cobro de impuestos a que hayan estado sujetas, por el largo ejercicio de una jurisdicción no disputada, por presidios o fortalezas que atestigüen haberse proclamado y sostenido el derecho".⁹³

Las ideas de Bello reflejan, en términos generales las ideas dominantes en su época en relación con la apropiabilidad de las áreas marítimas: a) Reconoce el derecho del Estado costero al control y jurisdicción exclusiva de un área costera que hoy denominamos *mar territorial*, limitando su ámbito espacial "*al alcance del tiro de cañón o una legua marina*", o b) Incluye, como integrante de la jurisdicción exclusiva del Estado costero, las bahías, golfos, estrechos y promontorios que pertenezcan al Estado, c) Admite, además la apropiabilidad de ciertas

92. Tomo X, p. 68.

93. *Ibid.*, p. 70.

áreas marítimas adicionales como propiedad peculiar de ciertos Estados, *siempre que puedan establecer sus títulos de un modo claro y satisfactorio*, probando la aquiescencia de otras naciones.⁹⁴ Esta parte del análisis de Bello constituye, en términos generales, el concepto de las *aguas históricas*, de singular importancia en el derecho internacional actual, como lo evidencia la referencia a las bahías históricas contemplada por el numeral 6 del artículo 7 de la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua, y no como se ha afirmado exageradamente, como un reconocimiento genérico en favor de los Estados costeros que vislúmbrase la idea de un Mar Patrimonial o Zona Económica Exclusiva.⁹⁵

La expresión de Bello no deja lugar a dudas, "parece que sería lícito a un pueblo apropiarse de los parajes en que se encuentren y que no estén actualmente poseídos por otro. De ahí el empeño de ciertos Estados en arrogarse el dominio de considerables porciones de mar, para ejercer en ellas el dominio exclusivo de la pesca, concediéndolo solamente por privilegio a ciertas naciones y con ciertas restricciones".⁹⁶

XIV. *El régimen de reclamaciones extranjeras*

Bello vislumbra claramente el destino de América en el concierto de las naciones y especialmente la debilidad de las naciones Repúblicas frente a la voracidad de las Potencias Coloniales. Por eso apoya las ideas de De Martens⁹⁷ en relación a los derechos de los acreedores internacionales, en el sentido de que "el acreedor exterior sólo puede pedir que se le ponga en el mismo pie que a los otros acreedores del Estado y de que no deben elevar tales reclamos a la categoría de cuestiones internacionales". Por eso, solo justifica "medidas extremas contra el deudor que con manifiesta intención de frustrar los reclamos es culpable de adulteración de la moneda acuñada, del papel moneda o la absoluta negativa a reconocer deudas contraídas sobre la fe pública nacional".⁹⁸

Puede afirmarse sin temor a exagerar, que la historia de América puede expresarse narrando la historia de las reclamaciones internacionales en su contra. En todo caso, el problema planteado por el maestro se limita a un solo aspecto de la cuestión, esto es, la determinación de los

94. Tomo X, p. 68.

95. K. Nweihed. "Andrés Bello: Padre espiritual del Mar Patrimonial". *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 1, Caracas, p. 33, 1973.

96. Tomo X, p. 56.

97. *Compendio del Derecho de Gentes*, citado por Phillimore, *ibidem*, p. 475 (Nota de Bello).

98. Tomo X, p. 48.

derechos de los acreedores extranjeros frente al Estado insolvente. La Tesis de Bello puede resumirse en los siguientes términos:

1. El acreedor sólo puede pedir que se le aplique el principio de *igualdad de tratamiento*, es decir, que se le concedan las mismas oportunidades que a los acreedores nacionales.
2. Que esas reclamaciones no se deben elevar a la categoría de cuestiones internacionales, es decir, que no deben dar lugar al ejercicio de la *protección diplomática*, esto es, a la protección que ejerce el Estado en favor de sus nacionales con motivo de actos violatorios del Derecho Internacional.
3. Que sólo en casos específicos donde el Estado deudor aparezca con manifiesta intención de frustrar los reclamos, y sea culpable de actos dolosos de carácter monetario o fiscal, pueden justificarse medidas extremas.

Pues bien, estas ideas del maestro, constituyen, en términos generales, la esencia de la famosa doctrina Drago, "enunciada por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Luis M. Drago, en su famosa nota diplomática del 29 de diciembre de 1902 al Ministro Plenipotenciario argentino en los Estados Unidos, con motivo del cobro compulsivo de la deuda pública por Alemania, Gran Bretaña e Italia en contra de Venezuela. La doctrina Drago coincide con la tesis de Bello partiendo de la clara premisa de que "el capitalista que suministra su dinero a un Estado extranjero, tiene siempre en cuenta cuáles son los recursos del país en que va a actuar y la mayor o menor probabilidad de que los compromisos contraídos se cumplan sin tropiezos".

Al rechazar el uso de la fuerza, para el cobro compulsivo de la deuda pública, lo que "no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su gobierno con todas las facultades que le son inherentes por los fuertes de la tierra".⁹⁹ Otros son los principios proclamados en este Continente de América. "Los contratos entre una nación y los individuos particulares son obligatorios según la conciencia del Soberano y no pueden ser objeto de fuerza compulsiva, decía el ilustre Hamilton. No confieren derecho alguno de acción fuera de la voluntad soberana".¹⁰⁰

99. H. Leu y F. Vivas: *Las Relaciones Interamericanas*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 61, 1975.

100. *Ibid.*, p. 61.

La III Conferencia Interamericana (Río 1906) recomendó el examen de la materia por la Conferencia de Paz de La Haya de 1907. La Conferencia adoptó la Convención II o Convenio Drago-Porter para "la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales".¹⁰¹

También la *doctrina Calvo*, constituye el fundamento teórico de la doctrina Drago, rechaza la utilización de la protección diplomática en favor de los acreedores de la nacionalidad del Estado protector. El fundamento primario de ambas tesis radica en "la inviolabilidad de la supremacía territorial de los Estados soberanos y en la equiparación del extranjero con el nacional del país donde se hayan registrado",¹⁰² es decir, en los *principios de no intervención* y de igualdad de tratamiento.

Al propio tiempo, la cuestión planteada ha dado lugar a la frecuente utilización de la llamada *Cláusula Calvo*, disposición de carácter contractual, en virtud de la cual las controversias que puedan suscitarse con motivo de contrataciones realizadas con acreedores extranjeros serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo puedan dar origen a reclamaciones extranjeras. Esta cláusula ha sido incorporada al artículo 127 de la Constitución venezolana, aun cuando con un ámbito de aplicación restringida a los contratos de interés público y siempre cuando su incorporación no fuere improcedente de acuerdo a la naturaleza del mismo.

Esta cláusula, aun cuando ha sido arduamente combatida y calificada por algunas decisiones arbitrales como dudosa e imprecisa,¹⁰³ algunas veces ha sido admitida plenamente, en la mayoría de los casos, la Jurisprudencia Internacional "ha procurado —según Rousseau— limitar los efectos de la cláusula: a) Declarándola válida en las relaciones entre el individuo perjudicado y el Estado demandado, pero sin posibilidad de alegación frente al Estado demandante; o b) No teniéndola en cuenta en caso de denegación de justicia e incluso, en algunas ocasiones pronunciándose categóricamente por su nulidad".¹⁰⁴

XV. *Bello aporta una importante y destacada contribución a la elaboración de los principios del Derecho de la neutralidad*

a. Analiza la conducta de los Estados neutrales en relación con

101. C. Sepúlveda: *ob. cit.*, p. 81.

102. *Ibid.*, p. 47.

103. Caso "Comisión General de Reclamaciones entre EE.UU. y México" (1926, asunto *North American Dredging Company of Texas*). Bishop, Williams, *Int. Law Little, Brown and Comp.* Boston, 1962, pp. 710-716.

104. *Derecho Internacional Público*. Barcelona, Edic. Ariel, 1957, p. 355.

los países beligerantes y destaca la necesidad de aplicar un tratamiento humanitario, igualitario e imparcial.

"La nación neutral debe usar con ambos beligerantes los *oficios de humanidad* que los miembros de la gran sociedad humana se deben mutuamente y prestarles, en todo lo que no concurra a la guerra, los servicios y auxilios que pueda, sin rehusar a unos de ellos cosa alguna por la sola razón de hallarse en guerra con otro".¹⁰⁵

b. Considera que la *imparcialidad* en todo lo concerniente a la guerra constituye la esencia del carácter neutral y comprende dos cosas: La primera es *no dar a ninguno de los beligerantes socorro de tropas, armas, buques, dinero o cualesquiera artículos que sirvan directamente para la guerra*. La segunda es que, en lo que tiene relación con la guerra, no se debe rehusar a ninguno de los beligerantes lo que se concede a otro.

Rechaza enfáticamente la tesis de Vattel en el sentido de admitir la concesión de socorros moderados que se le deban, en virtud de una antigua alianza y justifica la declaración de guerra en contra de un supuesto neutral que envía tropas y armas a un beligerante, porque tiene la costumbre de ocupar y ejercitar de ese modo a los ciudadanos.¹⁰⁶

Las facilidades y favores que se concedan bajo este respecto a uno de los beligerantes, se extiende en los mismos términos al otro.

c. Admite, en términos generales, el *tránsito inocente* a favor de las naciones con quienes vivimos en paz, el cual se extiende a las tropas y a las naves. "Corresponde al dueño del territorio —agrega—¹⁰⁷ juzgar" *si el tránsito es inocente o no*. Si el soberano neutral cree que le asisten buenas razones para negar el tránsito, no está obligado a concederlo porque en tal caso *deja de ser inocente*.

La violación de la neutralidad puede derivar bien de "un acto del neutral que interviene ilegítimamente en la guerra favoreciendo al uno de los beligerantes más que al otro", o "a la conducta de los beligerantes que infringen la inmunidad del territorio neutral, atacando o persiguiendo al enemigo en él, o haciendo armamentos hostiles en contravención a las leyes". La Jurisdicción del neutral "se ciñe por el derecho de gentes a la restitución de la propiedad apresada con la indemnización de los perjuicios causados y el pago de las costas del juicio, pero no comprende la facultad de imponer multas penales como en los casos ordinarios de injurias cometidas en el mar".¹⁰⁸

105. *Obras Completas*. Tomo X, pp. 284 y ss.

106. Tomo X, p. 281.

107. Tomo X, p. 281.

108. *Obras Completas*. Tomo X, p. 295.

Bello fue particularmente cuidadoso al establecer el *alcance y límite de los privilegios de los neutrales*.

En este sentido consideró una *violación* de tales privilegios el atacar al enemigo en país neutral o apresar un buque en su territorio.¹⁰⁹ En base a ese criterio criticó la tesis de Bynkershoech que justificaba la captura de un buque en territorio neutral "si no se causaban daños ni molestia alguna a terceros".¹¹⁰

Al propio tiempo, "el neutral *no debe permitir* que las naves armadas de los beligerantes se aposten al abrigo de sus puertos, golfos o ensenadas con el objeto de acechar las naves enemigas".

Las reglas expuestas por el maestro constituyen, en esencia, las famosas tres reglas de Washington acogidas por el Tratado de 8 de mayo de 1871 y aplicadas por la Sentencia Arbitral del 14 de septiembre de 1872.¹¹¹

Estudia el ejercicio de la *jurisdicción* por los Tribunales de los países neutrales y se pronuncia por la tesis, conforme a la práctica de los Estados, que considera competente la jurisdicción en materia de presas, "cuando el corsario cuya presa es conducida a un puerto amigo, ha violado la neutralidad de la potencia en cuyo territorio se encuentra, ya armando o tripulando allí sin su consentimiento, ya cometiendo actos de hostilidad en sus aguas".¹¹²

Al propio tiempo, Bello incorporó sus ideas en esta delicada materia en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que firmaron entre Chile y Perú el 28 de julio de 1835, destacándose entre ellas:

- a. La abolición del corso entre las partes contratantes.
- b. El pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, regla que se encontraba en el Consulado del Mar.
- c. La bandera enemiga no comunica su carácter a la propiedad neutral.¹¹³
- d. Necesaria efectividad del bloqueo.
- e. Notificación previa especial a buques neutrales.

109. *Obras Completas*, Tomo X, pp. 288-289.

110. *Ibid.*, p. 289.

111. J. H. W. Verzijl: *International Law in Historical Perspective*. Sijhoof. Netherlands. Vol. X, p. 117.

112. *Obras Completas*, Tomo X, p. 293.

113. Arts. 28 y 29.

Estos principios fueron acogidos por la Declaración de París de 1856. "Don Andrés Bello —nos dice su eminente biógrafo don Luis M. Amunátegui—¹¹⁴ se gloriaba de que veintiún años antes de las Declaraciones del Congreso de París de 30 de marzo de 1856, se hubiera consignado por proposición suya en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, que las Repúblicas de Chile y del Perú ajustaron el 28 de julio de 1835".

En un artículo publicado en *El Araucano* (Nº 43, del 31 de marzo de 1837), destaca "la fiel observancia de los principios que ha fijado la práctica de las naciones cultas por parte de Chile con los neutrales en la guerra con la Confederación Perú-Boliviana".¹¹⁵

El maestro atribuye importancia destacada a la regla 5ª de acuerdo con la cual no se reconoce violación del bloqueo, sino en las naves que no se detengan a la señal de llamada y sigan dirigiéndose al puerto bloqueado, o en las que quieran verificar su entrada después de haber recibido la notificación de la fuerza bloqueadora o llevándola escrita en sus papeles de mar. Con esta regla desaparece "la dificultad de probar la ignorancia o el conocimiento de él", lo que "ha dado lugar a frecuentísimas disputas sobre la legitimidad de las presas y ha sido manantial perpetuo de abusos".¹¹⁶

Es cierto que algunas de estas reglas habían sido incorporadas en la legislación unilateral de los Estados Unidos a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, pero "no todas ellas reflejaban normas mandatorias del derecho internacional en su tiempo".¹¹⁷ Por otra parte, debido a su carácter unilateral sólo rigieron la conducta de los EE.UU., sin adquirir una proyección universal.

Esas reglas sustituyeron a las propuestas por la emperatriz de Rusia, Catalina II, denominadas de *neutralidad armada*, de acuerdo con las cuales "los neutrales pueden navegar libremente de puerto en puerto y sobre las costas de las naciones en guerra, siendo igualmente libres los efectos de estas naciones que vayan a bordo, excepto los de contrabando". Estas reglas fueron rechazadas por Gran Bretaña por cuya superioridad marítima se dejó de insistir en ella.¹¹⁸

El proceso se perfecciona en las Conferencias de La Haya de 1899 y de 1907, donde se adoptó un estatuto de la neutralidad que muchos to-

114. *Vida de don Andrés Bello*. Publicación de la Embajada de Venezuela en Chile. Prensa Latinoamericana, 1962, citado por E. Plaza. Tomo X, p. CLVI.

115. Tomo X, p. 627.

116. Tomo X, p. 631.

117. *Verzijl: ob. cit.*, Tomo X, p. 51.

118. Tomo X, p. 303.

maron erradamente por definitivo.¹¹⁹ Posteriormente la Convención de La Habana de 1928 contribuirá al progreso del Derecho de Neutralidad.

XVI. *El individuo y el derecho internacional*

Bello se pronuncia por la proyección del individuo como sujeto de Derecho Internacional. Siguiendo esa orientación examina la ciudadanía, la nacionalidad, el alcance de los derechos de los extranjeros en territorio extraño, el derecho de Asilo, la extradición, etc.

Sostiene Bello reiteradamente la obligación de respetar los derechos humanos. La necesidad de otorgar a los extranjeros un *justo trato*, siendo obligación del "soberano que les da acogida atender a su seguridad, haciéndoles justicia en sus pleitos y protegiéndolos aun contra los naturales, demasiado dispuestos a maltratarlos y vejarnos, particularmente en países de atrasada civilización y cultura".¹²⁰

Con base a estos principios Bello redacta el Reglamento Consular de 1856, instrumento que otorgó derechos hereditarios a los extranjeros.¹²¹

En base al mismo criterio reconoce el derecho particular a la conmiseración y hospitalidad a la que tienen derecho los náufragos y generalmente aquellos que una tempestad u otro accidente forzoso obliga a arribar a las costas.¹²²

El planteamiento de Bello está orientado a proyectar el ser humano a la categoría de sujeto de Derecho Internacional. La práctica ha consistido en unas relaciones internacionales realizadas en base a los Estados como únicos y exclusivamente patrocinantes. Sólo dentro del marco estatal el ser humano ha tratado de luchar por sus derechos y reivindicaciones.

Por eso se ha dicho que "la democracia ha sido establecida históricamente en la medida del Estado".¹²³

Pero el Estado nunca asumió la defensa de los derechos del individuo como ser humano, sino en la medida en que esos derechos fuesen coincidentes con los fines e intereses inmanentes del Estado. Por esto se hace necesario que el ser humano asuma su propia defensa, sin que esa

119. M. Fraga Iribarren: *Guerra y Paz: nuevos problemas del concepto de neutralidad en Estado de Derecho Internacional*. Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 345.

120. *Obras Completas*, Tomo X, p. 122.

121. F. Orrego Vicuña: *La labor internacional de Don Andrés Bello*. Rev. Mapocho, Bid. Nacional, 1965, N° 3.

122. Tomo X, p. 120.

123. René J. Dupuy: *Los principios fundamentales del Derecho Internacional en la Doctrina de Alejandro Álvarez*. Edit. Jurídica de Chile. Sant. 1972, p. 70.

defensa esté mediatizada por intereses de otra índole, especialmente porque el "monopolio de la vida internacional por los Estados produce por efecto de que todos los problemas tiendan a politizarse y que su solución sea particularmente más difícil."¹²⁴

El desarrollo posterior del Derecho Internacional ha confirmado la tendencia a la efectiva consolidación del ser humano como sujeto de Derecho Internacional. Esa proyección se ha dado particularmente en tres campos:

- a. En su comercio con el extranjero.
- b. Tratando de satisfacer las necesidades económicas y sociales del conjunto de la colectividad humana; y, en fin, para proteger al individuo en contra de los abusos del poder de la parte de los gobiernos.¹²⁵

XVII. *Bello y el Derecho de Asilo*

Es innegable la contribución del maestro a la configuración de la Institución del Asilo en América Latina.

En efecto: 1) Bello destaca la importancia del *Asilo Político* para las Repúblicas hispanoamericanas, *países de frecuentes revoluciones*.¹²⁶

2) Como necesaria consecuencia de la anterior premisa restringe su ámbito de aplicación a los llamados delitos *políticos o de lesa majestad*. Al propio tiempo explica el fundamento mismo de esta limitación, al agregar: "regla que parece tener su fundamento en la naturaleza de los actos que se califican con este título, que solo lo son muchas veces a los ojos de los usurpadores y tiranos".¹²⁷

3) Con fundamento en la anterior consideración, Bello concluye que en todo caso "es a la nación a quien corresponde hacer juicio de los deberes que le impone la humanidad en tales casos". Es decir, que *reconoce la facultad calificadoria al Estado asilante*.

4) Esa facultad del Estado Asilante no obstante, tiene que ser ejercida con la debida prudencia. "Preciso sería, afirmó, en el caso del General Flores,¹²⁸ que hubiera razones muy poderosas, que la paz y tranquilidad de un Estado amigo gravemente comprometido con el asilo,

124. René J. Dupuy: *ob. cit.*, p. 73.

125. *Ibid.*, p. 76.

126. Tomo, X, Doc. 244.

127. Tomo X, p. 119.

128. Tomo XI, Doc. 27.

hicieren indispensable su negativa para que sin desdoro pudiese mi gobierno dejar de conformarse regla elevada ya a la categoría de un *principio incontestable por la práctica humana y liberal de las naciones civilizadas*". (Doc. N° 27).

5) Es importante destacar que para Bello en 1832, ya el *Asilo constituía regla elevada a la categoría incontestable por la práctica humana y liberal de las naciones civilizadas*. Es decir, no se trata de una simple práctica realizada por razones humanitarias, sino de una regla de carácter vinculante de naturaleza consuetudinaria, al *menos en proceso de formación*.

Decimos en proceso de formación porque el propio Bello lo califica de regla de *carácter imperfecta*, con dificultades prácticas y de interpretación por lo que reconoce la conveniencia de organizar y restringir el asilo mediante leyes especiales,¹²⁹ en particular entre naciones limítrofes "en vista de las dificultades que asaltaban a cada paso su concesión".¹³⁰

6) Al propio tiempo, Bello establece con condición que el refugiado sea amenazado con alguna pena por su perseguidor (Doc. N° 98), se exigía que existe una amenaza verdadera para que pueda proceder el exilio.

Si analizamos esos planteamientos en el marco de la evolución de la Institución en Hispanoamérica, las conclusiones son claras y evidentes:

1. Fue sólo en 1911, que el Congreso bolivariano sobre extradición (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) reconoce la institución del Asilo, sin definirla ni precisarla, y admitiéndola "conforme al Derecho Internacional" (Art. 18), expresión equívoca que ha dado lugar a no pocas discusiones en relación a su verdadero significado.¹³¹ Posteriormente las Convenciones de La Habana (20 de febrero de 1928),¹³² de Montevideo (26 de diciembre de 1933)¹³³ y de Caracas (20 de marzo de 1954) han contribuido a consolidar su vigencia en América, un tanto demeritada por efecto de las sentencias de la Corte Internacio-

129. Pensamos que la expresión *leyes especiales* fue utilizada por Bello refiriéndose a los instrumentos aprobatorios de convenios bilaterales o multilaterales, toda vez que fue dirigida a resolver los problemas entre países limítrofes.

130. *Obras Completas*. Tomo X, p. CXXXIV.

131. Véase J. J. Caicedo Castilla: "El Derecho de Asilo". *Rev. Esp. de Drcho. Internac.* Vol. X, N° 3, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1957, p. 4-18.

132. Ratificada por: Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana.

133. Brasil, Colombia, Chile, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, R. Dominicana y Uruguay.

nal de Justicia en el caso Haya de La Torre (20 de noviembre de 1950, de 21 de noviembre de 1950 y de 13 de junio de 1951).

2. Es sólo la Convención de Caracas de 1954 donde se identifican claramente los elementos fundamentales del Asilo diplomático, en los siguientes términos:

- a. Se le reconoce el carácter de un verdadero principio de Derecho Internacional Americano y no como un derecho de carácter humanitario con el mismo sentido de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y de la Declaración universal de los derechos del hombre de Naciones Unidas, tal y como lo demostró Díaz Velasco.¹³⁴
- b. Se restringe su ámbito de aplicación a los delitos políticos.
- c. Se reconoce la calificación unilateral del delito por el Estado Aislante, elemento fundamental para garantizar la propia vigencia del Asilo.
- d. Se clarifica el requisito de *urgencia* al establecer que consiste, "entre otros" en: 1) aquellos casos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades; 2) por las Autoridades mismas; 3) así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida; o 4) de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad (artículo 6°).

La contrastación entre las características fundamentales de las Convenciones anteriores con las ideas del Maestro Bello, evidencia una coincidencia incontestable en sus rasgos esenciales.

No puede negarse la inestimable contribución de Bello a tan importante institución latinoamericana.

Es frecuente en América Latina se consagre el Derecho de Asilo como norma de rango constitucional como ocurre en el caso de Venezuela (artículo 116).¹³⁵

134. M. Díaz de Velasco: "El derecho de Asilo diplomático en la Convención de Caracas de 1954". "Estudio de Derecho Internacional". *Libro Homenaje al Profesor Barcia Trelers*. Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 295.

135. El artículo en referencia dice textualmente: "La República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y normas del derecho internacional".

XVIII. *Resumen y Conclusiones*

1. El estudio del aporte de don Andrés Bello en el campo de las relaciones internacionales revela que su influencia en la Política Exterior chilena, en la identificación y elaboración de los principios y normas del Derecho Internacional a ser aplicados frente a los países europeos, y en las normas de particular aplicación entre los países latinoamericanos, constituye hecho cierto e indudable a los ojos de sus más celosos críticos.

2. Si bien el aporte de la doctrina ha sido tradicionalmente relegada a nivel internacional, a una posición subalterna, recientemente parece recobrar una posición importante en el proceso de formación del Derecho Internacional. En América Latina, no obstante, ha sido reconocida la *influencia determinante* de la doctrina en la formación de las normas internacionales.

3. Si el propio Derecho Internacional sólo es comprensible "a condición de no prescindir de su consideración histórica", el examen crítico de las ideas y puntos de vista de don Andrés Bello sobre la Política y el Derecho Internacional, sólo pueden y deben ser examinados en el marco histórico-político en que le tocó vivir y actuar, en el marco de las relaciones internacionales de su época y teniendo en cuenta la posición relativa de Venezuela inicialmente y luego Chile, su patria de adopción, en el concierto de las naciones de su época.

El siglo XVIII se caracterizó por ser la época en que el Derecho de Gentes adquiere personalidad propia, autónoma, distinguiéndose del Derecho Natural, con el cual se había mantenido confundido en los siglos XVI y XVII. El siglo XIX si bien se caracteriza por una expansión del Derecho Internacional, especialmente por un firme aumento y progreso de las normas internacionales, continuó siendo, en esencia, un Derecho Internacional europeo, un conjunto de normas y de principios que regulaban las relaciones internacionales de los Estados de Europa. Lo más grave radica en que, según importantes sustentadores de dicho Derecho sólo era aplicable "a las naciones que se encuentran aproximadamente en el mismo grado de cultura y progreso", y no podía regular las relaciones de las naciones civilizadas con los pueblos salvajes o semibárbaros, como lo expresó inequívocamente el tristemente célebre profesor F. de Martens en 1897, quien fuese posteriormente Presidente del Tribunal Arbitral entre Venezuela y Gran Bretaña en 1899.

4. La aportación de Bello, frente a este Derecho Europeo, radica en aclarar el contenido y ámbito de la aplicación del Derecho Internacional.

Como lo ha expresado Gamboa Correa: "La existencia de cuestiones no planteadas en Europa, la profesión en algunas materias de principios abiertamente contrarios a los de allá, la reglamentación de principios internacionales que aún no lo han sido en otras partes, la no aplicación en América de ciertas formas exclusivamente europeas del Derecho Internacional" explican y justifican el esfuerzo de Bello.

5. No pensamos, coincidiendo plenamente con Gros Espiel, que Bello sostuviese la idea de la existencia de un Derecho Internacional Americano distinto o con soluciones opuestas a las del Derecho Internacional general, "ni menos caer en el error en que incurrieron, llevados por un panamericanismo ciego, formal y eufórico, tantos internacionistas posteriores a él".

Los nuevos Estados que habían obtenido su independencia sobre la base de principios democráticos y constitucionales los trasplantaron al Derecho Internacional. Pusieron así las bases de un nuevo derecho Internacional, americano, democrático, derecho de los pequeños Estados.

El derecho regional, agregado de instituciones, principios, reglas, doctrinas, convenciones, costumbres y prácticas propias a las situaciones de determinados Estados, constituye efectivamente un factor positivo de elaboración de normas de derecho internacional universal o general.

6. El aporte más significativo del pensamiento de Bello estuvo orientado a la formación de un *Derecho Público uniforme de las naciones repúblicas americanas*. El esfuerzo de Bello se resume de preferencia en el complejo asunto de los intentos de verificación que se pretendía realizar por intermedio de diversos Congresos de Plenipotenciarios de los países interesados.

Proyectada la tesis del maestro tendiente a la creación de un Derecho Público uniforme hacia la realidad latinoamericana actual, es un hecho cierto que la necesidad más perentoria del Derecho Internacional en América consiste en la creación de un cuerpo coherente de normas de Derecho Internacional.

Considerados individualmente cada uno de los países americanos no ha llegado a ratificar en promedio ni la quinta parte de todos los pactos realizados.

7) *Pari passu* con ese esfuerzo, Bello se esmeró en diseñar una política internacional americana autónoma. No una política aldeana ni mezquina sino, al contrario, de visión amplia, generosa, constructiva, de ámbito continental, signada al propio tiempo con un sello de realismo y de prudencia que no debería abandonar jamás.

Al decir de Eugenio Orrego esa política fue "generosa, exenta de presiones partidistas, empapada en una orientación filosófica y política de tono alto, la influencia de Bello fue fecunda y civilizadora para Chile, benéfica y ejemplar para toda América Hispana".

8) Como instrumento fundamental de esa política Bello organiza la Cancillería —al estilo europeo. Bello llegó a la Cancillería a poner orden en todas sus actividades, comenzando por reglamentar el trabajo en las oficinas. Según Gamboa Correa el orden, el método, la laboriosidad exenta de nervios se colaron con él por las viejas salas.

Para Bello no es posible diseñar ni sustentar la política internacional de un Estado, sin contar con el conjunto de mecanismos e instrumentos necesarios —mejor dicho indispensables— para poder lograr ese objetivo.

9) Bello contribuyó a delinear e identificar los principios del Derecho Internacional y especialmente su aplicación en América.

a) Sostuvo la necesidad de lograr y sostener el principio de igualdad de los Estados, ya que siempre estuvo consciente de las desigualdades existentes en la realidad internacional. El maestro apuntó acertadamente hacia el centro de la cuestión, esto es, la necesidad de precisar el contenido y alcance del derecho de igualdad.

b) Para Bello, la cualidad especial que hace a la nación un verdadero cuerpo político, "es la facultad de gobernarse a sí misma, que la constituye independiente y soberana. El maestro, ya en 1837 consideraba la autodeterminación de las naciones como un derecho. Todavía en 1920 un Comité de Juristas nombrado por el Consejo de la Liga de Naciones señalaba, que no hay mención del mismo en el Pacto de la Liga y no constituye una regla positiva del Derecho Internacional".

c) El concepto de Bello sobre la no intervención es preciso y diáfano. Vislumbra con claridad el peligro de distinguir entre causas justas e injustas de intervención y especialmente que esa distinción les sirva de pretexto a terceros Estados para inmiscuirse en cuestiones latinoamericanas.

d) Su estudio del concepto de *denegación de justicia* exigiendo el agotamiento de la totalidad de los recursos y procedimientos judiciales internos del país donde se ha perpetrado la ofensa, concreta el contenido del principio a los casos en que se niega acceso a los medios de administración de justicia o ha incurrido en una demora indebida e inexcusable de la sentencia.

e) El maestro diagnostica certeramente las dificultades del tráfico comercial entre las nacientes y débiles repúblicas americanas y las poderosas metrópolis europeas. Consciente de que la cláusula de la nación más favorecida, mecanismo usual regulatorio de las relaciones comerciales en la época, los Estados vinculados por dicha Cláusula se beneficiarán de las ventajas y privilegios que se concediesen recíprocamente las nacientes repúblicas americanas, idea y aplica la llamada *Cláusula Bello*. El objeto de dicha cláusula era, simplemente, el de impedir que ventajas y privilegios americanos se hiciesen extensivos a los países europeos. La realidad evidenciada por las relaciones comerciales entre los países pobres y los países ricos han demostrado la vigencia de la tesis sustentada por Bello.

f) El examen que realiza Bello sobre la apropiabilidad de los recursos del mar abrió el camino, tanto para identificar las diferentes áreas marítimas a que tiene derecho el Estado costero, considerando las diferentes utilidades del medio, esto es, como medio de comunicación, como medio de seguridad, como receptáculo de riquezas agotables. Al propio tiempo con asombrosa claridad admite y precisa el alcance de los *derechos históricos* sobre ciertas porciones marítimas, fundamento de ese importante concepto del Derecho Internacional Marítimo, conocido como las *aguas históricas*.

g) Frente a la delicada cuestión de las *reclamaciones extranjeras*, Bello vislumbra claramente el destino de América en el concierto de las naciones y especialmente la debilidad de las nacientes repúblicas frente a la voracidad de las Potencias Coloniales.

El maestro propone la aplicación de tres criterios básicos:

1. La aplicación del principio de igualdad de tratamiento a los acreedores extranjeros y nacionales;
2. No utilización de la protección diplomática;
3. Sólo donde el Estado deudor aparezca con manifiesta intención de frustrar reclamos pueden justificarse medidas extremas.

La tesis de Bello, en esencia, coincide con la doctrina Drago, al rechazar el uso de la fuerza para el cobro cumpulsivo de la deuda pública y con la doctrina Calvo, al rechazar la utilización de la protección diplomática en favor de los nacionales del Estado protector.

h) Bello aporta una importante contribución al *Derecho de la Neutralidad*.

Analiza la conducta de los países neutrales, y propone un tratamiento humanitario, igualitario e imparcial.

Las reglas expuestas por el maestro, relativas al alcance y límites de los privilegios de los neutrales constituyen, en esencia, el contenido de las famosas tres reglas de Washington, acogidas por el Tratado de 8 de mayo de 1871, aplicadas por la Sentencia arbitral de 1872.

Al propio tiempo, sus ideas sobre el carácter protector del pabellón neutral, y la abolición del corso que el maestro había incluido en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Chile y Perú el 28 de julio de 1835, fueron acogidas por la Declaración de París en 1856.

i) El maestro proyecta al ser humano como sujeto de derecho internacional, especialmente mediante el respeto de los derechos humanos. Sostiene la necesidad de otorgar a los extranjeros un justo trato, lo que conduce a incluir en el Reglamento Consular de 1856, derechos hereditarios de los extranjeros.

j) El aporte del maestro en materia de Derecho de Asilo coincide, en sus rasgos fundamentales, con los principios contenidos en la Convención de Caracas de 1954.

Es innegable, en consecuencia, el aporte identificador y esclarecedor del maestro Bello a la formulación de los principios del Derecho Internacional en América.

ASPECTOS VINCULANTES DEL ACUERDO DE GINEBRA DE 1966

EFRAÍN SCHACHT ARISTIGUIETA

El "Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica", mejor conocido comúnmente como "Acuerdo de Ginebra", fue suscrito en la ciudad de Ginebra, Confederación Suiza, el día 17 de febrero del año 1966, por representantes debidamente autorizados de los gobiernos de Venezuela y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por el Primer Ministro de Guayana Británica. Posteriormente el mencionado Acuerdo fue ratificado por los órganos legislativos competentes de las Altas Partes Contratantes, convirtiéndose en Venezuela en Ley, con fecha 13 de abril de 1966.

En su Preámbulo se considera la próxima independencia de Guyana Británica, afirmándose asimismo que, "...cualquiera controversia entre Venezuela por una parte, y el Reino Unido y Guayana Británica por la otra, perjudicaría tal colaboración y debe, por consiguiente, ser amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes... y han llegado al siguiente Acuerdo para resolver la presente controversia...". Debe entenderse por tanto, que las partes involucradas en la contención son las que suscriben aquel instrumento convencional, con el añadido explicativo establecido por su propio Artículo VIII, que textualmente dice así: "...Al obtener Guayana Británica su independencia, el Gobierno de Guyana será en adelante parte del presente Acuerdo, además del Gobierno de Venezuela y del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte...", concepto reiterativo de quienes son los sujetos del mencionado documento, esto es, Venezuela, por una parte; y por la otra, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Guayana Británica antes de su independencia, y la República Cooperativa de Guyana, después de alcanzarla, el 23 de febrero de 1970.

Conforme al Artículo I del Acuerdo, "...se establece una Comisión Mixta con el encargo de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido, surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899, sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica, es nulo e írrito...". Dicha Comisión Mixta fue integrada dentro de los dos meses contados a partir de la entrada en vigor del Acuerdo, como lo estipula el Artículo II de este último, con dos representantes nombrados por el Gobierno de Venezuela y dos por el Gobierno de Guayana Británica, que luego se constituyeron formalmente e iniciaron conversaciones para el cumplimiento de su objeto estipulado en el Artículo I del Acuerdo, como hemos visto anteriormente, concluyéndolas infructuosamente cuatro años después y presentando su Informe Final a los gobiernos de Venezuela y de la República Cooperativa de Guyana, que entretanto había obtenido su independencia, todo de conformidad con lo establecido por el Artículo IV del Acuerdo.

En la misma oportunidad de la consignación del mencionado Informe Final, o sea, el 18 de junio del año 1970, los gobiernos de Venezuela, de Guyana y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a más del Alto Comisionado del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, suscribieron en Puerto España, Trinidad y Tobago, el denominado "Protocolo de Puerto España", que entró en vigencia en la misma fecha de su firma, pero que no fue ratificado. Su Artículo V dispuso que dicho Instrumento permanecería en vigor durante un período inicial de doce años, renovable con sujeción a lo dispuesto en su propio texto, por períodos sucesivos de doce años cada uno; y de conformidad con lo estipulado por su Artículo III, textualmente establecieron las Altas Partes Contratantes lo siguiente: "...Mientras el presente Protocolo permanezca en vigor, se suspenderá el funcionamiento del Artículo IV del Acuerdo de Ginebra. En la fecha en que este Protocolo deje de tener vigencia, el funcionamiento de dicho Artículo se reanudará en el punto en que ha sido suspendido, es decir, como si el Informe Final de la Comisión Mixta hubiera sido presentado en esa fecha, a menos que el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana hayan antes declarado conjuntamente por escrito, que han llegado a un acuerdo completo para la solución de la controversia a la que se refiere el Acuerdo de Ginebra o que han convenido en uno de los medios de arreglo pacífico previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas...".

En efecto, transcurrieron inútilmente los doce años iniciales previstos por el Artículo V del "Protocolo de Puerto España", sin que sobreviniese absolutamente ninguna circunstancia de progreso en la discu-

sión de la controversia, y por ello, el Gobierno de Venezuela notificó oportunamente a los gobiernos de Guyana y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, su decisión de no prorrogar por más tiempo aquel Instrumento; por lo cual, de acuerdo con el Artículo III de este último, automáticamente y de inmediato se reanudó el funcionamiento del Artículo IV del "Acuerdo de Ginebra", en el punto en que había dispuesto suspenderlo el "Protocolo de Puerto España", o sea, al momento de la presentación el 18 de junio del año 1970 por la Comisión Mixta en su Informe Final. De modo, que a partir de entonces, los gobiernos de las Altas Partes Contratantes, conforme al Artículo IV del "Acuerdo de Ginebra", debían escoger sin demora uno de los medios de solución pacífica previstos por el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, por lo cual el Gobierno de Venezuela propuso al Gobierno de Guyana el relativo a las negociaciones directas —que siempre ha sido la posición venezolana en este sentido y que rechazó el Gobierno de Guyana, proponiendo, a su vez, éste al Gobierno de Venezuela, el procedimiento judicial de la Corte Internacional de Justicia, que posteriormente rechazó aquél por las razones invocadas en su oportuna respuesta. Así las cosas y planteada la situación en tales términos, corresponde entonces la continuación del procedimiento establecido por el ordinal 2º del Artículo IV del "Acuerdo de Ginebra", que, a la letra dice así: "...Si dentro de los tres meses siguientes a la recepción del Informe Final, el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana no hubieran llegado a un acuerdo con respecto a la elección de uno de los medios de solución previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, referirán a la decisión sobre los medios de solución a un órgano internacional apropiado que ambos gobiernos acuerden, o de no llegar a un acuerdo sobre este punto, al Secretario General de las Naciones Unidas. Si los medios así escogidos no conducen a una solución de la controversia, dicho órgano, o como puede ser el caso, el Secretario General de las Naciones Unidas, escogerán otro de los medios estipulados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y así sucesivamente, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho Artículo hayan sido agotados..."

En ausencia de la posibilidad acerca de la escogencia de un órgano internacional apropiado acordado por ambos gobiernos para la escogencia por aquél de los medios de solución pacífica de la controversia, procede indudablemente recurrir cualquiera de las Altas Partes Contratantes a un órgano internacional apropiado que sus gobiernos acuerden, o de no llegar a esto, al Secretario General de las Naciones Uni-

das, a fin de que este funcionario internacional escoja por sí mismo uno de los medios pacíficos de solución de controversias internacionales previstos por el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas: negociación, investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

En esta etapa del procedimiento convenido en el "Acuerdo de Ginebra" por las propias Altas Partes Contratantes, pareciese como si el Secretario General de las Naciones Unidas tuviese la facultad que ellas mismas le tienen conferida de agotar sucesivamente cada uno de los mencionados medios pacíficos de solución de controversias internacionales entre Estados, luego de que no hubiese resultado idóneo para ello, respectivamente, lo que previamente y en cada oportunidad hubiese señalado u escogido aquel alto funcionario internacional. Así nos lo determina el texto del Art. IV del "Acuerdo de Ginebra", al menos, no obstante que, evidentemente, en el transcurso de tal procedimiento las propias Altas Partes Contratantes bien pudiesen avenirse entre sí para la selección de uno de dichos medios pacíficos de solución de controversias internacionales, en cuyo caso eventual entendemos que el Secretario General de las Naciones Unidas acogería obviamente tal fórmula, puesto que provendría de la voluntad de los gobiernos de los Estados en controversia, aun cuando estimamos personalmente que, dentro de la hipótesis, podrían aquéllos delegar en el mencionado funcionario internacional la determinación de las normas adjetivas requeridas para el funcionamiento del correspondiente mecanismo de avenimiento, salvo que los propios interesados optasen por precisar por sí mismos tal cuestión.

Fundamentándonos en los anteriores hechos y supuestos, habremos de adentrarnos ahora en los principales aspectos jurídicos que caracterizan a nuestro juicio el fondo mismo de tan complejo y delicado problema, sobre todo y específicamente en lo relativo a los aspectos vinculantes derivados del "Acuerdo de Ginebra", y más concretamente aún, en atención a su absoluta vigencia contractual y exclusiva, habida consideración de que en este orden de ideas, es dicho Instrumento el único que rige actualmente entre las Altas Partes Contratantes para la solución de la contención planteada por Venezuela al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por extensión a la República Cooperativa de Guayana, cesionaria de los derechos y obligaciones en tal sentido de la ex colonia Guayana Británica por determinación de ese mismo Tratado, a partir de la independencia de ésta última.

Para la doctrina sustentada por el Derecho Internacional, cualquiera que sea su denominación, un tratado internacional constituye un acuerdo

entre sujetos del Derecho Internacional, destinado a producir específicos efectos jurídicos, bien sea a título general o particular, según la propia naturaleza y alcance del mismo. Por esto es que los Tratados constituyen la forma más viable e idónea para la codificación de las normas internacionales no escritas, resultando en consecuencia, obvia su importancia; siendo además, por ello mismo, amplísima en la práctica su problemática, que va desde su propia terminología, pasando por las cuestiones de mera forma, hasta la capacidad para contraerlos, su validez y denuncia, etc. En nuestros días, sin que se hubiese alcanzado agotar el tema, ni con mucho, no es menos cierto que se ha alcanzado elaborarse una importante Convención sobre la materia, en Viena, el año de 1969, suscrita y ratificada por gran número de naciones, que constituye indudablemente el instrumento convencional codificado más valioso e importante respecto de tan esencial asunto. En él se le define al Tratado Internacional como "toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, crear, modificar o extinguir un derecho". En lo atinente a sus efectos, coinciden los autores en señalar específicamente determinadas reglas y principios, acogidos expresamente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, partiendo del concepto de que los Tratados no son meras normas, sino también realidades, partiendo de la idea fundamental de que *la actitud de buena fe* ha de prevalecer durante la ejecución de su vigencia, concretándose con ello el antiguo principio admitido universalmente por la doctrina denominado *pacta sunt servanda*, o como lo afirma aquella Convención en su artículo 26: "...Todo Tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido de buena fe...". Como puede observarse, tal disposición conecta la regla de la obligatoriedad de los Tratados con el principio de buena fe, básico no sólo en cuanto a la interpretación, sino en lo relativo a la ejecución de los mismos, añadiéndose en el Artículo 27 de la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una regla específica en la que se dice textualmente que "... una Parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un Tratado...", subordinándose así el Derecho particular de cada uno de los Estados —derecho interno— al Derecho Internacional Convencional. En esta forma se consagra implícitamente, tanto como explícitamente, al aspecto vinculante para las Partes de los Tratados internacionales, sin que aún como consecuencia de los mayores esfuerzos pueda desviarse o desnaturalizarse esta norma al momento de interpretárseles, operación ésta esencial.

Varias son las clasificaciones aceptadas por la doctrina para la ordenación de las formas de interpretación de los Tratados: según el órgano o personas que la realicen, puede distinguirse: 1) la interpretación auténtica, llevada a cabo por las Partes en el Tratado mismo o en acto posterior —acuerdo interpretativo, práctica posterior, etc.; 2) la interpretación doctrinal, que es la llevada a cabo por los juristas internacionalistas —por medio de dictámenes, resoluciones y acuerdos de institutos científicos, publicaciones, etc.; 3) la interpretación judicial, que se realiza en las sentencias y dictámenes de los Tribunales de Justicia, más propiamente por los órganos judiciales internacionales; 4) o la interpretación diplomática, realizada por los ministerios de Relaciones Exteriores y manifestada a través de notas diplomáticas, o de circulares dirigidas a las misiones diplomáticas, e incluso, de decisiones de órganos internos no judiciales, llamados a aplicar el Derecho Internacional. En otro sentido, según los resultados, puede hablarse de una interpretación extensiva o restrictiva, dependiendo de que su resultado conduzca a la ampliación de las obligaciones emanadas del Tratado, o bien, que éstas sean lo menos onerosas posible dentro de la letra de la cláusula o cláusulas objeto de la interpretación; y en un tercer aspecto, atendiendo al método empleado, puede ser la interpretación literal o gramatical, si lo que se intenta es determinar el sentido, haciendo un simple análisis de las palabras. En esta materia, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina, que las reglas de interpretación se fundamentan en tres principios: a) el de la buena fe; b) el de la primacía del texto, complementado con la regla del sentido corriente de los términos; c) el del objeto y fin, del propio Tratado (artículo 31, n. 1).

Dentro de este orden de ideas, es obvio que el "Acuerdo de Ginebra" vincula jurídicamente y obliga a las Altas Partes contratantes que lo suscribieron, con el comentario añadido, igualmente evidente, de que ninguna de ellas ha manifestado en forma directa ni siquiera indirecta, con posterioridad a la oportunidad de su celebración, intención de sustraerse a sus efectos vinculantes, convalidándose aún más con tal circunstancia —si fuese necesario—, aquella disposición inicial expresada y materializada por las Altas Partes al suscribir y ratificar, y posteriormente iniciar y proseguir su ejecución, tal Instrumento. En ninguna ocasión, absolutamente en ninguna, las Altas Partes Contratantes del "Acuerdo de Ginebra" han hecho alguna declaración formal o informal que pudiese interpretarse en manera distinta a su aceptación de aquel Tratado, lo cual es cuestión diferente, jurídicamente, que la de eventuales incumplimientos parciales respecto de sus estipulaciones, circunstancias sí ocurridas, pero que escapan al alcance y sentido e intención de nues-

tro trabajo, que sólo pretende insistir en la plena vigencia del "Acuerdo de Ginebra", y por consiguiente, del aspecto vinculante fundamental de su propia existencia contractual, como también de sus efectos intrínsecos y de su objeto específico conforme a su Preámbulo y estipulaciones. Esto es esencial e importante, no sólo por lo que respecta a las mismas Altas Partes Contratantes, sino aun también relación con los órganos internacionales mencionados concretamente en el mencionado Instrumento multilateral, y, adicionalmente, en lo atinente a los demás Estados miembros de la comunidad internacional —y sobre todo a los que sean Miembros de las Naciones Unidas—, en su condición de terceros que en un determinado momento pudiesen o tuviesen que emitir opinión acerca de las incidencias que eventualmente ocurriesen o pudiesen sobrevenir en el desarrollo y aplicación de las normas y estipulaciones del "Acuerdo de Ginebra", que aparentemente fue concebido y redactado y suscrito para cumplírsele y alcanzar su propósito, salvo demostración en contrario por parte de alguno de los contratantes, lo cual sería sumamente grave y delicado, por obvias y diversas razones.

Las Altas Partes mantienen sus respectivas obligaciones dentro del mencionado Tratado, y por consiguiente, continúan vinculadas jurídicamente por sus estipulaciones y, fundamentalmente, por su propio objeto, esto es, la resolución de la controversia surgida por la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899, sobre la frontera entre Venezuela y Guyana Británica, es nulo e írrito, y en consecuencia, las Partes deberán buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de dicha controversia, con arreglo y en acatamiento de lo que esas mismas Altas Partes Contratantes establecieron sustantiva y adjetivamente en Tratado suscrito al efecto, comúnmente denominado "Acuerdo de Ginebra". Cualesquiera demoras o desviaciones en el cumplimiento de dichas normas contractuales habrán de imputarse al Estado signatario transgresor, atribuyéndosele desde luego la correspondiente responsabilidad jurídica, conforme al Derecho Internacional y a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuya eventual violación no podría quedar impune, tanto en el campo estrictamente jurídico como en el político y diplomático.

Dentro de esta línea de pensamiento, estimamos, asimismo, que, indistintamente una cualquiera de las Altas Partes, tiene facultad, conforme se lo atribuyen las previsiones del Artículo IV del Tratado en referencia, para acudir al Secretario General de las Naciones Unidas, si al vencimiento del plazo de tres meses, contados desde la notificación oficial del Gobierno de Venezuela a los de la República Cooperativa de Guyana y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de su

voluntad de no prorrogar la vigencia del "Protocolo de Puerto España", como ya lo hizo, no hubiesen acordado las Altas Partes la escogencia del medio de solución pacífica de la controversia, indicados por el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, como lo disponía expresamente el Artículo III del Instrumento últimamente citado. Son vinculantes jurídicamente para las Altas Partes Contratantes todas las estipulaciones generales y particularmente mencionadas, y los efectos de tal acción por una de ellas, obliga, desde luego, a la otra, independientemente de su actitud subsiguiente, por obra misma, automática, del impulso procesal convenido *a priori* por las Altas Partes en el Artículo IV del "Acuerdo de Ginebra", conforme a las normas acogidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, antes citadas, y con sujeción, también, a los principios tradicionalmente aceptados por el Derecho Internacional.

Luego de que el Secretario General de las Naciones Unidas escogiere uno de los medios de soluciones pacíficas aceptadas por el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, para dirimir sus controversias de Estados en conflicto, en el caso concreto y específico que analizamos, habrá de continuarse el proceso aun en ausencia de una de las Altas Partes, pues de lo contrario, significaría tanto como admitir lo inadmisibles, o sea, la rebeldía de una de ellas antes sus propias manifestaciones formales de voluntad soberana, expresadas a través de su suscripción del "Acuerdo de Ginebra" y confirmada posteriormente por la ratificación del mismo por los órganos jurisdiccionales internos respectivos. La teoría internacional acerca de los efectos de los Tratados apoya claramente este criterio, y en tal sentido, estimamos que así lo habrá de invocar, oportunamente, el gobierno del país colocado en semejante eventualidad de incumplimiento contractual por otro de los suscriptores del Tratado en cuestión. El procedimiento tendría que proseguirse sin dilaciones, cualesquiera pudiesen ser las objeciones dilatorias del Estado infractor, en aplicación de las normas, también señaladas anteriormente, acogidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del año 1969, aplicable para todos los Estados de la comunidad internacional. Tal conducta debería mantenerse hasta la conclusión de la controversia a través de uno de los medios de soluciones pacíficas de controversias internacionales, indicados por el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, concordante con lo convenido por las Altas Partes Contratantes en el Artículo IV del "Acuerdo de Ginebra", que es el único Instrumento por el cual aquéllas deben regirse en la búsqueda de soluciones prácticas para la contención de Venezuela, absolutamente legítima y justificada, no sólo por las causas que hacen nulo e írrito el

Laudo de París, de 1899, sino además por las circunstancias en que aquél se realizó y que Venezuela apenas conoció en amplitud después de mucho tiempo transcurrido desde entonces, el año de 1948, y que evidentemente constituyen un bochorno internacional que requiere desagravio y reparación, para reivindicación de la justicia internacional.

LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO SOBRE LA NACIONALIDAD DE LA MUJER EN LA CONSTITUCION VENEZOLANA DE 1961*

GONZALO PARRA-ARANGUREN

SUMARIO:

I. *Los antecedentes constitucionales:* 1. La Comisión Bicameral de Reforma Constitucional. 2. El Anteproyecto del doctor Gonzalo Barrios. 3. Su examen en la Comisión Bicameral. 4. El Anteproyecto de los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa. 5. Su examen en la Comisión Bicameral. 6. Los cambios de estilo en el Proyecto aprobado por la Comisión Bicameral. 7. El Memorándum de la Cancillería del seis de junio de 1960. 8. La primera y la segunda discusión del Proyecto en la Cámara del Senado. 9. Los planteamientos hechos y la devolución a la Comisión Bicameral. 10. Nuevo examen del Proyecto en la Comisión Bicameral. 11. El tercer debate en la Cámara del Senado: a) la necesidad de residencia en Venezuela. 12. b) el Régimen de la manifestación de voluntad. 13. El trámite en la Cámara de Diputados. 14. La conclusión del examen por el Senado. 15. Las Disposiciones Transitorias. 16. El silencio sobre los problemas intertemporales. II. *Efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer extranjera casada con venezolano.* 17. El inciso primero del artículo 37 de la Constitución Nacional. 18. Su conformidad con el Derecho Internacional Público. 19. Los posibles conflictos positivos y negativos de nacionalidad. 20. La naturalización automática establecida por el artículo 37. 21. La extranjería de la mujer. 22. Excepciones al funcionamiento del artículo 37. 23. Su inaplicabilidad a las mujeres venezolanas: el dictamen de la Procuraduría General de la República del veintiocho de junio de 1973. 24. Las hipótesis de nacionalidad múltiple de la mujer si una de ellas es la venezolana. 25. La posibilidad de los matrimonios mixtos. 26. La existencia de un matrimonio válido. 27. Ley aplicable a los requisitos de fondo del matrimonio. 28. El problema planteado por las sentencias extranjeras de divorcio. 29. Ley aplicable a la validez formal del matrimonio. 30. La nacionalidad venezolana del marido. 31. Momento en el cual debe ser venezolano el marido: posibles interpretaciones. 32. Actitud de la jurisprudencia patria. 33. La jurisprudencia administrativa. 34. La irrelevancia de la diso-

* En el presente trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas: CD = Diario de Debates de la Cámara de Diputados; CS = Diario de Debates de la Cámara del Senado.

lución del matrimonio sobre la naturalización de la mujer. 35. Ley aplicable a la anulación del matrimonio. 36. La necesaria declaración judicial. 37. La eficacia de la sentencia nulatoria. 38. La actitud de la jurisprudencia administrativa. 39. El dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores del veintidós de mayo de 1964. 40. Las características del matrimonio putativo: a) la sentencia del 19 de febrero de 1964; 41. b. El dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores del 4 de junio de 1964. 42. Los efectos del matrimonio putativo en materia de naturalización de la mujer extranjera casada con venezolano. 43. El necesario reconocimiento de la eficacia de la naturalización. 44. La crítica del régimen constitucional ante las posibles naturalizaciones fraudulentas. 45. La Resolución del veintisiete de julio de 1978 del Consejo Supremo Electoral. 46. Las eventuales irregularidades en la cedula de extranjeras casadas con venezolanos. 47. La improcedencia de las críticas formuladas. 48. Las circulares de la Cancillería sobre los matrimonios fraudulentos. 49. La declaratoria de voluntad de la mujer. 50. Personas autorizadas para efectuar la declaratoria. 51. Los aspectos formales de la declaración. 52. La interpretación restrictiva del artículo 41 de la Constitución: a) la doctrina patria. 53. b) el dictamen de la Procuraduría General de la República del veintinueve de octubre de 1971. 54. Los límites temporales indirectos para la declaración de voluntad. 55. La eventual simultaneidad con la nacionalidad venezolana del marido. 56. La posible residencia en el extranjero. 57. La interpretación del régimen vigente por la jurisprudencia administrativa. 58. La posición de la doctrina patria. 59. El necesario control por parte del Ministerio de Relaciones Interiores. 60. La eventual publicación en la *Gaceta Oficial*. 61. publicación ordenada por el Reglamento de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 1979. 62. Los "Modelos de Declaración de ser Venezolanos", del Ministerio de Relaciones Interiores. 63. Los recaudos de imprescindible acompañamiento. 64. La circular de la Cancillería del treinta de junio de 1961. 65. El formulario anexo a la Circular. 66. La Circular de la Cancillería del quince de marzo de 1972. 67. Los elementos probatorios indispensables. 68. El posible funcionamiento del principio *locus regit actum*. 69. Los necesarios informes al Ministerio de Relaciones Interiores. 70. Los deberes impuestos por algunos textos vigentes: 71. a) El Acuerdo del cuatro de julio de 1974, suscrito entre Venezuela y España. 72. b) El mandato de la Ley Orgánica de Sufragio de 1977. 73. c) La disposición del Reglamento de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 1979. 74. El posible funcionamiento del tercer párrafo del artículo 45 de la Constitución. 75. Los efectos de la naturalización de la mujer sobre sus hijos menores de edad. 76. La vigencia temporal del precepto. 77. La Circular de la Cancillería del seis de febrero de 1961. 78. La actitud inicial del Ministerio de Relaciones Interiores. 79. Las posibles interpretaciones antagónicas del régimen vigente. 80. Análisis comparativo con la "Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada", de 1957. 81. Las críticas de la doctora Sonia Sgambatti. III. *Efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer venezolana casada con extranjero*. 82. El artículo 38 de la Constitución Nacional. 83. Su conformidad con el Derecho Internacional Público. 84. Similitud de régimen con el establecido por el artículo 37. 85. La nacionalidad venezolana de la mujer. 86. La necesaria validez del matrimonio. 87. Extranjería del marido. 88. La ulterior naturalización del marido extranjero. 89. Carácter definitivo de la

pérdida de la nacionalidad. 90. La declaración de voluntad. 91. Capacidad para efectuarla. 92. La forma de la declaración. 93. Aspectos temporales. 94. La adquisición de la nacionalidad extranjera del marido. 95. La extranjería del marido. 96. Los eventuales vínculos de la mujer con Venezuela. 97. El artículo 38 constituye una causa de pérdida de la nacionalidad. 98. La necesidad de algunos trámites ulteriores. 99. Eficacia temporal de la pérdida de la nacionalidad. 100. Los matrimonios regulados por el artículo 38.

I. LOS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

1. La *Junta Militar de Gobierno* asumió el Poder Supremo de la República en horas de la madrugada del *veintitrés de enero de 1958*: algunos meses más tarde se produjo la convocatoria para legitimar el movimiento castrense a través de los mecanismos electorales; y una vez instalado, el nuevo Poder Legislativo acordó, el *veintiocho de enero de 1959*, designar una Comisión Bicameral de Reforma Constitucional.

Tres días después tuvo lugar su instalación: el *veintitrés de febrero de 1959* dispuso "tomar como base de discusión para la reforma constitucional, la Constitución de 1947:¹ y algún tiempo más tarde, designó al doctor Gonzalo Barrios "como ponente para elaborar el Título sobre Nacionalidad".²

2. El Anteproyecto presentado por el doctor Gonzalo Barrios a la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional reguló la influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer en los términos siguientes:

Artículo 12. Son venezolanos por naturalización: 1º La extranjera casada con venezolano, si conforme a su ley nacional pierde por efecto del matrimonio su nacionalidad anterior... *Artículo 13.* La disolución del matrimonio no afectará la nacionalidad que tuvieron los cónyuges y los hijos. *Artículo 14.* La venezolana que casare con extranjero conservará la nacionalidad venezolana, a menos que manifestare su voluntad contraria, y siempre que tal manifestación sea suficiente para adquirir la nacionalidad del marido, según la ley nacional de éste. *Artículo 15.* Las manifestaciones de voluntad a que se refieren los artículos anteriores y la adquisición de cartas de naturaleza serán reguladas por la ley.

1. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, Tomo I, Volumen I, Caracas, 1971, Acta Nº 2, p. 5.

2. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta Nº 8, p. 18.

3. El *dieciséis de abril de de 1959* inició la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional el estudio de la Ponencia del doctor Gonzalo Barrios; y fueron hechos algunos comentarios, tanto ese mismo día,³ como en la sesión siguiente, del *veintitrés de abril de 1959*.⁴

Cuatro días más tarde concurren los doctores Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren, invitados "para oír sus opiniones sobre la Ponencia presentada por el doctor Gonzalo Barrios, referente a la nacionalidad"; en esa misma ocasión, *veintisiete de abril de 1959*, se resolvió encomendarles "la redacción de una nueva Ponencia sobre Nacionalidad, acogiendo las ideas expuestas por ellos".⁵

4. En virtud del requerimiento expreso que les fuera formulado, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa presentaron, el *veintiséis de mayo de 1960*, un Anteproyecto de Ponencia sobre el Título relativo a la nacionalidad venezolana; y en su parte pertinente, los incisos primero y segundo del artículo decimotercero, disponía:

Las relaciones de familia sólo influyen en la nacionalidad venezolana en los siguientes casos: 1º) La venezolana que casare con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que declare su voluntad contraria y adquiriera, según la ley nacional del marido, la nacionalidad de éste. 2º) La extranjera casada con venezolano es venezolana por naturalización desde que declare su voluntad de serlo...

De igual modo fue prevenido en el artículo decimosexto:

Las declaraciones de voluntad contempladas en los artículos 11, 13, 14 y 15, se harán en forma auténtica por el interesado cuando sea mayor de dieciocho años y por su representante legal si no ha cumplido esa edad.⁶

5. El Anteproyecto de los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez Covisa fue examinado el *primero de junio de 1959* por la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional, en la parte referente a los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer; y el doctor Rafael Caldera hizo saber su criterio en el sentido de "que el encabezamiento del artículo le parece demasiado absoluto", motivo por el cual propuso sustituirlo por la fórmula siguiente: "Son venezolanos por naturalización desde que declaren su voluntad de serlo".

3. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 13, pp. 33-34.

4. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 14, pp. 35-36.

5. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 15, pp. 37-38.

6. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 31, p. 116.

En vista del anterior alegato, el doctor Joaquín Sánchez-Covisa destacó la intención del Anteproyecto, a saber: "consagrar el principio de los efectos personales de la naturalización, es decir, que las relaciones de familia sólo influyen de manera excepcional en la naturalización". No obstante, la sugerencia del doctor Rafael Caldera resultó aprobada;⁷ y de inmediato los doctores Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren procedieron a realizar la indispensable adaptación formal de los varios incisos al nuevo encabezamiento. En consecuencia, la materia fue separada en dos preceptos, y el artículo decimotercero previno:

Son venezolanos por naturalización desde que declaren su voluntad de serlo: 1. La extranjera casada con venezolano...

Por su parte, el inciso segundo del artículo decimotercero del Proyecto fue estructurado en forma autónoma; y bajo el número decimo-cuarto se dispuso:

La extranjera que casare con venezolano conserva su nacionalidad, a menos que declare su voluntad contraria y adquiera, según la ley nacional del marido, la nacionalidad de éste.⁸

6. Algunas semanas más tarde, el *once de agosto de 1959*, la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional aprobó ciertos cambios de forma propuestos por el profesor Angel Rosenblat; y el artículo decimoséptimo quedó redactado en los términos siguientes:

Las declaraciones de voluntad contempladas en los artículos 11, 13, 14 y 16 se harán en forma auténtica por el interesado cuando sea mayor

-
7. Antes de aceptarse la reforma del doctor Rafael Caldera, fueron hechas otras proposiciones para modificar la redacción del encabezamiento en el artículo original del Proyecto: la frase "sólo influyen", debería reemplazarse por "sólo determinan", al decir del doctor Jívito Villalba; el doctor Arturo Uslar Pietri consideró mejor que leyera "se toman en cuenta", en vez de "sólo influyen", pero igualmente propuso la siguiente fórmula sustitutiva: "También contribuyen a la determinación de la nacionalidad en los siguientes casos". Por su parte, el doctor Ernesto González Araujo estimó más satisfactorio que leyera: "influyen en la nacionalidad" (*Actas, op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 31, p. 116).
 8. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 31, p. 117. En virtud de haberse incorporado un nuevo precepto, fue corrido el número de los siguientes artículos del Anteproyecto de Ponencia, y, además, oportunamente se hizo la necesaria modificación al artículo 17, para que leyera así: "Las declaraciones de voluntad contempladas en los artículos 11, 13, 14 y 16, se harán en forma auténtica por el interesado cuando sea mayor de dieciocho años o por su representante legal si no ha cumplido esa edad" (*Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 32, p. 119).

de dieciocho años y por su representante legal si no ha cumplido esa edad.⁹

7. Una vez concluido, el Proyecto fue hecho circular por la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional en diversos sectores de la opinión pública; y la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, a cargo del doctor Ramón Carmona, hizo valer los siguientes conceptos en su Memorándum del *seis de junio de 1960*:

En cuanto al artículo 38,¹⁰ se observa la supresión del requisito establecido en la Constitución de 1953, de que la manifestación hecha por la mujer casada con venezolano debe ser aceptada para que adquiera la nacionalidad por naturalización. Este requisito no había sido nunca exigido antes y bastaba con anular la naturalización cuando el matrimonio se verificaba para los solos efectos de adquirir la nacionalidad con fraude a la ley. La solución propuesta es correcta.¹¹

8. De inmediato el Proyecto fue remitido a la Cámara del Senado donde se aprobó por unanimidad en primera discusión, el *veinte de junio de 1960*, sin controversia de ninguna clase;¹² pero al debatirse por segunda vez el Título Segundo, el *seis de julio de 1960*, el doctor Ramón Vicente Casanova hizo uso de la palabra para plantear reparos de carácter general a todo el régimen de la nacionalidad, y sostener la conveniencia de reproducir los criterios admitidos en el Proyecto del doctor Gonzalo Barrios, inspirados básicamente por el sistema de la Constitución de 1947. Por lo tanto, sugirió regular los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer casada en los siguientes términos:

Artículo . Son venezolanos por naturalización: 1º La extranjera casada con venezolano, si conforme a su ley nacional pierde por efecto del matrimonio su nacionalidad anterior... Artículo . La disolución del matrimonio no afectará la nacionalidad que tuvieron los cónyuges y los

-
9. *Actas...*, *ob. cit.*, Tomo I, Volumen I, Acta N° 50, p. 206. La única reforma consistió en haber sustituido la conjunción "o" por "y", para conectar la última frase del precepto.
10. La referencia es al artículo 39 de la redacción definitiva.
11. El Memorándum de la Cancillería hizo también los siguientes comentarios: "En cambio, la exigencia de que la manifestación de voluntad deba hacerse en el caso de los menores naturalizados en cabeza de los padres o de los menores adoptados por venezolanos, se haga antes de los 25 años, resulta siempre extraña. Basta un año a partir de la mayoría para que se llene el requisito".
12. CS, 1960, N° 37, seis de julio de 1960, pp. 2.744-2.747.

hijos. Artículo . La venezolana que casare con extranjero conservará la nacionalidad venezolana, a menos que manifestare su voluntad contraria, y siempre que tal manifestación sea suficiente para adquirir la nacionalidad de su marido, según la ley nacional de éste. Artículo . Las manifestaciones de voluntad a que se refieren los artículos anteriores y la adquisición de cartas de naturaleza serán reguladas por la ley ().

9. La propuesta del senador Ramón Vicente Casanova no pudo considerarse por colidir con el artículo 104 del Reglamento de la Cámara, que disponía hacer la segunda discusión artículo por artículo. En consecuencia, se continuó el examen de los diversos preceptos en la forma permitida por las normas vigentes y fueron aprobados sin alteración los artículos relativos a la influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer; pero, en cambio, el régimen de las manifestaciones de voluntad fue objeto de algunos comentarios críticos. En efecto, el doctor Elbano Provenzali Heredia propuso suprimir la frase final: "y por su representante legal si no ha cumplido esa edad"; y justificó su sugerencia en los términos siguientes:

Observo en este artículo que se faculta a personas que no han cumplido 18 años de edad para hacerla una manifestación de voluntad que tiene gran trascendencia y que no tiene ni antecedentes ni situaciones análogas en nuestro ordenamiento jurídico. La voluntad presunta es completamente personal, y un acto, una decisión de esta naturaleza debe ser tomada por la persona a quien interese; no siempre el representante legal puede, en un momento determinado, expresar cuál sería la voluntad de quien está sometido a su patria potestad o a su representación cuando llegue a la mayoría de edad, y por eso, en Constituciones anteriores se establecía la fórmula según la cual la nacionalidad amparaba a los hijos menores mientras llegaban a la mayoría, esto es, le atribuían a éstos, para los efectos civiles, la nacionalidad del padre.

El anterior planteamiento fue apoyado por el doctor Luis Beltrán Prieto Figueroa, quien hizo valer los siguientes conceptos:

No es concebible que en un asunto de tal trascendencia, como es la adquisición de la nacionalidad, pueda presumirse la voluntad presunta del menor, concediendo al padre el derecho de expresar esa voluntad presunta. Es de principio que la nacionalidad del padre protege al hijo, y es de suponer que el padre que solicita para su hijo menor una nacio-

nalidad determinada, es porque él mismo la posee, y, por consiguiente, el hijo menor no necesitaría la protección de esa nacionalidad que por la ley le corresponde.

Por su parte, el doctor Cipriano Heredia Angulo reprodujo algunos comentarios hechos en forma privada por el doctor Elbano Provenzali Heredia, en el sentido de "que su intención fue corregir el artículo no solamente en la frase final sino también en cuanto a sustituir el término de 18 años por 21 años"; y señaló "la gravedad que tiene el problema de conferir el derecho de hacer declaración de voluntad a personas simplemente mayores de 18 años, o sea, personas que todavía ni siquiera civilmente son mayores de edad".

Con vista de las reformas sugeridas, el senador Luis Alejandro González propuso que se aprobara el artículo en los términos del Proyecto y que los planteamientos hechos pasaran al estudio de la Comisión respectiva; así fue acordado por la Cámara.¹³

En última instancia, y una vez concluido el examen de los preceptos sobre la nacionalidad venezolana, también se votó afirmativamente la sugerencia del doctor Ramón Escovar Salom, tendiente a pasar todo el Título a la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional, para que se pronunciara sobre las proposiciones y observaciones hechas en el curso del debate.¹⁴

10. El Título Segundo del Proyecto fue examinado de nuevo por la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional durante los días *veinte de septiembre de 1960*,¹⁵ *veintitrés de septiembre de 1960*, en horas del mediodía,¹⁶ y en la sesión vespertina,¹⁷ y el *veintisiete de septiembre de 1960*.¹⁸ En la primera de dichas ocasiones el doctor Martín Pérez Guevara criticó de manera incidental el "artículo 41 del Proyecto, por considerar que el esposo de una menor de edad no debe hacer la declaración para adquirir la nacionalidad;¹⁹ pero el doctor

13. CS, 1960, N° 37. *seis de julio de 1960*, pp. 2.757-2.758.

14. CS, 1960, N° 37, *seis de julio de 1960*, pp. 2.759-2.760.

15. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen II, Acta N° 208, pp. 279-281.

16. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen II, Acta N° 210. Estuvieron presentes en la sesión, tanto el senador doctor Ramón Vicente Casanova como los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa.

17. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen II, Acta N° 211, pp. 286-287. El senador doctor Ramón Vicente Casanova, y los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa asistieron como invitados a la sesión.

18. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen II, Acta 212, pp. 287-289. La Comisión Bicameral sesionó sin invitados especiales.

19. La afirmación no se ajusta a la realidad jurídica venezolana porque el marido no es el representante legal de su cónyuge menor de edad; y al respecto, el ar-

Joaquín Sánchez-Covisa hizo hincapié en la importancia práctica del precepto, porque constituida un eficaz instrumento para resolver problemas prácticos y situaciones inciertas al autorizar la manifestación de voluntad de ser venezolanos hecha por los padres o representantes legales a nombre de los menores. Esta perspectiva se impuso; y resulta sorprendente el silencio respecto a la residencia en el territorio de la República, a pesar de haberse incorporado semejante requisito en las otras hipótesis de naturalización previstas en el artículo 37 de la Constitución Nacional.²⁰

Por otra parte, desde una perspectiva procesal, es de señalar la propuesta del doctor Martín Pérez Guevara, en el sentido de excluir las declaraciones de voluntad que deben prestar las mujeres venezolanas casadas con extranjeros del régimen establecido en el artículo 41; el acta del *veintisiete de septiembre de 1960* se limita a dejar constancia del hecho sin ninguna clase de comentarios;²¹ pero en el Informe de la misma fecha, *veintisiete de septiembre de 1960*, la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional hizo saber a la Cámara del Senado:

... *Artículo 42.* La Comisión acordó suprimir la referencia que hacía este artículo al 39 del Proyecto, que trata de la venezolana que casare con extranjero. En efecto, se consideró que la declaración de voluntad que la venezolana pueda hacer para cambiar su nacionalidad, no debe regirse por la ley venezolana sino por la legislación del país del cual va a formar parte, en virtud de la naturalización. En consecuencia, se propone a la Cámara del Senado aprobar el artículo 42, suprimiendo la referencia al artículo 39.²²

11. Una vez concluido el examen de la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional, el Título del Proyecto sobre la Nacionalidad Venezolana fue discutido en el Senado por tercera vez durante los días

título 386 del Código Civil dispone: "La mujer casada, menor de edad, tiene por curador al marido o al tutor o curador de éste; y si es viuda, divorciada, separada de cuerpos o de bienes, tendrá por curador a su padre o a su madre, y, a falta de ellos, nombrará curador, conforme al artículo precedente". Por tanto, se trata de un régimen de curatela y no de tutela (Aguilar, José Luis: *Derecho Civil. Personas*. Caracas, 1977, pp. 359-361).

20. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo I, Volumen II, Acta N° 212, p. 289.

21. *Actas...*, *op. cit.*, Tomo II, Acta N° 212, p. 289.

22. CS, 1960, N° 14, *treinta de septiembre de 1960*, p. 1-49. El artículo 39 del Informe es el 38 del texto definitivo; y el 42 corresponde al 41 (véase sobre el particular el número 92 de este trabajo).

*treinta de septiembre de 1960*²³ y *tres de octubre de 1960*.²⁴ En esta última ocasión el doctor Argimiro Bracamonte hizo la pregunta de "si en el caso de que un venezolano contraiga matrimonio con una extranjera que esté fuera del país, no se requiere que élla resida en el país para que obtenga la nacionalidad venezolana"; y se permitió los comentarios siguientes:

Digo esto porque se puede prestar a crear problemas en el sentido de que, si un venezolano se casa por poder en el extranjero, y desde ese mismo momento la esposa si manifiesta su voluntad es venezolana, *ipso facto*, porque la voluntad se puede manifestar aun en el extranjero y continuar residiendo en el extranjero, desde aquel momento tendría derecho a la nacionalidad y al pasaporte venezolano, con todas las implicaciones y responsabilidades que ello signifique. Entonces, yo me pregunto, si no sería el caso de agregar: "siempre que resida en el territorio del país", como trae, por ejemplo, la legislación mejicana.

La sugerencia tuvo el inmediato apoyo del doctor Elbano Provenzali Heredia, por cuanto "las dos proposiciones de la Comisión hacen variar (?) los ordinales 2º y 3º de este artículo, en función de la residencia, y si el parecer de la Cámara es favorable a exigir la condición de la residencia para la extranjera casada con venezolano, no habría inconveniente en aceptarlo".

Por su parte, el senador Cipriano Heredia Angulo también expresó su acuerdo con el espíritu de la propuesta formulada, "aunque me parece que aún en el caso de que no lo prevea el texto constitucional, la Ley cuando vaya a desarrollar estos principios puede perfectamente establecer dónde y cómo va a hacerse la respectiva declaración o manifestación de voluntad"; y seguidamente agregó:

Aquí, desde luego, nos encontramos con que hay un margen suficiente, de manera que si el texto constitucional lo prevé, como se encamina a hacer la proposición Bracamonte, queda más claro, pero en caso de que la Cámara se resuelva por la redacción del artículo 38²⁵ en la forma sugerida por la Comisión, no habrá mayor inconveniente, porque la Ley podrá indicar que esa voluntad podrá manifestarse, desde luego, en Venezuela, ante el Registrador Principal, como venía haciéndose, o ante cualquier autoridad, desde luego, que con los requisitos de domicilio, residencia, etc., que señale, porque la Constitución no lo impide.

23. CS, 1960, N° 14, *treinta de septiembre de 1960*, p. 149.

24. CS, 1960, N° 15, *tres de octubre de 1960*, pp. 160-165.

25. La referencia es al artículo 37 en la redacción definitiva.

El senador Cipriano Heredia Angulo, al concluir sus palabras, expresó su desacuerdo con la atribución de la nacionalidad originaria venezolana *iure sanguinis*, aprobada "por la premura con que discutimos aquellas materias", motivo por el cual "se nos deslizaron errores semejantes".

Crítica similar formuló el doctor Argimiro Bracamonte, al intervenir por segunda vez en el debate; hizo expreso señalamiento de su antagonismo al régimen del *ius sanguinis*, en los términos admitidos por la Cámara; y sobre el punto concreto en examen se limitó a exponer:

...es cierto que yo no soy jurista, debo respetar el parecer de quien está en su propio campo cuando emite opinión al respecto, pero tengo la impresión que en materia tan debatida y tan delicada como ésta —como él mismo acaba de decirlo—,²⁶ es mucho más conveniente que la ley sea explícita y que queden las cosas bien claras en materia de tanta significación.

En vista de las disquisiciones sobre la importancia reconocida al *ius sanguinis* para atribuir la nacionalidad originaria, el Presidente de la Cámara, doctor Raúl Leoni, hizo expreso recordatorio de su extemporaneidad, "porque ese artículo fue aprobado definitivamente en tercera discusión"; y, en consecuencia, limitó el debate al precepto relativo a los efectos del matrimonio en la nacionalidad de la extranjera casada con venezolano.

Acto continuo el senador J. M. Siso Martínez sostuvo que el requisito de la residencia podía imponerse en la ley prevista por el artículo 43 del Proyecto;²⁷ más aún, se preguntó:

...si al añadir, como requisito específico, el de la residencia, no podría en un momento dado hasta interferir en la ley que viene a regular la nacionalidad e impedir que se establezcan requisitos de otra naturaleza. Sin embargo, como es una materia que no es de fondo, porque de todos modos está comprendida dentro del artículo 43, no creo que haya inconveniente en votarlo favorablemente.

Por su parte, el doctor Luis Beltrán Prieto Figueroa consideró útil hacer la siguiente advertencia:

26. El recordatorio es a las palabras del senador Cipriano Heredia Angulo.

27. Se trata del artículo 42 en la redacción definitiva.

El caso de un representante diplomático venezolano, casado con extranjera, se requeriría la residencia en Venezuela para considerar adquiriera la nacionalidad de esa extranjera casada con el diplomático, o que simplemente considerarse como residencia la permanencia dentro del área de la Embajada o residencia de la representación diplomática, que por la ficción de exterritorialidad se considera como prolongación del territorio nacional. Eso indica, pues, como los casos particulares llevados a la Constitución, traen estos inconvenientes que no dejan margen para establecer las excepciones indispensables. Por eso creo, que en vez de facilitar a la ley el establecimiento de las normas destinadas a regir los casos particulares, lo entraba, creando una norma rígida en la Constitución.

El senador Argimiro Bracamonte tomó la palabra para cerrar el debate con los comentarios siguientes:

En relación a las últimas consideraciones, yo creo saber, aunque no sé si es norma establecida, pero es un hecho, que cuando un diplomático venezolano contrae matrimonio con una extranjera, se cuida mucho el país de enviarlo al país de origen de la consorte, de mantenerlo en él; eso es un hecho, no sé si está consagrado en la legislación, pero sé que incluso ocurrió recientemente, cuando se trató del nombramiento de un Embajador que, justamente, residió un tiempo en México donde contrajo matrimonio. Ahora, es claro que al contraer matrimonio con un diplomático, y al gozar la sede diplomática de extraterritorialidad, no es difícil pensar que se considera aquélla como un residir en el territorio nacional. En todo caso sería un hecho más bien marginal junto al otro que sí ocurre con frecuencia, de los matrimonios a distancia, que ocurre que vienen a ser objeto justamente de grandes dificultades y hasta de vergonzosos tráficos con la nacionalidad.

Una vez concluido el debate fue sometida a consideración la propuesta del senador Argimiro Bracamonte; y resultó aprobada por la Cámara.

12. De inmediato continuó el examen de los restantes artículos sobre la nacionalidad venezolana; y al ser leído el referente a las declaraciones de voluntad del doctor Elbano Provenzali Heredia, se limitó a formular la siguiente observación:

Simplemente quería aclarar, como lo hice en la segunda discusión, que en conformidad con la redacción del artículo 42, en cuanto se refiere a la

posibilidad de que la declaración del representante legal en el momento de hacer la presentación de un niño en un Registro Público, equivalga a la declaración de voluntad a que se refiere el resto del articulado. A mí me parece que debería establecerse una distinción entre ambas manifestaciones, entre la que hace el padre cuando el menor ha nacido y entre la que hace el propio interesado cuando ha cumplido la mayoría de edad o, como en este caso, cuando ha cumplido los 18 años. En realidad, como este asunto fue largamente debatido y la Comisión se pronunció por dejar esta redacción, yo me abstengo de hacer proposición y dejo constancia de esa observación.

Con vista del anterior señalamiento el doctor Raúl Leoni, advirtió "que lo que él plantea está contemplado precisamente en el artículo 43, en la parte final. Dice (lee): "La ley regulará la pérdida y nulidad de la naturalización por manifestación de voluntad". Así es, "que la ley que va a reglamentar la nacionalidad, contemplará el caso concreto a que se refiere el ciudadano senador". Sin embargo, el doctor Elbano Provenzali Heredia, hizo el siguiente comentario adicional:

...las declaraciones de voluntad a que se referirá seguramente la Ley de Naturalización serían aquellas que han de presentar las personas que, habiendo llegado a cierto grado de madurez, deciden, personalmente, acogerse a una nacionalidad o manifestar su deseo de adquirirla. Pero esta posición es distinta de aquella en la cual un padre o una madre que debe cumplir el deber generalmente establecido en todos los países de presentarse ante el Registro Civil para garantizar, o para tener una prueba evidente de la identidad del hijo, son distintas y, por tanto, esa declaración del nacimiento de un hijo que formula el padre no está regida por la Ley de Naturalización, está regida por el Código Civil respectivo.

Las sorprendentes palabras anteriores no condujeron a propuesta alguna; y sometido a votación el precepto, fue aprobado por la Cámara en su forma original.

13. Los artículos del Proyecto sobre la influencia del matrimonio en la nacionalidad de la mujer fueron aprobados sin ninguna clase de comentarios en la primera discusión, que tuvo lugar el *diecinueve de octubre de 1960* en la Cámara de Diputados;²⁸ pero con motivo del segundo debate, en *veinticuatro de octubre de 1960*, el doctor Orlando Tovar destacó la reforma hecha por el Senado en los términos siguientes:

28. CD, 1960, N° 19, *diecinueve de octubre de 1960*, pp. 248-319.

Bien sé que esta materia fue objeto de especiales consideraciones por personas, a quienes los que fuimos estudiantes de la Universidad Central debemos el mayor respeto. Fue elaborada por los más brillantes técnicos que tenemos en el país.²⁹ Y es casualmente por ello, que me siento un tanto confundido con el ordinal 1º del artículo 37, en el cual aparece una frase que no fue de nuestro conocimiento en el seno de la Comisión y que seguramente fue agregada en el Senado. Dice así: "Son venezolanos por naturalización desde el momento que declaren su voluntad de serlo, la extranjera casada con venezolano, si reside en el territorio de la República". Esta última frase: "si reside en el territorio de la República", fue agregada en el Senado.

De inmediato el doctor Orlando Tovar criticó la reforma; y sobre el particular hizo valer los siguientes conceptos:

Yo, sinceramente, no me explico por qué ponerle a la mujer extranjera casada con venezolano este requisito de residir en el territorio de la República. Y no me lo explico por una razón también técnica. Generalmente, por esencia de los problemas de Derecho Internacional Privado se encuentran en vinculación con diversos ordenamientos jurídicos; y en un principio más o menos uniforme en todas las legislaciones, el de que la mujer que se casa con un extranjero pierde su nacionalidad. Así lo reconocemos nosotros en nuestro texto. Ahora bien, supongamos un venezolano que se case en el extranjero y viva en él cinco o diez años de su vida. Su mujer, por las leyes nacionales de su país, pierde la nacionalidad del país al cual pertenece y no adquiere la nacionalidad venezolana. Entonces, consecuentemente, durante el tiempo que viva en el exterior será una mujer apátrida, lo que va en contra de los principios de la nacionalidad, establecidos en el Congreso celebrado en Edimburgo.³⁰ Yo propongo que la frase "si reside en el territorio de la República" sea eliminada, porque quizá en la mente de los senadores estaba el temor de ciertos matrimonios celebrados por mujeres "ale-

29. La referencia es al señalamiento hecho por el Presidente de la Cámara, doctor Rafael Caldera, con motivo de una propuesta de reforma al inciso tercero del artículo 37 sugerida por el diputado Jesús A. Yerena, cuando hizo el siguiente recordatorio: "Quiero aprovechar esta circunstancia para indicar que este Capítulo de la Constitución, que es uno de los más difíciles, es también uno de los más técnicos. Se elaboraron diversas ponencias, pero la Comisión decidió encomendar la elaboración de la ponencia fundamental a los profesores de Derecho Internacional Privado de la Universidad Central, doctores Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren, y con base en la ponencia elaborada por estos especialistas, y con la presencia de ellos durante todas las discusiones, se hicieron las reformas que se consideraron necesarias desde el punto de vista político, pero conservando la unidad y estructura técnica del proyecto".

30. Posiblemente quiso hacer mención de los principios adoptados por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de 1895 celebrada en Cambridge.

gres", quienes, para evitar la expulsión del país, se casan para adquirir la nacionalidad venezolana. Pero este caso cabe más propiamente dentro del "fraude a la ley" y no dentro del problema de la nacionalidad.

El anterior señalamiento fue confirmado por el Presidente de la Cámara, doctor Rafael Caldera; y también advirtió:

...el artículo no confiere automáticamente la nacionalización, sino que dice: "desde que declaren su voluntad de serlo", y ya sabemos que la declaración de voluntad no surte efecto sino después de publicada en la *Gaceta Oficial*.³¹ La Presidencia apoya gustosamente la proposición del diputado Tovar y la somete a la consideración de la Cámara.

De inmediato el doctor Jesús María Casal apoyó la propuesta formulada, aun cuando "por razones totalmente diversas, y quizás..."; y al respecto hizo valer los siguientes conceptos:

No es regla general el atribuir la pérdida de la nacionalidad a la mujer nacional casada con extranjero, pues, el sistema del Derecho Internacional consagra, por el contrario, la regla de que la mujer al casarse no pierde la nacionalidad. Y el sistema venezolano, de manera excepcional, establece que la mujer venezolana puede perder la nacionalidad si manifiesta de manera expresa su voluntad en sentido contrario y adquiere, por ello, la nacionalidad del marido. Vemos, pues, cómo esta disposición viene a evitar conflictos positivos que se presentaban, al tratarse, por ejemplo, de una mujer alemana, suiza, etc., en cuyos países existen sistemas totalmente diversos.

De seguida el doctor Jesús María Casal, agregó:

En el mismo Informe de la Comisión de Reforma, aun cuando no es muy claro, se dice que existen dos criterios determinados para fijar la nacionalidad adquirida: por una parte, la manifestación de voluntad y por la otra la residencia. En este caso, creo, de acuerdo con la misma exposición que hace la Comisión de Reforma, que no es procedente establecer como requisito la residencia, por cuanto se requiere de manera expresa, en el mismo texto constitucional, que la manifestación de voluntad en virtud de la cual se adquiere una nacionalidad ha de constar de manera auténtica; es decir, lo que se quiere evitar al establecer un hecho cierto como la residencia, es la dificultad probatoria del hecho que atribuye la nacionalidad. Sin embargo,

31. Véase al respecto el número 60 de este trabajo.

es mucho más fácil, en algunas ocasiones, probar la manifestación de voluntad, y más aún si ésta ha de constar de manera auténtica, que probar la residencia.³²

Por último el doctor Jesús María Casal, argumentó en los términos siguientes:

Y, por otra parte, considero injusto que se someta a un requisito más, para poder otorgar la nacionalidad venezolana, a una mujer extranjera que casare con un venezolano. No se van a evitar los problemas de fraude a la ley con esta disposición; con ninguna disposición se evitarían, y por ello (y esto lo delanto, a pesar de que he mantenido discusiones con varios senadores sobre el texto del artículo 41) considero que esta disposición es conveniente por cuanto de ella se desprende que se requiere, además del matrimonio, la manifestación expresa de voluntad del marido.³³ En otras legislaciones, en cambio, basta para adquirir la nacionalidad el simple hecho del matrimonio; de allí que se hable en estos casos de una naturalización semivo-

-
32. A este respecto cabe recordar los comentarios de la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional, en el *Informe* que dirigiera al Senado el *veintisiete de octubre de 1960*, cuando le significó: "...la Constitución de 1947 remite a ciertos conceptos difíciles de probar, como el domicilio o residencia, para constituirlos en hechos determinantes de la nacionalidad. El articulado del proyecto, en su deseo de darle certeza a las normas, acoge el criterio de la manifestación de voluntad como hecho determinante de la nacionalidad, complementándolo con los conceptos de domicilio y residencia. La exigencia de que las declaraciones de voluntad se hagan en forma auténtica, da una seguridad evidente a los interesados en probar su nacionalidad" (CS, 1960, N° 14, *treinta de septiembre de 1960*, p. 147). No obstante, la *Exposición de motivos* anexa al Proyecto de Constitución que remitiera la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional, había señalado como sus "objetivos principales": "...b) En lo que respecta a las fórmulas técnicas de los presupuestos, se ha procurado otorgar una máxima simplicidad a las normas y una máxima simplicidad (léase: certidumbre) a los elementos determinantes de la nacionalidad. La simplicidad de las normas no es sólo exigencia de buena técnica legislativa, sino una imperiosa necesidad, ya que las normas sobre la nacionalidad deben resultar de fácil comprensión para todos. Además, la certidumbre de las normas tiende a evitar que la nacionalidad resulte deficientemente condicionada por conceptos que, como los de domicilio o residencia, son de difícil e insegura apreciación" (CS, 1960, N° 26, *diecisiete de junio de 1960*, p. 236). Los comentarios anteriores constituyen una reproducción textual de un párrafo de la *Exposición Preliminar*, de fecha *veintiséis de mayo de 1959*, que presentaron con su Proyecto, los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa a la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional; sus afirmaciones son válidas para dicho Anteproyecto porque la adquisición de la nacionalidad no estuvo supeditada al domicilio o a la residencia en el territorio de la República; pero resultan inaplicables al remitido por la Comisión Bicameral al Senado, en virtud de haber previsto la residencia en Venezuela como uno de los presupuestos para la atribución de la nacionalidad.
33. No resultan comprensibles los fundamentos esgrimidos para afirmar que se requiere la manifestación de voluntad del marido a los fines de perfeccionar la naturalización de la mujer extranjera casada con venezolano.

luntaria y no de una naturalización voluntaria, como es el caso de la legislación venezolana.

Por su parte, la diputada Olga Luzardo formuló una crítica de carácter general; y al respecto, dijo:

En relación con el ordinal 1º del artículo 37, me parece que el problema no está precisamente, a pesar de que esto trae inconvenientes, en que la extranjera casada con venezolano sea venezolana por naturalización únicamente si reside en el territorio de la República, cuando de manera expresa no ha manifestado su voluntad de serlo. Lo que no entiendo es por qué se establece esta discriminación entre hombres y mujeres; por qué el hombre cuando se casa con venezolana no está sometido a la misma norma. Esto es lo que a mí me parece más grave, porque es una verdadera discriminación. Si somos ciudadanos, lo mismo que los hombres, si estamos sometidos a iguales leyes, si tenemos los mismos derechos y deberes, ¿por qué establecer aquí esa norma discriminatoria para nosotras? Así es que yo, ni con el aditamento de "si reside en el territorio de la República", ni sin él, estoy de acuerdo con el artículo, a no ser que esto se refiera a los hombres y mujeres casados con extranjeros. En este caso se cumple un principio de justicia. Por cierto que algunos de los diputados que están cercanos a mí, como el diputado Lovera y algunos otros de los más progresistas de los que se encuentran en este recinto, están de acuerdo conmigo en esto.³⁴

No obstante, nadie se hizo solidario de los pronunciamiento de la diputada Olga Luzardo; ni siquiera las otras representantes femeninas presentes en la sesión: Mercedes Fermín, Argelia Laya de Martínez y Rosa García de Grooscors; y de inmediato fue sometida a votación la respuesta del doctor Orlando Tovar, habiéndose aprobado por la Cámara.³⁵

14. El Senado conoció de las modificaciones al Proyecto hechas por la otra Cámara; y en *veinticuatro de noviembre de 1960* dispuso someterlas a estudio por la Comisión Permanente de Política Interior, con el encargo de informar en la sesión del día siguiente sobre su aceptación o rechazo.³⁶

34. Posiblemente la referencia es al doctor César Rondón Lovera, diputado por el Estado Zulia.

35. CD, 1960, Nº 21, *veinticuatro de octubre de 1960*, pp. 366-376.

36. CS, 1960, Nº 43, *veinticuatro de noviembre de 1960*, p. 773.

El correspondiente Informe lleva como fecha el *veinticinco de noviembre de 1960*, y aparece suscrito por los doctores Octavio Andrade Delgado, Martín Pérez Guevara, Francisco Faraco, Pedro del Corral, Ambrosio Oropeza, E. Mejías Salvatierra, J. S. Núñez Aristimuño, Jesús Faría, César Morales Carrero y Edecio La Riva. Aparte de pedir excusas por la brevedad del documento, luego de haber "examinado detenidamente las modificaciones hechas por la Cámara de Diputados", la Comisión Permanente de Política Interior se pronunció en sentido favorable, con excepción de algunas enmiendas sin incidencia sobre el régimen de la nacionalidad venezolana.³⁷

De inmediato fue sometido el Informe a consideración de la Cámara, y el doctor Octavio Andrade Delgado propuso se aprobaran las sugerencias hechas;³⁸ pero a requerimiento del doctor Elbano Provenzali Heredia, fueron leídas "las disposiciones modificadas, con indicación de las frases que fueron objeto de reforma", con el propósito de hacer "un estudio más concienzudo de esta materia".³⁹

Una vez finalizada la lectura, el doctor Raúl Leoni, "con el fin de aclarar el contenido de la proposición" hecha por el doctor Octavio Andrade Delgado, la modificó en los términos siguientes: "Que se acepten las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados al Proyecto de Constitución, salvo las excepciones enumeradas en el Informe de la Comisión de Política Interior que se propone sean rechazadas por esta Cámara y las modificaciones que ella hubiere acordado rechazar como resultado de los debates de esta sesión, a fin de que todas las enmiendas rechazadas queden sujetas a la correspondiente revisión para una reunión de Congreso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 107 del Reglamento Interior y de Debates de esta Cámara".

La propuesta del doctor Raúl Leoni fue aprobada y de esta manera quedó también admitida la fórmula propuesta por la Cámara de

37. CS, 1960, N° 44, *veinticinco de noviembre de 1960*, p. 781. Según informes del Secretario de la Cámara se encontraban ausentes los senadores Francisco Faraco, Ambrosio Oropeza y Jesús Faría en la oportunidad de ser leído el correspondiente documento.

38. La proposición del doctor Octavio Andrade Delgado fue la siguiente: "Que las modificaciones enumeradas en el Informe de la Comisión de Política Interior, introducidas por la Cámara de Diputados en el Proyecto de Constitución, sean rechazadas por esta Cámara, según lo previsto en el artículo 107 del Reglamento Interior y de Debates, a fin de que se efectúe la respectiva reunión en Congreso" (CS, 1960, N° 14, *veinticinco de noviembre de 1960*, p. 782).

39. CS, 1960, N° 14, *veinticinco de noviembre de 1960*, pp. 783-801. El Presidente de la Cámara, doctor Raúl Leoni, se permitió el siguiente comentario: "Claro que esto significa que la Cámara tendrá que dedicar un poco más de tres horas para poder informar sobre las modificaciones introducidas, a pesar de que tienen en su poder el texto de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados".

Diputados para el primer inciso del artículo 37 de la Constitución Nacional.⁴⁰

15. En la *Exposición de Motivos*, anexa al Proyecto de Constitución, la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional había hecho saber al Senado de la República la resolución adoptada con el objeto de estructurar las *Disposiciones Transitorias* en un instrumento autónomo; y al respecto le significó:

La Comisión ha adoptado el sistema de no incluir en el texto de la Constitución las disposiciones transitorias. Considera, por lo contrario, mucho más cónsono con la índole perdurable del texto constitucional y con la estructura circunstancial momentánea de las normas transitorias, el que éstas se adopten en textos separados, aunque con las mismas formalidades con que se adopta el texto constitucional para promulgarlas simultáneamente con éste.⁴¹

De inmediato la Comisión Bicameral informó al Senado:

Se está elaborando actualmente, y la Comisión lo entregará para su tramitación en las Cámaras Legislativas cuando esté adelantado ya el debate de la Carta Fundamental.⁴²

16. Ahora bien, en *veintiuno de octubre de 1960*, la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional inició el examen del Proyecto de Disposiciones Transitorias sobre el régimen de la nacionalidad, presentado por el doctor Elbano Provenzali Heredia, y el cual, en la parte relativa a los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer, había incluido el siguiente precepto:

Las manifestaciones de voluntad de ser venezolanas que hayan sido presentadas para la fecha de promulgación de esta Constitución por extranjeras casadas con venezolanos, beneficiarán a éstas desde la mencionada

40. CS, 1960, N° 44, *veinticinco de noviembre de 1960*, p. 801.

41. La Comisión agregó sobre el particular: "Este procedimiento fue estudiado cuidadosamente y acerca de él se solicitó el parecer de los más reputados profesores de Derecho Público. Nada hay que lo obste; y, por lo demás, la propia Constitución hace referencia a la sanción en instrumentos separados de las disposiciones transitorias y al valor de norma constitucional que ellas tienen".

42. CS, 1960, N° 26, *diecisiete de junio de 1960*, pp. 258-259. La *Exposición de Motivos* carece de fecha.

fecha a los efectos previstos en el encabezamiento del artículo 38 de la Constitución.⁴³

La Comisión Bicameral de Reforma Constitucional no llegó a efectuar pronunciamiento alguno sobre la Ponencia del doctor Elbano Provenzali Heredia; a propuesta del doctor Rafael Caldera fue suspendido el examen de las normas pertinentes y se encomendó a los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa la redacción de las Disposiciones Transitorias sobre nacionalidad.⁴⁴ El nuevo Proyecto nada previno acerca de las manifestaciones de voluntad en curso, oportunamente hechas conforme a las reglas anteriores; y así fue aprobado por la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional y por el Constituyente.⁴⁵ De esta manera, las Disposiciones Transitorias sancionadas en definitiva guardaron silencio acerca de los posibles problemas intertemporales, como consecuencia del nuevo régimen de la nacionalidad de la mujer casada.

II. EFECTOS DEL MATRIMONIO SOBRE LA NACIONALIDAD DE LA MUJER EXTRANJERA CASADA CON VENEZOLANO

17. El artículo 37 de la Constitución Nacional dispone:
Son venezolanos por naturalización desde que declaren su voluntad de serlo:
1º La extranjera casada con venezolano; . . .

18. El régimen establecido por el inciso primero del artículo 37 fue respetuoso del principio de Derecho Internacional Público que faculta a cada Estado para regular su propia nacionalidad. En conse-

43. La referencia al artículo 38 debe entenderse hecha al distinguido como 37 en la redacción final. A este respecto, debe recordarse que la Constitución del *quince de abril de 1953* dispuso en el inciso tercero de su artículo 23: "Son venezolanos por naturalización: . . . 3º La extranjera casada con venezolano que manifieste y le sea aceptada su voluntad de ser venezolana". Por su parte, el segundo párrafo del artículo tercero de la Ley de Naturalización del *dieciocho de julio de 1955*, prevenía: "La decisión sobre la manifestación de voluntad de los naturales de España o de los Estados latinoamericanos, así como sobre la de la extranjera casada con venezolano, se dictará, una vez satisfechas las condiciones que establezca el Reglamento en un plazo hasta de tres meses. Si la decisión fuera favorable, se inscribirá seguidamente en el Registro respectivo y se publicará dentro del término de quince días, a partir de la fecha de inscripción". El Reglamento de la Ley de Naturalización no vino a dictarse sino el *once de junio de 1974*, después de la derogatoria del precepto constitucional de 1953.

44. *Actas . . . , op. cit.*, Tomo I, Volumen II, Acta N° 226, pp. 311-312.

45. Las tres discusiones reglamentarias tuvieron lugar en el Senado los días *quince de noviembre de 1960*, *dieciséis de noviembre de 1960* y *dieciocho de noviembre de 1960*. En la Cámara de Diputados la materia fue discutida los días *veintiuno de noviembre de 1960*, *veinticuatro de noviembre de 1960* y *veinticinco de noviembre de 1960*.

cuencia, nada dispuso acerca de los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad extranjera de la mujer casada con venezolano.

Por otra parte, el Constituyente también rindió homenaje a la libertad individual; y el funcionario del inciso primero del artículo 37 estuvo supeditado a la previa manifestación de voluntad de la mujer, quien debió expresar su deseo en forma autónoma e independiente del consentimiento matrimonial; por tanto, pudo conservar la extranjería toda su vida, no obstante haber contraído matrimonio con súbito venezolano.

De esta manera fue respetado el artículo decimoquinto de la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", aprobada en París el *diez de diciembre de 1948*, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, según el cual "toda persona tiene derecho a una nacionalidad" y "a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho de cambiar de nacionalidad";⁴⁶ principio reconocido específicamente en este Hemisferio, por el artículo decimonoveno de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", suscrita en Bogotá el *dos de mayo de 1948*, con motivo de la Novena Conferencia Internacional Americana.⁴⁷

19. La naturalización prevista por el inciso primero del artículo 37 no se encuentra supeditada a la pérdida de la nacionalidad anterior; la decisión de este punto corresponde a la respectiva ley extranjera; y resultan posibles conflictos positivos cuando la mujer conserva su nacionalidad a pesar de haber adquirido la venezolana. Sin embargo, de acuerdo con principios comúnmente admitidos en Derecho Internacional Público, Venezuela tiene la facultad de resolverlos mediante la preferencia de su propia nacionalidad cuando concurre con una extranjera.⁴⁸

46. Referencia expresa al artículo Decimoquinto de la "Declaración Universal de Derechos Humanos" fue hecho en el "Preámbulo" de la "Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada", aprobada el *veintinueve de enero de 1957* por la Asamblea General de las Naciones Unidas (véase luego el número 80 de este trabajo).

47. El artículo decimonoveno leía como sigue: "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela" (*Conferencias Internacionales Americanas. Segundo Suplemento. 1945-1954*, Washington, 1956, pp. 206-207). El mismo principio fue reiterado por la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", suscrita el *veintidós de noviembre de 1969*, en San José de Costa Rica, al concluir la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos del Hombre, ratificada en Venezuela el *catorce de junio de 1977*. En efecto, su artículo vigésimo dispone: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla".

48. A este respecto es de señalar que nada se dispuso expresamente para resolver por vía convencional los conflictos positivos de nacionalidad. Actitud diferente fue

Por otra parte, la mujer puede perder su nacionalidad por el hecho del matrimonio, en virtud del mandato de la respectiva ley extranjera; y como no adquiere automáticamente la venezolana, se convierte en apátrida. No obstante, las eventuales inconveniencias son fáciles de evitar por la propia afectada, a través de su simple manifestación de voluntad de naturalizarse en Venezuela.

Consideraciones tan elementales fueron relegadas al olvido por el doctor Ambrosio Oropeza en su defensa del régimen establecido por la Constitución del cinco de julio de 1947; y luego de señalar que estuvo "inspirada en la preocupación de evitar la doble nacionalidad",⁴⁹ agregó los siguientes conceptos críticos:

La nueva Carta se apartó de este sensato criterio y no concede la nacionalidad a la extranjera casada con venezolano sino cuando declare expresamente que se acoge a la expresada nacionalidad. A falta de esa declaración, y si de acuerdo con su ley nacional pierde su nacionalidad, por efecto del matrimonio, esa extranjera no pertenece, en realidad, mientras no haga la expresada manifestación, a Estado alguno, con violación del principio o del derecho internacional privado de que toda persona debe ostentar una nacionalidad.⁵⁰

20. El inciso primero del artículo 37 no atribuyó la nacionalidad originaria a la extranjera casada con venezolano, y tan sólo dispuso su naturalización en forma automática. Sin embargo, la diferencia de *status* jurídico entre ambas categorías de venezolanos es irrisoria en la época presente: únicamente se proyecta en algunos aspectos de la vida política y algunas voces doctrinales llegan a considerar inconstitucionales los distinguos establecidos por el legislador ordinario, que muy rara vez se ha ocupado del asunto en los últimos tiempos.⁵¹

adoptada por la Constitución del *cinco de julio de 1947*, cuyo artículo decimosexto previno: "En tratados públicos podrán adoptarse normas tendientes a determinar la nacionalidad de personas a quienes la aplicación de leyes de distintos países atribuyeren múltiple nacionalidad". Precepto similar fue repetido en la Constitución del *quince de abril de 1953*, con algunas variantes de forma; y su artículo 27, leyó como sigue: "En tratados públicos podrán adoptarse normas tendientes a determinar la nacionalidad de personas a quienes la aplicación de leyes de distintos países atribuye más de una nacionalidad".

49. Oropeza, Ambrosio: *La Nueva Constitución Venezolana* (1961). Caracas, 1969, p. 217. En relación con este asunto, es de señalar que la idea básica del Constituyente de 1947 fue otra, a saber, la de prevenir la apatridia; y por tal motivo, el inciso primero del artículo duodécimo declaró venezolanos por naturalización, a "la extranjera casada con venezolano, si conforme a su ley nacional pierde, por efecto del matrimonio, su nacionalidad anterior".

50. Oropeza: *ob. cit.*, pp. 217-218.

51. Parra-Aranguren, Gonzalo: "La condición jurídica de los venezolanos por natu-

21. El inciso primero del artículo 37 presupone la extranjería de la mujer, con independencia de si ostenta otra nacionalidad, que es la hipótesis más frecuente, o si carece de ella por ser apátrida; y no constituye obstáculo a su funcionamiento la circunstancia de haber sido venezolana en algún tiempo anterior, pero si ya no lo es en el momento de ampararse en el régimen establecido por el inciso constitucional.

22. Sin embargo, determinadas categorías de mujeres extranjeras no pueden utilizar el procedimiento previsto por el inciso primero del artículo 37 para naturalizarse en Venezuela: así ocurre respecto a quienes nacieron fuera del territorio de la República, si alguno de sus progenitores, el padre o la madre, era venezolano originario al tiempo del nacimiento. En semejante hipótesis la manifestación de voluntad hecha por la mujer es suficiente para adquirir la nacionalidad originaria en forma automática, por mandato del inciso tercero del artículo 35 de la misma Constitución; y al ser esto así, resulta inaceptable el funcionamiento simultáneo del ordinal primero del artículo 37, aun cuando se encuentren cumplidos sus necesarios presupuestos.

Tampoco podría utilizarse por mujeres originarias de Venezuela, que dejaron de serlo conforme al artículo 38 de la Constitución,⁵² pero luego establecen su domicilio en el territorio de la República y manifiestan su deseo de querer recuperar la nacionalidad venezolana; o si permanecen en el país por un período no menor de dos años: en tales hipótesis tiene aplicación preferente el artículo 40 *ejusdem*, que dispone la recuperación automática de la nacionalidad venezolana originaria.

23. Resulta evidente, por tanto, que el inciso primero del artículo 37 no puede funcionar cuando la mujer ya es venezolana; y si lo ha utilizado para naturalizarse, por error, ignorancia o cualquier otra causa, en forma alguna se modifica su verdadero *status* jurídico; ciertamente constituye un insólito acontecimiento, pero en el caso de ocurrir no podría frustrar la nacionalidad originaria que le corresponde a la mujer o el beneficio de la naturalización, adquirida en algún tiempo anterior.

No obstante, la prístina claridad de conclusión tan sencilla, la Procuraduría General de la República parece haber aceptado un criterio diferente para resolver una hipótesis similar; y así lo hizo el *veintiocho de junio de 1973* la Dirección de Asesoría del Estado, a cargo del

realización". en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. Caracas, N° 23, año 1977, pp. 9-153.

52. Véanse luego los números 82 y siguientes de este trabajo.

doctor Eddie R. Ferreira, cuando emitió dictamen sobre la solicitud de un naturalizado en Venezuela, con el objeto de modificar las anotaciones de su cédula de identidad y de que se le reconociera como venezolano originario; a tal fin hizo valer "la nueva situación creada por la sentencia supletoria de su partida de nacimiento", dictada por un Tribunal competente, en virtud de considerar cumplido uno de los supuestos previstos por el artículo 458 del Código Civil.⁵³

La Procuraduría General de la República sostuvo la improcedencia de la solicitud; y luego de recordar la existencia de un previo Decreto de Naturalización, "cuyos efectos jurídicos aún están vigentes", agregó los siguientes comentarios:

...lo cual significa que habría de ser revocado por el Ejecutivo o declarado nulo por el Tribunal competente el citado decreto de naturalización, seguido de la respectiva publicación oficial, para que así se pudiera proceder a modificar los datos de identificación, en el sentido que ha sido solicitado, y se pudiera expedir, luego, la nueva cédula de identidad de venezolano por nacimiento; y esto no podría ser de otra manera, debido a la presunción de legalidad que ampara a todos los actos de autoridad del Ejecutivo Nacional.⁵⁴

24. El inciso primero del artículo 37 no puede funcionar cuando la mujer ostenta varias nacionalidades, si una de ellas es la venezolana; en semejante hipótesis y de acuerdo con criterios comúnmente admitidos en Derecho Internacional Público, los funcionarios de Venezuela pueden dar predominio a la propia nacionalidad concurrente con una extranjera.

53. El primer párrafo del artículo 458 del Código Civil, dispone: "Si se han perdido o destruido, en todo o en parte, los registros; si son ilegibles; si no se han llevado los registros de nacimiento o de defunción, o si en estos mismos registros se han interrumpido u omitido los asientos, podrá suplirse el acta respectiva con cualquier especie de prueba. Las partidas eclesiásticas tendrán el valor de presunciones".

54. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1973. Caracas, 1974, p. 240. A pesar del anterior párrafo, la verdadera causa de la actitud de la Procuraduría General de la República parece haber sido la existencia de "serios motivos" para considerar que el recaudo presentado era "dudoso"; y así se desprende del comentario siguiente: "Por otra parte, la misma presencia de la carta de naturalización arroja grandes dudas sobre el comportamiento del solicitante y sobre la verdad del documento que ha presentado como prueba supletoria de su partida de nacimiento, toda vez que, de acuerdo a la Ley de Naturalización, entre los presupuestos del acto que concede la nacionalidad, se encuentran la verificación previa de la condición de extranjeros en el beneficiario y su manifestación de voluntad de ser venezolano, circunstancias éstas que fueron satisfechas por la misma persona del solicitante para el momento en que fue dictado el acto de naturalización, y que ahora sostiene haber nacido en Venezuela (Ciudad Bolívar) y tener derecho a la cédula de identidad como venezolano por nacimiento".

La solución aparece consagrada expresamente en el artículo noveno del Código Bustamante, que no fue objeto de reserva por el Congreso de la República; y se encuentra admitida en forma pacífica por la jurisprudencia venezolana, tanto administrativa como judicial.

A título de simple recordatorio, en el ámbito de los Tribunales ordinarios, cabe mencionar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, de fecha *veintiséis de febrero de 1902*, que prefirió la nacionalidad venezolana por nacimiento en el territorio sobre la francesa derivada del *ius sanguinis*,⁵⁵ y más de medio siglo después, la Corte Federal, en *veintinueve de abril de 1958*, luego de admitir en los interesados la existencia de una doble nacionalidad, "por razón de la sangre paterna y del lugar de nacimiento", sostuvo que "para Venezuela y mientras permanezcan en nuestro territorio, son necesariamente tratados como venezolanos".⁵⁶

La misma perspectiva sirvió de fundamento a las sentencias del Tribunal Nacional de Reparaciones de Guerra, constituido según Decreto N° 176, dictado por la "Junta Revolucionaria de Gobierno" el *seis de febrero de 1946*, con el objeto de dictaminar acerca de la responsabilidad por causa de guerra de los súbditos alemanes o japoneses; y la legislación especial fue declarada inaplicable cuando la persona ostentó concurrentemente la nacionalidad venezolana; en este sentido se orienta la decisión recaída el *veintinueve de octubre de 1947*, en el expediente levantado en virtud de la nacionalización de los bienes de la señora Clara Betzi Behrens Braün, viuda de Schierenberg, y de su menor hija Betzi Schierenberg Behrens.⁵⁷

25. El inciso primero del artículo 37 presupone la posibilidad del matrimonio entre mujeres extranjeras y hombres venezolanos. Sin embargo, se trata de una interrogante de naturaleza teórica, por cuanto nuestro legislador ha permitido tales matrimonios mixtos desde el inicio mismo de la gesta emancipadora; más aún, la eventual prohibición de otra ley no podría desplegar eficacia en el territorio de la República, por contrariar principios básicos y fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano.⁵⁸

55. *Gaceta Oficial*, N° 8.476, *primero de marzo de 1902*: la sentencia, debidamente traducida, aparece publicada en el *Journal de Droit International Privé*, año 1903, p. 220.

56. *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, Tomo XXI, Volumen I, pp. 57-58.

57. *Gaceta Oficial*, N° 22.469, *diecinueve de noviembre de 1947*. Véase, al respecto: Parra-Aranguren, Gonzalo, *Las cuestiones de nacionalidad ante el Tribunal Nacional de Reparaciones de Guerra*, en "Primeras jornadas latinoamericanas de Derecho Internacional". Caracas, 1979, pp. 480-482.

58. A título de excepción, puede recordarse el Decreto de El Libertador Simón Bolívar,

26. La adquisición de la nacionalidad por la extranjera casada con venezolano tiene como ineludible presupuesto la existencia de un matrimonio válido desde el punto de vista de nuestra legislación; pero con independencia de si el vínculo es reconocido por la ley de la nacionalidad de la mujer; hipótesis ésta ciertamente posible habida cuenta las distintas normas de Derecho Internacional Privado vigentes en los diversos países. En semejante hipótesis el matrimonio no producirá los efectos previstos por la ley extranjera, en particular la pérdida de la nacionalidad, aun cuando habilita a la mujer para obtener la naturalización automática en Venezuela.

27. Los requisitos intrínsecos de validez del matrimonio se encuentran sujetos a la ley de la nacionalidad de los futuros contrayentes, aplicada en forma distributiva; así lo ordena el artículo 36 del Código Bustamante, que no fue objeto de reserva por Venezuela; y, además, aparece prescrito por el artículo 104 en concordancia con los artículos 9 y 26, todos del Código Civil.⁵⁹ Sin embargo, si se pretende celebrarlo en el territorio de la República, es necesario respetar también los impedimentos no dispensables establecidos por la ley venezolana, según se desprende del mandato del artículo 38 del Código Bustamante, no reservado por Venezuela, y del antes referido artículo 104 del Código Civil.⁶⁰

Por otra parte, resultan inaplicables las incapacidades establecidas por la legislación extranjera de la nacionalidad, que sean contrarias a nociones básicas de la ley venezolana; el artículo 105 del Código Civil declara expresamente que "no se reconocerán en Venezuela los impedimentos establecidos por la ley nacional del extranjero que pretenda contraerlo en Venezuela, cuando se fundaren en diferencias de raza, rango o religión". Se trata de una cláusula especial que, por supuesto, deja abierta la posibilidad de intervención del orden público en otras hipótesis diferentes, cuando sea necesario salvaguardar los principios fundamentales de nuestra legislación.⁶¹

28. A este respecto es de necesario recordatorio el problema planteado por las sentencias de divorcio extranjeras, cuando se pretende

del *nueve de agosto de 1828*, que prohibió el matrimonio entre colombianos y españoles, derogado algún tiempo después de la separación de Venezuela de la República de Colombia, por Decreto del Congreso del *trece de junio de 1831* (Parra-Aranguren, Gonzalo: "La celebración del matrimonio, conforme al Derecho Internacional Privado Venezolano", en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas, Nº 144, enero-junio, 1981, pp. 12-23).

59. Parra-Aranguren: "La celebración...", art. cit., pp. 24-27, 54-64.

60. Parra-Aranguren: "La celebración...", art. cit., pp. 27-37.

61. Parra-Aranguren: "La celebración...", art. cit., pp. 37-43.

contraer ulteriores nupcias que sean válidas desde el punto de vista de la ley venezolana. Ahora bien, la actitud constante de nuestra Suprema Corte, a partir del ocho de febrero de 1946, con el beneplácito de la doctrina patria mayoritaria, se orienta en el sentido de exigir su previo *exequatur*, como presupuesto indispensable para el despliegue de eficacia en territorio venezolano. Por consiguiente, en estricto rigor, la celebración de un nuevo matrimonio en la República sólo es posible una vez que la sentencia extranjera obtiene el correspondiente pase de la Sala Político-Administrativa; y si el vínculo es contraído sin cumplir con tal requisito, su validez queda supeditada al posterior *exequatur* de la decisión extranjera de divorcio; caso de serle negado, el segundo matrimonio es nulo por incapacidad del contratante, a reserva de que pueda producir los efectos de un matrimonio putativo en relación al cónyuge de buena fe.⁶²

29. La validez formal del matrimonio se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos exigidos por la *lex loci celebrationis*; así lo dispone el artículo 41 del Código Bustamante, ratificado por el Congreso de la República sin reserva;⁶³ y fuera de su ámbito de vigencia la solución se desprende del mandato contenido en el artículo 108 en concordancia con el artículo 11, ambos del Código Civil.⁶⁴

Por otra parte, la presentación de la respectiva acta, en principio, es indispensable para la prueba del matrimonio, si se ha celebrado en Venezuela, a tenor del artículo 113 del Código Civil;⁶⁵ y de haberse contraído en el extranjero, es preciso cumplir con la formalidad adicional de registro, impuesta por los artículos 103 y 109 del mismo Código, según sea el caso.⁶⁶

30. El inciso primero del artículo 37 se limita a exigir la nacionalidad venezolana del marido, pero no hace distingo alguno entre hombres originarios de Venezuela y naturalizados en la República; por con-

62. Parra-Aranguren, Gonzalo: "Análisis histórico de los efectos automáticos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer casada en Venezuela (1821-1917)", en *Revista de la Facultad Católica Andrés Bello*.

63. Parra-Aranguren: "La celebración...", art. cit., pp. 43-53.

64. Parra-Aranguren: "La celebración...", art. cit., pp. 64-73.

65. Parra-Aranguren: "La celebración...", art. cit., pp. 73-82.

66. Parra-Aranguren: "La celebración...", art. cit., pp. 83-94. El artículo 109 se refiere al "matrimonio extranjero que se domiciliare en Venezuela": su cumplimiento es imprescindible si el marido desea naturalizarse en Venezuela; y de esta manera el requisito queda satisfecho cuando la mujer extranjera pretenda ampararse en el beneficio constitucional, en el caso de que el inciso primero del artículo 37 se considere aplicable a las hipótesis de naturalización venezolana del marido después de contraído el matrimonio. (Véase los números 30 a 33 de este trabajo).

siguiente, en ambos casos, la mujer puede disfrutar del beneficio concedido en el párrafo constitucional; y tampoco tiene trascendencia la circunstancia de que el marido ostente concurrentemente una nacionalidad extranjera, porque nuestros funcionarios se encuentran facultados para preferir la venezolana, conforme a principios admitidos en el Derecho Internacional Público.

La anterior conclusión fue aceptada, en forma incidental, por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores en su Memorándum del *treinta de noviembre de 1967*; y expresamente hizo valer:

...esta naturalización especial abarca a la extranjera casada con venezolano por nacimiento, como a la extranjera casada con venezolano por naturalización.

Criterio similar es sostenido también, sin mayores comentarios, por el doctor Allan Randolph Brewer-Carías,⁶⁷ y por el doctor Jacques de San Cristóbal-Sexton.⁶⁸

31. El texto del inciso primero del artículo 37 se refiere sólo a "la extranjera casada con venezolano", en términos generales; de esta manera, la redacción utilizada por el Constituyente hace posible la interrogante acerca del momento en el cual el marido debe ostentar la nacionalidad de la República.

Ahora bien, en tiempos anteriores la misma fórmula fue interpretada por la Sala Político y Administrativa de la Corte Federal y de Casación, por sentencia del *cinco de abril de 1945*, en el sentido de requerir la nacionalidad venezolana del marido al tiempo de la celebración del matrimonio; y, por tanto, se consideró inaplicable el beneficio constitucional a los matrimonios entre extranjeros, cuando posteriormente el marido obtuvo carta de naturaleza en Venezuela.

No obstante la importancia de tal precedente, el Ministerio de Relaciones Interiores se orientó por derroteros diferentes durante la vigencia de la Constitución del *quince de abril de 1953*. En efecto, fue aceptado que la mujer se beneficiara del procedimiento establecido por el inciso constitucional, cuando el marido ostentaba la nacionalidad venezolana al tiempo de manifestar su voluntad de querer serlo, y con independencia de si también lo había sido en el momento de contraer matrimonio.

67. Brewer-Carías, Allan Randolph: *El régimen jurídico-administrativo de la nacionalidad y la ciudadanía venezolanas*. Caracas, 1965, p. 37.

68. San Cristóbal-Sexton, Jacques: *La nacionalidad venezolana*. San Cristóbal, Venezuela, 1973, p. 80.

La actitud del Ministerio de Relaciones Interiores puede entenderse como la expresión de una tendencia a simplificar el trámite administrativo a las extranjeras casadas con venezolanos; pero semejante benevolencia tuvo como contrapartida la facultad que le confería la Constitución de rechazar discrecionalmente el otorgamiento de la carta de naturaleza.

No ocurre lo mismo en la época presente, porque el inciso primero del artículo 37 concede un verdadero derecho a la extranjera casada con venezolano; y el Ejecutivo no puede desconocerlo cuando han sido satisfechas las exigencias legales. Por consiguiente, la determinación del tiempo en el cual el marido debe ostentar la nacionalidad venezolana adquiere gran importancia práctica; la amplitud interpretativa necesariamente extenderá su ámbito de vigencia, pero sin la posibilidad de controlar la conveniencia de su aplicación en algunos casos concretos.

Ahora bien, la respuesta de la anterior interrogante puede inspirarse en consideraciones distintas: si se vincula el régimen previsto por el inciso constitucional al acto jurídico del matrimonio, sería indispensable la nacionalidad venezolana del marido al tiempo de la celebración, siendo intrascendente su posterior pérdida; por el contrario, de conectarlo con el *status* de casada, bastaría el cumplimiento del requisito al tiempo de la manifestación de voluntad por la mujer.

Frente a esta posible divergencia interpretativa podría argumentarse que el vocablo "casada", en su carácter de participio de pretérito, apunta hacia el estado civil de la mujer extranjera; y que la referencia al acto jurídico del matrimonio hubiera impuesto la frase: "que se casare con venezolano", para señalar un instante concreto en el tiempo. Sin embargo, semejante razonamiento se encuentra desvirtuado por la historia legislativa de los preceptos constitucionales tendientes a regular los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad venezolana de la mujer.

En efecto, el análisis comparativo del inciso primero del artículo 37 con el artículo 38, permite establecer la existencia de fórmulas diferentes en cada uno de ellos; el párrafo primero del artículo 37 se refiere a "la extranjera casada con venezolano", mientras que el artículo 38 contempla a "la venezolana que casare con extranjero"; y en estricto rigor gramatical podría pretenderse atribuir a cada uno de ellos una esfera de vigencia autónoma e independiente.

Sin embargo, se trata de distingos semánticos carentes de trascendencia interpretativa; el Proyecto de los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa emplea la frase "que se casare" en

ambas hipótesis; y el cambio se produjo en la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional el *primero de junio de 1959*, con el único propósito de adaptar, desde un punto de vista formal, los varios incisos del precepto al nuevo encabezamiento del artículo 37, sugerido por el doctor Rafael Caldera. La fórmula vigente fue redactada por los propios proyectistas, quienes no pretendieron modificar el sentido del inciso primero, y la frase "extranjera casada con venezolana", quiso significar exactamente lo mismo que "extranjera que se casare con venezolano"; en la urgencia del momento se tuvo en cuenta el texto constitucional en épocas anteriores,⁶⁹ y también la categórica actitud de la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación, cuando declaró la equivalencia de finalidad legislativa en ambas redacciones, según se desprende de su decisión del *cinco de abril de 1945*.⁷⁰

32. La doctrina patria escasamente se ha ocupado del asunto; el doctor Allan Randolph Brewer-Carías tan sólo destaca que "esta circunstancia especial abarca a la extranjera casada con venezolano por nacimiento como a la extranjera casada con venezolano por naturalización"; pero en nota a pie de página transcribe párrafos de la sentencia de la Sala Político y Administrativa de la Corte Federal y de Casación del *cinco de abril de 1945*, en la cual fue requerida la nacionalidad del marido al tiempo de contraer el matrimonio.⁷¹ Por otra parte, el doctor Jacques de San Cristóbal-Sexton es categórico cuando afirma:

Deducimos que el extranjero casado con extranjero, y posteriormente naturalizado, su esposa no podrá adquirir la nacionalidad venezolana por beneficio de la ley, debido a que es previo (léase: el) matrimonio cuando tiene efectos la nacionalidad venezolana respecto a la mujer extranjera y no retroactivamente.⁷²

En sentido contrario pueden entenderse los comentarios del doctor Peter Moosmayer, quien admite el beneficio para la mujer cuando su marido se ha naturalizado durante el matrimonio, porque, a su en-

69. La Constitución del *veintisiete de abril de 1904*, en el inciso cuarto del artículo, 8 (b) dispuso como sigue: "Son venezolanos por naturalización: . . . , 4º La extranjera casada con venezolano. . ."; y la misma fórmula fue repetida en las reformas posteriores (Parra-Aranguren, "Análisis histórico. . .", art. cit.).

70. La Sala Federal dijo textualmente: "Por lo demás, es igual en su finalidad legislativa, la expresión «casada» con venezolano por naturalización, a la de «que se casare» con venezolano por naturalización" (Parra-Aranguren, "Análisis histórico. . .", ar. cit.).

71. Brewer-Carías, Allan R.: *op. cit.*, pp. 37-38.

72. San Cristóbal-Sexton: *op. cit.*, p. 80.

tender, de esa manera queda satisfecha la exigencia del precepto ("extranjera casada con venezolano"); aun cuando sus palabras se refieren a la Constitución del *quince de abril de 1953*, el fundamento semántico de su razonamiento resultaría aplicable al inciso primero del vigente artículo 37.⁷³

33. La práctica administrativa del Ministerio de Relaciones Interiores parece orientarse por los mismos derroteros de épocas anteriores; y con fundamento en la interpretación literal del inciso primero del artículo 37, considera suficiente la nacionalidad venezolana del marido al tiempo de la manifestación de la voluntad de la mujer.

Ahora bien, en estricto rigor interpretativo, semejante actitud no se compadece con los deseos del Constituyente, según resultan del proceso histórico de los respectivos preceptos; y representan tan sólo la expresión de una tendencia muy ingenua, orientada a reconocer la máxima fuerza expansiva al régimen venezolano de la nacionalidad. Creemos más conveniente el criterio opuesto; en primer término, no parece recomendable ampliar en demasía las hipótesis de naturalización por beneficio de la ley, que impiden el ejercicio de facultades discrecionales por los funcionarios competentes; y, además, un análisis teleológico del problema impone suprimir el inciso primero del artículo 37 en una futura reforma de la Constitución, por cuanto las actuales circunstancias familiares no justifican atribuir efectos automáticos al matrimonio sobre la nacionalidad de uno cualquiera de los cónyuges. En consecuencia, mientras el precepto se mantiene vigente, convendría vincularlo al acto jurídico del matrimonio, y exigir la nacionalidad del marido, tanto al tiempo de la celebración como en el momento de manifestar la mujer sus deseos de ser venezolana.⁷⁴

34. La nacionalidad adquirida por la mujer extranjera casada con venezolano tiene carácter permanente y no se limita a beneficiarla

73. Moosmayer, Peter: *Geltende Staatsangehörigkeitsgesetze. Kolumbien, Ekuador und Venezuela*. Frankfurt a. Main, 1960, p. 159.

74. La interpretación propuesta permite situaciones *sui generis*, porque si el marido se naturaliza durante el matrimonio, la mujer no disfrutaría del beneficio constitucional; pero los cónyuges pueden divorciarse y de inmediato contraer un nuevo vínculo, que permitiría a la mujer ampararse bajo el manto protector del inciso primero del artículo 37, porque su marido ya es venezolano. Por supuesto, la utilización de este procedimiento depende de las facilidades para obtener el divorcio, y constituye una vía muy expedita cuando se permite por mutuo consentimiento; el inmediato recurso a la doctrina del fraude a la ley, con el propósito de frustrar tales artificios, ha sido desestimado recientemente, en casos análogos, por la jurisprudencia francesa. En este sentido, la Corte de Apelación de Lyon, en sentencia del *dieciséis de enero de 1980*, con favorables comentarios de Bernard Audit (*Journal de Droit International*, año 1981, pp. 346-354).

sólo durante la existencia del matrimonio, según fuera previsto en épocas anteriores; ningún precepto lo dispone en forma expresa, como lo hicieron las Constituciones de 1947 y de 1953, pero el resultado parece indiscutible porque la disolución del matrimonio no constituye causa de pérdida de la nacionalidad venezolana; y así lo reconoce el doctor Jacques de San Cristóbal Sexton, luego de destacar el silencio del constituyente.⁷⁵

No obstante, la circunstancia de haberse celebrado el matrimonio bajo el imperio de la Constitución del *veinte de julio de 1936*, cuando estuvo vigente un sistema distinto, puede explicar pero no justificar, el dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores en el expediente de la señora Nieves Pérez Yanes; y en *treinta de marzo de 1967*, fue sostenido:

...en atención a que la actual Constitución de la República no establece requisito alguno adicional para conservar la nacionalidad que se hubiere adquirido por naturalización, la señora Pérez Yanes, por haber quedado disuelto su matrimonio al fallecimiento de su esposo, podrá, durante el año siguiente al mismo, manifestar su voluntad de continuar siendo venezolana por ante el Consulado de Venezuela en Santa Cruz de Tenerife. El Ministerio de Relaciones Exteriores, en conocimiento de la documentación correspondiente, deberá pronunciarse sobre la aceptación de tal manifestación.

35. La eficacia jurídica del matrimonio también puede extinguirse por la vía de su anulación; en principio corresponde a la ley aplicable, de acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado venezolanas, determinar las consecuencias de la infracción de sus preceptos; y así lo prevé el artículo 47 del Código Bustamante, vigente en Venezuela desde 1932, en seguimiento de orientaciones muy extendidas en Derecho Comparado.⁷⁶ Sin embargo, al decir del doctor Lo-

75. San Cristóbal Sexton: *op. cit.*, p. 81. Sin embargo, la disolución del vínculo puede tener importancia a los fines del lapso para manifestar la voluntad (véase luego el número 54 de este trabajo).

76. El artículo 47 dispone: "La nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive"; pero el artículo 48, agrega: "La coacción, el miedo y el rapto, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de la celebración". Por su parte, el artículo 49 reguló los efectos civiles del matrimonio nulo, excepción hecha de las reglas sobre el cuidado de los hijos y de las consecuencias patrimoniales, para someterlos a la ley personal común, en su defecto, la del cónyuge que hubiere actuado de buena fe y en última instancia, la del varón. Sin embargo, este precepto fue objeto de reserva por Venezuela; pero fue ratificado el artículo 51, que declaró: "Son de orden público internacional las reglas que señalan los efec-

renzo Herrera Mendoza, se trata de una respuesta "en exceso simplista y sugestiva", que "no ha conquistado nuestro convencimiento, por hallarse el tema de que se trata, francamente, dentro del radio de acción del orden público absoluto". Por consiguiente, fuera del ámbito de vigencia del Código Bustamante, propuso una solución similar a la aceptada para el divorcio; y al respecto, sostuvo:

En Venezuela, es de orden público absoluto, según el evidente espíritu general de la legislación, que ningún matrimonio, sea cual fuere el lugar de su celebración, e independientemente de la nacionalidad de las partes, pueda ser anulado, ni disuelto por nuestros magistrados, en razón de causas que no tengan tal poder, según nuestro propio Código Civil. El legislador ha considerado indispensable al bien social el mantenimiento del vínculo matrimonial y *sólo admite su invalidación o su ruptura, por anulación o por divorcio, en determinadas circunstancias muy limitativamente precisadas en el Código...*, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, no hay razones que justifiquen una diferenciación entre la acción de nulidad y la acción de divorcio;... desde el punto de vista meramente civil, esas dos acciones se diferencian entre sí; empero, frente al orden público absoluto, para impedir la aplicación de leyes extranjeras, ambas acciones son más que análogas, son idénticas.⁷⁷

Tres décadas más tarde, los anteriores planteamientos dejaron sentir su impacto sobre la Corte Suprema de Justicia; y en sentencia del *veintiuno de octubre de 1969*, siendo ponente el doctor Carlos Trejo Padilla, la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo hizo las siguientes declaraciones en forma incidental:

Sin entrar a analizar si la constancia de estar él domiciliado en Caracas, porque ello es una cuestión de fondo que excede del ámbito del recurso de forma que se examina, considera esta Sala que la sola afirmación del actor de estar domiciliado en la República, es razón suficiente para atribuir competencia a los Tribunales venezolanos para conocer el presente juicio de anulación del matrimonio, tanto más si la causa de pedir ha sido relacionada con un acto jurídico que se dice haber ocurrido en nuestro te-

tos judiciales de la demanda de nulidad". Al decir, de Richard S. Lombard, "The confusing rules of the Bustamante Code do not provide a clear guide"; y a su entender, con fundamento en el artículo 51, las consecuencias de la nulidad, a diferencia de las causas, se encuentran regidas por la ley venezolana" (*American-Venezuelan Private International Law*. New York, 1965, p. 52).

77. Herrera Mendoza, Lorenzo: "Anotaciones sobre la anulabilidad de matrimonios extranjeros", en *Estudios sobre Derecho Internacional Privados y Temas Conexos*. Caracas, 1960. pp. 290-295.

ritorio, como es el primer matrimonio celebrado por la cónyuge demandada, y si a todo ello se agrega que el actor extranjero no pretende la aplicación de su ley nacional para resolver la controversia, sino que expresamente se ha sometido a la ley venezolana, la cual, de todos modos, sería la prevalenciente porque las causales de invalidación del matrimonio descansan en razones de orden público absoluto que nunca podrían ceder ante el estatuto personal del extranjero.⁷⁸

36. La nulidad del matrimonio, en estricto rigor jurídico, presupone la correspondiente declaratoria por el funcionario judicial competente; así fue dispuesto en épocas anteriores por un artículo expreso del Código Civil, aun cuando el vigente suprimió el precepto por considerar la indicación inútil e innecesaria.⁷⁹ Ninguna dificultad puede presentarse en el caso de fallos pronunciados por Tribunales venezolanos; de lo contrario, es preciso cumplir los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela.⁸⁰

37. La necesaria declaratoria judicial previa de la nulidad trae como inexorable consecuencia el despliegue de toda la eficacia del matrimonio, mientras no se produzca el fallo definitivo y firme que lo destruya; pero, a partir de ese momento, la nulidad actúa *ex tunc* y el vínculo se considera como jamás contraído (*quod nullum est nullum producit effectum*), excepto en los casos de matrimonio putativo.

Por consiguiente, hasta la sentencia de nulidad, la extranjera casada con venezolano debe gozar de la nacionalidad adquirida por el matrimonio y su ulterior declaración de querer serlo. Sin embargo, una vez anulada, es preciso entender que nunca obtuvo la nacionalidad venezolana, excepción hecha de los matrimonios putativos, por incumplimiento de uno de los presupuestos consagrados por el inciso primero del artículo 37.

38. A pesar de su estricto rigor lógico, los anteriores principios no han sido aplicados fielmente por la jurisprudencia patria, cuando se trata de determinar los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer extranjera casada con venezolano; y en ciertos casos ha reconocido la inexistencia del vínculo, aun sin previa declaratoria judi-

78. *Gaceta Forense* - Segunda Etapa, año 1969, Tomo LXVI, p. 293.

79. *Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, N° 5, Caracas, julio de 1937, p. 52.

80. Véase antes el número 27 de este trabajo.

cial, cuando fue contraído en violación del impedimento dirimente que consiste en la existencia de un vínculo anterior.⁸¹

39. Ejemplificativa a este respecto es la actitud del Ministerio de Relaciones Interiores con ocasión de la solicitud tendiente a obtener cédula de identidad venezolana, formulada por la extranjera Henriette Seep Bamberger, cuyo primer matrimonio con el ciudadano Henri Le Blanc había sido disuelto por el Tribunal Civil del Sena en París; y quien contrajo posteriormente nuevas nupcias en Caracas con el venezolano por naturalización, François Ponzio Manati, pero sin haber obtenido el *exequatur* previo de la sentencia de divorcio francesa.

La Dirección de Identificación hizo saber a la peticionaria "que su solicitud no puede ser resuelta favorablemente hasta tanto no produzca la sentencia que concede el *exequatur* del fallo dictado por los Tribunales franceses; y el mismo criterio fue sostenido en dictamen del *veintidós de mayo de 1964*, por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores, con base en las siguientes consideraciones:

...a la luz de nuestro derecho positivo y de la jurisprudencia reiterada del Supremo Tribunal, el acto celebrado el 9 de febrero de 1960, en el cual contrajeron matrimonio E.P.M. y H.S.B., es en estricto derecho y conforme a la interpretación de la disposición contenida en el artículo 746 del Código de Procedimiento Civil, un *acto, no nulo, sino jurídicamente inexistente*.⁸² En efecto, el artículo 108 (léase: del Código Civil), expresa: "El extranjero no puede contraer válidamente matrimonio en Venezuela sino ante el competente funcionario venezolano o ante las personas a que se refiere el artículo 98, y llenado todas las formalidades pautadas por la ley venezolana...". Entre esas formalidades, nuestra ley exige al divorciado la presentación de la prueba de la disolución del vínculo matrimonial anterior, y esa prueba sólo puede hacerse con la sentencia definitiva que haya recaído en el asunto y cuya ejecutoria esté ya declarada, y conforme a lo dispuesto al párrafo del

81. En otras épocas se ha seguido el mismo criterio frente a la infracción de alguno de los supuestos matrimoniales; así ocurrió en el caso de ausencia de funcionario competente para celebrarlo. La Sala Política y Administrativa de la Corte Federal y de Casación, por sentencia del *veintisiete de julio de 1941*, declaró sin lugar el recurso contra el Decreto de expulsión interpuesto por la ciudadana Frantiska Krupnova, con fundamento en su nacionalidad venezolana, adquirida por el matrimonio por Jesús Enrique García (*Memoria de la Corte Federal y de Casación*, año 1942, Tomo I, pp. 220-226).

82. El artículo 746 del Código de Procedimiento Civil del *cuatro de julio de 1916*, dispone: "Corresponde a la Corte Federal y de Casación, declarar la ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras, sin lo cual no tendrán ningún efecto, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas".

citado artículo 108.⁸³ Pero conviene aclarar que esa ejecutoria no es la que se les haya dado en el país donde fue dictado el fallo, sino la adquirida mediante *exequatur* otorgado por la Corte Suprema de Justicia, según lo pautado por el artículo 746 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, fue concluido por la Consultoría Jurídica:

De lo expuesto se desprende que la señora H.S.B. no está legalmente casada con el señor F.P.M., por haber infringido en la realización de dicho acto, normas de orden público de imperativo cumplimiento en y con cuya violación incurrió, además, en el delito de bigamia contemplado en los artículos 402 y siguientes del Código Penal. En conclusión, esta Consultoría Jurídica está totalmente de acuerdo con la actitud asumida por la Dirección de Identificación y Extranjería al abstenerse de otorgar nueva cédula de identidad a la señora H.S.B., y recomienda, salvo mejor criterio del Despacho, levantar expediente del caso y remitirlo a un Juez de Instrucción de la jurisdicción, conforme a la atribución contenida en el ordinal 4º del artículo 74-A del Código de Enjuiciamiento Criminal.⁸⁴

40. Problemas particulares se presentan en los casos de matrimonio putativo, aceptado por el Art. 127 del Código Civil, pues en semejante hipótesis la nulidad no se retrotrae a la fecha de la celebración; antes, al contrario, se mantienen los efectos producidos durante la existencia del vínculo en relación a los hijos y al cónyuge de buena fe.⁸⁵ Tales consecuencias han sido reconocidas *expressis verbis* por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, siendo ponente el doctor Eloy Lares Martínez, cuando en *diecinueve de febrero de 1964*, afirmó los siguientes conceptos:

-
83. El artículo 108 del Código Civil, relativo a la prueba de la capacidad del extranjero que pretenda contraer matrimonio en Venezuela, dispone en su tercer párrafo: "La prueba del divorcio y la de anulación de un matrimonio anterior no se la podrá suplir con justificación de testigos en ningún caso; se la hará siempre mediante presentación de la sentencia definitiva que haya recaído en el asunto y cuya ejecutoria esté ya declarada" (sobre el tema puede verse: Parra-Aranguren, Gonzalo, "Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1965, N° 1, pp. 119-165).
84. El artículo 74-A, del Código de Enjuiciamiento Criminal, en su reforma del *veintisiete de enero de 1962*, dispuso: "Salvo disposiciones de leyes especiales, son órganos de Policía Judicial:... 4º La Dirección de Extranjeros, conforme a las leyes que regulan su competencia".
85. Los antecedentes de precepto se remontan al artículo quinto de la Ley Tercera, Título Tercero, Libro Primero del Código Civil del *veintiocho de octubre de 1862*; y con algunas variantes ha sido reiterado en las diversas reformas posteriores.

...pronunciada la nulidad de un matrimonio, no solamente cesa de producir sus efectos para lo porvenir, sino que aquellos producidos en el pasado, son retroactivamente anulados, pues, el matrimonio declarado nulo se considera como que jamás hubiera existido. Esta regla sufre excepción en el caso del matrimonio putativo, esto es, el que ha sido contraído de buena fe por ambos contrayentes o por uno de ellos. Tomando en cuenta la buena fe, la Ley mantiene los efectos producidos por este matrimonio con anterioridad a la declaración de nulidad.⁸⁶

41. Reconocimiento similar ha sido hecho por la jurisprudencia administrativa: la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores, en dictamen del *cuatro de junio de 1964*, sostuvo la nulidad del matrimonio contraído por una persona unida por un vínculo anterior;⁸⁷ y luego de señalar la infracción del artículo 50 del Código Civil, con la eventual consecuencia de haberse incurrido en el delito de bigamia previsto por el artículo 402 del Código Penal, hizo las siguientes consideraciones:

El legislador ante ciertos hechos ocurridos durante la unión ilegal ha tenido que introducir con el Código Civil disposiciones tendientes a solucionar situaciones consumadas, con un sentido de equidad y de justicia que de otra manera quedarían bajo el más completo desamparo legislativo, trayendo como consecuencia la producción de situaciones caóticas, de graves repercusiones sociales para seres inocentes, que no son responsables de la situación creada por sus autores. Por eso, pues, a pesar de que el acto matrimonial no es válido, para las situaciones que allí se contemplan, sin embargo, hace producir efectos civiles, como si dicha unión hubiese sido válidamente contraída. Pero para que tales efectos civiles funcionen se requiere la presencia del requisito de la buena fe, bien de ambos contrayentes, o bien de uno de ellos; notándose que, respecto a los hijos, ese requisito no es necesario, pues, sean de buena o de mala fe los contrayentes, los efectos civiles se producen siempre a su favor.⁸⁸

42. Ahora bien, la eficacia del matrimonio putativo plantea la interrogante acerca de si la nacionalidad se encuentra incluida dentro

86. *Gaceta Forense* - 2ª Etapa, Tomo XLIII, p. 263.

87. La actitud asumida por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores es ciertamente heterodoxa, pues se considera facultada para sostener la nulidad del segundo matrimonio, sin previo pronunciamiento judicial; pero semejante declaratoria constituye requisito *sine qua non* de la nulidad del matrimonio (véase antes el número 36 de este trabajo).

88. San Cristóbal-Sexton: *op. cit.*, pp. 168-170.

de los efectos civiles previstos por el legislador venezolano frente al cónyuge de buena fe; y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, la respuesta de la jurisprudencia administrativa patria no es favorable, según se desprende del antes mencionado dictamen del *cuatro de julio de 1964*, de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En efecto, luego de señalar las características del matrimonio putativo, hizo un examen de la incidencia sobre la nacionalidad de la mujer extranjera casada con venezolano; y sobre el particular, afirmó la validez de los siguientes conceptos:

Ahora bien, el problema planteado, objeto de este estudio trasciende de las soluciones consagradas en el citado artículo 127 del Código Civil, porque en el presente caso se reclama el reconocimiento de un derecho político y no de un derecho civil. En efecto, la nacionalidad, y más aún, la naturalización de (léase: es) un derecho político consagrado en la Constitución y sus principios rectores derivan del concepto de soberanía del Estado. En consecuencia, la ficción creada por el legislador para solucionar situaciones concretas creadas en razón de un matrimonio nulo no recibe aplicación en esta materia, porque tales soluciones están limitadas al campo de los efectos civiles y, como hemos dicho antes, la nacionalidad por naturalización vendría a ser un efecto político de aquella unión ilícita, lo que es inadmisibile.

En consecuencia, la Consultoría Jurídica concluyó:

...es el caso que el vínculo matrimonial alegado no es válido en Venezuela por las circunstancias anotadas anteriormente, y no siendo válido ese matrimonio, la señora mencionada no pudo adquirir la nacionalidad venezolana, tanto más que con dicho matrimonio se ha cometido un fraude a la ley venezolana, lo que constituye una causal de prohibición para adquirir la nacionalidad venezolana, según nuestra ley de naturalización.⁸⁹

43. En el dictamen anterior la Consultoría Jurídica acepta como punto de partida la naturalización automática de la mujer, en virtud de su casamiento con venezolano, según ocurrió en Venezuela desde 1873 hasta 1947; desde esta perspectiva, por atribuirle carácter de derecho público, niega la inclusión de la nacionalidad dentro de los efectos civiles producidos por el matrimonio putativo. No obstante, es pre-

89. San Cristóbal Sexton: *op. cit.*, pp. 168-170.

ciso recordar que la doctrina patria de la época defendió el criterio contrario; así se desprende de los conceptos sostenidos por los doctores Antonio Casas Briceño⁹⁰ y Constantino Valero.⁹¹

Por otra parte, el punto de partida de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores no se compadece con el régimen consagrado por el inciso primero del artículo 37; en los tiempos actuales el matrimonio, por sí sólo, no es suficiente para atribuir la nacionalidad a la mujer, y es necesario, además, su manifestación de querer ser venezolana. Por tanto, si la declaratoria se produce durante la existencia del vínculo y el matrimonio debe reputarse válido en ese momento no obstante su posterior anulación, por tratarse de un matrimonio putativo, resulta difícil de comprender cómo la sentencia puede afectar la naturalización adquirida en forma válida, por cuanto los efectos de la nulidad se despliegan únicamente hacia el futuro (*ex nunc*).

44. El funcionamiento automático del inciso primero del artículo 37 ha sido objeto de crítica; y se ha alegado, por algunos sectores, que permite la naturalización de mujeres indeseables, mediante matrimonios contraídos con el único propósito de manifestar la voluntad de querer ser venezolanas, a fin de evadir las inconveniencias inherentes a la extranjería o para ejercitar derechos reservados a los nacionales de Venezuela.

45. Este último aspecto fue destacado por el Consejo Supremo Electoral, al decidir los alegatos del Ministerio de Relaciones Interiores tendientes a objetar la inscripción de la "Liga Socialista" como partido político nacional y regional en algunos Estados de la República y en el Distrito Federal; y la Resolución del *veintisiete de julio de 1978*, entre otros, hizo el siguiente señalamiento:

En doctrina jurídica se entiende por fraude a la ley (*fraus legis*), el hecho de valerse de disposiciones legales para obviar, para circunvenir el cumplimiento de otras disposiciones legales, o para beneficiarse de una disposición legal. Un caso típico de fraude a la ley lo constituye la adquisición de nacionalidad con el único objetivo de valerse del estatuto personal en un caso de conflicto de leyes.⁹²

90. Casas Briceño, Antonio: *La nacionalidad de la mujer casada*. Caracas, 1931, p. 24.

91. Valero, Constantino: "Nacionalidad de la mujer casada", en *Gaceta Jurídica*. Caracas, 1937, números 2-3, p. 22.

92. *Gaceta Oficial*, N° 31.550, quince de agosto de 1978, pp. 23.763-23.765. En su escrito del *seis de junio de 1978*, el Ministerio de Relaciones Interiores había alegado

46. La actividad fraudulenta también puede dirigirse a evadir las inconveniencias resultantes de la extranjería de las personas; a título ejemplificativo de tales maniobras; en épocas no muy lejanas cabe recordar algunas noticias aparecidas en los periódicos de Caracas correspondientes al mes de junio de 1978; con la particularidad de articularse en la continua polémica de una permanente campaña política para elegir el próximo Presidente de la República.

En efecto, de acuerdo con los informes de prensa, el diputado a la Asamblea Legislativa del Estado Portuguesa, señor Moisés Reyes, dirigente del Partido Social Cristiano COPEI, en funciones de concertada oposición al gobierno de turno, hizo formal denuncia ante la Oficina de Identificación y Extranjería del Ministerio de Relaciones Interiores, con sede en Acarigua, sobre la cedulación como venezolanas de mujeres extranjeras que trabajaban en lenocinios.

A este respecto, en el diario *El Universal*, correspondiente al *dos de junio de 1978*, se atribuyen al señor Héctor García, Comisario Jefe de la Policía Técnica Judicial, las siguientes explicaciones:

Hace algunos días detuvimos a dos mujeres, Zulma Ríos y Miriam Jaimes Muñoz, de nacionalidad colombiana, quienes trataban de sacar cédula venezolana utilizando partidas de nacimientos falsas, y detectamos posteriormente, que otras mujeres de la misma nacionalidad obtuvieron su cédula al presentar el certificado de matrimonio con ciudadanos venezolanos.

Ante la pregunta del reportero acerca de si tales matrimonios eran válidos, sostuvo en términos categóricos: "Indudablemente, porque el hombre, además de soltero, es venezolano, y la mujer se convierte automáticamente en venezolana"; y la nueva interrogante sobre una posible "tramoya" electoral, fue respondida así: "No lo sé, es más, no lo creo; es el caso corriente de estas mujeres extranjeras que se dedican a la prostitución y legalizan su permanencia en el país pagándole a un hombre venezolano para que se case con ellas". Por último, consultado acerca del carácter delictuoso de semejante proceder, se limitó a replicar:

la existencia de fraude con fundamento en los siguientes hechos: inclusión de menores de 18 años, de extranjeros y de personas no domiciliadas en el lugar; falsificación de la firma de quienes suscriben las listas presentadas y repetición de los nombres aparecidos en dichos documentos. Sin embargo, la Resolución del *veintisiete de julio de 1978*, luego de los comentarios teóricos arriba transcritos, agregó: "A juicio del Consejo Supremo Electoral no se está frente a un caso de fraude a la ley, y así se declara". El doctor Francisco Marcano Battistini votó en contra de la Resolución y salvaron sus votos los doctores Rolando Salcedo De Lima y Enrique Padilla Ron.

Posiblemente un delito moral por parte del hombre que se presta para éso, y que a la hora de la verdad te puede decir a ti o a cualquiera autoridad: "Yo soy mayor de edad y me puedo casar con quien me dé la gana".

Dos días más tarde, Gonzalo Plaza, Director Nacional de Identificación y Extranjería, declaró que "no son fraudulentos ni tienen implicaciones políticas los matrimonios denunciados por el representante de la Junta Electoral Principal de COPEI en Portuguesa; y de inmediato hizo del conocimiento público haberse desplazado hasta la ciudad de Acarigua, expresamente con el propósito de investigar "el contenido de un despacho informativo que habla de un presunto fraude electoral en las elecciones que se realizarán el próximo 3 de diciembre".

Por último, el Director Gonzalo Plaza resumió el resultado de las averiguaciones en los términos siguientes:

Lo que hemos comprobado plenamente aquí, mediante el proceso investigativo adelantado por la Dirección de Identificación y Extranjería y el Fiscal Auxiliar de Identificación y la Policía Técnica Judicial, es lo siguiente: dos tentativas de obtener cédulas con partidas de nacimiento falsificadas, para extranjeras, presuntamente con la intención de quedarse en el país para ejercer la prostitución; y un número aproximado de 10 a 20 matrimonios efectuados por ciudadanas extranjeras con venezolanos, bajo el amparo del artículo 37 de la Constitución Nacional, el cual indica que son venezolanos por naturalización, desde que declaren su voluntad de serlo, las extranjeras casadas con venezolanos. De manera que no se puede hablar de fraude y menos de intento de fraude electoral por cuanto no lo existe, pues los matrimonios efectuados en Portuguesa no son ilegales y tan sólo podrían tener implicaciones de tipo moral, pero nunca legal y menos implicaciones políticas.⁹³

47. Según se comprueba con las anteriores noticias, son ciertamente posibles los matrimonios de extranjeras con venezolanos, con el único propósito de naturalizarse en forma automática, mediante simple manifestación de voluntad, y sin permitir el ejercicio de facultades discrecionales por parte del Ejecutivo Nacional. Sin embargo, las normas jurídicas no deben dictarse tomando en cuenta casos aislados sino la generalidad de las hipótesis; y hasta donde llega nuestro conocimiento, las extranjeras suelen casarse por razones similares a aquéllas que impulsan a las mujeres originarias de Venezuela: de carácter sentimental,

93. *El Nacional*, cuatro de junio de 1978.

de orden económico o de alguna naturaleza menos cristalina pero admisible jurídicamente. En consecuencia, los esporádicos matrimonios con fines de fraude representan una *rara avis*, dentro de la mezcolanza de motivaciones que pretenden ser satisfechas mediante el establecimiento de vínculos jurídicos, estables y duraderos, entre personas de distinto sexo; y, por tanto, no pueden servir de pauta al legislador para sancionar las reglas de conducta más aconsejables para la colectividad.

Por otra parte, la crítica al régimen previsto por el inciso primero del artículo 37, con base en la posibilidad de los matrimonios fraudulentos, encuentra su última fundamentación en un concepto muy escuálido del hombre venezolano; y presupone que las mujeres extranjeras puedan hallarlos *ad libitum*, sin mayores tropiezos, cuando desean casarse con el único propósito de obtener la nacionalidad; así puede haber ocurrido en casos esporádicos pero se trata de hipótesis excepcionales, que no deben servir de guía para la escogencia de las normas por el legislador.

Además, resulta sorprendente reconocer en la naturalización automática un habilidoso artificio para frustrar la expulsión administrativa, utilizable por mujeres extranjeras dedicadas al intenso ejercicio de la prostitución y/o algunas otras actividades contrarias a la ley; en semejantes casos los funcionarios competentes han pretendido restaurar el equilibrio jurídico mediante un simple decreto presidencial de expulsión que no admite recurso de ninguna especie.⁹⁴ Ahora bien, se-

94. La Ley de Extranjeros del treinta y uno de julio de 1937 dispuso en el segundo párrafo del artículo 47: "Tampoco se admitirá ningún recurso contra el Decreto de expulsión". Resultaría conveniente meditar acerca del impacto en el Derecho interno venezolano de las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país; y en esta materia concreta, la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", suscrita el veintidós de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica y ratificada por Venezuela el catorce de junio de 1977, previene en su artículo vigésimo segundo: "...5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley... 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros". Por otra parte, el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el dieciséis de diciembre de 1966, y ratificado por Venezuela el veintisiete de enero de 1978, prescribió en su artículo décimotercero: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien, ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas".

gún el criterio de algunos de ellos, este expedido procedimiento fracasa cuando se permite a la mujer adquirir la nacionalidad mediante simple manifestación de voluntad, luego de haber contraído matrimonio con hombre venezolano, porque en su nuevo *status* ya no puede ser expulsada;⁹⁵ y en tal forma se admitiría un manifiesto desacato de las soberanas facultades de "Alta Policía", que tan arrogante prestigio han irradiado a ciertos personeros del Ejecutivo Nacional.

Sin embargo, no se requieren muchas luces para comprender la poca solidez del argumento anterior y la flagrante discriminación impuesta por la cómoda práctica de los funcionarios administrativos. En efecto, las mujeres venezolanas no pueden ser expatriadas; por tanto, si de alguna manera atraviesan la esfera de lo lícito para deslizarse por oscuros senderos, su castigo, necesariamente debe obtenerse a través de los órganos de la jurisdicción represiva. Las mujeres extranjeras de conducta análoga, por el contrario, gozan de un irritante privilegio, pues no sufren las consecuencias previstas en las normas jurídicas infringidas y sólo se ven afectadas por el Decreto de expulsión; esta ciega política del "avestruz" satisface las apariencias, pero olvida las enseñanzas profundas de la vida diaria, a saber, el pronto regreso de las expulsadas, por alguno de los muy numerosos "camino verdes" que atraviesan nuestras extensas fronteras, para no mencionar la longitud de las costas marítimas o el cómplice silencio de los espacios aéreos. Por consiguiente, los mandatos del legislador quedan incumplidos y son violados impunemente por las mujeres extranjeras; y, además de recibir un tratamiento más benévolo que las venezolanas, toda su sanción se reduce a los inconvenientes de un viaje más o menos cómodo hasta los límites territoriales de la República, con el agravante, según las circunstancias, de imponérseles un beneficio descanso reparador antes del eventual reinicio, con nuevos bríos, de arraigados patrones de conducta.

Semejantes distingos deben eliminarse; es preciso dar fiel cumplimiento a la voluntad del legislador y sancionar a los infractores, con independencia de si son mujeres venezolanas o extranjeras; pero, por otra parte, en las hipótesis *in fraudem legis*, la nacionalidad adquirida también puede ser revocada por el Ejecutivo Nacional. En efecto, la ley del *dieciocho de julio de 1955*, dispone en su artículo undé-

95. La última frase del artículo 64 de la Constitución, lee como sigue: "Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos, salvo como conmutación de otra pena y a solicitud del mismo reo": esta hipótesis excepción fue regulada por la "Ley de conmutación de penas por indulto o extrañamiento del territorio nacional", de fecha *quince de diciembre de 1964*.

cimo: "Los venezolanos por naturalización perderán la nacionalidad:... 6º Cuando la adquieran en fraude a la ley; y el artículo decimotercero, agrega: "La declaración de pérdida de la nacionalidad en los casos enunciados en este Capítulo se hará por el Ministerio de Relaciones Interiores, sin perjuicio de que se apliquen a los responsables las sanciones penales a que haya lugar".⁹⁶

El legislador de 1955 nada previno acerca de la posible nulidad de la naturalización venezolana; pero muy poco tiempo después, por Resolución del *veintiuno de abril de 1956*, el Ministerio de Relaciones Interiores se sintió facultado para decretarla en caso del matrimonio contraído por Elvina Eduvigis Caraballo con el ciudadano Lino Guevara.⁹⁷ Ahora bien, esta sanción conlleva consecuencias más profundas porque despliega eficacia *ex tunc*, mientras que la revocatoria actúa solo hacia el futuro; y si en aquella época encontraba apoyo únicamente en los principios generales, en los tiempos presentes podría también fundamentarse en las directrices programáticas del constituyente. En efecto, el artículo 42 contempla en forma separada la nulidad y la pérdida de la naturalización como aspectos a ser regulados en la ley que debe sancionar el Congreso ordinario, cuando se lo permitan sus ocupaciones, en algún momento futuro de nuestra vida republicana.⁹⁸

48. La existencia de sanciones legales para enfrentar los casamientos de extranjeras con venezolanos, a los fines exclusivos de beneficiarse

96. A este respecto debe recordarse que el artículo 39 de la Constitución, prescribe: "La nacionalidad venezolana se pierde:... 2º Por revocación de la naturalización, mediante sentencia judicial de acuerdo con la ley". Sin embargo, la Disposición Transitoria Tercera, ordena: "Mientras la ley establece las normas sustantivas y procesales correspondientes, la pérdida de nacionalidad por revocatoria de la naturalización se ajustará a las disposiciones de la legislación vigente, pero el interesado podrá apelar de la decisión administrativa ante la Corte Suprema de Justicia en el plazo de seis meses, a partir de la fecha de publicación de la revocatoria en la *Gaceta Oficial*" (véase sobre el particular: Parra-Aranguren, Gonzalo: "La pérdida de la nacionalidad venezolana por naturalización: Aspectos procesales", en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo I, Caracas, 1979, pp. 507-617).

97. *Gaceta Oficial*, N° 25.048, *once de mayo de 1956*. La ciudadana Elvina Eduvigis Caraballo de Guevara se había naturalizado *ipso jure* por el simple hecho del matrimonio, conforme a la Constitución de 1945. Esta característica es común en el régimen establecido por el inciso primero del artículo 37, con la advertencia de que también exige la declaración de voluntad de la mujer.

98. El artículo 42, lee como sigue: "La Ley dictará, de conformidad con el espíritu de las disposiciones anteriores, las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, pérdida y recuperación de la nacionalidad venezolana, resolverá los conflictos de nacionalidad, establecerá los requisitos, circunstancias favorables y solemnidades, y regulará la pérdida y nulidad de la naturalización por manifestación de voluntad y por obtención de carta de naturaleza". Según puede observarse, el constituyente menciona la nulidad cuando se refiere a la naturalización, y guarda silencio respecto de la nacionalidad originaria. Sin embargo, el dístico no puede entenderse como un límite establecido al legislador ordinario.

del inciso primero del artículo 37, ha sido señalada en diversas ocasiones por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores. En efecto, la Circular Informativa N° DC-A-2 del *seis de febrero de 1961*, dirigida por la Dirección de Consulados a todas las Embajadas, Legaciones, Consulados de Carrera y Honorarios, incluye el siguiente párrafo:

Naturalmente, puede producirse el caso de que el matrimonio sea fraudulento para el solo hecho de adquirir la nacionalidad; en el cual ésta será anulada por las vías legales correspondientes.

Observación idéntica fue repetida en el Dictamen del *nueve de marzo de 1962*, de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores; y dos años más tarde, el Informe de fecha *diecisiete de junio de 1964*, hizo el necesario correctivo cuando señaló:

Naturalmente, puede producirse el caso de que algún matrimonio sea fraudulento para el solo hecho de adquirir la nacionalidad. En este caso procede la revocatoria de la nacionalidad por la vía legal correspondiente, sin perjuicio de las consecuencias civiles del matrimonio.

49. El inciso primero del artículo 37 no impone la nacionalidad en forma automática por el simple hecho del matrimonio: el indispensable consentimiento para la validez del vínculo no permite presumir *iures et de iure*, el deseo de la mujer de convertirse en venezolana, argumento utilizado en tiempos anteriores para justificar de manera artificiosa el régimen entonces imperante; y se exige una declaratoria autónoma con el objeto de expresar el deseo de adquirir la nacionalidad; de lo contrario, conserva el carácter de extranjera, a pesar de sus posibles nexos territoriales con la República de Venezuela.

Ahora bien, la importancia de la voluntad individual se proyecta no sólo en esta hipótesis sino también en otros aspectos del sistema vigente de la nacionalidad venezolana; así ha ocurrido también en otras épocas, pero fue costumbre remitir la regulación del asunto al legislador. Sin embargo, este procedimiento trajo consigo serias dudas e incertidumbres en la vida diaria, ante la inercia del Congreso para cumplir los mandatos del constituyente; y con el propósito de superar tan incómodas experiencias parece recomendable atender, en alguna forma, las dificultades más frecuentes.

No obstante, el Proyecto presentado a la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional por el doctor Gonzalo Barrios, nada previno al

respecto; y se limitó a declarar en su artículo decimoquinto: "Las manifestaciones de voluntad a que se refieren los artículos anteriores y la adquisición de cartas de naturaleza serán reguladas por la Ley".

Diferente perspectiva inspiró el Proyecto de los doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa, cuyo artículo décimosexto dispuso: "Las declaraciones de voluntad contempladas en los artículos 11, 13 y 15, se harán en forma auténtica por el interesado, cuando sea mayor de dieciocho años, y por su representante legal si no ha cumplido esa edad";⁹⁹ disposición justificada en la "Exposición Preliminar", en los términos siguientes: "... la inexistencia de esa Ley especial ha obligado a consagrar el precepto contenido en el artículo 16, cuya ausencia, en tanto no se haya dictado ese instrumento legal, podría crear graves dificultades prácticas".

Estas inquietudes se impusieron al constituyente; y a pesar de tratarse de asuntos de naturaleza procesal que, en buena técnica, deberían corresponder a una ley autónoma, creyó necesario incluir algunas directrices sobre el funcionamiento de las manifestaciones de voluntad, para atender las más graves inconveniencias diarias, mientras el legislador ordinario daba cumplimiento al artículo 42 de la Constitución.¹⁰⁰ Por consiguiente, fue dispuesto en el artículo 41:

Las declaraciones de voluntad contempladas en los artículos 35, 37 y 40 se harán en forma auténtica por el interesado, cuando sea mayor de dieciocho años, o por su representante legal, si no ha cumplido esa edad.

50. El constituyente permitió efectuar la declaración de voluntad al propio interesado después de los dieciocho años, y a su representante legal si no ha cumplido esa edad; el mandato tiene importancia práctica indiscutible en las hipótesis previstas por los ordinales tercero y cuarto del artículo 35, y por los incisos segundo y tercero del artículo 37. Sin embargo, escasamente deja sentir su huella en el caso de la extranjera casada con venezolano porque, según el artículo 382 del Código Civil, "el matrimonio produce de derecho la emancipación".

99. Los artículos 11, 13, 15 y 16 del Proyecto, corresponden a los números 35, 37, 38 y 41 de la Constitución vigente.

100. Al referirse al Título Segundo, "De la Nacionalidad", la "Exposición de Motivos" presentada por la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional a la Cámara del Senado, hizo el comentario siguiente: "Se han incluido en el Proyecto los preceptos indispensables, a reserva de su regulación detallada en una ley especial, excluyéndose aquellos que contemplan situaciones excepcionales, superfluas e inconvenientes, y se han redactado en forma técnica que al propio tiempo facilite su comprensión y evite las frecuentes controversias que suscita tan delicada materia" (CS, 1960, N° 26, *diecisiete de junio de 1960*, p. 236).

En consecuencia, la mujer carece de representante legal, pues sólo queda sometida a un régimen de curatela; y de acuerdo con el artículo 386 del mismo Código, "tiene por curador al marido o al tutor, o curador de éste", pero, "si es viuda, divorciada, separada de cuerpos o de bienes, tendrá por curador a su padre o a su madre", y, a falta de ellos, el nombramiento será hecho por el juez.¹⁰¹

51. En relación a su aspecto externo, el constituyente se limitó a exigir la *forma auténtica*; y de acuerdo con el artículo 1.357 del Código Civil, "instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un registrador, por un juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado".

Por consiguiente, la exigencia de "forma auténtica" será cumplida cuando la manifestación de voluntad haya sido hecha ante un funcionario con facultades para darle fe pública; y puede efectuarse tanto dentro de la República como en el extranjero;¹⁰² así lo reconoce pacíficamente la escasa doctrina patria¹⁰³ y la constante jurisprudencia administrativa de los varios despachos ministeriales.

52. Sin embargo, esporádicamente se ha sostenido un criterio distinto; y dentro de esta directriz antagónica se encuentran las palabras del doctor Allan Randolph Brewer-Carías, cuando afirmó: "la declaración de voluntad de ser venezolano, en el régimen actual, debe hacerse por intermedio de los registradores principales, en sus respectivas jurisdicciones, quienes deberán protocolizarlas, tal como se dispone en el artículo 54 de la Ley de Registro Público".¹⁰⁴

53. Años más tarde el asunto fue examinado por la Procuraduría General de la República; y el dictamen del *veintinueve de octubre de 1971*, hace la siguiente advertencia previa:

101. La mujer casada tiene representante legal en caso de interdicción; pero el régimen así establecido no deriva del matrimonio sino de encontrarse en un estado habitual que la haga incapaz para proveer a sus propios intereses, aunque tenga intervalos lúcidos (artículo 397 del Código Civil). En las hipótesis de inhabilitación, judicial o legal, la mujer casada queda sometida a un régimen de curatela (artículos 409 y 410 del Código Civil), pero también se trata de una situación jurídica independiente de su matrimonio.

102. Parra-Aranguren: *La Nacionalidad*, *op. cit.*, Tomo II, pp. 615-616.

103. San Cristóbal Sexton: *op. cit.*, pp. 118-119, quien se limita a transcribir los párrafos pertinentes de la obra del doctor Gonzalo Parra-Aranguren citada en la nota anterior.

104. Brewer-Carías: *op. cit.*, p. 40.

Nada dice el texto fundamental sobre lo que debe entenderse por forma auténtica; es por ello que corresponde al legislador ordinario determinar las formas que deben cumplirse en los documentos que contengan la manifestación de voluntad de ser venezolano. Pero mientras se dicta la ley de nacionalidad prevista en el artículo 42 de la Constitución, debe entenderse por fórmula auténtica la que revisten los documentos públicos o auténticos (véase: artículo 137 del Código Civil).¹⁰⁵

No obstante la anterior declaratoria, el dictamen agrega: "El Director Nacional de Identificación y Extranjería informa que para las naturalizaciones se ha venido aplicando el procedimiento establecido en el Capítulo II de la Ley de Naturalización de 1940;¹⁰⁶ y luego de examinar el valor de las prácticas administrativas como fuente de Derecho, hizo los siguientes comentarios:

Ahora bien, de acuerdo con la información dada, la práctica administrativa (a partir de 1955) ha sido la de exigir que las manifestaciones de voluntad se hagan ante el Registrador Principal de la respectiva jurisdicción y las solicitudes de carta de naturaleza ante los Gobernadores de Estado, del Distrito Federal o del Territorio Federal. Esta práctica ha creado, sin lugar a dudas, una apariencia jurídica o de obligatoriedad, puesto que todas las personas interesadas en obtener la nacionalidad venezolana se han acogido a ella. Considero que es preferible mantenerla (ya que en ningún caso puede considerarse *contra legem*, sino más supletoria de normas legales expresas), mientras se dicte la ley respectiva. Además, el artículo 54 de la Ley de Registro Público exige que en cada Oficina Principal de Registro se lleve un Protocolo para el registro de las manifestaciones de voluntad de ser venezolano.¹⁰⁷

Desde esta perspectiva, a pesar de la advertencia previa antes transcrita y de la específica referencia al artículo 1.357 del Código Civil para resolver el asunto, la Procuraduría General de la República sostuvo la validez de la siguiente conclusión:

105. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1971. Caracas, 1972, pp. 272-273.

106. Hasta donde nuestro conocimiento llega, la Ley de 1940 fue utilizada para llenar los vacíos o lagunas de la Ley de Naturalización del *dieciocho de julio de 1955*; tuvo carácter simplemente supletorio y nunca pudo modificar los preceptos vigentes.

107. La Ley de Registro Público, reformada el *veintiséis de agosto de 1943*, dispuso en su artículo 54: "En cada Oficina Principal de Registro se llevará un Protocolo para el registro de los documentos siguientes:... manifestaciones de voluntad de ser venezolano, en los casos en que lo exige la Constitución Nacional...". El precepto fue reproducido por la Ley del *seis de febrero de 1978* (artículo 54).

...el procedimiento a seguirse para las manifestaciones de voluntad debe ser el siguiente: a) Debe ser hecha ante el Registrador Principal de la respectiva jurisdicción. En el caso de la extranjera que casare con venezolano, en el exterior, esa manifestación de voluntad debe ser hecha ante el representante diplomático o consular de Venezuela. Estas serían las formas auténticas de manifestar la voluntad, y a partir de la fecha de la declaración registrada, el interesado adquirirá la nacionalidad venezolana, sin necesidad de pronunciamiento expreso del Estado. Sin embargo, como la Constitución exige unos supuestos de hecho que deben ser comprobados por la autoridad administrativa, el declarante debe acompañar a su manifestación las pruebas de esos hechos...¹⁰⁸

54. El inciso primero del artículo 37 se abstuvo de establecer restricciones temporales para el ejercicio del derecho de manifestar la voluntad reconocida a la extranjera casada con venezolano; pero existe un límite indirecto si se acepta, como parece razonable, que debe efectuarse cuando todavía se encuentra vigente el matrimonio.¹⁰⁹ En consecuencia, el beneficio no funciona cuando el vínculo ha sido ya disuelto por la muerte del marido, o a través del divorcio; pero requiriéndose el previo *exequatur* cuando se trata de sentencias extranjeras; por el contrario, la simple separación de cuerpo y de bienes, que no destruye el *status* matrimonial, permitiría a la mujer naturalizarse por beneficio de la ley, en los términos previstos por el inciso primero del artículo 37.

55. El inciso primero del artículo 37 hizo depender su funcionamiento de la nacionalidad venezolana del marido y de la manifestación de voluntad de su cónyuge, pero nada dispuso acerca de si ambos requisitos debían coexistir para que se perfeccionara la naturalización de la mujer; y la interrogante así abierta, encuentra diferente respuesta, según se conecte el precepto al acto jurídico del matrimonio o al *status* de la mujer.

Desde la primera perspectiva caben dos interpretaciones distintas: es posible exigir la nacionalidad venezolana del marido sólo al tiempo de contraer el vínculo, sin tomar en cuenta su posible pérdida en época posterior; pero también puede considerarse imprescindible, tanto del casamiento como en aquél en el cual la mujer expresa su deseo de ser venezolana; esta interpretación restrictiva presenta la ventaja de garantizar más adecuadamente la coincidencia entre el substrato real y

108. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1971. Caracas, 1972, p. 274.

109. Por supuesto, una vez adquirida la disolución del vínculo, carece de eficacia sobre la nacionalidad venezolana de la mujer.

el concepto jurídico de la nacionalidad, habida cuenta los mayores y permanentes vínculos con la República.

Por el contrario, cuando el inciso constitucional se conecta al *status* de casada hasta la nacionalidad venezolana del marido al tiempo de la declaración de voluntad por la mujer; y, aun cuando desconocemos casos concretos resueltos en este sentido, es el criterio que se compeadece mejor con la interpretación del precepto aceptada por la práctica administrativa venezolana.

56. El funcionamiento del inciso primero del artículo 37 no se encuentra supeditado a la residencia en la República de la extranjera casada con venezolano; por tanto, constituye un régimen distinto al establecido en los párrafos segundo y tercero del mismo artículo 37, que no sólo exigen la residencia sino además establecen un límite temporal para efectuar válidamente la manifestación de voluntad.

Ahora bien, la historia legislativa del precepto demuestra la clara conciencia del constituyente acerca de la diversidad de regulaciones consagradas en el artículo 37. En efecto, el requisito de la residencia en Venezuela fue agregado a los incisos segundo y tercero el *veintisiete de septiembre de 1960*, sin ningún comentario explicativo, por la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional; y su proponente, el doctor Martín Pérez Guevara, nada dijo acerca de las razones para no exigirlo también en el inciso primero. Por su parte, el Informe del *veintisiete de septiembre de 1960*, dirigido al Senado, se limitó a señalar la reforma;¹¹⁰ pero al discutirse el asunto el *tres de octubre de 1960*, fue aprobada la sugerencia del doctor Argimiro Bracamonte, en el sentido de agregar la frase: "siempre que resida en el territorio del país". Sin embargo, la modificación no tuvo éxito en la Cámara de Diputados, donde fue suprimida en el segundo debate, que tuvo lugar el *veinticuatro de octubre de 1960*, a propuesta del doctor Orlando Tovar; y la posterior aceptación del Senado del texto original, condujo a la fórmula vigente en la actualidad, que se abstiene de exigir la residencia de la mujer en Venezuela como presupuesto para el funcionamiento de su naturalización automática.¹¹¹

57. El inciso primero del artículo 37 consagró una hipótesis de naturalización por beneficio de la ley, y de esta manera representa una importante reforma del sistema previsto por la Constitución del *quince de abril de 1953*, que permitía al Ejecutivo el ejercicio de facultades

110. Parra-Aranguren: "Los efectos de la naturalización...", artículo citado.

111. Véase antes el número 11 de este trabajo.

discrecionales. En consecuencia, la mujer extranjera adquiere un derecho a la nacionalidad, una vez cumplidos los requisitos impuestos por el constituyente, que no puede serle negado *ad libitum* por la Administración Pública. Por supuesto, los funcionarios autorizados pueden controlar el cumplimiento de las exigencias constitucionales, pero si el resultado es favorable, se encuentran en el deber de aceptar la voluntad y de reconocer la nacionalidad a la extranjera casada con venezolano.

Semejante característica fue reconocida en el Informe de la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional del *veintisiete de septiembre de 1960*;¹¹² y ha sido también afirmado por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores, con motivo del expediente de la señora Francisca Vargas Rojas de González, casada con el venezolano por nacimiento Domingo Ramón González, quien manifestó su voluntad ante el Consulado General de Venezuela en Cúcuta, Colombia; y la nacionalidad le fue reconocida, a pesar de que "en el expediente de extranjeros de la señora Vargas de González, aparece registrada bajo nombres y apellidos distintos al ser reseñada en diferentes lugares del país por motivo de control social".

En esa ocasión sostuvo la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores:

A este respecto la Constitución vigente sólo exige una declaración de voluntad, sin que la Administración tenga que aceptar o rechazarla. Es más, la Administración no podría rechazarla discrecionalmente. La coexistencia del matrimonio y la venezolanidad del marido, opera, *ipso facto*, el cambio de la nacionalidad de origen de la mujer por su tácito querer de hacerse venezolana.

58. La doctrina patria reconoce escuetamente el carácter automático de la naturalización, prevista en el inciso primero del artículo 37. En efecto, el doctor Allan Randolph Brewer-Carías, advierte: "... la Constitución vigente sólo exige una declaración de voluntad, sin que la Administración tenga que aceptarla o rechazarla. Es más, la Administración no podría rechazarla discrecionalmente"¹¹³ y el doctor Jac-

112. El Informe contrapone los casos de naturalización graciosa, previstos por el artículo 37 del Proyecto (36 de la redacción definitiva), a las hipótesis de naturalización por beneficio de la ley consagradas en el artículo 38 del Proyecto (37 de la redacción definitiva). (CS. 1960, N° 14, *treinta de septiembre de 1960*, p. 148).

113. Brewer-Carías: *op. cit.*, p. 37. En nota a pie de página destaca el carácter discrecional de la naturalización de la extranjera casada con venezolano bajo el

ques de San Cristóbal-Sexton se limita a incluir la hipótesis de la extranjera casada con venezolano dentro de los casos de naturalización por beneficio de la ley, a saber, "aquella que el Estado no puede negar al extranjero, adquiriendo, por consiguiente, la nacionalidad *ipso facto*, luego de haber llenado los requisitos exigidos".¹¹⁴

59. Aun cuando el inciso primero del artículo 37 consagra una hipótesis de naturalización automática, parece también aconsejable imponer el necesario control por parte del Ministerio de Relaciones Interiores, a quien competen estos asuntos de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Central.¹¹⁵ En este sentido se orienta el legislador en una materia análoga, cuando el *treinta de agosto de 1978* estableció un complejo procedimiento para obtener la declaratoria de equiparación entre venezolanos originarios y la categoría de naturalizados en Venezuela prevista por el tercer párrafo del artículo 45 de la Constitución.¹¹⁶ No obstante, conviene insistir en la ausencia de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo; la nacionalidad venezolana debe reconocerse a la solicitante cuando cumpla con los extremos impuestos por el inciso primero del artículo 37.

60. Conclusión similar es afirmada, aun cuando desde otra perspectiva, por el doctor Allan Randolph Brewer-Carías. En efecto, luego de sostener la necesaria protocolización de la declaratoria de voluntad de la mujer en la Oficina de Registro Principal, agregó los siguientes comentarios:

Hecho esto, deberán presentarse al Ministerio de Relaciones Interiores, aplicándose, en ausencia de un régimen legal acorde con las disposiciones constitucionales vigentes, el artículo 3º de la Ley de Naturalización que indica que "una vez recibida (por el Ministerio), se insertará en el Registro correspondiente y se publicará dentro de un plazo de quince días, a partir de la fecha de inscripción".¹¹⁶

imperio de la Carta Fundamental de 1953; y menciona los documentos de necesario acompañamiento a la manifestación de voluntad.

114. San Cristóbal-Sexton: *op. cit.*, pp. 78-81.

115. La Ley Orgánica de la Administración Central del *veintiocho de diciembre de 1976*, dispone en su artículo vigésimocuarto: "Corresponde al Ministerio de Relaciones Interiores, la planificación y la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en el sector de la política interior, que comprende las relaciones políticas de éste con los demás organismos del Poder Público, la seguridad y el orden público, y en particular, las siguientes actividades: ...16. La admisión, salida, naturalización, registro, actividades y expulsión de extranjeros, así como las reclamaciones que éstos intenten por vía administrativa".

116. Brewer-Carías: *op. cit.*, p. 40. La referencia es a la Ley de Naturalización del *dieciocho de julio de 1955*

La Procuraduría General de la República acepta un punto de vista análogo, con fundamento en una supuesta práctica administrativa de la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería;¹¹⁷ su dictamen del *veintinueve de octubre de 1971* se pronunció sobre el funcionario competente para recibir la declaratoria de voluntad; pero de inmediato hizo referencia al procedimiento que debía cumplirse en los términos siguientes:

...b) Recibida la manifestación de voluntad, la autoridad administrativa (Dirección de Identificación y Extranjería) deberá comprobar si el extranjero cumple con los supuestos exigidos por el artículo 37 de la Constitución. Si los llena, la manifestación se insertará en el registro correspondiente y se publicará dentro de un plazo de quince días a partir de la fecha de inscripción. Esta publicación se hará en la Gaceta Oficial. Es decir, lo que este Despacho sugiere es aplicar analógicamente a todos los casos del artículo 37 de la Constitución, el procedimiento que para el segundo de ellos (extranjeros menores de edad para la fecha de naturalización de sus padres) contiene el artículo 3º de la Ley de Naturalización.¹¹⁸

Aun cuando pueda considerarse recomendable la publicación de la declaratoria de voluntad de la mujer, semejante formalidad adicional no puede incidir en la eficacia de la naturalización. Así lo reconoce expresamente el doctor Allan Randolph Brewer-Carias, cuando afirma:

En materia de naturalizaciones especiales en las cuales no se requiere un acto de la Administración que otorgue la nacionalidad, la naturalización surte efectos conforme al artículo 37 de la Constitución, desde que se declare la voluntad de ser venezolano en forma auténtica. Es práctica administrativa publicar también estas declaraciones de voluntad, conforme ya se ha indicado. Sin embargo, consideramos que la naturalización surte efectos desde el momento en que se declare la voluntad de ser venezolano en forma auténtica, y no desde el momento en que la Administración publique la correspondiente declaración de voluntad.¹¹⁹

117. Véase antes el número 53 de este trabajo.

118. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1971. Caracas, 1972, p. 274. La sugerencia es ciertamente sorpresiva, porque el artículo tercero de la Ley de Naturalización del *diecho de julio de 1955*, no establece procedimiento alguno para la hipótesis prevista por el inciso segundo del artículo 37 de la Constitución, a saber, de los extranjeros menores de edad para la fecha de naturalización de quien ejerza sobre ellos la patria potestad; y tampoco pudo preverlo porque la Constitución fue promulgada casi seis años más tarde, el *veintitrés de enero de 1961*.

119. Brewer-Carias: *op. cit.*, p. 41.

El anterior señalamiento podría parecer inútil, pero resulta conveniente reiterarlo, por cuanto en forma esporádica se ha sostenido un criterio opuesto; así ocurre con la doctora Sonia Sgambatti cuando afirma en términos escuetos: "...con la aclaratoria de que dicha manifestación de voluntad, surte efecto sólo después de publicada en la *Gaceta Oficial*..."¹²⁰

61. La necesidad de la publicación en la *Gaceta Oficial* parece desprenderse del *Reglamento de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar*, de fecha seis de septiembre de 1979, cuyo artículo 46 contempla la inscripción en el registro correspondiente de los venezolanos por naturalización; y dispone: "estarán obligados a presentar en dicho acto, un ejemplar de la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, donde se les confirió la nacionalidad".

Sin embargo, se trata de una lamentable ligereza, por cuanto el Poder Ejecutivo carece de facultades para frustrar el mandato de los tres incisos del artículo 37 de la Constitución; sus beneficiarios tienen un derecho a la nacionalidad si cumplen los requisitos establecidos, dentro de los cuales no se incluye publicación alguna. Por consiguiente, las mujeres naturalizadas en la República, aun cuando se encuentran en el deber de inscribirse en el Registro, por mandato de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, no pueden ser constreñidas a presentar el correspondiente ejemplar de la *Gaceta Oficial*.¹²¹

62. Debido al necesario control a cargo del Ministerio de Relaciones Interiores y con el objeto de facilitar el correspondiente trámite, la Dirección General Sectorial de Identificación y Control de Extranjeros ha elaborado "Modelos de declaración de ser venezolanos" para las diversas hipótesis previstas en los textos constitucionales; y en el caso de las mujeres extranjeras, amparadas por el inciso primero del artículo 37, el respectivo formulario lee como sigue:

120. . Sgambatti, Sonia: *La mujer: ciudadano de segundo orden*. Caracas, 1975, p. 13.

121. *La Ley de Conscripción y Alistamiento Militar del once de septiembre de 1978*, impone a todos los venezolanos, comprendidos entre los dieciocho y los cincuenta años, la obligación de prestar servicio militar (artículo 3º) y de inscribirse en el Registro correspondiente (artículo 5º); pero en su artículo 65, agrega: "... la mujer venezolana está obligada a inscribirse en el Registro Militar y a prestar servicio militar en las Fuerzas Armadas Nacionales en forma voluntaria en tiempo de paz, y obligatoriamente, en caso de declaración del estado de emergencia. La forma y condiciones para la prestación del Servicio Militar Femenino, serán establecidas en el Reglamento de la presente ley". Por su parte, el Reglamento contempla la materia en los artículos 131 a 136; aun cuando la prestación obligatoria, una vez declarado el estado de emergencia, será en la forma y condiciones que "prevea" el Ministerio de la Defensa, a través del Estado Mayor Conjunto (artículo 136).

Ciudadano
 Ministro de Relaciones Interiores
 Dirección General Sectorial de Identificación y
 Control de Extranjeros
 Su Despacho.

Yo, ... (nombres y apellidos) ..., de nacionalidad ..., nacida en ..., el día ... de ... de 19... ante usted muy respetuosamente declaro mi voluntad de ser venezolana de conformidad con lo dispuesto en el Ordinal 1º del Artículo 37 de la Constitución Nacional vigente, por ser esposa del ciudadano venezolano ... (nombres y apellidos del esposo) ..., titular de la cédula de identidad N° V... Al efecto, acompaño los documentos requeridos para tal fin. Juro en este mismo acto, cumplir y respetar la Constitución Nacional y demás Leyes de la República de Venezuela.

... (Ciudad) ..., de ... (fecha) ... de 19...

(firma de la interesada)

63. El formulario transcrito también hace expreso señalamiento de los recaudos que deben acompañarse, a saber:

1. Cédula de Identidad del cónyuge (fotocopia).
2. Copia certificada del Acta de Matrimonio. Si el matrimonio se celebró en el exterior, la copia del Acta expedida por la autoridad extranjera debe ser legalizada (traducida al idioma castellano por intérprete público) e inserta en el Registro Civil de Matrimonios de la Prefectura o Jefatura del Municipio o Parroquia correspondiente en el país, de conformidad con los artículos 103 y 109 del Código Civil.
3. Pasaporte de la interesada.
4. Cédula de identidad de la interesada.¹²²
5. *Gaceta Oficial* del esposo, si es naturalizado (fotocopia).¹²³

122. La exigencia de la Cédula de Identidad se fundamenta en la *Ley Orgánica de Identificación* del veintinueve de diciembre de 1972, cuyo artículo undécimo dispone: "Los extranjeros estarán obligados a obtener cédula de identidad si hubiesen sido autorizados para permanecer en el país por más de seis (6) meses, excluidos los turistas, quienes se identificarán mediante su pasaporte; y las personas sometidas a un régimen convencional". De igual modo tienen el deber de renovarla cada cinco años "y proveerse de un nuevo ejemplar por extravío o deterioro, y variación o cambio de señas personales". Por consiguiente, la cédula de identidad no puede ser exigida a los turistas o a los extranjeros sometidos a un régimen excepcional; y tampoco cuando la mujer no ha permanecido en Venezuela por más de seis meses.

123. La frase no es muy clara pero quiere significar: fotocopia de la *Gaceta Oficial* donde apareció publicada la naturalización del esposo. Por supuesto, el requeri-

La declaración debe ser elaborada en papel sellado. Firmada por un abogado y autenticada en la Notaría Pública.¹²⁴

64. A falta de norma expresa en contrario, la manifestación de voluntad puede ser formulada en el exterior de la República; así lo reconoció la Circular Dispositiva N° DC-313-8, enviada el *treinta de junio de 1961* por la Dirección de Consulados del Ministerio de Relaciones Exteriores a todas las Embajadas, Legaciones, Consulados de Carrera y Honorarios, y fueron hechos los siguientes comentarios:

Quando el artículo 41 dice que la declaración de voluntad se hará en forma auténtica por el interesado o por su representante legal, según el caso, significa que, además de cumplir con los requisitos procedimentales (actualmente: manifestación escrita, juramento de respetar la Constitución y las Leyes, etc.), debe presentarla ante el Notario u otra autoridad competente en Venezuela o ante el representante diplomático o consular si es en el exterior. Es suficiente que el funcionario diplomático o consular inserte a continuación de la manifestación un auto redactado en los siguientes términos: "Vista la anterior declaración, ha quedado inscrita en los folios... del Libro de Registro de Poderes, Protestas y Actas que se lleva en esta Oficina Consular" (fecha y firma del funcionario actuante y sello redondo).

65. Ahora bien, con el mismo propósito de facilitar el correspondiente trámite, fue acompañado un modelo, utilizable en las varias hipótesis, que leía como sigue:

Yo,....., de nacionalidad....., nacido en el día...de..... de, profesión....., una vez cumplidos los requisitos que para adquirir la nacionalidad venezolana exigen la Constitución y las leyes de Venezuela, ante usted muy respetuosamente de-

miento resulta improcedente cuando el marido obtuvo la nacionalidad en forma automática, como ocurre en la época presente en las hipótesis previstas por los incisos segundo y tercero del artículo 37 de la Constitución.

124. En tiempos anteriores se exigía la presentación de un "certificado de antecedentes penales, expedido por la Oficina de Identificación Nacional respectiva"; así lo destaca Allan Randolph Brewer-Carías (*op. cit.*, p. 37, nota 40). Aparte de constituir un requisito no contemplado por el inciso primero del artículo 37, la exigencia representaba un trámite burocrático injustificable, por cuanto la expedición de dichos certificados correspondía a la propia Dirección General Sectorial de Identificación y Control de Extranjeros (inciso octavo del artículo séptimo del Reglamento Orgánico del Ministerio de Relaciones Interiores, de fecha *veintidós de marzo de 1977*, reproducido en el Decreto del *cinco de julio de 1979*, que derogó al anterior).

claro mi voluntad de ser venezolano, de conformidad con el original.... del artículo..... de la Constitución Nacional vigente por ser (hijo o esposa) de venezolano (a) por naturalización (o nacimiento)..... Acompaño, a tal efecto, los documentos requeridos para tal fin y que constituyen prueba fehaciente en favor de mi declaración. Juro en este mismo acto cumplir y respetar la Constitución Nacional y demás leyes de la República de Venezuela.

.....de.....de 19....

(Firma del interesado)

Vista la anterior declaración, ha quedado inscrita en los folios..... del Libro de Registro de Poderes, Protestas y Actas que se lleva en esta Representación. Firma del funcionario actuante (L.S.)¹²⁵

66. Mucho tiempo después, la Circular Dispositiva DC-3, del *quin-ce de marzo de 1972*, enviada por la Dirección de Consulados del Ministerio de Relaciones Exteriores a todos los Consulados de la República y a las Embajadas con Sección Consular, hizo hincapié en el mandato del artículo 41 de la Constitución, que exige la forma auténtica para las declaraciones de voluntad; y, en consecuencia fueron reformadas las instrucciones anteriores de la manera siguiente:

...usted se servirá sustituir la nota que ha venido utilizando al pie de las manifestaciones de voluntad, por la siguiente nota de registro, para adecuarla a la forma auténtica que exige el artículo 41 de la Constitución Nacional y que está concebida en los siguientes términos: "Consulado de la República de Venezuela en... (fecha en letras), la anterior declaración fue leída y confrontada con sus copias en el Libro de registro de este Consulado y firmado en éste por su presentante de nacionalidad..., identificado con el pasaporte..., número... (u otro documento suficiente), ante mí y los testigos....., mayores de edad que leen y escriben el castellano, con quienes doy fe del acto. Queda registrado bajo el nú-

125. Según puede observarse, se trata de un modelo genérico para efectuar las declaraciones de voluntad previstas por los textos constitucionales; y no es específico para la hipótesis de la extranjera casada con venezolano. Por lo demás la Circular informativa N° DC-A-2, del *seis de febrero de 1961*, también dirigida a todas las Embajadas, Legaciones, Consulados de Carrera y Honorarios, la Dirección de Consulados del Ministerio de Relaciones Exteriores, se limitó a las siguientes instrucciones: "Para que los Cónsules expidan o visen pasaportes venezolanos en estos casos, debe exigirse una constancia auténtica de que se ha hecho la debida manifestación de voluntad. Si el pasaporte ha sido expedido en Venezuela, se presumirá que tal manifestación ha sido realizada conforme a la ley".

mero....., folio....., tomo....., del Libro de Registro que se lleva en el Consulado de Venezuela” (Firma del Cónsul)¹²⁶

67. La Circular Dispositiva N° DC-313-8, enviada el *treinta de junio de 1961*, por la Dirección de Consulados del Ministerio de Relaciones Exteriores a todas las Embajadas, Legaciones, Consulados de Carrera y Honorarios, no se limitó a acompañar un modelo de declaración de voluntad; también les hizo la siguiente advertencia:

La extranjera casada con venezolano debe presentar, además de su partida de nacimiento legalizada, la partida de nacimiento del cónyuge u otro documento que haga prueba fehaciente de la nacionalidad venezolana del mismo y la partida de matrimonio igualmente legalizada.

Algún tiempo después se dieron instrucciones más explícitas, “mientras la ley establezca las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, pérdida y recuperación de la nacionalidad venezolana”; y en el dictamen del *nueve de marzo de 1962*, la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, sostuvo debería exigirse “para expedir pasaporte común a las extranjeras casadas con ciudadanos venezolanos”, los siguientes documentos:

1º) Acta, partida o constancia auténtica, de que el matrimonio se ha celebrado conforme a las normas legales vigentes en el lugar donde se ha celebrado (*locus regit actum*). b) Declaración de voluntad de ser venezolana formulada por la interesada. De la autenticidad dará fe el propio funcionario consular o diplomático, según el caso, por el asiento que haga de la misma en el libro correspondiente. c) Prueba fehaciente de la nacionalidad venezolana por nacimiento o por naturalización del marido.¹²⁷

Por otra parte, la Circular Informativa DC-A-2, del *treinta de junio de 1961*, enviada por la Dirección de Consulados, tiende a facilitar el funcionamiento del régimen constitucional cuando la mujer casada con venezolano pretende hacer valer su nacionalidad ante los Agentes de la República en el exterior; y les instruyó: “. . . si el pasaporte ha

126. “El Libro Amarillo”, año 1973, *Documentos*, p. 636.

127. En el mismo sentido, los Informes números 105 y 107, de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, ambos de fecha *diecisiete de junio de 1964*; uno en respuesta a la Embajada de Suiza, y el segundo, a la Embajada en el Japón; en el último, sin embargo, no se menciona el requisito de la declaración de voluntad, posiblemente por considerarlo evidente.

sido expedido en Venezuela, se presumirá que tal manifestación ha sido realizada conforme a la ley".

68. La "forma auténtica" exigida por el artículo 41, en estricto rigor jurídico, también se cumpliría con las declaraciones de voluntad efectuadas en el extranjero ante el funcionario competente, según las leyes locales y conforme a los mandatos prescritos por la legislación imperante en el lugar del otorgamiento; así se desprende del principio *locus regit actum*, admitido por las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado para regir la validez extrínseca de los actos jurídicos.

Sin embargo, la naturaleza misma de la materia parece supeditar el carácter "auténtico" del acto a su otorgamiento ante un funcionario venezolano, bien en la República, bien en el extranjero; admitir las formas extranjeras de la *lex loci* impediría la centralización para el necesario control de los diversos casos particulares; y el deber de informar acerca de las declaraciones de voluntad; en el estado actual de las relaciones internacionales, sólo podría imponerse de manera efectiva a los funcionarios venezolanos.¹²⁸

Por otra parte, desde una perspectiva práctica, la declaración de voluntad de querer ser venezolano, cuando es sincera, trae consigo el inmediato ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes derivados de la nacionalidad. En consecuencia, la simple urgencia de obtener los documentos de identidad ajustados al nuevo *status* jurídico impondrá el inmediato contacto con los funcionarios competentes de la República en el extranjero; y, por tanto, resulta mucho más simple para todos los inconvenientes en el trámite, el cumplimiento de la ley venezolana, a los fines de atribuir carácter auténtico a la necesaria manifestación de voluntad.

69. Aun cuando la manifestación de voluntad exigida por el texto constitucional pudo hacerse válidamente fuera del territorio de la República, el funcionario consular o diplomático, según el caso, "deberá informar, por los conductos regulares, al Ministerio de Relaciones Interiores, a los fines del respectivo control de ciudadanos venezolanos por naturalización que lleva la Dirección de Extranjeros de ese Despacho"; así lo destacó el Informe del *nueve de marzo de 1962*, de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Interiores.¹²⁹

128. Parra-Aranguren: *La Nacionalidad...* *op. cit.*, Tomo II, pp. 606-616. Los conceptos anteriores son transcritos por San Cristóbal-Sexton, *op. cit.*, pp. 118-119.

129. Idéntica advertencia fue hecha en el Informe N° 105 de la misma Consultoría Jurídica, el *diecisiete de junio de 1961*, a la Embajada de la República de Suiza.

70. La centralización y vigilancia por el Ministerio de Relaciones Interiores de las diversas hipótesis de adquisición de la nacionalidad venezolana representan presupuesto indispensable para el satisfactorio cumplimiento de ciertos deberes impuestos por diversos textos vigentes; así se desprende del Acuerdo suscrito en cuatro de julio de 1974 entre Venezuela y España; y del mandato contenido, tanto en la Ley Orgánica del Sufragio como en el Reglamento de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar.

71. En efecto, el Acuerdo suscrito el *cuatro de julio de 1974*, a través de notas reversales, con motivo de la "Tercera Reunión de la Comisión Mixta Hispano-Venezolana", impuso a las partes contratantes el deber de intercambiar informes sobre los otorgamientos, a petición propia, de la respectiva nacionalidad; y los casos concretos de súbditos españoles naturalizados voluntariamente en Venezuela serían puestos en conocimiento del Gobierno español, a través de la Embajada de España en Caracas.¹³⁰ En consecuencia, resulta ineludible notificarle las naturalizaciones de las mujeres españolas casadas con venezolanos tan pronto efectúen la necesaria declaración de voluntad para satisfacer los presupuestos del inciso primero del artículo 37 de la Constitución.

Algún tiempo después, con motivo de la "Cuarta Reunión de la Comisión Mixta Hispano-Venezolana", que tuvo lugar en Caracas del *ocho al doce de marzo de 1976*, la Subcomisión de Asuntos Consulares "estudió con el debido interés" el aspecto relativo a la adquisición de la nacionalidad; a "la devolución de pasaportes pertenecientes a españoles nacionalizados venezolanos, por parte de las autoridades de Venezuela", y al problema de la retirada de la antigua cédula de extranjeros perteneciente a los españoles nacionalizados venezolanos, para evitar posteriores expediciones de pasaportes improcedentes".

Ahora bien, el intercambio de criterios condujo al siguiente compromiso: de acuerdo con el Convenio existente y "la Convención de Viena sobre relaciones consulares, las autoridades correspondientes venezolanas, remitirán por intermedio de la Cancillería, la información adecuada acerca de la adquisición de la nacionalidad venezolana por parte de ciudadanos españoles y, asimismo, devolverán los pasaportes y cédulas españolas".¹³¹

130. Parra-Aranguren, Gonzalo: "El acuerdo hispano-venezolano de 1974 sobre intercambio de información en el otorgamiento de la nacionalidad", en *Actas Procesales del Derecho Vivo*. Caracas, 1976, Volumen XVIII, números 53-54, pp. 137-157.

131. *El Libro Amarillo*, año 1977. *Documentos*, p. 505. A través de un comunicado

72. La Ley Orgánica del Sufragio, fecha *trece de agosto de 1977*, sólo consagra expresamente la obligación de los funcionarios judiciales y administrativos de notificar a la Dirección de Registro Electoral la hipótesis de pérdida de la nacionalidad venezolana (artículo 185, inciso cuarto);¹³² pero idénticos motivos imponen una conducta similar en los casos de adquisición de la nacionalidad venezolana. En efecto, el artículo séptimo de la Ley establece el deber a cargo de todos los venezolanos mayores de dieciocho años, de inscribirse en el Registro Electoral Permanente, y de votar, si no están sujetos a interdicción civil ni a condena penal que lleve consigo inhabilitación política, por sentencia definitivamente firme. Por tanto, el necesario control sólo puede producirse cuando se tiene conocimiento oportuno de las personas que han obtenido la nacionalidad venezolana.

73. Por último es de recordar el artículo 153 del "Reglamento de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar", del *seis de septiembre de 1979*, que dispone:

El Ministerio de Relaciones Interiores deberá enviar trimestralmente a la Junta Nacional de Conscripción y Alistamiento, una relación de los extranjeros que hayan obtenido la nacionalidad venezolana durante dicho lapso, con especificación de la edad, filiación, estado civil, domicilio, profesión y país de nacimiento, con el fin de que sean tomados en cuenta a los efectos de la Conscripción Militar.¹³³

74. Una vez satisfechas las diversas exigencias constitucionales, la extranjera casada con venezolano adquiere la nacionalidad de su marido y goza de la misma condición jurídica correspondiente a todos los naturalizados en Venezuela. Cualquier tratamiento distinto habría de fundamentarse en una norma expresa; y debido a la falta de diferencias se impone reconocerles el derecho de pedir la equiparación con los venezolanos por nacimiento, cuando han ingresado al país antes de cumplir los siete años y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría, en los términos previstos por el tercer párrafo del artículo 45 de la Constitución, en concordancia con la ley del *treinta de agosto de 1978*.

conjunto, emitido con motivo de la visita de Sus Majestades, los Reyes de España a nuestro país; se creó la "Comisión Hispano-Venezolana" a nivel ministerial, la cual tuvo su primera reunión el *trece de febrero de 1978*, y sesionó por segunda vez, el *cinco de noviembre de 1978* (*El Libro Amarillo*, año 1979, pp. 494-496).

132. Parra-Aranguren: "La Pérdida...", art. cit., pp. 573-574.

133. Véase antes el número 61 de este trabajo.

75. Los hijos de la extranjera casada con venezolano, menores de edad al tiempo de su naturalización, no adquieren automáticamente la nacionalidad, como ocurría en tiempos posteriores, y según aparece, todavía consagrado por el artículo segundo de la *Ley del dieciocho de julio de 1955*:¹³⁴ aun cuando existen esporádicas opiniones disidentes, parece indiscutible que deben prevalecer el mandato del inciso segundo del propio artículo 37, según el cual pueden adquirir la nacionalidad venezolana si se residencian en el territorio de la República y manifiestan su voluntad de querer ser venezolanos.¹³⁵

76. Desde un punto de vista temporal el inciso primero del artículo 37 ciertamente beneficia a todas las extranjeras que contraigan matrimonio con venezolanos después de su entrada en vigencia; y tan sólo queda abierta la interrogante acerca de su posible aplicación a las mujeres casadas con anterioridad.

Ahora bien, semejante pregunta encuentra respuestas distintas según el sentido que se atribuya al inciso constitucional; en caso de vincularlo al acto jurídico del matrimonio, sólo beneficiaría a las uniones contraídas después del veintitrés de enero de 1961; pero si el precepto se conecta a la condición de mujer casada, resultaría aplicable a los celebrados en tiempos anteriores, siempre que el marido conserve la nacionalidad venezolana en el momento de efectuarse la manifestación de voluntad por su cónyuge.

El constituyente nada previno sobre el particular; el Proyecto de Disposiciones Transitorias del doctor Elbano Provenzali Heredia, expresamente reguló las manifestaciones de voluntad hechas por las extranjeras casadas con venezolanos bajo el imperio del régimen anterior, para reconocerles la eficacia establecida por el inciso primero del artículo 37.¹³⁶ Sin embargo, el artículo no se mantuvo y el problema fue silenciado en la redacción definitiva.

77. Con el propósito de atender inevitables dificultades prácticas, la Dirección de Consulados del Ministerio de Relaciones Exteriores en-

134. Parra-Aranguren: "Análisis histórico...", art. cit.

135. El inciso comprende tanto los hijos nacidos dentro como fuera de matrimonio (legítimos o naturales), siempre que la filiación pueda ser legalmente establecida; y también los hijos adoptivos, en adopción simple o en adopción plena. En efecto, en cualquiera de tales hipótesis funciona el beneficio constitucional, si la extranjera casada con venezolano se naturaliza y tiene el ejercicio de la patria potestad. Por el contrario, los hijos habidos después de la naturalización, se ubican dentro del ámbito de la nacionalidad originaria, *iure sanguinis*, y de acuerdo con las características del progenitor, fusiona el ordinal 3º o el 4º del artículo 35: pero con la advertencia de que la adquieren automáticamente, por el *ius soli*, cuando nacen en el territorio de la República (ordinal 1º del artículo 35).

136. Véase antes el número 15 de este trabajo.

vió la Circular Informativa N^o DC-A-2, de fecha *seis de febrero de 1961*, a todas las Embajadas, Legaciones, Consulados de Carrera y Honorarios; y luego de haber hecho formal recordatorio del principio de la irretroactividad de la ley, establecido por el artículo 44 de la Constitución,¹³⁷ agregó los comentarios siguientes:

...hay que determinar claramente qué significa una acción retroactiva de la Ley, ya que en materia de estatuto personal, muy frecuentemente se producen confusiones y se invoca la irretroactividad de la Ley cuando tal retroactividad no existe realmente. En concepto de la Consultoría Jurídica, en el campo de la ley personal existe retroactividad cuando se anula o se deja sin efecto un acto anterior a la nueva Ley, verificado o que se ha desarrollado antes de su promulgación. En este caso, si la Ley retrotrayese, lesionaría un derecho adquirido. En cambio, la nueva ley entra en vigor inmediatamente de su publicación con relación a los efectos posteriores a la misma de cualquier acto, verificado legalmente conforme a la ley derogada, sin que ello signifique anulación o disminución del acto anterior hasta el momento en que la nueva Ley entre en vigor.

Una vez establecidos los anteriores conceptos generales, la Consultoría Jurídica procedió a su aplicación específica; y sobre el particular, sostuvo:

Por lo que se refiere a venezolanos por naturalización, no se exigirá en lo adelante a la mujer casada comprobación de haber sido aceptada su manifestación de voluntad, aunque el matrimonio se haya realizado con anterioridad a la promulgación de la nueva Constitución. En cambio, si hubiese constancia de que la venezolana casada con extranjero ha declarado su voluntad de dejar de ser venezolana, y dicha manifestación le ha sido admitida por el país de la nacionalidad del marido, se le retirará el pasaporte venezolano.

78. Las anteriores instrucciones a nuestros funcionarios en el Exterior no se compadecen con la conducta adoptada originalmente por el Ministerio de Relaciones Interiores. En efecto, no obstante la entrada en vigencia del inciso primero del artículo 37, se encuentran casos

137. El artículo 44 de la Constitución, lee como sigue: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron".

de aplicación del régimen previsto por el artículo tercero de la Ley de *dieciocho de julio de 1955*, en concordancia con el inciso tercero del artículo 23 de la Constitución del *quince de abril de 1953*, para atender los requerimientos de mujeres extranjeras casadas con venezolanos, quienes manifestaron formalmente su voluntad de adquirir la nacionalidad de su marido.

Dentro de esta actitud se ubican, en primer término, hipótesis en las cuales la mujer había expresado sus deseos bajo el imperio de la Constitución del quince de abril de 1953, pero sin que hubiera recaído pronunciamiento sobre su solicitud para el veintitrés de enero de 1961; a título de simple ejemplo, dentro de esta categoría, pueden señalarse resoluciones aparecidas en la *Gaceta Oficial* del *ocho de abril de 1961*, dictadas en los expedientes de las señoras Emma Milanés Lora de Martínez, Asunción María Teresa Pérez Cáceres de Bonanome, Elvira González Cartaya de Jiménez y Francisca Pons Isern de Pane. En todos ellos hubo pronunciamiento favorable del Ministerio de Relaciones Interiores y fue dispuesta la correspondiente publicación.¹³⁸

De igual modo es posible señalar otros casos que representan una violación más flagrante, si se quiere, del inciso primero del artículo 37, por tratarse de manifestaciones de voluntad posteriores a su entrada en vigencia; así ocurrió con la señora Lucía Olombrada Sánchez de Sabrich, quien hizo formal declaratoria de su deseo de ser venezolana en Caracas, el *veintiséis de enero de 1961*; la inscripción en el Registro Principal tuvo lugar cuatro días más tarde y el Ministerio de Relaciones Interiores, luego de su pronunciamiento favorable, dispuso la correspondiente publicación el *trece de abril de 1961*.¹³⁹

Con espíritu de benevolencia podría explicarse semejante proceder con fundamento en el escaso tiempo transcurrido y la falta de familiarización de los funcionarios con los nuevos preceptos; pero un criterio tan ingenuo no permite justificar la esporádica conducta análoga de épocas posteriores. En efecto, también, a título simplemente ejemplificativo, basta recordar el expediente de la señora Carlota Escudero de Leal: casada con el venezolano Guillermo A. Leal J., y de nacionalidad ecuatoriana, manifestó el siete de mayo de 1962, en Mérida, su deseo de ser venezolana; una vez efectuada la inscripción en el Re-

138. *Gaceta Oficial*, N° 681 - Extraordinario, *ocho de abril de 1961*, pp. 39-40, 48, 72 y 74. Las correspondientes manifestaciones de voluntad de querer ser venezolanas habían sido hechas en Valencia el *veintinueve de agosto de 1960*; y en Caracas, los días *nueve de marzo de 1960*, *veintiséis de agosto de 1960* y *quince de noviembre de 1960*, respectivamente.

139. *Gaceta Oficial*, N° 26.527, *trece de abril de 1961*.

gistro Principal, el mismo día, el Ministerio de Relaciones Interiores ordenó la correspondiente publicación el *dieciocho de junio de 1962*.¹⁴⁰

79. El examen de la práctica administrativa, según se desprende de los anteriores elementos y de otros casos decididos sin constancia pública, pero cuyo eco trasciende el silencio de los despachos ministeriales, parece orientarla en el sentido de conectar el funcionamiento del inciso primero del artículo 37 al *status* de casada que corresponde a la mujer; y, por tanto, considera amparados por el beneficio constitucional los matrimonios contraídos antes del veintitrés de enero de 1961.

Aun cuando nada se ha dicho en forma expresa, posiblemente el fundamento último de este criterio se encuentra en la inteligencia literal de las palabras utilizadas por el inciso primero del artículo 37. Sin embargo, el propósito originario fue referirse a la "extranjera que se casare", para hacer hincapié en el matrimonio como elemento generador de las consecuencias previstas por el precepto; y la frase "extranjera casada", se entendió como equivalente, habiéndose incorporado sólo para superar una breve escaramuza en el seno de la Comisión de Reforma Constitucional.¹⁴¹

No obstante, la práctica administrativa vincula el inciso primero del artículo 37 a la condición civil de la mujer; se trata de un hecho cierto imposible de negar y, salvo esporádicas aberraciones inexplicables,¹⁴² reconoce la nacionalidad a la extranjera casada con venezolano, desde que manifiesta su deseo de serlo, sin tomar en cuenta la época de celebración del matrimonio. Esta inteligencia persigue realizar una política de amplitud, a primera vista muy generosa; pero debe enfrentarse con situaciones sorprendentes; basta suponer el caso de una extranjera, cuya declaratoria de querer convertirse en venezolana fue rechazada por el Ejecutivo, en ejercicio de las facultades discrecionales que le reconoció la Constitución del *quince de abril de 1953*. Resultaría muy singular admitir que la simple entrada en vigencia del inciso primero del artículo 37, hace nugatoria la negativa y trae consigo la automática adquisición de la nacionalidad mediante una previa declaratoria de querer serlo; pero la conclusión parece ineludible en estricto seguimiento de los criterios aceptados por los despachos ministeriales.

80. El inciso primero del artículo 37 tuvo muy en cuenta las exigencias impuestas por el Derecho Internacional Público;¹⁴³ y también

140. *Gaceta Oficial*, N° 793 - Extraordinario, *dieciocho de junio de 1962*, p. 4.

141. Véase antes el número 31 de este trabajo.

142. Véase antes el número 33 de este trabajo.

143. Véase antes el número 18 de este trabajo.

respetó los principios establecidos por la "Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada", aprobada el *veintinueve de enero de 1957*, por Resolución 1.040 (XI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.¹⁴⁴

Aun cuando dicho Tratado no ha sido objeto de ratificación por parte de Venezuela, basta la simple lectura de sus preceptos para establecer la franca coincidencia existente con el sistema patrio;¹⁴⁵ así ocurre con los mandatos del artículo primero, porque en nuestro país la celebración del matrimonio, la disolución del vínculo o el cambio de nacionalidad del marido, carecen de eficacia automática sobre la nacionalidad de la mujer extranjera casada con venezolano.¹⁴⁶

De igual modo el sistema patrio respeta los principios establecidos por el artículo segundo de la Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque en Venezuela la adquisición voluntaria o la renuncia de la nacionalidad por el marido, no constituye obstáculo ni impide que la mujer extranjera casada con venezolano conserve la nacionalidad que posee.¹⁴⁷

-
- 1-14. Los esfuerzos hacia una regulación universal sobre la materia remontan, en este siglo, a los trabajos de la Sociedad de las Naciones; y, en particular, las tentativas que tuvieron como fundamento las convenciones de Montevideo el *veintiséis de diciembre de 1933* (Parra-Aranguren, "Análisis histórico...", art. cit. Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, y bajo los auspicios de las Naciones Unidas, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer se preocupó del problema desde su primer período de sesiones, que tuvo lugar en 1947; y después de una década de intensa actividad terminaron con éxito las labores emprendidas, aun cuando, por supuesto, no quedaron resueltos todos los posibles problemas que pueden resultar de matrimonios entre personas de nacionalidad diferente, tales como la nacionalidad de los hijos, la ley aplicable en materia de divorcio, de régimen de bienes o de sucesiones ("Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada. Historia y Comentario. Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, 1962, E/CN/, 6/389, pp. 10-26, y 29).
- 1-15. La afirmación es igualmente cierta respecto de las normas sobre nacionalidad consagradas en la Constitución del *quince de abril de 1953*, vigente para la época de la aprobación por la Asamblea General. En efecto, su artículo 23, dispuso: "Son venezolanos por naturalización:... 3° La extranjera casada con venezolano que manifieste y le sea aceptada su voluntad de ser venezolana"; el artículo 24 previno: "La venezolana que casare con extranjero conservará la nacionalidad venezolana"; y el artículo 25, ordenó: "La disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer".
- 1-16. El artículo primero de la Convención lee como sigue: "Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer".
- 1-17. El artículo segundo de la Convención previno: "Los Estados contratantes convienen en que el hecho de que uno de sus nacionales adquiriera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o el que renuncie a su nacionalidad, no impedirá que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee:". Este precepto es un simple corolario del artículo primero, aun cuando es de advertir que no implica necesariamente un cambio de la nacionalidad del marido, motivo por el cual no cons-

Por otra parte, el constituyente venezolano sancionó un régimen más amplio al previsto como régimen general por el artículo tercero de la Convención, que dispuso:

1. Los Estados contratantes convienen en que una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que puedan imponerse por razones de seguridad y de interés público.
2. Los Estados contratantes convienen en que la presente Convención no podrá interpretarse en el sentido de que afecte a la legislación o la práctica judicial que permitan a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir de pleno derecho, si lo solicita, la nacionalidad del marido.

Según se puede observar, el precepto no atribuye a la mujer el derecho de adquirir la nacionalidad de su marido; y en forma expresa, faculta a los funcionarios competentes para negar la solicitud por motivos de seguridad nacional o de interés público. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo tercero admite el reconocimiento de ciertos privilegios, con manifiesto desacato del principio de la igualdad jurídica de los sexos; actitud esta criticada por algunos países, en particular, los Estados Unidos de la América del Norte, que sostuvieron la conveniencia de una Convención sin distinciones entre los cónyuges y sin el derecho para la mujer de adquirir la nacionalidad de su marido, mediante la previa declaratoria de voluntad.¹⁴⁸

Ahora bien, el sistema vigente en Venezuela se compece perfectamente con la alternativa prevista por el segundo párrafo del artículo tercero de la Convención, ya que sin lugar a duda, constituye un régimen de favor para la mujer extranjera casada con venezolano, al permitirle adquirir en forma automática la nacionalidad de su marido, si así lo desea. Desde esta perspectiva ciertamente refleja las directrices del Proyecto aprobado por la Comisión de la Condición Ju-

tituye una repetición. Además, según fuera declarado por la Representante del Reino Unido, el artículo segundo tiene un alcance más vasto que la cláusula del artículo 1, relativa al cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, que, por ejemplo, no podrá aplicarse a los casos de doble nacionalidad ni a aquello en que el marido adquiriera una segunda nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad de origen" (*Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada. Historia y Comentario, op. cit., p. 38 y nota 83*).

148. *Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada. Historia y Comentario, op. cit., p. 46.*

rídica y Social de la Mujer, en su octavo período de sesiones, que tuvo lugar en el mes de marzo de 1954;¹⁴⁹ pero nuestro constituyente fue más allá todavía, por cuanto nada dispuso acerca de un posible rechazo de la solicitud por razones de seguridad colectiva o de interés público.

81. La solución consagrada por el inciso primero del artículo 37 ha sido objeto de comentarios críticos; y la doctora Sonia Sgambatti, hace la siguiente advertencia:

El hombre como ciudadano de primer orden que es, por el sólo acto del matrimonio puede transmitir su nacionalidad, mientras en el caso inverso ello no es posible, es decir, el extranjero que se casa con venezolana no tiene derecho a la nacionalidad de ésta, con todas las implicaciones y responsabilidades que ello significa.¹⁵⁰

Acto continuo, la doctora Sonia Sgambatti sostiene la validez de la siguiente conclusión:

Si bien es cierto que el Estado tiene la facultad inalienable de legislar sobre la adquisición de la nacionalidad, no menos cierto es que debe hacerlo sin menoscabo de un grupo como es la mujer. Con tal disposición se restringen los derechos civiles de ésta, ya que si el hombre puede transmitir la nacionalidad, ¿por qué la mujer carece de capacidad para transmitir la suya al extranjero que se casare con ella? Con ello se pone de manifiesto una contradicción con el artículo 61 de la misma Constitución Nacional que consagra la igualdad del hombre y de la mujer, excluyendo toda posibilidad de discriminación o de prerrogativas, asegurando los derechos y la dignidad de los ciudadanos, todo ello como base del orden democrático que tenemos instaurado. Lo prudente no es otorgar la ciudadanía por el hecho del matrimonio, sino que se reserva el Estado cierto tipo de control. Sin embargo, si se confieren prerrogativas por el solo hecho de las nupcias, deben ser definitivamente iguales tanto para la mujer como para el hombre.¹⁵¹

No obstante la carga emotiva de los anteriores conceptos, resulta bastante difícil de admitir en Venezuela que el inciso primero del ar-

149. El artículo tercero de dicho Proyecto leía como sigue: "Los Estados contratantes convienen en que la cónyuge extranjera de uno de sus nacionales tendrá derecho a solicitar y adquirir su nacionalidad, sujeta solamente a las limitaciones legales impuestas por razones de seguridad o interés público".

150. Sgambatti: *op. cit.*, p. 13.

151. Sgambatti: *op. cit.*, p. 16.

título 37 restringe los "derechos civiles" de la mujer; basta un simple recordatorio a la actitud de la doctrina y de la jurisprudencia patria dominantes, en un todo conformes con ubicar la nacionalidad en el campo del Derecho Público y en reconocer a sus preceptos, rango constitucional.

Por otra parte, no es absolutamente clara la pretendida ruptura del principio consagrado por el artículo 61 de la Constitución, en menoscabo de los derechos de la mujer.¹⁵² Ciertamente, si se analiza de una perspectiva venezolana el régimen previsto por el inciso primero del artículo 37, podría sostenerse la existencia de una discriminación, porque el hombre coloca a su mujer en mejor condición jurídica para adquirir la nacionalidad; pero no ocurre lo mismo cuando se examina el mismo asunto desde el punto de vista opuesto; antes al contrario, el tratamiento discriminatorio sería favorable a la mujer extranjera, quien puede naturalizarse por beneficio de la ley en forma automática, mientras que el hombre casado con venezolana debe cumplir el trámite ordinario de la naturalización discrecional.

III. EFECTOS DEL MATRIMONIO SOBRE LA NACIONALIDAD DE LA MUJER VENEZOLANA CASADA CON EXTRANJERO

82. El artículo 38 de la Constitución dispone:

La venezolana que casare con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que declare su voluntad contraria y adquiriera, según la ley nacional del marido, la nacionalidad de éste.

83. El régimen establecido por el artículo 38 se mantiene dentro de los límites impuestos por el Derecho Internacional Público: sólo regula la pérdida de la nacionalidad venezolana y nada previno, ni podía hacerlo válidamente, acerca de la importancia del matrimonio para adquirir la nacionalidad extranjera del marido.

El artículo 38 también fue respetuoso de los deseos de la mujer al exigir su manifestación de voluntad de no querer seguir siendo venezolana; para que se produzca la pérdida le permitió conservar la nacionalidad, no obstante su matrimonio con súbdito extranjero. De esa manera, por lo demás, mantuvo las directrices establecidas por la "Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada", aprobada el *vein-*

152. El artículo 61 de la Constitución Nacional dispone en su primer párrafo: "No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social".

tinneve de enero de 1957 por la Resolución 1.040 (XI) de la Asamblea de las Naciones Unidas; y la celebración del matrimonio, la disolución del vínculo o el cambio de nacionalidad del marido no tuvieron eficacia automática alguna sobre la nacionalidad de la mujer venezolana casada con extranjero.¹⁵³

Por otra parte, el Constituyente quiso evitar la apatridia, ya que la posible pérdida estuvo supeditada a la adquisición de la nacionalidad extranjera del marido; y de igual modo previno los conflictos positivos cuando la mujer manifiesta su deseo de no querer seguir siendo venezolana. Sin embargo, resultan posibles casos de nacionalidad múltiple; así ocurre si adquiere la de su cónyuge en forma automática por el hecho del matrimonio y conserva la venezolana porque se abstiene de expresar su voluntad de quererla perder;¹⁵⁴ pero en semejante hipótesis el resultado no depende del legislador venezolano, y se produce por la actitud del país extranjero, que impone su nacionalidad sin tomar en cuenta los deseos de la mujer.

La doctrina patria ha señalado satisfecha la concordancia del artículo 38, con las directrices establecidas por el Derecho Internacional Público; y el doctor Jacques de San Cristóbal-Sexton, comenta al respecto:

Estas condiciones establecidas por nuestra Constitución, sientan una sana relación de Derecho internacional privado; reconoce, por una parte, el derecho extranjero, que será, según el caso concreto, la ley nacional del marido; evita los casos de apatridia y doble nacionalidad, conflictos esos que desaparecen por condicionar la pérdida de la nacionalidad a la adquisición de otra, y en tercer lugar, consagra la "voluntariedad de la mujer", concepción moderna de la pérdida y adquisición de la nacionalidad, desechando por consiguiente la teoría de la "unidad familiar", de boga en nuestro país hasta hace unos treinta años.¹⁵⁵

153. Véase antes el número 80 de este trabajo.

154. Se presentaron casos muy frecuentes, con motivo de los matrimonios de mujeres venezolanas con españoles, hasta la reforma del Código Civil de España, por Ley del *dos de mayo de 1975*; y todavía constituye un resultado indeseable de los casamientos entre mujeres venezolanas y súbditos italianos. En efecto, la ley del diecinueve de mayo de 1975 se limitó a agregar un tercer párrafo al artículo 43 del Código Civil, para someter la pérdida de la nacionalidad de la italiana casada con extranjero a su renuncia expresa y a la adquisición de la nacionalidad del marido; pero mantuvo vigente el segundo párrafo del artículo décimo de la Ley del *trece de junio de 1912*, que atribuye automáticamente la nacionalidad a la extranjera casada con italiano.

155. San Cristóbal-Sexton: *op. cit.*, pp. 100-101.

84. El artículo 38 dispone expresamente la conservación de la nacionalidad venezolana por la mujer que casare con extranjero; así se desprende de sus propios términos y constituye, por tanto, un franco homenaje a insatisfechas tendencias feministas, orientadas hacia la equiparación jurídica de los sexos.¹⁵⁶ Sin embargo, en respeto al libre albedrío de la interesada, el constituyente admitió la posible pérdida cuando se cumplieran dos requisitos: la adquisición automática de la nacionalidad del marido y su declaratoria de no querer seguir siendo venezolana. En consecuencia, el precepto sanciona un régimen simétrico al establecido por el inciso primero del artículo 37 para regular la hipótesis inversa de los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la extranjera casada con venezolano.

Este análogo tratamiento puede parecer aconsejable por elementales razones de reciprocidad legislativa, pero el problema es mucho más complejo porque el matrimonio y la nacionalidad son instituciones ubicadas en distinto plano en la escala de los valores jurídicos; el matrimonio interesa básicamente la vida privada de los individuos, aun cuando despliegue importantes consecuencias en el orden socioeconómico; mientras que la nacionalidad, a pesar de sus efectos sobre el estado civil de las personas, constituye un elemento fundamental en la organización política del Estado.

Ahora bien, la eficacia del vínculo sobre la nacionalidad de la mujer puede examinarse desde el punto de vista del matrimonio, en cuyo caso la respuesta debe ser idéntica para las dos hipótesis, porque sólo se trata de contestar la pregunta acerca de si su naturaleza misma exige la nacionalidad común de los cónyuges o permite que ostenten diferentes nacionalidades. Por el contrario, el análisis del asunto a la luz del Derecho Público impone una decisión pragmática sobre la conveniencia de conceder la propia nacionalidad a las mujeres extranjeras casadas con súbditos, o de retirársela a las nacionales que contraigan matrimonio con extranjeros; este planteamiento no debe resolverse en términos teóricos sino con base en las circunstancias concretas de una determinada etapa histórica, y las cuales pueden aconsejar soluciones distintas para las dos hipótesis, no obstante su eventual similitud.¹⁵⁷

156. Dentro de los continuos esfuerzos en este sentido, cabe recordar, en los tiempos recientes, el tratamiento de la "Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", por la Vigésima Primera Convención Mundial de la Federación Internacional de Abogadas, que tuvo lugar en Caracas, del treinta y uno de enero al seis de febrero de 1982.

157. Lagarde, Paul: "Nationalité", en *Repertoire de Droit International*, publicado bajo la dirección de P.H. Franceskakis, Tomo II, Paris, 1969, números 575-576, p. 406.

Semejantes consideraciones de orden político no dejaron sentir su peso en la actitud del constituyente venezolano de 1961; antes al contrario, consideró aconsejable un régimen simétrico para regular los varios aspectos de la influencia del matrimonio sobre la nacionalidad venezolana de la mujer casada.

85. El funcionamiento del artículo 38 se encuentra supeditado a la nacionalidad venezolana de la mujer; a falta de distingo por el constituyente, el precepto es aplicable tanto a las originarias de Venezuela como a las naturalizadas en la República; y en esta última hipótesis carece de importancia si se trata de naturalización por beneficio de la ley o por otorgamiento de carta de naturaleza.

De igual modo quedan comprendidos por el artículo 38 los casos de nacionalidad múltiple, cuando una de ellas es la venezolana; conforme a principios admitidos comúnmente en Derecho internacional público, nuestros funcionarios están facultados para preferir la propia nacionalidad concurrente con una extranjera.

86. El funcionamiento del artículo 38 presupone la existencia de un matrimonio eficaz, de acuerdo con las normas venezolanas de Derecho internacional privado;¹⁵⁸ pero también es necesaria su validez conforme a la ley del marido porque, en principio, sólo entonces podrá la mujer adquirir la nacionalidad extranjera de su cónyuge.

Sin embargo, con independencia del artículo 38, y aun cuando el matrimonio sea ineficaz según las normas del Derecho internacional privado venezolanas, la pérdida tiene lugar si se cumplen los extremos previstos por el inciso primero del artículo 39; así ocurre, por ejemplo, con las nupcias celebradas en el territorio de la República ante agentes diplomáticos o consulares. En semejante situación la mujer pierde su nacionalidad si adquiere voluntariamente la de su marido, con fundamento en la validez del matrimonio ante el respectivo país extranjero.

Conclusión similar cabe en la hipótesis de nulidad del vínculo: a pesar de que puedan considerarse insatisfechos los requisitos establecidos por el artículo 38, la pérdida de la nacionalidad venezolana se produce conforme a los principios generales consagrados por el inciso primero del artículo 39, cuando, a pesar de la anulación del matrimonio, la mujer ha adquirido válidamente y en forma voluntaria la nacionalidad extranjera de su cónyuge.

87. El artículo 38 contempla la hipótesis de "la venezolana que casare con extranjero"; por consiguiente, presupone la extranjería del

158. Véanse antes los números 25 a 28 de este trabajo

marido al tiempo de la celebración; y no pretende regular los efectos sobre la mujer de naturalización extranjera del marido durante el matrimonio. En consecuencia, quedan excluidos de su ámbito de vigencia los vínculos entre venezolanos, cuando posteriormente el esposo adquiere en forma voluntaria una nacionalidad distinta, por opción o por naturalización; pero el asunto carece de importancia práctica, porque en este caso la mujer puede también dejar de ser venezolana si se cumplen los extremos previstos por el inciso primero del artículo 39.

88. El artículo 38 tampoco determina los efectos de la naturalización ulterior del marido extranjero sobre la mujer que perdió la nacionalidad venezolana por su casamiento y la declaración de voluntad de no querer conservarla. Ciertamente puede convertirse en apátrida; así ocurre cuando pierde la adquirida, en virtud del matrimonio y no le es otorgada la que obtiene su cónyuge por naturalización. Sin embargo, si es originaria de Venezuela tiene abierta la vía para recuperar la nacionalidad en los términos previstos por el artículo 40 de la Constitución.

Por el contrario, cuando el marido extranjero se naturaliza en Venezuela, su mujer puede beneficiarse del régimen automático establecido por el inciso primero del artículo 37;¹⁵⁹ pero si antes del casamiento era originaria de Venezuela, funciona preferentemente la recuperación de la nacionalidad consagrada por el artículo 40.

89. La pérdida de la nacionalidad consagrada por el artículo 38 no tiene carácter temporal y tampoco se limita a la existencia del matrimonio; por consiguiente, la disolución del vínculo no constituye causa para recuperar la nacionalidad venezolana y la mujer puede convertirse en apátrida, si por esta circunstancia pierde la extranjera de su marido. Sin embargo, cuando es originaria de Venezuela, puede recuperar la nacionalidad en los términos establecidos por el artículo 40 de la Constitución.

90. La declaración de voluntad contraria a la conservación de la nacionalidad venezolana representa presupuesto ineludible para el funcionamiento de la causal de pérdida prevista por el artículo 38; y la fórmula utilizada por el constituyente permite afirmar, sin duda alguna, que se trata de un requisito distinto del consentimiento matrimonial: la mujer venezolana puede querer casarse con un extranjero y conservar su nacionalidad. Por tanto, la pérdida sólo es posible cuando expresa el deseo contrario a seguir siendo venezolana.

159. Véanse antes los números 17 y siguientes de este trabajo.

91. La declaración de voluntad de no querer seguir siendo venezolana por parte de la mujer, constituye un acto jurídico, cuya eficacia se encuentra supeditada a su capacidad de ejercicio y a la ausencia de vicios del consentimiento. De acuerdo con la jurisprudencia patria dominante, corresponde a la ley venezolana resolver las diversas cuestiones previas con motivo de la propia nacionalidad; pero la misma conclusión se desprende de las normas de Derecho internacional privado que someten a la *lex patriae* el estado y capacidad de las personas, a tenor de los artículos 9 y 26 del Código Civil. Ahora bien, a este respecto es preciso recordar que el matrimonio produce de pleno derecho la emancipación de la mujer menor de edad y la somete a un régimen de curatela; por supuesto, la validez de la declaración no resulta admisible si ha sido declarada entredicha; en caso de inhabilitación judicial, la respuesta depende de los términos del respectivo decreto.

92. El constituyente nada dispuso acerca del régimen de la declaración de voluntad de la mujer, contraria al mantenimiento de su nacionalidad venezolana, prevista como presupuesto para el funcionamiento del artículo 38; el Proyecto de los doctores Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa incluyó la hipótesis dentro de aquellas objeto de regulación por el artículo 41; pero la referencia fue suprimida por la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional, a propuesta del doctor Martín Pérez Guevara.¹⁶⁰

Ahora bien, los motivos expuestos para justificar la supresión no resisten la crítica más benigna. En efecto, en el *Informe del veintisiete de septiembre de 1960*, tan sólo fue dicho: "...se consideró que la declaración de voluntad que la venezolana puede hacer para cambiar su nacionalidad, no debe regirse por la ley venezolana sino por la legislación del país del cual va a formar parte en virtud de la naturalización".

Semejante argumento es valedero cuando se examinan las consecuencias de la manifestación de voluntad a los fines de adquirir la nacionalidad extranjera del marido; pero no sucede lo mismo si la declaración de voluntad es contemplada como presupuesto indispensable para la pérdida de la nacionalidad venezolana; este aspecto compete en forma exclusiva a nuestro país, en virtud del principio de Derecho internacional público que le permite determinar cómo se adquiere y cuáles son las causas de terminación de la propia nacionalidad. Por consiguiente, también se encuentra autorizado para regular el procedimiento de la declaración de voluntad, en cuanto presupuesto de la pérdida

160. Véanse antes el número 10 de este trabajo.

de la nacionalidad venezolana; y sin pronunciarse acerca de su eventual eficacia para adquirir la nacionalidad extranjera de su marido.

Carecemos de noticias sobre la existencia de alguna práctica administrativa al respecto; pero en la doctrina patria el doctor Allan Randolph Brewer-Carías, comenta:

La Constitución no establece la forma de esta declaración de voluntad. Sin embargo, bien puede aplicarse por vía analógica el dispositivo consagrado en el artículo 41 de la misma, exigiéndose que esa declaración de voluntad se haga en forma auténtica.¹⁶¹

93. El artículo 38 nada dispone acerca del momento de tiempo en el cual debe producirse la declaración de voluntad de la mujer; en estricto rigor, debería efectuarse en forma simultánea a la celebración del matrimonio; pero el asunto carece de interés práctico por cuanto la pérdida se produce por mandato del inciso primero del artículo 39, si en una época posterior la mujer opta o adquiere voluntariamente la nacionalidad extranjera de su marido.

94. La declaratoria de voluntad de no querer seguir siendo venezolana es insuficiente para el funcionamiento del artículo 38; con el propósito de evitar la apatridia, también se exige que "adquiera, según la ley nacional del marido, la nacionalidad de éste"; y en estricto rigor la obtención debe producirse al tiempo del matrimonio, en forma automática o a solicitud de la interesada. Sin embargo, el asunto carece de interés práctico porque la adquisición voluntaria de la nacionalidad del marido, en cualquier momento de la vida conyugal, trae consigo la pérdida de la nacionalidad venezolana de la mujer, por mandato del inciso primero del artículo 39.

95. El artículo 38 presupone la extranjería del marido. Por tanto, no puede funcionar en los casos de apatridia y tampoco, en estricto rigor, cuando ostenta varias nacionalidades, pero una de ellas es la venezolana; nuestros funcionarios están facultados para considerarlo súbdito de Venezuela, conforme a principios admitidos en Derecho internacional público, y de esta manera no puede realizarse el requisito constitucional, "...que casare con extranjero". Sin embargo, desde el punto

161. Brewer-Carías: *op. cit.*, p. 47. La posibilidad de declaración por intermedio de representante, carece de importancia en la hipótesis de la venezolana casada con extranjero, habida cuenta que el matrimonio trae consigo la emancipación de la mujer bajo un régimen de curatela, a tenor del Código Civil de Venezuela.

de vista práctico la mujer perdería su nacionalidad venezolana de acuerdo con el régimen general previsto por el inciso primero del artículo 39: por adquisición voluntaria de otra nacionalidad.

96. El funcionamiento del artículo 38 es independiente de los vínculos que la mujer pueda mantener con Venezuela y, en especial, la pérdida se produce aun cuando establezca o conserve su residencia en el territorio de la República. El resultado puede aparecer extraño, pero fue previsto por el constituyente;¹⁶² y, en todo caso, es de recordar la posibilidad de recuperación, en los términos dispuestos por el artículo 40, que no sólo permite satisfacer los deseos del interesado sino también impide a los venezolanos originarios vivir de manera permanente en Venezuela con carácter de extranjeros.¹⁶³

97. El artículo 38 consagra como principio general el mantenimiento de la nacionalidad por la venezolana que casare con extranjero; pero admite una excepción, cuando "declare su voluntad contraria y adquiera, según la ley nacional del marido, la nacionalidad de éste". Por consiguiente, aun cuando no lo dispone en términos expresos, su correcta inteligencia impone entenderlo como una hipótesis de pérdida de la nacionalidad; y desde esta perspectiva representa tan sólo una aplicación concreta del inciso primero del artículo 39 que previene: "La nacionalidad venezolana se pierde: 1º Por opción o adquisición voluntaria de otra nacionalidad...".

La repetición hecha por el constituyente podría calificarse de innecesaria y superabundante. Sin embargo, se explica por el deseo tanto de suprimir toda posible duda como de evitar pretensiones extranjerizantes, con fundamento en leyes o doctrinas foráneas; y también para hacer hincapié en el libre albedrío de la mujer, que puede querer, simultáneamente, casarse con súbdito extranjero y conservar su nacionalidad venezolana.

98. El artículo 98 nada dispone acerca de si es necesaria alguna declaratoria de los funcionarios competentes, para que se produzca la pérdida de la nacionalidad; y ni siquiera fue regulada la manifestación de la mujer de no desear seguir siendo venezolana. Por consiguiente, podría sostenerse que la nacionalidad se pierde *ipso iure*, sin trámite alguno, una vez cumplidos los requisitos constitucionales. Sin embargo, la respuesta no parece tan sencilla por cuanto se impone examinar el funcionamiento del artículo 38, a la luz de todo el régimen

162. Véase antes el número 13 de este trabajo.

163. Parra-Aranguren, *La Nacionalidad...*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 607-613.

venezolano de la nacionalidad; y desde esta perspectiva debe advertirse que la pérdida de la naturalización no se produce en forma automática cuando se realizan los supuestos contemplados en cualquiera de los incisos del artículo undécimo de la ley del dieciocho de julio de 1955. Antes al contrario, es preciso su revocación formal, a través de un Decreto del Ministerio de Relaciones Interiores, que se publica en la *Gaceta Oficial*, para permitir el ejercicio del recurso de la apelación ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.¹⁶⁴

Ahora bien, el inciso primero del artículo undécimo de la Ley sanciona con la revocatoria de la naturalización las hipótesis en las cuales sus beneficiarios "hicieren voluntariamente uso de su nacionalidad de origen o cuando adquieran otra nacionalidad"; un simple examen comparativo es suficiente para establecer su coincidencia con el inciso primero del artículo 39 de la Constitución, que dispone: "La nacionalidad venezolana se pierde por opción o adquisición voluntaria de otra nacionalidad"; y también con el caso particular previsto por el artículo 38 relativo a los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad venezolana de la mujer; siendo de advertir que la amplitud de los textos constitucionales no permiten duda legítima acerca de su aplicación tanto a los originarios de Venezuela como a los naturalizados en la República.

Por otra parte, el inciso primero del artículo 39 no supedita la pérdida de la nacionalidad a declaratoria de funcionario alguno ni tampoco al cumplimiento de trámites adicionales; y no cabe discutir la supremacía que corresponde a la Constitución en el rango de las fuentes jurídicas. En consecuencia, su aplicación preferente, *literis verbis*, a los naturalizados en Venezuela debería conducir a desatender el mandato de la Ley de 1955 y a reconocer la pérdida automática de la naturalización, sin procedimiento sin ulterior de ninguna especie. No obstante, la jurisprudencia administrativa ha seguido otros derroteros y ha considerado indispensable cumplir fielmente las pautas establecidas por el legislador ordinario: cuando el venezolano por naturalización hace uso de su nacionalidad de origen o adquiere otra nacionalidad, el Ministerio de Relaciones Interiores procede a declarar la pérdida de la naturalización por intermedio del correspondiente Decreto, que es publicado en la *Gaceta Oficial*.¹⁶⁵

164. Parra-Aranguren. "La pérdida...", art. cit., pp. 578-591.

165. A título de ejemplo, dentro de las recientes declaratorias, cabe señalar las publicadas en la *Gaceta Oficial*, N° 32.443, correspondiente al *veintinueve de marzo de 1982*; con fundamento en el inciso primero del artículo undécimo de la Ley fue revocada la nacionalidad venezolana adquirida por naturalización por los ciudadanos Manuel Torres Camacho y Adela María Orazem Schauer de Simmons;

Por consiguiente, a pesar del silencio del constituyente, la naturalización no se pierde en forma automática en los casos previstos por el inciso primero del artículo 39, coincidente con el párrafo primero del artículo undécimo de la Ley de 1955; y no parece lógico ni razonable dar un tratamiento diferente a la pérdida de la nacionalidad originaria; de lo contrario, existiría un injustificado e irritante distingo con los venezolanos por nacimiento, a quienes, en principio, corresponde la plenitud de los derechos civiles y políticos.

Hasta donde llega nuestro conocimiento, el Ministerio de Relaciones Interiores no ha publicado en la *Gaceta Oficial* decretos declarativos de la pérdida de la nacionalidad venezolana, originaria o adquirida con fundamento, ni en el inciso primero del artículo 39, ni en el artículo 38 de la Constitución. Por tanto, no es posible deducir conclusión alguna de la inexistente jurisprudencia administrativa. Ciertamente se trata de una laguna de gran importancia en la vida diaria; la exigencia de un previo pronunciamiento y de su ulterior publicación, para el ejercicio de los recursos legales, parece conformarse mejor con el pregonado "estado de derecho" que los gobernantes de turno afirman mantener; pero la más indispensable seguridad jurídica impone una pronta regulación del asunto por el Congreso ordinario.

99. Desde un punto de vista intertemporal la pérdida de la nacionalidad, prevista por el artículo 38 se aplica, sin duda alguna, a las mujeres casadas después de su entrada en vigencia; y carece de importancia práctica el planteamiento acerca de si también funciona respecto de los vínculos contraídos anteriormente; en todo caso, la mujer venezolana pierde su nacionalidad, a tenor del inciso primero del artículo 39, si obtuvo la de su marido por el hecho del matrimonio, con independencia de cuando se celebró, y en cualquier momento de tiempo expresó voluntariamente su deseo de no seguir siendo venezolana.

100. Los efectos de la pérdida de la nacionalidad sólo se proyectan hacia el futuro y no pueden retrotraerse en el tiempo; en particular es de advertir que el *ius sanguinis* materno deja de ser útil para los hijos nacidos después, quienes no se verían favorecidos por la ulterior recuperación de la nacionalidad venezolana por su madre, por tratarse de un acontecimiento jurídico también carente de efectos retroactivos.¹⁶⁶

y el ordinal séptimo del mismo artículo undécimo sirvió de fundamento a los decretos revocatorios que afectaron a los ciudadanos Daniel Martínez Mansilla y Rita Carbajal de Martínez.

166. La situación no deja de ser *sui generis*, porque los hijos menores de la extran-

Por otra parte, los hijos ya nacidos no se ven afectados por la pérdida de la nacionalidad de su progenitora; ninguna duda razonable puede surgir respecto de los mayores de edad para esa época; pero la misma conclusión vale para quienes todavía sean menores, en virtud del silencio del constituyente.¹⁶⁷

jera que se naturaliza venezolana, gozan del privilegio consagrado por el artículo 37, ordinales 2º y 3º; pero semejante beneficio no les corresponde, en estricto rigor, cuando la mujer recupera su nacionalidad venezolana originaria (Parra-Aranguren, "Análisis histórico...", art. cit.

167. Por consiguiente, los hijos de venezolana que pierde su nacionalidad, podrían ampararse en los ordinales 3º y 4º del artículo 35; y si se trata de una extranjera que se había naturalizado en Venezuela, tienen el derecho a obtener la naturalización cuando cumplen los extremos previstos por los incisos 2º y 3º del artículo 37.

**DERECHO CIVIL
Y LABORAL**

LA ESTABILIDAD DEL TRABAJADOR Y LA DEL
FUNCIONARIO PUBLICO. EL DESARROLLO
TECNOLOGICO Y EL INSTITUTO
DE LA ESTABILIDAD

VÍCTOR M. ALVAREZ

Antes de referirme al tema de mi modesta contribución en el libro que en homenaje al catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela acordó editar el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de dicha Casa de Estudios, quiero testimoniar de manera expresa mi adhesión al reconocimiento que merecidamente se le tributa a la personalidad del homenajeado. El doctor Eloy Lares-Martínez, brillante condiscípulo universitario, a quien aprecio y admiro; es un genuino valor de extraordinaria calidad humana y con sobresalientes méritos que lo hacen acreedor al honor discernido.

El concepto de estabilidad vertido en precepto legal para garantizar a los trabajadores la permanencia en la labor que desempeñan, ha suscitado controversias y recelos en su adopción por la legislación positiva.

Teóricamente es innegable que la seguridad en el trabajo, garantizada mediante un adecuado ordenamiento jurídico, resulta saludable tanto para el trabajador como para el empresario, pero el instituto de la estabilidad laboral se hace cuestionable cuando se pretende excluir de manera absoluta la facultad *ad nutum* del patrono para ponerle término a la relación laboral.

El planteamiento de la estabilidad laboral persigue precisamente la eliminación de esa facultad discrecional del patrono, la cual ha sido considerada como elemento intrínseco de la contratación bilateral. Sin embargo, en apoyo de la estabilidad suele invocarse el criterio contrario, es decir, que el contrato de trabajo por su propia naturaleza, por ser de trato sucesivo, implica la permanencia del trabajador en el desempeño de su labor y que por consiguiente la estabilidad es presupuesto fáctico de esa relación.

Argumentaciones de variada índole se esgrimen en pro y en contra de dicho instituto, siendo lo deseable que el ordenamiento legislativo pertinente conjugue ambas situaciones, es decir, que a la vez que afiance en el trabajador el sentimiento de seguridad en el desenvolvimiento normal de su actividad y percepción del salario, prevea también la posibilidad de la resolución unilateral en casos indispensables.

Doctrinariamente se sostiene que la verdadera estabilidad es la que atribuye al trabajador el derecho a permanecer en el empleo, es decir, que mientras el trabajador quiera y pueda continuar realizando el trabajo que desempeña tiene derecho a no ser despedido.

Esta garantía que la doctrina denomina *estabilidad absoluta*, no ha logrado cabal aceptación en las legislaciones de los países iberoamericanos, pues su limitado desarrollo económico, el predominio de la mediana y pequeña industria, la escasez de mano de obra calificada, el desgano en la producción, etc., son factores que entran la eliminación radical de la mencionada facultad patronal para la conclusión del contrato de trabajo.

Frente a las dos posiciones extremas y a la necesidad de proteger al trabajador contra el despido arbitrario ha surgido en el campo legislativo la figura de la *estabilidad relativa*, que es la que restringe mediante procedimientos indirectos la posibilidad de que el trabajador sea despedido.

En Venezuela los intentos legislativos tendientes a establecer una prohibición general del despido de trabajadores han sido inoperantes y los proyectos elaborados al respecto han abortado por no ser viables y no estar ajustados a la realidad socioeconómica del país.

El vertiginoso adelanto de la contratación colectiva y el logro de importantes reivindicaciones que sucesivamente se han ido operando, han impulsado al movimiento obrero organizado a prestarle especial atención al aspecto de la estabilidad en el trabajo imponiendo a los patronos cláusulas de gravamen económico en los casos de despido injustificado.

Este progresivo desarrollo en la negociación colectiva, la presión de los organismos sindicales y la necesidad, por otra parte, de proteger a la mayoría obrera que no está sindicalizada, impulsaron a que se consignara en la Carta Fundamental Venezolana de 1947, la siguiente previsión:

Artículo 62. La Ley dispondrá lo mejor para la mayor eficacia, responsabilidad y estímulo del trabajo, regulándolo adecuadamente y estableciendo la protección que deberá dispensar a los trabajadores para garantizar

su estabilidad en el trabajo y el mantenimiento de sus condiciones materiales, morales o intelectuales.

La transcrita declaración programática fue sustituida en la vigente Constitución de fecha 23 de enero de 1961, por el texto siguiente:

La Ley adoptará medidas tendientes a garantizar estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la estabilidad del trabajador en el servicio y lo amporen en caso de cesantía.

El análisis del referido texto constitucional que habla de prestaciones o medidas compensatorias en caso de cesantía, nos conduce a pensar que el propósito del constituyente no coincide con la tesis de la estabilidad absoluta, pues de dicho precepto se infiere la posibilidad de la ruptura del vínculo contractual por voluntad del patrono mediante la satisfacción al trabajador de los beneficios compensatorios que la ley determine.

Es esa una previsión contra el despido arbitrario que no anula la facultad *ad-nutum* del patrono para resolver la relación laboral, pero que por medios indirectos limita esa facultad. Se trata, por lo tanto, de la estabilidad llamada *estabilidad impropia* o *estabilidad relativa* que procura mediante cargas onerosas para el patrono proteger al trabajador contra el despido arbitrario.

Los que adversan la estabilidad absoluta sostienen que es factor de desconfianza, que deprime la inversión y la actividad económica del país, a la vez que impide la transformación empresarial y su evolución a actividades más productivas, teniendo el empresario que someterse a un personal no apto o innecesario.

La Ley del Trabajo de Venezuela consagró desde su inicio la obligatoriedad del preaviso o pago del salario equivalente en los casos de resolución del contrato de trabajo y conforme a la reforma introducida en el año de 1974, las indemnizaciones por concepto de antigüedad y de cesantía tienen el carácter de derechos adquiridos.

Régimen contra despidos injustificados

Con fundamento en el texto constitucional se promulgó en julio de 1974, la Ley Contra Despidos Injustificados, cuyo Artículo 1º dispone lo siguiente:

Artículo 1º La presente Ley tiene por objeto proteger a los trabajadores contra los despidos sin causa justificada. A tal efecto, se designarán por

el Ministerio del Trabajo Comisiones Tripartitas integradas por sendos representantes del Ministerio del Trabajo, de los patronos o de los trabajadores que tendrán la función de calificar los despidos.)

Los preceptos del citado ordenamiento y los casos de los despidos y situaciones a que se contrae es materia que desarrolla el Reglamento de la mencionada ley promulgada el 16 de noviembre de 1974.

Tales disposiciones configuran el régimen siguiente:

a) Protege la estabilidad de los trabajadores permanentes, es decir, los llamados trabajadores de planta que son los que desempeñan servicios que corresponden a necesidades normales de la empresa, siempre que tenga más de tres meses ininterrumpidos de servicio;

b) Excluye de su campo de aplicación a las empresas cuyo personal no exceda de diez trabajadores, no siendo tampoco aplicable a los trabajadores contratados por tiempo determinado cuando haya vencido el término; a los contratados para una obra determinada cuando ésta concluya; a los trabajadores de dirección, de confianza o que actúan como representantes del patrono, ni a los trabajadores temporeros, eventuales, ocasionales y domésticos;

c) Mantiene el *jus variandi* del patrono permitiéndole llevar a cabo el despido mediante el pago al trabajador de una indemnización equivalente al doble de la cantidad que pueda corresponderle por concepto de antigüedad, auxilio de cesantía y preaviso;

d) Impone al patrono la carga de la prueba y la obligación de sustituir al trabajador despedido por otro trabajador con salario no inferior;

e) Crea Comisiones Tripartitas integradas por sendos representantes de los trabajadores, de los patronos y del Ministerio del Trabajo, con atribución para calificar los despidos;

f) Procura mantener el nivel numérico de los trabajadores de cada empresa e impone al empresario la obligación de informar a la respectiva Comisión Tripartita los casos de despido con indicación de la causa que lo justifiquen;

g) Deja a opción del patrono la posibilidad de materializar y persistir en el hecho del despido, aun cuando la Comisión Tripartita que conozca del caso ordene la reincorporación del trabajador, siendo de observar que mediante la presión económica que implica el doble pago

por indemnización de antigüedad, auxilio de cesantía y preaviso, más la cancelación de los salarios caídos, establece cortapisas que limitan y contienen el ejercicio de la facultad *ad nutem* del patrono.

La circunstancia irregular de que las Comisiones Tripartitas no dictan su pronunciamiento en la oportunidad legal correspondiente, coadyuva a hacer más onerosa la situación patronal en cuanto a la obligación del pago de salarios.

Estabilidad de los trabajadores petroleros

Si bien la Ley Contra Despidos Injustificados sólo establece una estabilidad relativa en el trabajo, pues permite el despido sin justificación alguna mediante el pago de una indemnización pecuniaria; la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos consagra, a mi manera de ver, una estabilidad absoluta, pues en su artículo 25 dispone que:

Los trabajadores de la Industria Petrolera, con excepción de los integrantes de la Junta Directiva de las Empresas, gozarán de estabilidad en el trabajo. Sólo podrán ser despedidos por las causales expresamente consagradas en la legislación laboral.

La garantía tipificada en la disposición transcrita tiene naturaleza jurídica de estabilidad propia, no relativa, pues asegura al trabajador el derecho de no poder ser despedido incausadamente, siendo indispensable comprobar previamente para la procedencia del despido que el trabajador está incurso en alguno de los motivos o causas que la ley determina.

Siguiendo a Barassi, afirmamos que en tal caso la permanencia en el trabajo está jurídicamente garantizada y por ende configura una estabilidad absoluta.

Estabilidad de los funcionarios públicos

La Ley Contra Despidos Injustificados se aplica a los trabajadores permanentes que tengan más de tres meses al servicio en empresas o establecimientos que utilicen más de diez trabajadores, al igual que a los que laboran en dependencias de la Nación, los Estados, las Municipalidades y demás entidades públicas que se rijan por la Ley del Trabajo, y dispone a la vez que los empleados públicos estarán sometidos a la Ley de Carrera Administrativa y a las demás normas legales que los rige.

Empleados públicos, conforme a la definición de Bartheley, son, en sentido lato, quienes habiendo aceptado un nombramiento de la Administración Pública para un puesto determinado colaboran de manera continua en la gestión de la cosa pública.

Ahora bien, según la Ley de Carrera Administrativa los funcionarios públicos pueden ser de libre elección y remoción o funcionarios de carrera, disponiendo a la vez que a los efectos de los derechos y obligaciones que genera la relación de ellos con la Administración Pública Nacional tienen idéntico significado las expresiones de funcionario público, empleado público y servidor público.

Empero, reza la ley que los funcionarios públicos que gozan de estabilidad en el desempeño de sus cargos son los funcionarios de carrera, estabilidad esa que tiene carácter de estabilidad propia o absoluta, pues no pueden ser destituidos sino en los casos que taxativamente señala el artículo 61 de la ley, previa la instrucción del expediente correspondiente, pudiendo el afectado recurrir por ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al tenor de lo establecido en el artículo 3º, y por el párrafo 2º del artículo 68 *eiusdem*, son funcionarios de carrera los que teniendo más de diez años de servicio y reúnan las condiciones requeridas por la misma ley hayan ingresado a la carrera administrativa mediante nombramiento y desempeñen servicios de carácter permanente.

Como el artículo 17 de la Ley de Carrera Administrativa que consagra la estabilidad de los funcionarios de carrera no contiene ningún dispositivo al respecto en lo concerniente a los funcionarios de libre elección y remoción, se interpretaba dicho precepto en sentido limitativo, es decir, que estaban excluidos de esa garantía este tipo de funcionario. Pero es el caso que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia del 2 de agosto de 1972, dejó establecido que es cierto que el artículo 17 de dicha ley señala expresamente el derecho a la estabilidad para los funcionarios de carrera, pero que esto no niega ese mismo derecho para aquellos funcionarios en servicio que aunque no son de carrera tampoco son los funcionarios de libre elección y remoción a que se contrae el artículo 4º *eiusdem*, ni los que expresamente excluye el artículo 5º de la misma ley, y que por lo tanto en uno como en otro caso, todos los funcionarios públicos, salvo las excepciones señaladas, están amparados por estabilidad en sus cargos.

Es curioso advertir que siendo la estabilidad un instituto propio del Derecho Administrativo, establecido como medida de protección específica a los funcionarios públicos con el objeto de asegurar la per-

manente eficiencia en el desempeño de las tareas inherentes a la Administración Pública, no es sino en el año de 1970, con la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa que los servidores de la Administración Pública nacional han sido jurídicamente protegidos en sus relaciones con el Estado, garantizándoles derechos similares a los que disfrutaban los trabajadores de la empresa privada.

En tal sentido, además de la estabilidad en sus cargos, la ley les garantiza el derecho de ascenso por orden de méritos, les acuerda el disfrute de vacaciones remuneradas, bonificación de fin de año conforme a la escala que establece, prevé un sistema de remuneraciones que comprende los sueldos, compensaciones, viáticos, asignaciones y cualesquiera otras prestaciones pecuniarias o de otra índole que reciban los funcionarios públicos por sus servicios, con aumentos por servicio eficiente y antigüedad dentro de la escala.

También consagra la ley en beneficio de los funcionarios de carrera el derecho al pago de las prestaciones sociales de antigüedad y cesantía que contempla la Ley del Trabajo, o las que puedan corresponderle según la ley respectiva, si ésta le fuere más favorable, siempre que, en todo caso, el retiro del funcionario, sea por reducción del personal debido a limitaciones financieras, modificaciones o cambios que se operen en la organización administrativa.

Otro beneficio de singular importancia es el del derecho a la jubilación por límite de edad y años de servicio, siendo de observar que para su disfrute la ley no exige, como lo hace al referirse a las prestaciones sociales, que sus beneficiarios sean funcionarios de carrera sino que utiliza la expresión genérica de funcionarios públicos.

En la enumeración de beneficios que disfrutaban los funcionarios públicos está comprendido también el poder organizarse sindicalmente para la defensa y protección de los derechos que la ley les acuerda.

La potestad discrecional y autoritaria del Estado frente a sus servidores se ha venido morigerando mediante la progresiva adopción de normas jurídicas reguladoras de los deberes y derechos del funcionario público, asimilando el vínculo administrativo con el de la relación laboral que tutela el Derecho del Trabajo. En este sentido sostiene Altamira Gigena, que el acto administrativo que vincula al funcionario con el Estado tipifica un Contrato de Trabajo.

Coincidimos —dice— con el profesor de la Universidad de Buenos Aires, en que no puede incluirse dentro del acto administrativo, al Contrato de Trabajo; antes bien, la naturaleza jurídica del vínculo que une al empleado o funcionario público con el Estado, ha dejado de ser un contrato admi-

nistrativo para ser un típico contrato de Derecho del Trabajo, con características especiales como lo exige en varios contratos laborales (Raúl Enrique Altamira Gigena. *El Contrato de Empleo Público*).

El desarrollo tecnológico y la estabilidad

La Ley Contra Despidos Injustificados contempla la posibilidad de reducción del personal de una empresa por razones técnicas e implantación de sistemas automatizados que puedan disminuir su capacidad de empleo.

El proceso del desarrollo económico y la implantación de maquinarias y de nuevos sistemas de producción como requerimientos de la técnica moderna, conllevan a la interrogante de si el dinamismo tecnológico pueda ser contraproducente para la estabilidad del trabajador en su empleo.

En cierto sentido la estabilidad laboral puede resultar afectada a corto o mediano plazo con los adelantos de la técnica, pues la adopción de modernos sistemas para la transformación y elaboración de productos, la utilización de procedimientos electrónicos y de automatización reduce numéricamente la intervención directa del trabajador y consecuentemente limitan la capacidad de empleo.

En su visión del futuro, describiendo la magnitud del cambio que se opera como consecuencia del avance tecnológico, el escritor Alvin Toffler cita a León Bagrit, fabricante de computadoras, quien afirma que la automatización representa por sí sola, "el mayor cambio en toda la historia de la humanidad", y John Siebol, experto en automatización, advierte, que "los efectos de la revolución tecnológica que estamos viviendo serán más profundos que los de cualquier cambio social producido con anterioridad" (*El Shock del Futuro*, p. 27).

La estadística demuestra que el funcionamiento de sistemas automáticos de elaboración u operación minimizan cada día la posibilidad de trabajo y genera desempleo. Este enfrentamiento entre el desarrollo y las tradicionales fuentes de trabajo lo enfoca el profesor Nápoli expresando que:

esta aparente antinomia no puede llevarnos a desechar el desarrollo, porque sin el aumento creciente y sostenido del P.B.N. no es posible satisfacer, apoyados con salarios reales, las variadas necesidades del obrero consumidor.

La destrucción de las máquinas como holocausto al mantenimiento de las fuentes tradicionales de trabajo y la estabilidad en el empleo propugnada por los *Luddites*, constituye sencillamente una actitud irracional.

Ahora bien, como el avance tecnológico es un hecho irreversible y todos los países deben ajustarse al progreso, es indispensable percatarse de esa realidad y prepararse para las modificaciones que impone el desarrollo en el área de las relaciones de trabajo, el que a su vez, a largo plazo, dará origen a nuevas fuentes de trabajo.

Por lo tanto, a los fines de facilitar la adopción del trabajador a los cambios estructurales, se impone la planificación de un programa de acción en tal sentido y la capacitación profesional de los trabajadores, de manera que puedan enfrentarse a las nuevas situaciones.

Con la aplicación de la automatización y la cibernética —asienta el profesor Nápoli— el desarrollo consume día a día las habilidades actuales, dejando a los trabajadores que no adquieren otras prácticamente en condición de "parados". Mientras el desarrollo en el plano científico y técnico se acelera en progresión geométrica, la capacitación de la mano de obra requerida por éste lo hace en progresión aritmética.

Consecuencialmente ante el avance tecnológico y el desarrollo de la economía se hace indispensable imprimirle un enfoque distinto al concepto clásico de la estabilidad laboral y adecuarlo a dicha realidad.

LOS VERDADEROS ALCANCES DE LA PROHIBICION DEL PACTO COMISORIO EN EL DERECHO VENEZOLANO Y UNA ERRONEA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JOSÉ MÉLICH ORSINI

SUMARIO

1. La babelización de nuestra cultura jurídica. 2. Los hechos que dieron ocasión a la sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 2 de febrero de 1982. 3. Las cláusulas de los contratos cuestionados. 4. El contenido básico de la sentencia. 5. Los alcances del invocado principio *in claris non fit interpretatio*. 6. La configuración de la relación obligatoria garantizada con la prenda como una eventual obligación de regreso. 7. Crítica de esta aseveración. 8. El origen histórico de la prohibición del pacto comisorio. 9. Fundamento de la prohibición. 10. El problema de la amplitud del ámbito de prohibición del pacto comisorio. 11. Planteamiento de la cuestión en la doctrina italiana del Código Civil de 1865. 12. Posición de la doctrina francesa al respecto. 13. La situación en la legislación venezolana. 14. Inadmisibilidad de la tesis que ve en el pacto comisorio un negocio típico de enajenación con fines de garantía, que como tal estaría prohibido. 15. Conclusiones.

1. *La babelización de nuestra cultura jurídica*

Entre los deplorables efectos que para la seguridad jurídica de las relaciones económicas es susceptible de producir la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tal vez no sea el menos importante la ruptura de la unidad de la interpretación de las leyes que conforman el llamado "derecho privado", a que dará lugar una nueva jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo frente a la jurisprudencia de nuestra casación civil y mercantil, tan fatigosamente creada en el curso de todo un siglo. La circunstancia de que esta nueva ley atribuya la competencia para conocer de toda acción que se proponga, no ya contra la República, sino contra los institutos autónomos o contra cualquier sociedad mercantil en que el Estado

tenga "participación decisiva", a los tribunales lo contencioso-administrativo; en un medio donde la lamentable realidad de la formación jurídica, aun de los propios jueces, ha terminado por separar a éstos por especializaciones de "civilistas", "mercantilistas", "laboralistas", "administrativistas", "agraristas" o "penalistas", nos hundirá a la larga en una verdadera babel jurisprudencial.

2. *Los hechos que dieron ocasión a la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 2 de febrero de 1982*

Las reflexiones que anteceden se tornan particularmente válidas en lo que concierne al tratamiento dado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, al litigio resuelto por ella en una sentencia de 2 de febrero de 1982.

Se trataba de un problema sobre cuyo interés tal vez no le sea posible percatarse a un "publicista", pero que en cambio es importante para el "derecho privado" y, como tal, debería haberle importado al más alto tribunal de la República en cuanto problema del ordenamiento en términos generales. Es por ello que me he animado a publicar estos comentarios.

Un resumen muy sucinto de los hechos podría hacerse en los siguientes términos:

Una compañía anónima del Estado (A) cuyas "acciones" pertenecían en un 40 por ciento a una empresa extranjera (B), había concedido a esta última para el pago de unas ciertas cantidades que le adeudaba una moratoria de algo más de un año, a través de la novación de las deudas originales en una sola obligación que figuraría en lo sucesivo como un "préstamo"; conviniéndose paralelamente entre la compañía anónima del Estado (A), la empresa extranjera (B) y un instituto autónomo (C) a quien pertenecía el 50 por ciento de las "acciones" de la prestamista "A", que si venciere el término de tal "préstamo" sin que "B" hubiere efectuado su pago a "A", el instituto "C" tendría el derecho de pagar la deuda de "B" y, mediante tal pago, hacerse propietaria de ese 40 por ciento de las "acciones" de "A" que tenían por titular a "B".

Para garantizar a "C" este resultado, se convino un mecanismo ciertamente complejo, a través del cual "B" se acordó con "C" en depositar en un banco las "acciones" de "A" que hasta entonces venía poseyendo, con la orden de que ellas fueran traspasadas por el banco a "C", en propiedad, en caso de que al vencimiento del plazo concedido por "A"

a "B" para la devolución del "préstamo" éste no hubiera sido devuelto, pacto al cual se le agregó todavía como un "anexo" una "prenda" a favor de "C" sobre esas mismas "acciones"; y paralelamente a ello, "C" convino con "A" en que en caso de que llegare a perfeccionarse a favor de "C" este traspaso de las "acciones" que habían pactado entre "B" y "C", por no haber pagado "B" en el plazo estipulado el "préstamo" que le había sido concedido por "A", "A" no podría reclamar ya más nada de "B".

3. *Las cláusulas de los contratos cuestionados*

Entre los varios acuerdos vinculados que en su conjunto configuran el contrato celebrado entre las partes merecen destacarse las siguientes cláusulas:

La cláusula del "contrato principal" objeto del litigio, que es el instrumento donde se pactan los "préstamos" y los compromisos sobre el traspaso de las "acciones" de "B" a "C" en el evento previsto, estaba redactada substancialmente así:

"En caso ... de que al vencimiento del plazo ... 'B' no hubiera pagado a 'A' la totalidad de las cantidades otorgadas en préstamo ... las 'acciones' pasarían a ser, en ese mismo momento, de la plena propiedad de 'C'. Como consecuencia de ese traspaso de la propiedad de las citadas 'acciones', el banco depositario entregará a 'C' los títulos de las 'acciones' y se dejará constancia de este traspaso en el Libro de Accionistas de 'A'. Con el traspaso de estas 'acciones' quedarán canceladas todas las obligaciones de 'B' para con 'A'. Al efecto, 'A' y 'C' acuerdan que en el momento mismo del traspaso de las 'acciones' que posee 'B' en 'A', cesarán todas las obligaciones de 'B' para con 'A', y 'B' no tendrá más responsabilidades u obligaciones derivadas de este contrato".

Las cláusulas del 'anexo' convenio de prenda a que hemos aludido decían substancialmente así:

—"C" conviene con "A" en que en el caso previsto (en la cláusula del contrato principal que hemos insertado arriba), "C" pagará a "A" en los términos que se convinieren entre "C" y "A".

—"...Para garantizar a 'C' la obligación que así asume frente a 'A' (conforme a lo antes dicho), 'B' por medio de este anexo constituye a favor de 'C' garantía prendaria sobre las acciones de 'A' que tiene en propiedad. Esta garantía prendaria permanecerá en vigor *hasta* tanto que 'B' quede desligada de sus obligaciones frente a 'A'".

Al cumplirse la fecha prevista para que "B" devolviera a "A" el préstamo recibido sin que se hubiera efectuado tal devolución, "C", "B" y el banco depositario consideraron consumado el supuesto previsto en el indicado contrato principal, razón por la cual el banco depositario de los títulos de las "acciones", ya endosados en blanco por "B", en cumplimiento además de lo previsto en una carta en que se le rati- ficaron estas instrucciones, procedió a extinguir la prenda que sobre dichas "acciones" existía a favor de "C", a estampar la expresión "cancelada" sobre las notas de constitución de la prenda en los correspon- dientes títulos de las 'acciones' y se procedió luego a efectuar a favor de "C" los endosos en propiedad tal como estaba previsto.

No obstante que la acreedora de "B" era "A", persona jurídica diferente de "C", que es a quien se habría autorizado a "apropiarse" de las "acciones" por el contrato principal, "B" introdujo una demanda contra "A" y "C" alegando que todos los actos de ejecución de lo pactado en las aludidas cláusulas del contrato principal y del anexo eran nulos de nulidad absoluta, por configurar un "pacto comisorio" de los prohibidos en los artículos 1.844 del Código Civil y 542 del Código de Comercio.

"C" por su parte contradijo esta demanda, sosteniendo que no se daban los supuestos de tales normas, pues ella no era la acreedora de "B", sino que lo era "A", por lo que no podía decirse que la trans- ferencia de las "acciones" tuviere su causa en un negocio de enajena- ción con fines de garantía ni mucho menos aún en un específico pacto comisorio accesorio a una prenda.

4. *El contenido básico de la sentencia*

La sentencia de la que tratamos, dictada por la Sala Político-Ad- ministrativa de la Corte Suprema de Justicia el 2 de febrero de 1982, aduce que "C" *debe ser considerado como un "deudor o fiador soli- dario" de la obligación de "B" para con "A"*, lo que hace que la posi- bilidad de "C" de apropiarse de pleno derecho por el acaecimiento del evento condicionante de las acciones que "B" tenía en "A", deba cali- ficarse como un "pacto comisorio" *accesorio o una garantía prendaria dada para el caso de la eventual obligación de regreso de "C" con- tra "B"*. La sentencia no se ocupa siquiera de explicar las citadas cláu- sulas del contrato principal y del anexo contrato de prenda, según las cuales *se excluía expresamente esa acción de regreso*, al estipularse que *la garantía prendaria sólo existiría hasta que "B" quedara desligada de toda responsabilidad u obligación frente a "A" y consiguientemente frente a "C"*.

Por encima de la justicia o no de la solución dada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema a este caso específico, nos interesa ahora destacar tan sólo ciertos aspectos doctrinales implícitamente involucrados en la solución que se dio al caso.

En particular, quisiéramos señalar los verdaderos alcances del "pacto comisorio" que prohíbe nuestra legislación. Se trata, en efecto, de un tema digno de un mejor tratamiento que el que pretendió encerrar todo el asunto debatido en los párrafos de la sentencia que a continuación se citan literalmente y se glosan, y que configuran las únicas y concluyentes razones de la apreciación de que se estaba en presencia de un "pacto comisorio" ilícito.

5. *Los alcances del invocado principio in claris non fit interpretatio*

La Corte, luego de insertar simplemente los artículos 1.837, 1.838, 1.844 y 1.845 del Código Civil y los artículos 535, 536, 537, 539 y 543 del Código de Comercio, así como la cláusula del "anexo" al contrato principal que hemos resumido más arriba, parte de una ingenua afirmación de la incontrovertible validez hermenéutica de la llamada "teoría de las cláusulas claras y precisas" para fundamentar sobre ella una verdad de Perogrullo, esto es, que habiendo hablado las partes de "garantía prendaria" no podría entenderse por ello otra cosa que una "prenda" (la cual se postula como veremos, otorgada por "B" a "C" para responder de la obligación de regreso que corresponde al "fiador" contra el deudor principal "A").

La constitución de tal prenda en el aludido "anexo" al contrato principal, no era en verdad una cuestión controvertida en el juicio. Todas las partes estaban conformes en admitirlo. No hacía falta por tanto este considerando de la sentencia, que por lo demás es erróneo en la forma en que está concebido.

Dice la Corte: "...ante las declaraciones explícitas y precisas de los contratantes no le es permitido a los tribunales darles un significado distinto del que aparece evidente del significado propio de las palabras, ya que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes...".

Esta tesis, conocida como "teoría de las cláusulas claras y precisas", ha encontrado ciertamente alguna recepción en la jurisprudencia de la casación francesa, la cual ha sostenido en algunas sentencias que, si no hay ninguna ambigüedad ni oscuridad en las disposiciones examinadas por el juez del mérito, éste no tiene potestad para "desnaturalizar" el contrato, con el pretexto de buscar la intención real de los contratantes; que se "desnaturaliza" el contrato cuando habiéndose expresado las partes según términos de los que se deriva una determinada

consecuencia legal, el juez no se limita a aplicarla; y que toda cláusula clara y precisa debe ser interpretada por el juez según el significado "objetivo" que ella tiene en los negocios (*cf.* Rieg, Alfred: *Le rôle de la volonté dans le acte juridique*. París, 1961, pp. 394 y ss.).

Pero sería erróneo pensar que esta doctrina de la "desnaturalización" de las cláusulas claras y precisas deba entenderse en el sentido de vetar en absoluto toda interpretación de tales cláusulas. Aparte de los constantes ejemplos de interpretación de cláusulas supuestamente "claras y precisas" por parte de tribunales de instancia, tanto en Francia como en Bélgica, la verdad es que la casación francesa no ha dejado de admitir el recurso a una interpretación "subjetiva" de cláusulas claras y precisas, cuando razones superiores de justicia o de utilidad social han pesado en su ánimo para convalidar que el juez del mérito haya ido más allá de lo que resultaría de una declaración tomada en su estricta literalidad (*cf.*, Rieg: *op. cit.* pp. 402 y ss.); y que, por lo que respecta a la casación belga, todo parece quedar reducido a la exigencia de que el juez haya motivado suficientemente aquella interpretación suya que se haya apartado de los términos supuestamente claros y precisos (*cf.*, Callatay, Edouard de: *Etudes sur l'interprétation des conventions*, Bruxelles, pp. 45 y ss.).

A diferencia del Código francés (artículos 1.156 a 1.160) del viejo Código Civil italiano de 1805 (artículos 1.131 a 1.139) y del vigente Código Civil italiano de 1942 (art. 1.362 a 1.371), nuestro Código Civil no trae disposición alguna sobre los criterios aplicables a la interpretación de los contratos. Tan sólo en el Código de Procedimiento Civil existe una disposición, introducida en la reforma de 1897, y que corresponde hoy a su artículo 10, el cual reza textualmente: "En la interpretación de los contratos y actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los tribunales atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en miras las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe". Ahora bien, aun si la literalidad de este texto legal pudiera prestarse al argumento de que la interpretación, o dicho con otras palabras: la necesidad de indagar el "propósito o intención de las partes" sólo es necesaria cuando la cláusula presente "oscuridad, ambigüedad o deficiencia", no es menos cierto que un argumento de tal género, por su superficialidad y contrariedad con los principios rectores del derecho contractual moderno, ha sido repudiado unánimemente por la más calificada doctrina jurídica, que no vacila en cambio en sostener que todas las pautas o criterios que se invocan en materia de interpretación de contratos deben conjurarse entre sí, pues son apenas principios dirigidos a facilitar la in-

quisición por el juez de la común intención de las partes cuando ella sea oscura o presente ambigüedad o deficiencia, pero que no es razonable establecer ningún orden de preferencia en lo que respecta a la procedencia de una de tales reglas sobre otras. Con esta observación, es fácil comprender que nuestros exégetas no hayan vacilado en plantearse la cuestión en términos análogos a como se la plantea en Francia o en Italia (*cfr.*, Ramón F. Feo: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, p. 181; y R. Marcano Rodríguez: *Apuntaciones Analíticas al Código de Procedimiento Civil*, Vol. I, p. 72).

Por otra parte, para que la valla de la desnaturalización de una cláusula clara y precisa pudiera interponerse a una u otra interpretación del contrato considerado en la sentencia que se comenta, sería necesario que tal fuera la única regla de interpretación a tomar en cuenta en dicho caso. No era así, sin embargo, pues la regla *in claris non fit interpretatio*, debía ser combinada en el caso al que se refería la sentencia con aquella otra que, inspirándose en Domat, recogen el artículo 1.161 del C. C. francés, el art. 1.136 del C. C. italiano de 1865 y el art. 1.363 del vigente C. C. italiano, y que debe considerarse también implícita en el texto del artículo 10 de nuestro Código de Procedimiento Civil, según la cual *todas las cláusulas del contrato deben interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulta del complejo de todo el contrato.*

La importancia de esta última regla era tanto mayor en el caso en examen cuanto que las *expresiones utilizadas en esa misma cláusula del "anexo", referentes a que dicha garantía sólo permanecería en vigor "hasta tanto 'C' quede desligada de las obligaciones que ha asumido en virtud del contrato (principal)"*, y que como hemos visto ya no era la de pagar a "A" la deuda de "B", pura y simplemente, en calidad de "deudor o fiador solidario" —como afirma la Corte erróneamente y sin motivación alguna—, sino la de obtener la liberación de "B" frente a "A" y frente a la propia "C", en el caso de que llegado el evento condicionante del traspaso de la propiedad de las "acciones" de "A" poseídas por "B" (esto es, la falta de pago de los préstamos por "B"), tales "acciones" se hicieren efectivamente propiedad de "C" o de que fuere cierto, ya que no se realizaría tal evento condicionante (p. ej.: por haber pagado "B" su propia deuda para con "A" antes del vencimiento del término estipulado), *eran también expresiones* —repetimos— *igualmente claras y precisas*, y, por tanto, también a su respecto sería válido el argumento de no ser legítimo desnaturalizarlas en su objetiva significación gramatical.

6. *La configuración de la relación obligatoria garantizada con la prenda como una eventual obligación de regreso*

"Conforme al criterio expuesto es indiscutible, agrega la Corte, aludiendo al párrafo del anexo antes resumido en que se dice: «para garantizar a 'C' la obligación que asume frente a 'A', 'B', por medio de este anexo constituye a favor de 'C' garantía prendaria sobre las acciones de 'A' que tiene en propiedad», que el párrafo ... establece la obligación de 'C' de pagar el monto total del préstamo y de sus accesorios en la eventualidad de que 'B' no cumpliera su obligación al vencimiento del plazo estipulado"... "La obligación asumida por 'C' lo convirtió en deudor solidario, aunque accesorio, por no ser parte directamente interesada en la operación del préstamo...". "En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.240 del Código Civil, *el pago que llegare a efectuar 'C' le daría derecho a repetir íntegramente el monto de la deuda; esto es —como bien lo dice la norma—, que 'C' tendría que ser considerado como un fiador de las obligaciones incumplidas por 'B' "*

"Como 'C' se había constituido en obligado en interés de 'B', era natural —continúa diciendo la Corte— que exigiera y se constituyera a su favor una garantía para responderle de las resultas de las eventuales obligaciones asumidas, que lo colocaba a su vez en la posición de deudor o fiador solidario frente a 'A' en el caso previsto (en el párrafo del contrato principal ya aludido)".

"La modalidad particular adoptada en el caso se explicaría porque *la garantía se daba para una eventual obligación, desde el momento en que 'C' se convertiría en efectivo deudor sólo por el incumplimiento de 'B'*. Pero si 'B' cumplía sus obligaciones, 'C' quedaba a su vez desligado de toda obligación frente a 'A' y desaparecía toda la causa para la subsistencia de la prenda, destinada como estaba ésta precisamente a garantizar la recuperación de los eventuales pagos que estuviere obligado a efectuar 'C' "

Y es en estas secciones subrayadas de los insertados párrafos donde la Corte "desnaturaliza" con una interpretación "subjetiva" las expresiones claras y precisas de la cláusula en que se constituyó la "garantía prendaria" que interpreta. Porque en ninguna parte de esta cláusula ni de las demás del "anexo" o del "contrato principal" o de los demás convenios vinculados, se alude en forma alguna a la posibilidad de *recuperación de los eventuales pagos que estuviere obligado a efectuar 'C'*. De manera que si la Corte se hubiere limitado a una interpretación gramatical de los diversos documentos contractuales vincula-

dos, no habría podido hacer esta afirmación; y si en cambio estaba acudiendo a otros principios de hermenéutica jurídica para extraer válidamente tal conclusión, tenía el deber de haberla motivado.

7. *Critica de esta aseveración*

Lo que se afirma en las cláusulas del "anexo" es tan sólo que en caso de falta de pago de los préstamos recibidos por "B" dentro del término estipulado, "C" pasando a ser propietaria de las "acciones" recibidas por ella de "B" en "garantía prendaria", se convertiría en deudora de las cantidades hasta entonces debidas por "B" a "A" y quedaría obligada a pagarlas en las condiciones que en el caso establecerían libremente entre "C" y "A". Pero estas cláusulas del "anexo" refieren a otras del "contrato principal", en las cuales se lee textualmente que en el momento mismo del traspaso de las "acciones" de "B" a "C", "cesarán todas las obligaciones de 'B' para con 'A' y 'B' no tendrá más responsabilidades u obligaciones derivadas de este contrato".

La sentencia no es clara en cuanto a si esta cláusula quedó no abrogada por el hecho de que las partes hubieren sustituido el inicial mecanismo previsto para que se efectuara el traspaso de "B" a "C", de las "acciones" en cuestión (fideicomiso), por el nuevo mecanismo consistente en el endoso en blanco de dichas acciones y entrega de ellas en depósito a un banco con instrucciones de entregarlas a su vez a "C" al darse el evento previsto. Decimos que no es clara, pues aunque la cuestión de la validez de este mecanismo fue expresamente planteado en la *litis*, el fallo comentado no examina siquiera la cuestión, limitándose a constatar el hecho de haberse desistido del fideicomiso de las "acciones" que se había previsto inicialmente y a afirmar, como consecuencia de ello, lo siguiente: "el fideicomiso de las acciones no llegó a efectuarse. Por tanto, no podía producirse el traspaso de las mismas en plena propiedad a 'C' y debe considerarse que las estipulaciones que se refieren a la cancelación de las obligaciones de 'B' como efecto del cumplimiento del contrato de fideicomiso, perdió toda vigencia".

De esta sola constatación no podía extraerse lo que la sentencia afirma en su siguiente párrafo, a saber: "Según el contrato primitivo, el traspaso de las acciones era la condición cuyo cumplimiento era necesario para que 'C' se convirtiera en deudor de 'A' de las obligaciones que correspondían a 'B' ... Por las reformas posteriores, en cambio, 'C' quedó inmediatamente constituido en deudor o fiador solidario de las obligaciones que como prestataria tenía 'B'...".

¿De dónde se extrae esta conclusión? Porque ninguna de las estipulaciones de las aludidas "reformas posteriores" habla en términos "claros y precisos" de tal constitución de "C" como "deudor o fiador solidario", sino que todas continúan refiriendo la obligación asumida por "C" (y en garantía de la cual se constituye la prenda, a los supuestos previstos en esas cláusulas del "contrato principal" o "primitivo", como lo llama la sentencia), al evento de que "C" se hiciera propietaria de las "acciones" y de que cesaren por ese mismo hecho las obligaciones de "B" frente a "A".

El evento del traspaso de propiedad de las "acciones" siguió siendo, pues, la condición de la obligación de "C" frente a "A", y la obligación de "B", de garantizar frente a terceros la irrevocabilidad de ese pacto de traspasar las acciones en el supuesto de que "C" cancelara sus obligaciones frente a "A", fue precisamente la causa de la "garantía prendaria". El problema planteado entonces, y que la sentencia no se atrevió a encarar directamente, era por tanto este otro: el de si era o no lícito en nuestro ordenamiento positivo la celebración de un negocio de enajenación con fines de garantía bajo la forma de un pacto comisorio, en supuestos distintos a los expresamente prohibidos por los artículos 1.844 y 1.858 del Código Civil, y 542 del Código de Comercio.

8. *El origen histórico de la prohibición del pacto comisorio*

"La responsabilidad real —se lee en el *Derecho Privado Romano* de Jörs y Kunkel, Edit. Labor, Madrid, 91-3, p. 220— tuvo una clara manifestación, sobre todo en el pacto por el cual se atribuía al acreedor el derecho de quedarse con la cosa pignorada (comiso) en el caso de no ser pagado por el deudor (*lex commissoria*). Esta cláusula muy conocida y siempre empleada en el derecho griego, debió ser muy antigua en Roma. La vemos usada todavía en la época clásica en no pocos casos, pero con el tiempo, y sobre todo una vez que se introdujo el derecho de venta de la cosa pignorada, se hubo de poner de manifiesto que el comiso podía llevar consigo un gravísimo perjuicio para el deudor, ya que éste se veía privado de su cosa completamente aun en el caso, relativamente frecuente, de que su valor fuera muy superior al crédito que garantizaba. Y en atención a esto la *lex commissoria* fue declarada nula por Constantino".

De manera análoga se explica esta prohibición por Lepointe y Monier, en *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*. París, 1954, p. 427. Dicen estos autores: "Un medio radical de dar satisfacción al acreedor era admitir la validez de la cláusula de

lex commissoria: a falta de pago al vencimiento por el deudor, el objeto remitido en prenda se hacía propiedad del acreedor prendario que hasta entonces sólo tenía su posesión. Así la prenda se presentaba como una venta bajo condición suspensiva, era una especie de dación en pago. Pero la operación se tornaba muy riesgosa para el deudor, porque él había entregado frecuentemente un objeto de valor muy superior al monto de su deuda y había una grave pérdida para el deudor. Constantino prohíbe este pacto comisorio. En la época clásica, por el contrario, se lo había admitido; Papiniano lo proveía en un texto que nos relatan los fragmentos de Vaticano”.

Por último, el autor italiano Alfredo Palazzo, en su obra, *Pegno Civile e Commerciale*. Milano, 1934, N° 10, p. 23, explica el origen y fundamento del pacto comisorio así: “Por una constitución imperial del año 326 después de Cristo, Constantino (C. 3, Cód. de *pact pign.* 8, 34), en contraste con lo que se admitía en el tiempo anterior, prohibió cualquier pacto que diese al acreedor el derecho de hacer propia la cosa recibida en prenda en el caso de falta de pago; con lo cual anulado el pacto venía a anularse el mismo convenio de prenda, pero no el crédito. Este pacto era denominado *commissorio* (*pactum commissorium* o *lex commissoria*) y se llamaba así porque el acreedor venía amenazado con la pérdida de su derecho (*commissum*). El motivo de la conminatoria de nulidad consistía en el derecho de que se quería tutelar al deudor, el cual, presionado por la necesidad, fácilmente adhería a cualquier pacto que fuese de notable ventaja para el acreedor, que de ordinario pide al deudor una prenda de valor muy superior a la suma prestada”.

9. *Fundamento de la prohibición*

Vemos, pues, que todos los autores citados coinciden en señalar que la razón de ser de la prohibición fue la convicción de la necesidad de defender al deudor contra la violencia del acreedor que se aprovecha de su estado de necesidad para apoderarse de un bien suyo a un precio vil.

Uno de los más conocidos exégetas del Código Napoleón, Troplong, en su célebre obra, *El Derecho Civil explicado según el orden del Código*, en el volumen de la prenda, N° 378, explica el pacto comisorio así: “Es aquel que consiste en la estipulación de si en un determinado tiempo el deudor no retira la cosa que ha dado en prenda, ésta será adquirida de pleno derecho por el acreedor, en pago de lo que se le debe. Este pacto opera una transformación de la prenda en venta. Contiene una venta bajo condición que despoja a la prenda de

sus legítimos fines y los sustituye por una enajenación absoluta sin la concurrencia de compradores; esconde una cláusula penal en razón del no pago de la obligación en el término prefijado”.

Es por tanto la idea de la libertad contractual la que se nos presenta en primera línea a propósito de esta prohibición. Se trata, en efecto, de preservar la libertad del deudor para que el negocio resulte efectiva expresión de su voluntad al evitar que su estado de necesidad económica desvíe el negocio de préstamo de los fines que le son propios (la *soffocatio debitoris*); pero al propio tiempo, por lo mismo que ella se vincula a la protección de la libertad contractual, la prohibición debe mantenerse en sus límites precisos, sin que pueda utilizársela para restringir esa libertad, haciendo un principio general de una limitación que como tal es excepcional.

Tal modo de concebir el fundamento de la prohibición del pacto comisorio aparejaba varias consecuencias prácticas, a saber:

a) Algunos autores señalaban que tan solo el pacto coetáneo al mutuo y a la constitución de la prenda debía estar prohibido, no así el celebrado posteriormente, pues debe suponerse que una vez que el deudor ha obtenido el dinero ya no existe la posibilidad de la *soffocatio debitoris*. Se inclinaban, pues, por la validez del pacto *ex intervallo*, celebrado entre el momento de la asunción de la deuda y el de su vencimiento. Otros objetaban, sin embargo, que esa posibilidad no cesa cuando el deudor accede al pacto llevado por el temor de la ejecución. Esta última opinión ha sido la consagrada en el artículo 2.744 del nuevo Código Civil italiano.

b) Todos estaban, en cambio, conformes en cuanto a excluir la prohibición si el pacto versa sobre el traspaso de la propiedad de la prenda al acreedor según la estimación que se haga de ésta en el momento del incumplimiento. “Aquí no hay ningún peligro —escribe nuestro Luis Sanojo, en sus *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo IV, N° 225, p. 247—, antes bien la estipulación puede resultar ventajosa para el deudor, pues si el acreedor puede hacer rematar la prenda, y si puede hacer posturas hasta por la mitad de la valuación, es claro que será muy legal el convenio de que aquel tome la cosa por todo el valor que se le dé en la estimación. Creemos más: será válido el pacto por el cual se convenga en que el acreedor quede dueño de la cosa por la mitad de la valuación que de ella se haga en el momento en que había de tener lugar el pago, pues de ese modo obtiene el deudor el precio en que podía vendérsela judicialmente conforme a la ley. La venta irrevocable de la prenda por todo su precio o por

la mitad, es un contrato que jamás se ha condenado, y no habría motivo para hacerlo, cuando la venta es condicional, para el caso de que en el plazo estipulado no pague el deudor su deuda”.

c) También debería excluirse la prohibición cuando el pacto consiste en que se atribuya al acreedor la propiedad de una cosa determinada y extraña a la prenda en sí misma. “¿Cómo podría haber un pacto comisorio donde no hay prenda?” —se pregunta Troplong: *op. cit.*, N° 561. Y nuestro Sanojo razonaba así: “Si se atiende bien al caso, se hallará gran diferencia entre esta convención y el pacto comisorio. En éste el acreedor que está ya asegurado con una prenda, no se contenta con estas precauciones, después de estar en posesión de la cosa empeñada, abandona la prenda y sus consecuencias para hacer pasar la cosa a su propiedad. Acumula seguridad sobre seguridad y esa excesiva vigilancia hace temer por el deudor entregado a sus exigencias. No puede, pues, quejarse de las sospechas de la ley el que tantas manifiesta. Menos hay que temer de las redes del acreedor que confía, hasta cierto punto, en el deudor que no se hace dar prendas y que consiente en tomar en pago una cosa que el deudor puede hacer desaparecer. Este acreedor no manifiesta, con esta conducta, la avidez y la áspera cautela del anterior. Nada impide, pues, dar al acto el valor habitual de una dación en pago”.

d) Por último señala Sanojo, *locus cit.*, p. 249: “Otro caso: el deudor ha dado al acreedor un fiador y ha convenido en que éste, si paga la deuda, recibirá en pago cierta cosa que está empeñada al acreedor. Este pacto no tiene nada en común con el comisorio, que atribuye la cosa al prestamista, y por lo mismo es válido. Aquí la persona a quien el deudor promete dar la cosa en pago no le ha dado el dinero, y no se puede decir que el deseo de obtener dinero del fiador ha sido el móvil del consentimiento sobre la venta”. Sanojo repite casi textualmente las mismas palabras de Troplong, *op. cit.*, N° 391, quien cita en su apoyo toda la doctrina del derecho común anterior a la codificación. Esta misma opinión es la de Giorgi: *Teoría de las Obligaciones*, Vol. III, N° 324, p. 399. Tampoco debería explicarse la prohibición cuando el acreedor se obligase a entregar el exceso de valor de la cosa sobre su crédito o cuando la cosa tenga un valor fijo en el mercado. Si la intención del legislador hubiera sido reaccionar contra la amenaza a la libertad del deudor que pueda traducirse en un aprovechamiento por parte del acreedor, desproporcionado a la cantidad de su crédito, debería haberse admitido en nuestro código un principio general de rescisión por lesión, lo que no ocurre.

Algunos autores más recientes han propuesto, sin embargo, una fundamentación adicional para explicar la prohibición del pacto comisorio, a saber: la necesidad de evitar que el patrimonio del deudor sea sustraído a la prenda común de los acreedores y de que se viole el principio de la igualdad de trato entre ellos. Tal, por ejemplo, Chironi, en su *Trattato dei privilegi, delle ipoteche et del pegno*, I, p. 574. Esta idea ha sido apoyada por Carnelutti: "Note sul patto commissorio", *Riv. Diritto Commerciale*, Vol. XIV (1916), p. 887, quien escribe: "el motivo de la nulidad no consiste en absoluto, como lo sostienen algunos escritores, en el defecto de libertad por parte del deudor, sino en la tutela del interés del propio deudor y de los otros acreedores (*quirografarios*), que podría resultar lesionada si el acreedor retuviese el objeto pignorado sin una estimación (dado que normalmente la cosa dada en prenda supera en mucho el valor del crédito garantizado) o lo realizase sin las formas establecidas en la ley (dado que en estos casos es probable que se realice un valor menor del valor real), sustrayéndose así al deudor mismo y por ello a sus otros acreedores una parte del patrimonio mayor de aquella que debiera ser destinada a la satisfacción del crédito pignoraticio o hipotecario".

No es posible negar que esta nueva fundamentación ha sido recogida por el art. 2.744 del Código italiano de 1942, cuando establece la prohibición, no ya a propósito de la sola prenda o de la anticresis, sino en el capítulo relativo a las Disposiciones Generales del Título que trata: "De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial" ¿Pero puede decirse lo mismo de nuestro Código Civil, del Código Civil francés o del viejo Código Civil italiano de 1865?

10. *El problema de la amplitud del ámbito de la prohibición del pacto comisorio*

Ya hemos visto que la prohibición del pacto comisorio no existió en el derecho clásico romano. Por lo que parece, tampoco existió en la época medieval ni en la mayoría de los estatutos regionales italianos anteriores a la codificación (*Cfr.*, Palazzo, *op. cit.*, N° 23, p. 39). La misma fue, sin embargo, objeto de especial consideración por parte de los civilistas del derecho intermedio hasta Pothier y también por parte de los canonistas desde Inocencio III, de quienes en definitiva la tomaron los códigos modernos. Ahora bien, esta misma historicidad de la institución, obliga a que ella sea interpretada en lo que se refiere a nuestro código dentro del más riguroso respeto a la tradición de la cual él forma parte.

Comencemos por hacer notar que el *pignus* romano abarcaba más que nuestra prenda propiamente tal. A juzgar por lo que enseñan ciertos romanistas comprendía no sólo la entrega de una cosa al acreedor a título de garantía, sino también la garantía hipotecaria que no suponía desplazamiento de la posesión y que se constituía mediante simple convención (*cfr.*, Jörs y Junkel: *op. cit.*, § 94, p. 244; Lepointe y Monier: *op. cit.*, pp. 429 y s.). Se comprende, pues, fácilmente que la prohibición del pacto comisorio por Constantino se entendiese abarcar también el mutuo hipotecario. Este fue precisamente uno de los argumentos empleados en Italia para sostener la tesis de la necesidad de pasar por alto el silencio del Código Civil de 1865, al respecto, para extender, a pesar de tal silencio, al mutuo inmobiliario o con garantía hipotecaria, la misma solución que los artículos 1.884 y 1.894 de dicho código traían para la prenda y para la anticresis.

11. *Planteamiento de la cuestión en la doctrina italiana del Código Civil de 1865*

Comentando una sentencia de la casación italiana (de 16-4-45), recaída en los primeros años de vigencia del nuevo Código Civil de 1942, cuyo artículo 2.744 ha modificado notablemente la situación que se daba en el Código Civil de 1865, y que se da todavía en nuestro Código Civil, escribe Giovanni Pugliese: "Nullità del patto commissorio e vendita di patto di riscatto", *Giurisprudenza cass. civ.*, 1945, p. 156, lo siguiente:

La casación ha cambiado con esta sentencia una jurisprudencia a la cual había permanecido fiel por más de veinte años. Indudablemente este cambio habría tenido una mayor resonancia si el mismo hubiera ocurrido años atrás, cuando todavía estaba en vigor el Código Civil de 1865. Habiéndose producido bajo el imperio del Código de 1942, que contiene una disposición correspondiente, al menos en parte, a la nueva orientación de la Corte Suprema, las consecuencias de esta sentencia resultan atenuadas. Pero debe tenerse presente que la decisión se refiere todavía al Código de 1865, en razón de que la relación a que ella se contrae había surgido antes de que entrara en vigor el nuevo Código; así que, aun tomando en cuenta de la influencia del régimen establecido por el Código de 1942 (no llamado en la sentencia), la significación del cambio no puede ser subestimada.

El problema de la validez del pacto comisorio tiene una larguísima historia que no es ignorada por los teóricos ni por los prácticos del derecho, y que no es necesaria repetir. Aquí interesa subrayar principalmente.

limitándonos al período sucesivo a la sanción del Código Civil de 1865, que mientras que era indiscutida —y no podía no serlo— la nulidad del pacto que atañese a una cosa dada en prenda o en anticresis, había sido objeto de debate más en la doctrina que en la jurisprudencia la aplicabilidad de los artículos 1.884 y 1.894, al pacto comisorio relativo a una hipoteca o en general a la atribución condicional en propiedad con fines de garantía de un bien inmueble. Algunos autores habían sostenido que *tales artículos no podían ser extendidos más allá de los casos en ellos contemplados y habían deducido de allí la validez del mutuo pignoraticio inmobiliario*, sobre todo cuando se lo realizase en la forma de una venta con pacto de rescate (*Moscatò*: "La frode alla legge in materia di patto commissorio e i suoi effetti". La legge, 10, 2113; *Rotondi*: Gli atti in frode a la legge, Torino, 1911, pp. 184 y ss.; *Giovene*: Patto commissorio illecito e vendita condizionale lecita, R. D. Co., 11, II, 839; *Butera*: Il patto commissorio nel mutuo ipotecario", G. I., 18, 1, I, 499). Paralelamente por la validez se había pronunciado Cass. Torino, 6.12.02, F. I., 03, I, 288 y, en cuanto el precio de adquisición se debiese determinar en el momento del incumplimiento de la deuda garantizada, Cass. Napoli, 10.2.16, Rep. FI, 16, v. Mutuo 3. *Pero la opinión francamente prevaliente, en especial en la jurisprudencia era que la nulidad del pacto comisorio fuese un principio válido para toda especie de garantía real*: v. por ejemplo, Cass. Napoli, 9.1.04, F. I., 04, I, 342; Cass. Palermo, 17.3.04, *ibid.*, I, 108; Cass. Torino, 20.1.75, F. I., 05, I, 499 (que revela ignorar la precedente sentencia de 1902); Cass. Napoli, 23.2.11, Rep. F. I., 11 v. Mutuo 5-6; App. Milano, 24-4-13; F. I., 13, I, 780; Cass. Firenze, 15.12.13, Rep. F. I., 14, voce cit. 6; Cass. Firenze, 2.7.17, Rep. F. I., 18 voce cit. 2 (otras citas en *Stolfi*: "Patto commissorio ed hipoteca", F. I., 26, I, 285, 21, en F. I., 23. I, 935, en nota a Cass. Roma [Sez. Un.], 28.7.23). Para la doctrina, ver en el mismo sentido *Pacifici Mazzoni*: "Trattato delle ipoteche", Firenze, 1885, II, 3s. *Mirabelli*: "Del Diritto dei terzi", Torino, 1884, I, 596 s.; *Chironi*: "Ipoteca e patto commissorio", R. D. Co., 17, II, 706. Una posición particular ocupaba *Carnelutti*: "Note sul patto commissorio", R. D. Co., 16, II, 887, que mientras no contradecía la eficacia general de los artículos 1.884 y 1.894, excluía su aplicabilidad cuando entre el deudor y el acreedor se hubiese celebrado una venta.

Este era el estado de jurisprudencia práctica y culta cuando se produjo un cambio radical en la orientación de la casación: las Secciones Unidas se pronunciaron en efecto por la validez del pacto comisorio accesorio a un mutuo hipotecario (Cass., Roma., Sec. Unidas, 28.7.23, F. I., 23, I, 935), y esta máxima, confirmada en la primera sentencia de la Casación

única (7.10.24, F. I., 25, I, 63; 23.2.25, Rep. F. I., v. Mutuo 5-6; 28.4.25, *ivi voce cit.*, 7-8), *signó definitivamente el inicio de una orientación de la cual la Corte Suprema no volvió a separarse hasta la sentencia que comentamos*, no obstante la firme oposición de autores como *Albertorio*: "Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario", R. D. Co., 24, II, 33 y *Stolfi*, F. I., 26, I, 282 (favorable en cambio *Sacchi*, G. I., 23, I, 1, 801). Ver entre las más recientes decisiones: Cass., 19.6.42, n. 1719, Mass., F.I., 42, 407; 20.4.42, No. 1.071, *ibid.*, 264; 13.6.41, Rep. F. I., 41 v. Mutuo 6; 5.3.40, F. I., 41, I, 167; 3.5.40, Rep. F. I., 40, v. Mutuo 4; 10.5.40 *ivi voce cit.* 3: 30.4.40, *ivi voce cit.* 5-6. Contrasta con esta orientación general App. Roma, 16.5.39, Rep. F. I., 40, *voce cit.* 10. *La doctrina* a excepción de *Albertorio* y *Stolfi*, ya citados y de *Coviello*: "Delle ipoteche", Foro it., Roma, 1936, 15, N. 1, que no se pronuncia, *se ha mostrado en su mayor parte favorable a este punto de vista* especialmente en sus reflejos sobre la validez de la venta inmobiliaria con pacto de rescate: *Bruggi*: "Limiti del diritto del patto commissorio", R. D. Co., 29, II, 46; *Cariota-Ferrara*: "I negozi fiducieri", Cedam, Padova, 1923, 154 s.; *Rubino*: "Il negozi giuridico indiretto", Giuffré, Milano, 1937, 171 s., *Lordi*: "Istituzione di diritto commerciale", Cedam, Padova, 1943, II, 463 (subrayados nuestros).

Hemos querido citar este erudito y exhaustivo resumen de *Plugiese* para poner de relieve como había sido de controvertida en Italia, a propósito de una situación legislativa análoga a la nuestra, la cuestión de si el principio de la nulidad del pacto comisorio consagrada explícitamente por nuestros artículos 1.844 y 1.858 del Código Civil y 542 del Código de Comercio, por lo que se refiere a la prenda y a la anticresis, admite o no una interpretación extensiva.

La sentencia de 16-4-45, que dio lugar a la crítica de *Plugiese* había pretendido extender al pacto hipotecario pignoraticio la prohibición del pacto comisorio que los artículos 1.884 y 1.894 del viejo Código italiano de 1865 (artículos 1.844 y 1.858 de nuestro Código) referían sólo a la prenda y a la anticresis, para lo cual afirmó —contrariamente a la que había sido hasta entonces la posición de la jurisprudencia italiana que *Plugiese* resume— que dichas normas contenían un precepto general como lo demostraría la inclusión en el nuevo Código de 1942, del artículo 2.744, que extendía la prohibición del pacto comisorio al mutuo hipotecario, atribuyendo así a este nuevo texto legal un carácter interpretativo y no innovativo. En virtud de tal supuesto principio general, se afirmaba que toda realización del crédito que se actuara sin la intervención de la autoridad judicial y que se concretara

en la aprehensión directa de la cosa que formase objeto de la garantía, debía considerarse un hecho contrario a la ley y como tal sancionado con la nulidad.

Publiese escribe, entonces, su estudio para poner de relieve cómo al citado artículo 2.744 del Código italiano de 1942, no puede atribírsele tal supuesto carácter interpretativo y cómo teniendo él un neto carácter innovativo respecto de la situación dada en el Código de 1865, no puede hacerse uso de una interpretación extensiva para declarar nulo con base en los artículos 1.884 y 1.894 del Código Civil italiano de 1865 (1.844 y 1.854 del C. Civ. venezolano), el pacto comisorio anexo a un mutuo hipotecario o a una venta con pacto de rescate.

La crítica de Pugliese influyó ciertamente en un nuevo y ulterior cambio de la jurisprudencia de la casación italiana, que con una nueva sentencia de 1947, rectificó el criterio de la sentencia de 16-4-45, respecto al carácter interpretativo del artículo 2.744 del Código de 1942, y afirmó su carácter francamente innovativo. Decía así esta sentencia: "No se trata de la expansión directa de la norma al caso no mencionado pero tácitamente comprendido (en los artículos 1.884 y 1.894 del Código Civil de 1867), ya que el legislador de 1865, se abstiene intencionalmente de equiparar, a la prenda y a la anticresis, un instituto como la hipoteca, que del resto es totalmente diferente. No ignoraban aquellos codificadores el derecho romano, ni la tradición del derecho común que aplicaba la prohibición del pacto comisorio también al caso de la hipoteca y, si colocados frente a la amplitud de tal prohibición, la mencionaron sin embargo a los solos respectos de la prenda y de la anticresis, el silencio que mantuvieron respecto de la hipoteca significaba que la misma no fue sustraída a la regla (se entiende: de la libertad contractual que animaba al Código de 1865), lo que se desprende también de la Relación Pisanelli y de los trabajos preparatorios de la época" (*Cfr.* Giurisp. Cass. Civ., Sent. N^o 38, p. 160).

Comentando esta sentencia y la errónea postura de la jurisprudencia que pretendió afirmar la existencia de un principio general de tutela al deudor, contra el aprovechamiento de su estado de necesidad por parte del acreedor en el viejo Código de 1865, escribe Francesco Talassano: *Divieto del patto commissorio*, Giurisp. Cass. Civ., 1947, p. 368: "A la tesis que ve en el artículo 2.744 C. C., la interpretación del régimen legislativo precedente se oponen las razones que han sido enunciadas más arriba, para demostrar que en la economía del Código Civil de 1865 no habría sido posible la extensión de las prohibiciones de los artículos 1.884 y 1.894, a contratos distintos de los allí especi-

ficados. Es en tal sentido fundada la observación de Pugliese (en esta Revista XXI, 87), de que «el carácter interpretativo del artículo 2.744 C. C. puede ser reconocido sólo a condición de que la extensión de la norma a la hipoteca era posible en sede de interpretación, vale decir, que la extensión no se resolvería en una aplicación analógica o que ésta en el caso no estaría prohibida». Ahora bien, para excluir estas dos condiciones negativas, o lo que es lo mismo, para afirmar que las prohibiciones contenidas en los artículos 1.889 y 1.894 del Código Civil de 1865, son expresión de un principio general informador de tal codificación, no se puede superar, entre otros, el obstáculo que deriva de lo superfluo que sería la reiteración de tal prohibición por el artículo 1.894, si ésta fuese la expresión de un principio general, pues habría bastado ya la formulación del principio en el artículo 1.884, o sea, apenas en el décimo artículo precedente”.

De manera similar relata la evolución de la casación italiana en la materia Giuseppe Vallillo: “Mutuo ipotecario e patto commissorio”, en *Giurisp. Cass. civ.*, 1947, p. 161, quien, después de hacer constar que la orientación de cierta doctrina y de las casaciones regionales era extender a la venta inmobiliaria con pacto de rescate la prohibición del pacto comisorio, estipulado sólo para la prenda y la anticresis en los artículos 1.884 y 1.894 C. C. it. de 1865, y de que esta orientación fue cambiada desde la sentencia ya mencionada de 1923, permaneciendo inmutable hasta la ya referida sentencia de 1945, que habría venido a corregir bajo el impulso crítico de Pugliese la nueva sentencia de 1947, agrega: “Con la sentencia que se anota (la de 1947), la Casación con Secciones Unidas ha mantenido firme las razones que habían inducido al Supremo Colegio a excluir bajo la vigencia del viejo código, la prohibición del pacto comisorio anexo a un mutuo hipotecario simulado bajo la forma de venta con pacto de rescate y ha atribuido a la norma del artículo 2.744 carácter innovativo y no interpretativo”.

Es de hacer notar, que el artículo 2.744 del nuevo Código Civil italiano consagra la prohibición del pacto comisorio en términos generales para todo contrato en que se constituya una garantía real, así: “Es nulo el pacto por el cual se conviene que a falta de pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pasa al acreedor. El pacto es nulo aun si fuese posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda”.

Esta disposición complementa la del artículo 1.963 de ese mismo Código italiano de 1942 en que, a propósito del contrato de anticresis, se dice: “Es nulo cualquier pacto, aun si es posterior a la conclusión

del contrato, por el cual se conviene que la propiedad del inmueble pase al acreedor en caso de falta de pago de la deuda”.

Comentando las consecuencias de esta nueva redacción de la prohibición en el Código Civil italiano en contraste a la que tenía en el viejo código de 1865, escribe el mismo Vallillo, *op. cit.*, p. 163: “Cada ley refleja en los propios institutos las exigencias históricas de la época en la cual ella ha nacido y de la sociedad en la cual ha sido elaborada, y traduce con expresa inmediatez la realidad ético-jurídica del propio ambiente. No se puede desconocer que el abrogado código estaba inspirado en la impelente exigencia de atribuir a los contratantes la más amplia libertad negocial y de contener ésta dentro de confines bien definidos sólo ante los imperativos de la moral y del orden público. De allí la dificultad de extender al instituto de la hipoteca con un proceso interpretativo de naturaleza indiscutiblemente analógica, la prohibición restrictiva del pacto comisorio establecida para la prenda y la anticresis. Con el nuevo código, si de una parte se ha reforzado la tutela jurisdiccional de los derechos, de otra se ha sancionado el principio de la buena fe en el momento de la formación y de la ejecución del contrato, así como el equilibrio entre la prestación y la contraprestación, de donde la acción dirigida a rescindir el contrato cuando éste asegure a uno de los contrayentes ventajas desproporcionales o inicuas en daño del otro. El nuevo código si defiende al contrayente débil contra el más fuerte (art. 1.447 y 1.448 C. C.), no podía menos que sancionar de nulidad el pacto con el cual el acreedor, aprovechando de la necesidad del deudor, se asegure la propiedad de la cosa que se le ha dado en prenda o en hipoteca para el caso de que no se le satisfaga en el término convenido. Y así, después de haber prohibido el pacto comisorio en la anticresis (art. 1.963), declara en el artículo 2.744, la nulidad del pacto con el cual se establece que a falta de pago del crédito la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pase al acreedor. La tutela del deudor es todavía más enérgica, pues mientras que también en el viejo código muchos autores eran partidarios de la validez del pacto posterior (en el nuevo código), está sancionado de nulidad el pacto comisorio aun si se lo ha convenido después de la conclusión de la anticresis o de la constitución de la prenda y de la hipoteca”.

12. *Posición de la doctrina francesa al respecto*

Si bien la cuestión no parece haber sido objeto en Francia de una consideración tan completa como en Italia, la doctrina y la jurisprudencia francesa en lo que respecta a la interpretación de los artículos

2.078 y 2.088 del Código Civil francés, hace también hincapié en la necesidad de atribuir a estos textos carácter de excepción y de aplicarles una interpretación restrictiva.

Comentando el artículo 2.078 del Código Civil francés, escriben, por ejemplo, Baudry-Lacantinerie y Loynes: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, 2ª ed., París, 1899, N° 128, p. 130, que tal disposición "deroga el principio de la libertad de las convenciones. El tiene como fundamento una presunción legal. Por esta doble razón debe ser interpretado restrictivamente y no puede ser extendido más allá de sus términos".

Escribe también Michel Dagot: *La simulation en droit privé*, París, 1967, N° 96, p. 86, que el pacto comisorio es de interpretación estricta y que la Corte de Casación rehusa extenderla a los contratos que no están directamente contemplados por los textos de los artículos 2.078 y 2.088 del Código Civil y el artículo 93 del Código de Comercio, en especial a la hipoteca. Cita este autor en este último sentido, las siguientes sentencias de la casación francesa: Civ. 13-8-1891: *Lemoureux c. Sous-Comptoir des entrepreneurs*, Sirey, 1892, I, 571; y Civ. 26-12-61: *Percheron c. ep. Carré et autres*, D. 1926, 381.

13. *La situación en la legislación venezolana*

Si se compara el texto del artículo 1.844 de nuestro Código Civil desde su reforma de 1867 (art. 1.671), con sus correspondientes francés e italiano de 1865, se verá que mientras estos últimos permitían que la adjudicación al acreedor se hiciera "hasta la concurrencia de la deuda y según la estimación que se hiciera por peritos", nuestra disposición legal es más rigurosa en cuanto a exigir siempre que cualquier adjudicación al acreedor resulte de un remate judicial.

La razón es que el texto venezolano se inspira más directamente en la redacción del artículo 1.775 del Proyecto de Código Civil para España de don Florencio García Goyena, que en el texto francés o en el italiano.

El texto del Proyecto García Goyena era el siguiente: "Art. 1.775: El acreedor no puede apropiarse de la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella aunque así se hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele, tiene derecho a hacerla vender en subasta pública, o a que se le adjudique, a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematarla con arreglo a la ley".

El texto del Código Civil venezolano, que es sustancialmente idéntico desde 1873, dice así: "Artículo 1.844: El acreedor no podrá apro-

piarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, aunque así se hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele, tendrá derecho a hacerla vender judicialmente. Podrá admitirse al acreedor a la licitación de la prenda que se remate”.

El texto del artículo 1.884 del Código italiano de 1865, difiere de la redacción de nuestro artículo y de la del Proyecto García Goyena. Dice así el texto italiano: “Art. 1.884: El acreedor no puede disponer de la prenda por falta de pago. Tiene sin embargo, el derecho de hacer ordenar judicialmente que la prenda se le asigne en pago y hasta la concurrencia de la deuda según estimación que se haga por peritos, o bien que se venda en remate. Es nulo cualquier pacto que autorice al acreedor a apropiarse de la cosa recibida en prenda”.

Nuestro Código (art. 1.858), al igual que el Código italiano de 1865 (art. 1.894), pero a diferencia del Proyecto García Goyena que no regula la anticresis, contiene todavía otra disposición que ratifica esta misma solución en lo que se refiere al contrato de anticresis. Dice así nuestro artículo 1.858: “Es nula de pleno derecho toda convención que autorice al acreedor a apropiarse del inmueble, caso de no serle pagada la deuda”.

Estas analogías y diferencias entre el texto del Código Civil venezolano y los textos del Proyecto García Goyena y del Código italiano de 1865, se hacen todavía más expresivas cuando se constata que, en materia de hipoteca, el Proyecto García Goyena reitera expresamente la prohibición del pacto comisorio, al decir, en su artículo 1.806, que la citada prohibición contenida en el artículo 1.775 (referente a la prenda), se aplicará igualmente para el caso de la hipoteca. La ausencia de una norma análoga en sus correspondientes legislaciones positivas ha sido precisamente la causa de la jurisprudencia y doctrinas restrictivas que hemos visto aplicar en Francia y en Italia bajo la vigencia del Código de 1865. La situación en Venezuela resulta, pues, todavía más concluyente.

No solo el Proyecto español de don Florencio García Goyena que había servido de fuente de inspiración a nuestro Código Civil de 1867, reiteraba en materia de hipoteca (art. 1.806), la declaratoria de nulidad del pacto comisorio que trae a propósito de la prenda el artículo 1.775 de dicho Proyecto, haciendo así significativo el silencio del Código Civil venezolano de 1867, sino que también hacía lo mismo el proyecto de Código Civil para Venezuela de don Julián Viso. En efecto, el art. 14 de la Ley IV, del Título XVI, del Libro Tercero del Proyecto Viso, expresa literalmente: “Toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la cosa hipotecada es nula. Sin embargo, el primer acreedor

hipotecario es libre para estipular expresamente que en la constitución de la hipoteca, que a falta del pago exacto del capital o de los intereses caídos, estará irrevocablemente autorizado a hacer vender públicamente la parte hipotecada, para con su producto hacerse pago del capital, intereses y costas”.

En esta forma repite el Proyecto Viso, a propósito de la hipoteca, la misma prohibición que había estipulado en materia de prenda de cosas muebles (art. 4º, Ley II, Título XI del mismo libro), y en materia de anticresis (art. 5º, Ley III del citado Título XV). ¿Por qué no hizo lo mismo el codificador venezolano?

Tal vez, por lo que respecta al Código Civil de 1862, pueda argumentarse que nuestro legislador acogió implícitamente la misma norma al decir, en su artículo 19, § 1, Sección II del Título XXI, del Libro Cuarto, lo siguiente: “El acreedor hipotecario tiene sobre las cosas hipotecadas, para hacerse pagar, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”. Pero, ¿por qué se eliminó todavía este texto en nuestros posteriores Códigos, sin que se hiciera tampoco ninguna aclaratoria sobre la extensión al mutuo hipotecario de la prohibición del pacto comisorio?

La intención restrictiva de nuestro legislador no puede ser más evidente.

En la única sentencia sobre esta materia que ha dictado nuestra casación, a saber, la sentencia de 3-5-40, de la antigua Corte Federal y de Casación, *Memoria 1941*, p. 89, se refleja claramente este restrictivo criterio de interpretación. Dice así este fallo:

Las prescripciones de los artículos 547 del Código de Comercio, y 1.921 del Código Civil, prohibiendo toda estipulación en virtud de la cual el acreedor pueda apropiarse la prenda, o sea, el pacto comisorio, han tenido por objeto proteger al deudor que, apremiado por la necesidad en el momento de la celebración del contrato, que expuesto a ser víctima de cualquier maquinación por parte del acreedor para obligarle a desprenderse de la cosa dada en prenda, cuyo valor, generalmente, es superior a la obligación que garantiza. Pero es en el momento del contrato que el deudor requiere la protección de la ley contra la presión que pueda ejercer el acreedor en tal sentido; *una vez vencido el término de la obligación, la previsión legislativa carece de objeto, ya que no cabe invocarla ni puede hablarse de renuncia a una garantía legal, puesto que no existe ya el temor de que el deudor sea constreñido moralmente por el acreedor, para quien ha surgido el derecho de hacer vender judicialmente la cosa recibida en prenda y tomar parte en la licitación de la misma, de acuerdo*

con el artículo 1.921 del Código Civil. En el caso de autos, el actor Olivares, vencida la obligación que tenía contraída con el demandado firmó un mandato, que quedó reconocido legalmente en el proceso, autorizando a un Corredor Público para vender por un precio determinado las acciones del Central Venezuela que tenía dadas en prenda a su acreedor, y abonar a éste su valor, realizando el mandatario la venta con el mismo acreedor de Olivares y al declarar los sentenciadores la validez de esta enajenación, fundándose en que *no existía ninguna disposición que prohibiera la venta al acreedor prendario*, se atuvieron a los principios legales, dando a los denunciados artículos 547 y 1.921, la interpretación admitida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que *la prohibición legislativa referente al pacto comisorio se contrae solamente a los celebrados entre el deudor y el acreedor prendario con anterioridad al vencimiento de la obligación, debiendo en consecuencia considerarse válida la venta hecha con posterioridad al vencimiento, ya que no consta que se hubiera efectuado en fraude de la ley* (subrayado nuestro).

14. *Inadmisibilidad de la tesis que ve en el pacto comisorio un negocio típico de enajenación con fines de garantía, que como tal estaría prohibido*

Es verdad que el pacto comisorio, entendido como negocio de enajenación con fines de garantía se muestra susceptible de alcanzar una expansión que va más allá de su aplicación a la prenda o a la anticresis, como lo revelan los mismos supuestos lícitos de la venta con pacto de rescate, de la venta con reserva de dominio y del fideicomiso admitido hoy en nuestra legislación en virtud de una ley especial, pero la constatación de tal fuerza expansiva del "pacto comisorio" (así entendido como supuesto típico), no basta para demostrar que la prohibición contenida en los citados artículos 1.844 y 1.858 del Código Civil, y 542 C. Com. tenga esa misma fuerza expansiva.

La doctrina que ve en la prohibición del pacto comisorio no tan solo una norma de excepción aplicable al pacto anexo a una prenda o a una anticresis, sino que concibe al pacto comisorio como un contrato típico en sí mismo, cuya causa sería la transferencia de la propiedad con fines de garantía, y que, como tal, estaría prohibido con independencia de su accesoriidad a un contrato de prenda o a un contrato de anticresis, alega que los artículos 1.844 y 1.858 del Código Civil contienen la expresión incompleta de un principio general que debe ser interpretado extensivamente. Alega por ello mismo que el precepto genérico que estos dos artículos reiterarían, implica no sólo la nulidad del pacto "real" de comiso (esto es, aquel en que el acree-

dor ha adquirido *ab initio*, la propiedad de la cosa), sino también del pacto "obligatorio" de comiso (caracterizado éste por el hecho de convenirse simplemente en que el acreedor tenga, en caso de no ser satisfecho en el término legal, una mera pretensión dirigida a la transferencia de la propiedad de la cosa).

Si esta doctrina fuere fundada, la aplicación de la prohibición del pacto comisorio contenida en los citados artículos 1.844 y 1.858 C. Civ., y 542 C. Com., a situaciones no contempladas en la letra de dichas disposiciones debería proceder por un procedimiento de simple analogía. Encontrado el común elemento de hecho que habría sido la causa determinante en las tres aludidas disposiciones legislativas, sería fácil ascender al principio informador de dichas normas (la *ratio legis*), que se nos mostraría así igualmente apto para regular casos no contemplados. *Ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*.

Ese elemento común se ha buscado por algunos en la ya mencionada idea de la *soffocatio debitoris*. Contra semejante pretensión se ha objetado, sin embargo, que si en verdad tal idea estuviese en la base de nuestra legislación positiva, resultaría inexplicable, porque la protección al deudor se habría sancionado en los supuestos artículos 1.884 y 1.858 C. Civ., y 542 C. Com., con una nulidad radical o absoluta, cuando nuestro vigente Código Civil ha considerado inadmisibles recoger en sus textos la teoría de la lesión en su formulación general y apenas si la ha consagrado como base para una simple acción por rescisión en las restringidísimas hipótesis de los artículos 1.120 (lesión en la partición que exceda de un cuarto de la cuota hereditaria), y 1.496 - 1.497 (lesión en más de una veinteava parte), no obstante que los supuestos de la lesión tendrían todos en común la aludida idea de la *soffocatio debitoris*.

Tampoco la complementaria idea de la salvaguarda de los derechos de los acreedores alcanza a cubrir esta deficiencia. ¿Por qué, en efecto, se habría sancionado en dichos textos legales tal atentado a la igualdad entre los acreedores con una nulidad radical o absoluta, cuando por lo general la ley sanciona dichos atentados con una mera inoponibilidad o ineficacia relativa (p. ej.: arts. 1.280 y 1.281 C. C.)?

La circunstancia de que el legislador haya admitido además la validez de la venta con pacto de rescate, de la venta con reserva de dominio y ciertos supuestos de enajenaciones fiduciarias, hacen todavía más dudosa tal postulada prohibición del pacto comisorio entendido como figura típica.

El artículo 1.844 C. C., dice: "El acreedor no podrá apropiarse de la cosa recibida en prenda...". El art. 1.855 C. C., establece como su-

puesto de la anticresis la entrega de la posesión del inmueble al que ella se refiere, y es en conexión con él que el artículo 1.858 C. C., se refiere a la nulidad de la convención "que autorice al acreedor a apropiarse el inmueble". El artículo 542 C. Com., habla también de la nulidad de "toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse de la prenda". Las concretas referencias al "acreedor", a la recepción de la "prenda" o de la "anticresis" y, en fin, la idea de "cláusula" introducida en el Código de Comercio en conexión con una tradición que ve en el pacto comisorio prohibido algo *accesorio* a un otro contrato principal y no un contrato tipo en sí mismo, todo ello es demasiado significativo como para que pueda ser pasado por alto así sin más.

Hemos mostrado precedentemente, cómo una interpretación histórica de las normas que en el ordenamiento positivo venezolano consagran la prohibición del pacto comisorio *accesorio a la prenda o a la anticresis*, revela la muy clara intención de normas excepcionales que corresponderían a los artículos 1.844 y 1.959 del Código Civil, más evidente aún que la que les ha sido reconocida a sus antecedentes en los ordenamientos italiano y francés. En presencia de todo esto no cabe, pues, sino admitir la ineludible interpretación restrictiva de los citados textos que en nuestra legislación consagran la prohibición del pacto comisorio.

15. Conclusiones

Se ve, pues, con cuánta razón observaba Sanojo que la prohibición no puede extenderse al supuesto en que "el deudor ha dado al acreedor un fiador y ha convenido en que éste, si paga la deuda, recibirá en pago cierta cosa que está empeñada al acreedor" (*cf. supra* 9, letra d); y por lo mismo, es todavía más evidente que no puede predicarse tal extensión a un supuesto como el que fue objeto del fallo de la Corte, en el cual el deudor conviene con un tercero (que ni siquiera es un fiador presentado por él a su acreedor), a cambio de que éste asuma su deuda para con su acreedor en caso de que él no pueda pagársela en un cierto término (con efecto novatorio respecto de la obligación precedente), en transferirle la propiedad de unas "acciones" cuyos títulos endosados en blanco habían sido depositados en manos de un otro tercero.

Por todo lo dicho resulta evidente que, aun si en las estipulaciones del negocio al que se refiere la sentencia se viere la simulación de un negocio de constitución de prenda, tal negocio "real" sería la constitución de una prenda a favor del deudor delegado (C) que ha aceptado la delegación que se le hace y se ha obligado hacia el acreedor

delegatario (A) por invitación del antiguo deudor (B) que resultará así liberado en el evento condicionante de tal delegación novatoria. No se trata en ningún caso de autorización alguna dada al acreedor prendario de apropiarse de la prenda en el momento de hacer exigible la obligación de quien ha dado la prenda, sino al contrario: en el momento de extinguirse tal obligación, precisamente por asumirla entonces el deudor delegado.

DERECHO MILITAR

STATUS JURIDICO DEL MILITAR DE CARRERA

LEOPOLDO PALACIOS

SUMARIO

A manera de introducción. 1. La carrera militar. 2. Cómo se ingresa a la milicia. 2.1. *El Oficial*. 2.1.1. El Oficial efectivo. 2.1.2. El Oficial de reserva. 2.1.3. El Oficial asimilado. 2.1.4. El Oficial honorario. 2.2. *El Suboficial*. 2.3. *Clases y soldados*. 3. Situación del militar dentro de las Fuerzas Armadas. 3.1. *El Militar efectivo*. 3.1.1. El Militar efectivo en actividad. 3.1.2. El Militar efectivo en comisión. 3.1.3. El Militar efectivo prisionero. 3.1.4. El Militar efectivo enfermo. 3.1.5. El Militar efectivo con licencia. 3.2. *El Oficial en disponibilidad*. 3.3. *El Oficial en situación de retiro*. 4. Vinculación de las Fuerzas Armadas al Ministerio de la Defensa. 4.1. Las Fuerzas Armadas están al servicio del Estado. 4.2. Organos de Comando de las Fuerzas Armadas. 5. Régimen jurídico al cual está sometido el militar de acuerdo con su situación dentro de las Fuerzas Armadas. 5.1. Régimen jurídico del Oficial Efectivo Activo. 5.2. Régimen jurídico del Oficial en Disponibilidad. 5.3. Régimen jurídico del Oficial en Retiro.

I

A manera de introducción

El Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, a través de su ilustre director, el administrativista doctor Allan R. Brewer-Carías, nos ha hecho el honor de invitarnos a participar con un trabajo en el "Libro Homenaje al muy ilustre y distinguido profesor Eloy Lares-Martínez", invitación esta que hemos aceptado con especial agrado, por dos razones fundamentales, a saber: a) la distinción que para nosotros representa que nuestro nombre figure al lado de un nutrido grupo de distinguidos juristas en una obra de esta naturaleza, y b) rendir homenaje al profesor Lares-Martínez, quien, sin lugar a dudas, es uno de los pioneros y fundadores de los estudios del Derecho Administrativo en Venezuela, con bases científicas y en especial, dirigidos a nuestro propio acontecer.

Escribir en honor al doctor Lares-Martínez constituye para nosotros, sin lugar a dudas, no sólo un privilegio, sino además, una oportunidad de dejar impreso lo que muchas veces hemos dicho, antes, en nuestra Cátedra de Derecho Administrativo en la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación (1960 - 1974), y desde 1960 hasta ahora, en la Universidad Santa María, sobre la persona de este ilustre venezolano y de su contribución a la enseñanza y difusión del Derecho Administrativo en el país; pero más que su obra —que ya de por sí enorgullecería a cualquier persona— siempre hemos admirado en él su humildad, su prudencia y honestidad, virtudes éstas hoy día tan escasas en un mundo convulsionado por la distorsión de los valores y en el cual sólo cuentan el dinero y el poder, no importa el precio que se haya tenido que pagar por ello. En Lares-Martínez, como en el maestro Luis Loreto Hernández, se cumple a cabalidad el espíritu de un cuarteto que aprendimos en épocas ya lejanas y cuya estructura no recordamos a ciencia cierta, pero que dice más o menos así: "El río cuanto más hondo, aparece más sereno y a medida que es más hondo, oculta mejor el fondo". Así es don Eloy Lares-Martínez, "hondo y sereno", como todo sabio, como todo hombre de bien que tiene conciencia de cuanto vale y de qué es capaz. Así es el río Orinoco: hondo, sereno, callado; pero interiormente grandioso por su contenido, por su caudal, por todo cuanto es y representa para Venezuela. Por el contrario, nuestros ríos llaneros, con muy pocas excepciones, son secos en verano, pero apenas recogen un poco de agua por las lluvias, se hacen escandalosos, dañinos, al igual que muchos hombres que de por sí son estériles, por propia constitución, incapaces de hacer nada honesto o noble; pero a quienes, cuando, por desgracia, se les da o piensan tener dinero o poder se convierten en ríos llaneros: insolentes, peligrosos, devastadores.

II

Pensamos que este trabajo no estaría completo si no explicáramos el motivo que lo inspiró.

Para el momento de escribir estas notas, cursa por ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, un juicio de nulidad de una Resolución de la Contraloría General de la República que, a nombre de un cliente nuestro, hoy general retirado, intentamos por ante dicho alto tribunal. El caso es el siguiente: Nuestro cliente fue declarado responsable en lo administrativo por dicha Contraloría por haber adquirido un inmueble del Instituto de Previsión Social de las F.A.N., siendo, como era, para el momento de realizar dicha operación

de compraventa, miembro del Consejo Directivo del mencionado instituto. Dicho organismo consideró que aquél no podía realizar tal negocio jurídico, en razón de encontrarse incurso dentro de las prohibiciones previstas en el ordinal 4º del artículo 1.482 del Código Civil, ya que, en concepto del referido órgano contralor, el ejercicio del cargo de miembro del Consejo Directivo en cuestión, constituye un destino o cargo público y sus titulares tienen el carácter de empleados públicos.

El suscrito sostiene el criterio que los militares efectivos en situación de actividad, en ningún caso, son empleados públicos y en consecuencia, no les son aplicables las normas jurídicas de carácter civil, puesto que su condición y actividad se rige, exclusivamente, por las leyes y reglamentos de naturaleza castrenses. Concretamente, en el caso *sub-judice*, nuestro cliente accedió a ser miembro del Consejo Directivo del IPSFAN porque era Comandante de Fuerza, y era Comandante de Fuerza por ser militar efectivo en situación de actividad, todo ello de conformidad con el artículo 7º del Estatuto Orgánico de dicho instituto, en concordancia con los artículos 7º, 237, 242 y 246 de la Ley Orgánica de las F.A.N. De allí, pues, que el presente trabajo va dirigido a estudiar, fundamentalmente, el *status* jurídico de los militares efectivos en situación de actividad.

1. *La carrera militar*

Cuando se habla de la "carrera militar", se hace para diferenciar esta muy específica profesión de cualquier otra, bien sea de naturaleza civil o religiosa. Hasta el siglo pasado y muy entrado el presente, se hablaba normalmente de las "carreras" o profesiones de naturaleza civil, militar y eclesiástica, por lo menos en nuestro mundo occidental. Hoy día es difícil encasillar en estos tres estancos las diversas actividades que el adelanto científico y técnico ha puesto al servicio del hombre. En efecto, ya los términos "civil" y "eclesiástico" no tienen la misma connotación que en épocas pasadas; mientras que el término "militar" mantiene su mismo significado y, si se quiere, con un contenido y alcance mucho mayor.

La expresión "carrera militar" o "castrense" está destinada a distinguir a los profesionales de las armas; esto es, a quienes por vocación o cualquier otra razón, han hecho de la "carrera de las armas" una profesión, para muchos de ellos científica o técnica.

De allí, pues, que siendo, como es, la carrera militar una profesión, sus profesionales son aquellos hombres y mujeres a quienes el Estado les ha reconocido tal condición, previo el cumplimiento de los

extremos exigidos en las leyes especiales que rigen la materia militar; igual como sucede con cualquier otro profesional que forme parte de una carrera de naturaleza civil o religiosa.

Hechas las anteriores consideraciones y a fin de precisar en lo posible el *status* jurídico de los profesionales de las armas, hemos creído conveniente analizar, a la luz de la especial normativa que rige esta actividad, el concepto legal de quiénes son militares o profesionales de las armas; las diversas situaciones en que éstos, en un momento determinado, pueden encontrarse dentro de la profesión; en fin, toda la problemática que reviste la condición militar y, en especial, la naturaleza de la función que las Fuerzas Armadas y por supuesto, sus integrantes, cumplen dentro de la estructura del Estado.

2. *Cómo se ingresa a la milicia*

Aun cuando el título de este aparte es muy amplio, queremos advertir que, por la propia finalidad de este trabajo, sólo nos vamos a referir, en principio y con algún detenimiento, a la oficialidad que integra las Fuerzas Armadas Nacionales y un tanto, tangencialmente, a los suboficiales, clases y soldados.

2.1. *El Oficial*

De acuerdo con expresas disposiciones de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, es Oficial de cualquiera de las cuatro Fuerzas que integran las Fuerzas Armadas del país, los alumnos que terminan satisfactoriamente sus estudios en la respectiva Escuela o Academia Militar, hoy Institutos Universitarios, y de la cual egresan con el grado de Subteniente o Alférez de Navío, según hayan cursado en la Academia Militar, Escuela de Aviación y Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación o en la Escuela Naval de Venezuela. Esto es, que los alumnos egresados de una de las tres Escuelas nombradas en primer término, obtienen su primer Despacho de Subtenientes y los de la Escuela Naval, de Alférez de Navío, que es su equivalente en la jerarquía correspondiente (artículos 598 y 734 LOFAN).¹

El Oficial de carrera inicia su vida militar con su ingreso a la respectiva Escuela o Academia y la primera jerarquía que obtiene es la

1. También es Oficial el profesional civil o eclesiástico que se incorpora a las FF. AA.NN. en condición de asimilado (artículo 244 y 284 LOFAN), y aquellos elementos de Tropa a quienes, por el grado y espíritu militar, previo el cumplimiento de las exigencias de la ley de la materia, se les ascienda a tal jerarquía (artículo 607 *ejusdem*).

de Cadete, que le es conferida por el Ministerio de la Defensa a los aspirantes que reúnan los requisitos señalados en los correspondientes Reglamentos de Admisión. El alumno mantiene el rango de Cadete durante los dos primeros años de sus estudios y al tercero se le confiere la jerarquía de Brigadier, y en el cuarto, la de Alférez o Guardiamarina, según pertenezca a una u otra rama de las Fuerzas Armadas (artículos 593 y 731 LOFAN).

Para ascender a Subteniente o Alférez de Navío, el Alférez o Guardiamarina, respectivamente, deberá cumplir los siguientes requisitos: a) ser venezolano y haber cumplido 21 años de edad;² b) comprometerse a servir cuatro años consecutivos en el caso de las Fuerzas de Tierra y Aire, y cinco, en el caso de la Armada, y a no contraer matrimonio durante el lapso de tres años, contado a partir del primer Despacho de Oficial; c) haber terminado satisfactoriamente sus exámenes finales en la Academia o Escuela correspondiente, y d) reunir las condiciones físicas necesarias para el respectivo servicio (artículos 634 y 749 LOFAN).

Para ascender de Subteniente a Teniente, el Oficial debe tener: a) una antigüedad de tres años con el grado de Subteniente, de los cuales dos, por lo menos, en el servicio de Tropa; b) haber observado y mantenido durante todo este tiempo un excelente espíritu militar y conducta intachable; c) tener aptitud física, debidamente comprobada, y d) haber aprobado los exámenes de conocimientos teóricos al mando de una Sección o Pelotón (artículo 638 LOFAN). Para el ascenso de Alférez de Navío a Teniente de Fragata, se requiere que el interesado cumpla los siguientes requisitos: a) haber servido tres años en el grado de Alférez de Navío; b) haber navegado el número de millas que determine el programa de examen para optar a dicho grado y aprobar las materias teóricas y prácticas que señale el mismo programa; c) tener aptitud física para la vida de abordaje, y d) tener excelente espíritu militar y conducta intachable (artículo 753 LOFAN).

Para ascender de Teniente a Capitán, es necesario que el interesado cumpla con los siguientes extremos: a) tener reconocidos cuatro años de servicios como Teniente, de los cuales dos, por lo menos, prestados en Tropa; b) haber obtenido calificaciones favorables; c) tener excelente espíritu militar y conducta intachable; d) tener apti-

2. La previsión del legislador, en el sentido de que el Alférez o Guardiamarina haya cumplido 21 años para expedirle el Despacho de Subteniente o Alférez de Navío, se debe al contenido del artículo 18 del Código Civil de 1942, que establece el límite de 21 años para la mayoría de edad, oportunidad cuando el sujeto se hace capaz para todos los asuntos o negocios jurídicos de naturaleza civil. La mayoría de edad fue rebajada a 18 años en el Código de 1982.

tud física, debidamente comprobada, y e) ser aprobado en el examen de demostración de conocimientos teóricos y prácticos correspondientes al mando de una Compañía, Escuadrón, Batería o Escuadrilla (artículo 639 LOFAN). Para ascender de Teniente de Fragata a Teniente de Navío, se requiere que éste cumpla los siguientes requisitos: a) haber servido durante cuatro años en el grado de Teniente de Fragata; b) haber navegado el número de millas que determine el programa de examen para optar el grado inmediatamente superior, de las cuales, la mitad, por lo menos, con mando de unidades y haber aprobado las materias teóricas y prácticas que señale el mismo programa; c) tener aptitud física para la vida de abordo, y d) tener excelente espíritu militar y conducta intachable.

Para ascender de Capitán a Mayor, el interesado debe reunir los siguientes requisitos: a) tener reconocidos cuatro años de servicios como Capitán, de los cuales, tres por lo menos, prestados en Tropa; b) haber obtenido calificaciones favorables; c) tener excelente espíritu militar y conducta intachable; d) tener aptitud física, debidamente comprobada, y e) haber aprobado el examen de demostración de conocimientos teóricos y prácticos correspondientes al comando de Batallón o Grupo (artículo 64 LOFAN). Para ascender de Teniente de Navío a Capitán de Corbeta, el Oficial debe cumplir las siguientes exigencias: a) haber servido cuatro años en el grado de Teniente de Navío, dos de los cuales, por lo menos, en el mando de unidades; b) tener excelente espíritu militar y conducta intachable; c) tener aptitud física para la vida de abordo; d) haber obtenido calificaciones favorables de sus superiores jerárquicos y de la Junta Calificadora, compuesta por el Inspector General de las Fuerzas Armadas, el Jefe de Estado Mayor General, dos Oficiales Superiores de la Armada de mayor graduación y la cual Junta Calificadora debe ser presidida por el Ministro de la Defensa (artículo 756 LOFAN).

Para ascender de Mayor a Teniente Coronel, el interesado debe cumplir las siguientes exigencias: a) tener reconocidos cuatro años de servicio como Mayor, de los cuales, tres por lo menos, en Tropas; b) haber obtenido calificaciones favorables de sus superiores jerárquicos y de la Junta Calificadora de Mayores, compuesta por el Inspector General de las Fuerzas Armadas, el Jefe del Estado Mayor y dos Oficiales Generales o Superiores, de mayor graduación, cuya Junta Calificadora deberá ser presidida por el Ministro de la Defensa; c) tener excelente espíritu militar y conducta intachable, y d) tener aptitud física, debidamente comprobada (artículo 641 LOFAN). Para ascender de Capitán de Corbeta a Capitán de Fragata, se requiere que el interesado

cumpla con los siguientes requisitos: a) que haya servido cuatro años en el grado de Capitán de Corbeta, de los cuales, dos por lo menos, con mando de unidades; b) tener excelente espíritu militar, conducta intachable y aptitud física para la vida de abordó (artículo 757 LOFAN).

Para ascender de Teniente Coronel a Coronel, deben cumplirse las siguientes exigencias: a) tener reconocidos cuatro años de servicios como Teniente Coronel, de los cuales, dos por lo menos, en Tropas y como instructor en Planteles Militares; b) haber obtenido calificaciones favorables de sus superiores jerárquicos y de la Junta Calificadora de Tenientes Coroneles, compuesta por el Inspector General de las Fuerzas Armadas, el Jefe del Estado Mayor General, dos Oficiales Generales o Coroneles y la cual Junta debe estar presidida por el Ministro de la Defensa; c) tener excelente espíritu militar, conducta intachable y dotes especiales de mando, asiduidad en el servicio y competencia profesional, y d) tener aptitud física, debidamente comprobada (artículo 642 LOFAN). Para ascender de Capitán de Fragata a Capitán de Navío, se requiere: a) haber servicio cuatro años en el grado de Capitán de Fragata; b) tener aptitud física para la vida de abordó; c) reunir las condiciones morales y profesionales necesarias para el desempeño de tan alta jerarquía (artículo 757 LOFAN).

Para ascender de Coronel a General de Brigada, es necesario que el interesado reúna las siguientes condiciones: a) que tenga reconocidos cuatro años de servicio como Coronel, de los cuales dos, por lo menos, en Tropa o en un mando de alta jerarquía; b) haber obtenido calificaciones favorables; c) tener excelente espíritu militar, conducta y moralidad intachables y dotes especiales de mando, consagración al servicio y competencia profesional para el desempeño de tan alta jerarquía, y d) tener aptitud física, debidamente comprobada (artículo 643 LOFAN).

Para ascender de Capitán de Navío a Contralmirante, el interesado debe cumplir con los siguientes requisitos: a) haber servido cuatro años en el grado de Capitán de Navío; b) tener aptitud física para la vida de abordó, y c) reunir las condiciones morales y profesionales necesarias para el desempeño de tan alta jerarquía (artículo 758 LOFAN).

Los ascensos a General de División y General en Jefe serán conferidos, teniéndose en cuenta la capacidad militar del interesado, la antigüedad en el servicio, su moralidad indiscutible y los hechos de armas distinguidos que haya ejecutado (artículo 644 LOFAN). Para el ascenso a Vicealmirante y Almirante, también deben tenerse en cuenta los mismos elementos exigidos para los ascensos a General de División y General en Jefe (artículo 759 *eiusdem*).

2.1.1. *El Oficial Efectivo*

A tenor de expresas disposiciones de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, los grados militares y navales se conceden por rigurosa escala jerárquica, ya sea por mérito o por antigüedad (artículo 123 LOFAN) y comprenden las categorías de Efectivo, de Reserva, Asimilados y Honorarios (artículo 124 *eiusdem*).

Sólo pueden ser militares efectivos: a) los venezolanos por nacimiento, en la jerarquía completa; b) los venezolanos por naturalización, hasta el grado de Coronel o Capitán de Navío, y c) los extranjeros, a quienes se les haya otorgado el grado correspondiente mediante una ley especial (ordinal 1º del artículo 124 LOFAN).

Los grados de Subteniente, Teniente, Capitán, Mayor y Teniente Coronel y sus equivalentes navales, a saber: Alférez de Navío, Teniente de Fragata, Teniente de Navío, Capitán de Corbeta y Capitán de Fragata, serán conferidos por el Presidente de la República, de acuerdo con la respectiva ley y sus reglamentos. Los grados de Coronel, General de Brigada, General de División y General en Jefe y sus equivalentes en las Fuerzas Navales, a saber: Capitán de Navío, Contralmirante, Vicealmirante y Almirante, serán conferidos por el Presidente de la República, previa autorización del Senado (ordinal 5º del artículo 150 de la Constitución Nacional y artículo 127 LOFAN).³

Cada grado se adquiere mediante la expedición del Despacho correspondiente y sólo se pierde cuando así lo decidan los tribunales militares por sentencia firme, dictada al efecto, por la cual se imponga a quien le ha sido otorgado aquél, penas de degradación o expulsión (artículos 128 y 132 LOFAN). El Despacho confiere a su titular un carácter profesional permanente y el derecho a figurar en el escalafón militar o naval, con la situación correspondiente (artículos 135 y 136 LOFAN), lo cual le da derecho a un empleo dentro de las Fuerzas Armadas, según las necesidades del servicio y la capacidad del interesado. Para ello habrá de tenerse en cuenta, además, la antigüedad con relación a la de otros oficiales que presten servicios en la misma unidad o dependencia militar o naval (artículos 239 y 140 LOFAN).⁴ El empleo dentro de las Fuerzas Armadas se otorga en las categorías de titular,

3. No existe una ley especial sobre ascensos. La ausencia de una normativa que regule tal materia, ha dado lugar a que, en muchos casos, los ascensos al grado jerárquico inmediatamente superior, después de Teniente Coronel o Capitán de Fragata, se hayan manejado con criterio político, a pesar de la prohibición contenida en el artículo 172 LOFAN, con las consecuencias que ello implica en la justa y recta aplicación de los principios que deben informar los ascensos militares.

4. Véanse los artículos 175 y 633 LOFAN.

interino y accidental, en atención a las necesidades del servicio y el grado y capacidad profesional del beneficiado.⁵

Dicho lo anterior, conviene señalar que el Oficial efectivo es aquél que tiene un empleo dentro de las Fuerzas Armadas y de acuerdo con el artículo 242 de la ley respectiva, pertenecen a esta categoría los Oficiales Permanentes de Carrera, ya sean egresados de las Escuelas o Academias Militares o de la Escuela Naval, o establecimientos o de ejércitos extranjeros, o procedentes de los cuerpos de tropas, provistos del correspondiente Despacho y ascendidos conforme a las previsiones de la ley. Esta categoría de Oficial puede encontrarse, a tenor del artículo 245 *ejusdem*, en cualquiera de estas tres situaciones: actividad, disponibilidad o retiro, y cuando está en servicio activo deben obedecer las órdenes de sus superiores en todo lo relativo al servicio y, por supuesto, cumplir estrictamente lo prescrito en las leyes y reglamentos que rigen su profesión (artículo 16 *ejusdem*).

2.1.2 *El Oficial de Reserva*

Como lo indica su nombre, el Oficial de Reserva no es un profesional activo; no ha hecho de la carrera de las armas su profesión definitiva y procede, en el caso de las Fuerzas de Aire y Tierra, de los Sargentos Ayudantes y Sargentos Primeros, y en el caso de la Armada, de sus equivalentes en jerarquía, que antes de ser dados de baja o licenciados del servicio militar, hayan aprobado el examen *ad-hoc*, para ser ascendidos al grado de Subteniente (artículo 243 LOFAN). En la Armada, los Oficiales de Reserva proceden: a) del personal de oficiales de la Marina Mercante que hayan recibido instrucción especial, y b) de los Maestros Mayores que antes de ser dados de baja o licenciados, sean aprobados en el respectivo examen para ser ascendidos al grado de Alférez de Navío de Reserva (artículo 740 LOFAN). También pertenecen a esta categoría los aspirantes a Oficiales de Reserva, quienes sigan los cursos especiales que determine el Ministerio de la Defensa y resulten aprobados en el examen respectivo (artículo 604 LOFAN).

El Oficial de Reserva sólo podrá ser ascendido, en el caso de las Fuerzas de Aire y Tierra, hasta el grado de Capitán de Reserva, y en el caso de la Naval, al grado de Teniente de Navío de Reserva, en las mismas condiciones de antigüedad y méritos que los Oficiales efectivos (artículos 609 y 741 LOFAN).

5. Véase el artículo 140 LOFAN.

2.1.3. *El Oficial Asimilado*

Se entiende por Oficial Asimilado, de acuerdo con el artículo 244 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, los civiles profesionales o especialistas, que reciban empleo a elección del Presidente de la República, para desempeñar temporalmente funciones de Oficiales en las unidades, servicios o dependencias de las Fuerzas Armadas.

2.1.4. *El Oficial Honorario*

No define la ley quién es Oficial Honorario, pero se da por descontado que el mismo es el Oficial extranjero a quien por razones de servicios prestados a la institución armada nacional o por relevantes méritos en su profesión, se hace acreedor al Despacho del grado correspondiente dentro de las Fuerzas Armadas Nacionales.

2.2. *El Suboficial*

El Suboficial es el individuo que, previa la aprobación de los exámenes correspondientes, pasa a prestar sus servicios en las Fuerzas Armadas con carácter permanente, como armero, mecánico, radiotelegrafista, radiotelefonista, radiooperador, radiotécnico, telegrafista, telefonista, maquinista, motorista, artillero, torpedista, navegante, aerofotógrafo, laminador, laboratorista, de cubierta, de pista, de hélice, de sistemas hidráulicos, de instrumentos, de paracaídas, de meteorología, de vuelo instrumental, de maestro de banda, músico, maestro de esgrima, herrador, carpintero, sastre, zapatero, talabartero, oficinista, practicante, enfermero y cualquiera otra especialidad que sea creada por el Ministerio de la Defensa mediante Resolución (artículo 624 LOFAN). También puede ser un profesional de carrera, egresado de una escuela técnica o de las unidades o dependencias de las Fuerzas Armadas de aire, tierra o naval, que ha sido admitido en las Fuerzas Armadas con carácter permanente para desempeñarse en su especialidad.

El Suboficial de carrera de las fuerzas terrestres y aéreas estará comprendido dentro de las siguientes jerarquías: Maestro Técnico Mayor, Maestro Técnico de Primera, Maestro Técnico de Segunda, Sargento Técnico de Primera, Sargento Técnico de Segunda y Sargento Técnico de Tercera, cuyos equivalentes en las fuerzas navales, en el mismo orden, son: Maestre Mayor, Maestre Principal, Maestre, Maestre de Primera, Maestre de Segunda y Maestre de Tercera y en la jerarquía militar tendrán las siguientes equivalencias: los Maestros Técnicos en todas sus categorías se equiparan a los Alfereces o Guardia-

marina, según los casos; el Sargento Técnico de Primera se equipara al Sargento Ayudante; el Sargento Técnico de Segunda se equipara al Sargento Primero; el Sargento Técnico de Tercera se equipara al Sargento Segundo (artículos 626 y 627 LOFAN), y sólo podrán mantenerse en actividad hasta los 40 años. Por supuesto, que siendo como son, militares profesionales de carrera, le son aplicables todas las disposiciones relativas a ascensos, pase a disponibilidad y retiro.⁶

2.3. *Clases y Soldados*

Se entiende por Clases, dentro del cuadro general de las Fuerzas Armadas Nacionales, el Cabo Primero y el Cabo Segundo y sus equivalentes en la armada: el Cabo Primero de Mar y el Cabo Segundo de Mar; mientras que soldados y marinería son: el Soldado Distinguido y el Soldado Raso y sus equivalentes navales, Marinero Distinguido y Marinero (artículo 129 LOFAN).⁷

3. *Situación del militar dentro de las Fuerzas Armadas*

De conformidad con el artículo 236 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, los Oficiales e individuos de Tropa y Marinería que integran el Ejército y la Armada, están obligados a desempeñar las funciones para las cuales hayan sido nombrados y no pueden renunciar ni excusarse de servir el empleo que se les haya asignado, salvo en los casos previstos en la ley y en los reglamentos; están sometidos a la jurisdicción militar durante todo el tiempo de su permanencia en el servicio, de lo cual sólo son exceptuados, los Oficiales, cuando pasan a retiro, y los miembros de Tropa y Marinería, cuando son licenciados o dados de baja de las fuerzas activas (artículos 237 y 239 *eiusdem*).

3.1. *El Militar Efectivo*

Como se dijo en su oportunidad (2.1.1.), se considera Oficial Efectivo el profesional de carrera, que presta un servicio permanente, egresado de una Escuela o Academia Militar o Naval, nacional o ex-

6. De acuerdo con el artículo 128 LOFAN, son Suboficiales el Sargento Ayudante, el Sargento Primero y el Sargento Segundo y sus equivalentes en la Armada, a saber: Maestre Mayor, Maestre Primero y Maestre Segundo.

7. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, se denominan *clases*, las agrupaciones de venezolanos nacidos en un mismo año, inscritos en el Registro Militar.

tranjera o que proviene de Establecimientos o de Ejércitos extranjeros o de Cuerpos de Tropa, a quien se le ha otorgado el correspondiente Despacho y ha sido ascendido conforme a las previsiones de la ley (artículo 242 LOFAN). También se considera efectivo, el Oficial en comisión, enfermo, prisionero o con licencia.

Los Oficiales Efectivos pueden encontrarse en una cualquiera de estas tres situaciones, a saber: en Actividad, en Disponibilidad o en Retiro.

3.1.1. *El Militar Efectivo en Actividad*

A tenor del artículo 246 *eiusdem*, se considera en situación de actividad, el Oficial que ocupa dentro de las Fuerzas Armadas Activas de Mar, Tierra o Aire, un empleo de su grado. También se considera en situación de Actividad el Oficial que presta servicios en el Ministerio de la Defensa; que desempeña funciones de Agregado Militar o Naval o está adscrito a cualquier dependencia u organismo militar o naval.

3.1.2. *El Militar Efectivo en Comisión*

Tal como lo dispone la segunda parte del artículo 246, ya citado, también está comprendido en la situación de Actividad, el Oficial a quien el Presidente de la República, a través de una Resolución del Ministerio de la Defensa, ha comisionado para el desempeño de una determinada actividad o función de carácter militar. Igualmente, se considera Oficial Efectivo en Actividad o en Servicio Activo, a quien el Presidente de la República, también mediante Resolución del Ministerio de la Defensa, ha destinado para ejercer un cargo de naturaleza civil, en el orden administrativo o político. En este último caso, la permanencia del Oficial en situación de Actividad no podrá ser mayor de un año y sólo se tomará en cuenta para los efectos de pensiones.

3.1.3. *El Militar Efectivo prisionero*

De acuerdo con la última parte del mismo artículo 246, el Oficial Efectivo en Actividad que hubiese caído prisionero en el campo de batalla o en cualquier otra circunstancia durante el cumplimiento de sus obligaciones militares, se le mantendrá en la situación de Actividad durante todo el tiempo que dure la prisión. En este caso, se le abonará dicho tiempo como de servicio, el cual le será reconocido para todos los efectos legales.

3.1.4. *El Oficial Efectivo enfermo*

Tal como lo dispone el artículo 247 de la ley respectiva, el Oficial en situación de Actividad, recluido en un hospital o con licencia por enfermedad, se le mantendrá en la situación de Actividad durante un año, salvo (?) que se trate de una enfermedad proveniente de heridas recibidas en el cumplimiento del deber, a juicio del Presidente de la República. Pasado este año y previo el examen médico correspondiente, el Ministerio de la Defensa decidirá su pase a Disponibilidad o Retiro.

3.1.5. *El Militar Efectivo con Licencia*

El Oficial en Actividad, por razones de carácter personal, puede solicitar licencia hasta por seis (6) meses, tiempo durante el cual se le considerará, a los efectos de la ley respectiva, en situación de Actividad; si al finalizar el permiso o licencia no regresa a su empleo, será pasado a Disponibilidad.

3.2. *El Oficial en Disponibilidad*

El artículo 252 LOFAN, considera como Oficial en situación de Disponibilidad a aquél que, antes de llegar al límite de edad o de servicio dentro de la institución armada, no se le ha ubicado en un empleo dentro de las Fuerzas del Ejército o la Armada.

El pase a la situación de Disponibilidad podrá darse por alguno de los siguientes supuestos: a) por solicitud del propio interesado; b) por falta de empleo para el Oficial; c) por ausencia de éste del empleo o función que tenía encomendada, por más de un año, bien por enfermedad proveniente en actos de servicio o de otras circunstancias no voluntarias; d) falta de capacidad profesional; e) medida disciplinaria; f) licencia por más de seis meses, y g) cuando se dicte sentencia contra el Oficial que le imponga pena que extrañe la separación temporal del servicio o la pérdida del empleo, siempre que no se trate de presidio, caso en el cual será pasado a retiro (artículo 276 LOFAN).

El Oficial en Disponibilidad estará a la disposición del Ministerio de la Defensa para el servicio de las fuerzas activas, en las de complemento, en el ejército de segunda línea, en la armada activa, o en la reserva, en la guardia territorial o en comisión y, de acuerdo con la causa que origine su situación, podrá ser reincorporado al servicio activo antes de los cuatro años de estar en dicha situación; después de este tiempo y previa la opinión del Consejo de Investigación, podrá ser pasado a Retiro (artículo 260 y 261 LOFAN).

3.3. *El Oficial en situación de Retiro*

De conformidad con los artículos 273 y 276 LOFAN, pasará a situación de Retiro: a) el Oficial Activo o en Disponibilidad, que haya cumplido el límite de edad, de acuerdo con el grado que ostente para ese momento, previsto en el artículo 269 *ejusdem*; b) el que de *motu proprio* solicite y le sea aceptada la baja en el servicio; c) el que esté incapacitado física o profesionalmente; d) el que haya sido sentenciado a presidio, y e) el que reincida en faltas contra el honor y el decoro militar.

Además de las causales señaladas, también deberá pasar a tal situación el Oficial que haya cumplido treinta (30) años en el servicio, aun cuando no tenga el límite de edad, de acuerdo con el grado previsto en el artículo 269 *ejusdem*.⁸

El pase a Retiro de un Oficial se hará por orden expresa del Presidente de la República y mediante Resolución del Ministerio de la Defensa, previa opinión del Consejo de Investigación, excepto cuando se trate del límite de edad, tiempo de servicio o sentencia judicial, en cuyos casos bastará la Resolución del Ministerio de la Defensa (artículo 273 *ejusdem*).

4. *Vinculación de las Fuerzas Armadas al Ministerio de la Defensa*

Podría pensarse, sin mucho análisis, que el hecho de la adscripción de las Fuerzas Armadas al Ministerio de la Defensa, haría que sus integrantes se considerasen empleados de tal dependencia administrativa y en consecuencia, que tuvieran la categoría de empleados o funcionarios públicos. En razón de ello, creemos que es interesante precisar la naturaleza del vínculo que une a las Fuerzas Armadas con el Estado.

4.1. *Las Fuerzas Armadas están al servicio del Estado*

De acuerdo con el artículo 132 de la Constitución Nacional, las Fuerzas Armadas ofrecen estas tres importantes características:

- a) forman una institución apolítica, obediente y no deliberante;
- b) han sido organizadas por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, y

8. Artículo 2º de la ley sobre tiempo de servicio de oficiales de las F.A.N.

c) están al servicio de la República y en ningún caso, al de una persona o parcialidad política.

En atención a lo señalado en la letra a), las Fuerzas Armadas, como institución y a sus integrantes, les está vedado intervenir en el acontecer político del país y en consecuencia, no pueden hacer ningún pronunciamiento público en este sentido; están obligados a obedecer y cumplir con las órdenes emanadas de los órganos competentes, a los cuales la Constitución y la ley han atribuido esta materia, y por último, no les está permitido reunir a sus integrantes en cónclaves o asambleas para tomar decisiones.

De acuerdo con el punto b), su razón de ser está íntimamente ligada a la existencia del Estado, independiente y soberano. En efecto, la defensa nacional involucra el celo y mantenimiento de la soberanía nacional, mediante una permanente vigilia en las fronteras patrias a fin de evitar, por los medios idóneos, la violación del territorio nacional por fuerzas militares extranjeras o invasores pacíficos extranacionales. En segundo término, las Fuerzas Armadas tienen como obligación primordial asegurar, también, la estabilidad de las instituciones democráticas; esto es, intervenir por medio de las armas, cada vez que el sistema democrático o la tranquilidad pública internos se vean amenazados, y por último, asegurar que sus propios miembros y todos los individuos que se encuentren dentro del territorio nacional, obedezcan la autoridad y la ley.

La última característica, señalada en la letra c) por la cual aquéllas están al servicio de la República, significa que las mismas no están adscritas ni dependen, de manera exclusiva, de ninguna de las ramas del poder público,^{8-A} sino del Estado como entidad, como un solo todo, que es el compendio de la República como institución.

4.2. *Organos de Comando de las Fuerzas Armadas*

De acuerdo con el artículo 131 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República, por razón de su cargo, es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, además de ser el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional (artículo 181 *eiusdem*) y dará sus órdenes a aquéllas a través del Ministro de la Defensa (artículo 48

8-A. Por la atribución que se le consagra al Ejecutivo Nacional en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Central, de planificar y realizar actividades castrenses, podría pensarse que las Fuerzas Armadas tienen una naturaleza administrativa, lo cual no es cierto. Lo que sucede es que el Ejecutivo Nacional, además de las actividades *civiles* o administrativas propiamente dichas, también tiene a su cargo, en razón de sus atribuciones, todo lo relativo al servicio militar,

LOFAN), quien es, como órgano directo del Presidente, la más alta autoridad en todas las cuestiones de mando, gobierno, organización, instrucción y administración de dichas fuerzas (artículos 193 de la Constitución Nacional y 55 LOFAN).

El Ministro de la Defensa tiene a su cargo las funciones y atribuciones que la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (artículo 60) y la Ley Orgánica de la Administración Central (artículo 27), le han señalado, entre otras, la planificación y la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en el sector de la defensa terrestre, área, naval y de cooperación y el mantenimiento de la soberanía nacional.

En este orden de ideas, conviene recordar las atribuciones que la Constitución y la ley consagran a cada una de las ramas del Poder Público: la del Legislativo, entre otras, legislar; la del Judicial entre otras, resolver las controversias que el Estado y los particulares planteen por ante el mismo, y la del Poder Ejecutivo, fundamentalmente, administrar y prestar los servicios inherentes a los propios fines del Estado. Como se ve, pues, éste se realiza, cumple su tarea, su razón de ser, a través de cada una de las tres ramas en las cuales se han parcelado las funciones y servicios que debe cumplir y ha sido, precisamente al Poder Ejecutivo al que se ha encomendado, entre otras, la prestación de los servicios públicos, entre ellos, el de carácter militar.

En efecto, el Estado, por intermedio del Poder Ejecutivo, presta dos tipos de servicio: uno, de carácter civil (los servicios públicos, propiamente dichos), y otro, de carácter militar.^{8-B} El primero, a través de los Ministerios de naturaleza civil, institutos autónomos y empresas del Estado, y el segundo, de naturaleza militar, que está a cargo del Ministerio de la Defensa y cuyo régimen jurídico está consagrado en las leyes y reglamentos castrenses; mientras que los servicios de orden

8-B. Se habla del servicio civil, en cierto modo, para contraponerlo al servicio militar. El primero, en nuestro concepto, ofrece dos vertientes: el servicio civil privado y el servicio civil a cargo del Estado. Aquel, como lo indicá su nombre, lo cumplen los particulares, bien por delegación del Estado o porque, en razón de su propia naturaleza, deben prestarlo aquéllos. El servicio civil a cargo del Estado, comprende la prestación de los servicios públicos, de una manera general, excepto el militar. Para prestarlo, el Estado debe reclutar o enrolar y entrenar el personal necesario, lo cual hace a través de los diferentes mecanismos previstos en los cuerpos jurídicos *ad-hoc*, en los cuales se establecen los métodos o sistemas de selección, entrenamiento, disciplina, ascensos, traslados, jubilaciones y separación de los diferentes cargos. El servicio militar comprende, a tenor del artículo 2º de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, la preparación de los venezolanos para la seguridad y defensa nacional; matener los efectivos de las Fuerzas Armadas Nacionales que fije el Presidente de la República; facilitar una rápida y ordenada movilización militar y contribuir a la capacitación de los venezolanos, a los fines de que una vez cumplido el servicio militar, estén en mejores aptitudes de participar en el desarrollo socioeconómico de la nación.

civil, se rigen por los cuerpos jurídicos dictados al efecto, de orden o contenido civil. Los empleados o funcionarios a cuyo cargo corre la dirección y gestión de estos últimos, son catalogados por la ley como empleados públicos y acceden al servicio civil mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes dictadas al efecto; se disciplinan a través de dichas leyes y son ascendidos o removidos de sus funciones de acuerdo con las previsiones de las mismas. Igual sucede con las personas que prestan un servicio de carácter militar: ingresan a éste, previo el cumplimiento de las exigencias de las leyes y reglamentos que norman la materia; son profesionales permanentes en la prestación del servicio; se disciplinan, ascienden o son pasados a Disponibilidad o Retiro de acuerdo con las previsiones de los cuerpos jurídicos que rigen dicho servicio; son, también, como los civiles, servidores del Estado, pero no tienen la condición de empleados públicos, que es, por razón de las previsiones de la ley, una categoría o clase reservada exclusivamente a los civiles o al servicio civil.

Tan cierta es esta afirmación, que dentro del servicio a cargo de las Fuerzas Armadas se encuentran dos clases de personas: quienes prestan un servicio de naturaleza castrense y los empleados civiles, que no tienen obligaciones ni deberes de carácter militar como funcionarios de la institución y a quienes la propia Ley de las Fuerzas Armadas, considera o califica como empleados públicos.⁹

Los militares efectivos en situación de actividad, por disposición de los cuerpos jurídicos que rigen el servicio militar, no son empleados públicos, pues, ellos tienen su propia normativa que los excluye de tal denominación; son, como hemos dicho, servidores del Estado, pero en un servicio diferente al civil, cual es el militar, que tiene su propio fuero. De allí, pues, que en cada oportunidad en que se vaya a aplicar una determinada norma a un militar, es indispensable precisar, previamente, cuál es su situación dentro de las Fuerzas Armadas y cuál es, también, la naturaleza de la actividad regimentada, a los efectos de la aplicación de la norma jurídica correspondiente, bien de naturaleza militar o civil.

9. El artículo 131 de la Constitución Nacional, prohíbe el ejercicio simultáneo de la autoridad militar y civil por un mismo funcionario, excepto el Presidente de la República. Véase, igualmente, los artículos 7º, 395, 616, 623 y 655 LOFAN. Por último, podría pensarse que siendo el Ministro de la Defensa un funcionario integrado a la Administración Pública, su función sería también de carácter civil; pero, es bueno observar, como apuntamos en su oportunidad, que es precisamente este Ministerio el que tiene a su cargo el servicio militar y por lo tanto, el titular del mismo ejerce una función de esta naturaleza, aun cuando la persona natural que lo regente pudiera ser, eventualmente un civil.

5. Régimen jurídico al cual está sometido el militar de acuerdo con su situación dentro de las Fuerzas Armadas

Ya hemos señalado en el aparte 2.1.1. de este trabajo, que los Oficiales del Ejército y la Armada, pueden pertenecer a una de estas cuatro categorías, a saber: Efectivos, de Reserva, Asimilados y Honorarios, tal como lo prevé el artículo 241 LOFAN. Cada una de estas categorías están destinadas a precisar la ubicación, función o actividad que tienen encomendadas los miembros de las Fuerzas Armadas. En efecto, el Oficial Efectivo, tal como lo señala el artículo 242 de la ley respectiva, es aquél que ha hecho profesión de la carrera de las armas, de manera permanente; el Oficial de Reserva, es quien, eventualmente, puede ser llamado a prestar un servicio militar en un momento determinado; el Asimilado, es el civil, profesional o especialista, que recibe un empleo para desempeñar temporalmente funciones de Oficial en las unidades, servicios y dependencias de las Fuerzas Armadas, y el Oficial Honorario, como lo indica su nombre, es aquél a quien se le otorga el Despacho *honoris causae*.

De estas categorías, sólo estarían sujetos a la jurisdicción militar, en principio, los Oficiales Efectivos Activos, si nos atenemos a una interpretación restringida de los artículos 236 y 242 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales. Sin embargo, ya se sabe que también están sujetos a la jurisdicción militar y en consecuencia, regidos por las leyes castrenses, los Oficiales Asimilados y los de Reserva, estos últimos durante el tiempo que presten el correspondiente servicio. Por lo que respecta al Oficial Honorario, por la propia naturaleza del Despacho y del grado que se le otorga, su vinculación a la actividad castrense nacional y en consecuencia, a la normativa que la rige, es muy relativa y si se quiere prácticamente inexistente.

De allí, pues, que el estudio del régimen jurídico al cual puedan estar sometidos los Oficiales de acuerdo con las categorías precedentemente enunciadas y previstas en el artículo 241 *ejusdem*, no ofrezca mayor relevancia.

En cuanto al régimen jurídico que rige las diferentes situaciones en que pueda encontrarse en un momento determinado un Oficial, cuales son de Actividad, de Disponibilidad y de Retiro, sí creemos que vale la pena profundizar en su análisis.

5.1. Régimen jurídico del Oficial Efectivo Activo

El Oficial Efectivo en situación de Actividad, tal como lo señalan los artículos 242 y 246 LOFAN, es el profesional de carrera, que ocupa

un empleo de su grado; o que presta servicios al Ministerio de la Defensa; o que desempeña funciones de Agregado Militar o Naval; o que presta servicios en cualquier dependencia u organismo Militar o Naval; o los Oficiales destinados a cualquier comisión por el Presidente de la República o aquél en quien recaiga un nombramiento del Presidente de la República para ejercer un cargo civil; o los Oficiales que hayan caído prisioneros o estén enfermos en razón del servicio; y, por último, los que obtengan licencia no mayor de seis (6) meses para atender asuntos personales.

De acuerdo con el concepto precedente, un Oficial en situación de actividad puede ocupar un empleo militar o naval, según las necesidades del servicio y su capacidad profesional (artículos 246 y 239 *eiusdem*) o ser designado para ejercer un cargo de naturaleza civil.

Ya hemos dicho (3.1.), cuándo se considera que un oficial está en ejercicio de un cargo militar. En este sentido, es bueno recordar que los Oficiales con mando efectivo, tal como lo señala el artículo 7º de la Ley Orgánica de las F.A.N., no pueden ejercer al mismo tiempo cargos en el orden civil. De allí, que cuando a un militar con mando efectivo se le designa para un cargo político o administrativo, automáticamente deja de tener dicho mando,¹⁰ excepto el Oficial General designado Ministro de la Defensa, quien pasa a ocupar un cargo administrativo dentro de las Fuerzas Armadas, con mando efectivo. Esta última afirmación pareciera contradecir el espíritu del artículo 7º, ya nombrado, lo que nos obliga a hacer algunas precisiones al respecto. En efecto, el Ministerio de la Defensa, a tenor de los artículos 1º, 2º, 9º, 20 y 27 de la Ley Orgánica de la Administración Central, integra la Administración Pública Nacional, lo que hace presumir que su titular es funcionario de ésta y como tal, desempeña un cargo de naturaleza civil. Sin embargo, ante esta apreciación surgen las normas establecidas en los artículos 54 y 58 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, en las cuales se determina que el Ministro de la Defensa, como órgano inmediato del Presidente de la República, es la más alta autoridad en todas las cuestiones de mando, gobierno, organización, instrucción y administración de las Fuerzas Armadas y es, también, la autoridad intermedia para las relaciones oficiales entre el Presidente de la República y los altos funcionarios militares o navales. Ciertamente, ¿cómo puede ser el Ministro de la Defensa la más alta

10. Se entiende por mando efectivo, a tenor de los artículos 237, 242 y 246 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, el ejercicio de un cargo o empleo, correspondiente al grado, dentro de las Fuerzas Activas de Mar o Tierra, por parte de un Oficial Efectivo en situación de actividad.

autoridad en todas las cuestiones de mando de las Fuerzas Armadas si él, a su vez, no tiene mando efectivo? No hay duda que la situación del Oficial General Ministro de la Defensa, constituye la excepción a la regla contemplada en el artículo 7º, tantas veces nombrado, ya que esta norma no se puede aplicar, en el caso *sub judice*, sin referirla a los dispositivos de los artículos 54 y 58, citados arriba. Por lo demás, todos los miembros de las Fuerzas Armadas en situación de actividad, a tenor del artículo 236 de la misma ley, están sometidos a la jurisdicción militar, en los términos prescritos en los artículos 123 y 124 del Código de Justicia Militar;¹¹ además que el Ministro de la Defensa, si bien integra la Administración Pública nacional, no es un órgano del servicio civil y por lo tanto, su titular no desempeña una función de esta naturaleza, sino de carácter militar. He aquí, pues, la diferencia: la naturaleza del servicio que presta este Despacho, que es, por su propio fin, de carácter militar, ya que es a él al cual se le ha confiado la prestación del servicio militar, así como a los otros Ministerios y demás dependencias del Estado, les está encomendado el servicio civil. Entonces, cuál es la normativa aplicable al Oficial General Ministro de la Defensa, ¿las leyes de naturaleza castrense o las del ordenamiento jurídico ordinario? El Ministro de la Defensa, en tanto en cuanto es miembro de las Fuerzas Armadas en situación de Actividad (artículo 246 LOFAN), está sometido a las leyes castrenses en su condición de militar; pero su actividad como Ministro de la Defensa y por ser éste un cargo administrativo, está sometido a las leyes que rigen la Administración Pública nacional.¹² Pero, pudiésemos estu-

11. El artículo 123 del Código de Justicia Militar, precisa que: "La jurisdicción militar comprende: 1º El territorio y aguas territoriales venezolanas; los buques de la Armada Nacional; las aeronaves de las Fuerzas Armadas, y el territorio extranjero ocupado por fuerzas nacionales. 2º Las infracciones militares cometidas por militares o civiles, conjunta o separadamente. 3º Los delitos comunes cometidos por militares en cuarteles, guarniciones, escuelas y establecimientos militares, almacenes de las Fuerzas Armadas, oficinas militares o cualquier otro establecimiento militar, en funciones militares, en actos de servicio, en comisiones o con ocasión de ellas. 4º Todos los demás casos de infracción penal que este Código expresamente determine". A su vez el artículo 124 *ejusdem*, dispone: "Están en todo tiempo sometidos a la jurisdicción militar: 1º Los oficiales, especialistas, individuos de tropa o de marinería, sea cual fuere su jerarquía, y la situación en que se encuentren. 2º Los alumnos de las escuelas militares y navales de la República, por infracciones no previstas ni castigadas en los Reglamentos de dichas escuelas y penadas por el presente Código y demás leyes y reglamentos militares. 3º Los que forman parte de las Fuerzas Armadas con asimilación militar. 4º Los reos militares que cumplen condena en establecimientos sujetos a la autoridad militar. 5º Los empleados y operarios sin asimilación militar que presten los servicios en establecimientos o dependencias militares por cualquier delito o falta cometidos dentro de ellos".
12. El Ministerio de la Defensa, si bien integra la Administración Pública Nacional, el servicio público que presta es de naturaleza militar. Véase el Aparte 4.2. de este trabajo.

diar un caso más ortodoxo, cual es la designación de un Oficial efectivo para un cargo dentro de la Administración Pública en el servicio civil, como Gobernador de Estado, Superintendente de Protección al Consumidor, que es una dependencia adscrita al Ministerio de Fomento, o cualquier otro destino de naturaleza civil. En estos casos, el Oficial sigue adscrito en cuanto a su profesión, a la fuerza a la cual pertenece y por lo tanto, sometido al régimen castrense; pero en lo que respecta a la función específica que le ha sido encomendada por el Presidente de la República y en el desempeño del cargo civil para el cual ha sido designado, debe ajustar su conducta y encuadrar su actuación a las leyes de naturaleza civil. Por ello, cuando un militar efectivo en situación de Actividad desempeña un cargo de naturaleza civil, está sometido a una doble jurisdicción: a la castrense, en lo que respecta a su condición de militar y a la ordinaria, en el desempeño de la función que se le ha confiado; pero no por ello adquiere la condición de empleado público.^{13, 13-A} Puede, entonces, afirmarse, que un militar en situación de Actividad, en ejercicio de un cargo civil, por ocupar un destino dentro de la Administración Pública, queda sometido, en cuanto

-
13. La ley no define la noción de empleado o funcionario público, sin embargo, puede decirse que se entiende por tal, toda persona o ciudadano que no tenga rango castrense (militar en servicio activo o en disponibilidad), que desempeña una función pública de carácter civil y que, en consecuencia, su ingreso al cargo, sus ascensos, traslados, disciplina, jubilación y remoción, se rigen por las leyes de naturaleza civil, aun cuando la actividad que desempeñe pueda estar sometida a la jurisdicción castrense. En este orden de ideas, son funcionarios públicos los miembros del Poder Judicial y demás empleados de este ramo; los senadores y diputados al Congreso Nacional, a las Asambleas Legislativas y los concejales y los demás empleados de estas dependencias, y por supuesto, el Presidente de la República, Ministros del Despacho Ejecutivo y demás personal adscrito a estos repartos, a excepción del Ministro de la Defensa y miembros activos y en disponibilidad de las Fuerzas Armadas Nacionales; esta excepción obedece a la naturaleza propia del servicio. Por ello, la noción de empleado o funcionario público, está reservada, de manera exclusiva, para las personas —no militares— que prestan el servicio civil; ella es intrínseca de la naturaleza de éste.
- 13-A. Después de terminado este trabajo, el Congreso Nacional sancionó la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en cuyo artículo 2º se determina quiénes son funcionarios públicos, a los efectos de dicha ley y los enumera así: "1º A todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de entidades federales, municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades. 2º A los particulares que por cualquier causa estén encargados de la administración, custodia o manejo de fondos o bienes públicos, o sean agentes o mandatarios de cualquiera de las entidades en las cuales el Estado tenga aportes del treinta por ciento, por lo menos, del capital social. 3º A los administradores de sociedades civiles, mercantiles y de otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes estatales de, por lo menos, el treinta por ciento. 4º A cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente ley".

a su actividad como tal, a las leyes que rigen a estos funcionarios,¹⁴ ya que son empleados del Poder Ejecutivo y como tales, dependientes del Presidente de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional.¹⁵

En este orden de ideas, creemos que es necesario hacer algunas precisiones. En efecto, ya hemos señalado que el Oficial Efectivo puede desempeñar un cargo de carácter militar o un cargo de naturaleza civil, bien sea en el orden administrativo o político.¹⁶ Cuando ejerce un cargo dentro de cualquiera de los servicios de las Fuerzas Armadas, no hay duda que toda su actividad está regida por los cuerpos de naturaleza castrense; por el contrario, cuando se desempeña en la actividad civil, en lo que respecta a la función propiamente dicha, cae dentro del ámbito del derecho común.

El Oficial efectivo, mientras se encuentra en tal situación, se rige por las leyes castrenses, ya esté en actividad, en comisión, prisionero, enfermo o con licencia por cuestiones de carácter personal.

En atención a lo dispuesto en el artículo 7º de la ley respectiva, los Oficiales con mando efectivo no pueden ejercer simultáneamente cargos de naturaleza civil, y para ejercerlos, tal como lo señala el artículo 246 *ejusdem*, es necesario que haya una decisión expresa del Presidente de la República, mediante una Resolución del Ministerio de la Defensa. El Militar Efectivo en situación de Actividad, a quien se designa para un cargo administrativo, su actuación como tal funcionario, encuadra dentro del servicio civil y por tanto, ella se rige por las normas jurídicas que regulan a éste, a excepción, como ya se dijo, del Oficial General designado Ministro de la Defensa, quien por la naturaleza del servicio que presta el Despacho a su cargo —el servicio militar— queda sometido a las leyes militares. El Ministro de la Defensa, como cualquier otro Ministro, es designado por el Presidente de la República, en uso de la atribución consagrada en el ordinal 2º

14. El ordinal 4º del artículo 5º de la Ley de Carrera Administrativa, excluye del campo de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas como tales. Véase, en este mismo orden de ideas, el artículo 246 LOFAN.

15. El autor sostiene el criterio que el Presidente de la República, a tenor del artículo 131 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 132 *ejusdem*, es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, no por ser Jefe del Ejecutivo Nacional —ya que en este caso es la máxima autoridad del Poder Ejecutivo y por supuesto, de la Administración Nacional y en consecuencia, viene a ser *primus inter pares* con respecto a los jefes de los Poderes Legislativo y Judicial—, sino porque es el Jefe del Estado (artículo 181 *ejusdem*).

16. A tenor del artículo 132 de la Constitución Nacional, las Fuerzas Armadas están al servicio de la República y la integran los Oficiales, Suboficiales, Clases y Soldados, quienes prestan un servicio de carácter militar; pero que, por necesidad del servicio, tienen también, empleados civiles, que sí son empleados públicos (artículos 616 y 623 LOFAN).

del artículo 190 de la Constitución Nacional. Este funcionario, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es de libre nombramiento y remoción del Presidente; integra con los demás Ministros, la Administración Central¹⁷ y forma parte del Consejo de Ministros,¹⁸ que son, cada uno de ellos, tal como lo prevé el artículo 193 *eiusdem*, órganos directos de aquél.

De allí, pues, que cuando un Oficial Efectivo en servicio activo pasa a ocupar el cargo de Ministro de la Defensa, tal Oficial en el desempeño de su función meramente de carácter administrativo, se rige por las normas jurídicas que regulan, de una manera general, la actividad administrativa del Estado, ya que este Despacho es el centro de acción directiva, fiscalizadora y ejecutiva de la Administración Militar y Naval (artículo 396 LOFAN), y ésta, en atención a lo dispuesto en el artículo 395 *eiusdem*, comprende la organización de las Fuerzas Armadas y su sostenimiento en el más perfecto estado de empleo y utilidad y como tal administración, forma parte de la Administración Pública nacional;¹⁹ pero en cuanto al servicio que tiene a su cargo, cual es el militar, éste se rige por las leyes que le son propias.

17. Artículos 1º, 2º y 27 de la Ley Orgánica de la Administración Central.

18. Artículo 9º *eiusdem*.

19. El Ministro de la Defensa, como integrante del Gabinete Ejecutivo, ofrece un caso interesante: a) es designado por el Presidente de la República para un cargo dentro de la Administración Pública Nacional (artículo 395 LOFAN): b) como tal Ministro, es un órgano directo de aquél (artículo 193 de la Constitución Nacional); c) por el hecho de formar parte de la Administración Pública Nacional, debería ser considerado como un *funcionario de carácter administrativo*, dependiente del Poder Ejecutivo y como tal, comprendido dentro de la categoría de empleado público, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Central, en concordancia con el artículo 1º de la Ley de Carrera Administrativa. Sin embargo, ello no es así, por las siguientes razones: a) el Presidente de la República, en nuestro concepto, es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, por ser el Jefe del Estado y como tal, la máxima autoridad de la República y estando, como están aquéllas al servicio de ésta, no hay duda que aquél tiene que ser su Comandante en Jefe; b) el Estado, como se ha dicho, tiene a su cargo la tarea de prestar un conjunto de servicios, entre los cuales está la defensa nacional y la integridad del territorio patrio, cuya prestación constituye el *servicio militar* que, como es lógico, se le ha confiado a las Fuerzas Armadas, servicio éste, que por su propia naturaleza, no puede estar a cargo ni del Poder Judicial ni del Poder Legislativo, sino del Poder Ejecutivo; c) aun cuando no existe una norma constitucional ni legal que exija la condición de militar para ser Ministro de la Defensa (artículos 195 de la Constitución Nacional y 55 LOFAN), ya es una tradición en Venezuela que este Despacho lo regente un militar efectivo en situación de actividad, en razón de las atribuciones que se le han dado en la Ley Madre de la República, así como en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (artículos 55, 56, 57, 58, 59 y 60), y en la Ley Orgánica de la Administración Central (artículos 20 y 27), y ya se sabe, por prohibición expresa de la ley (artículo 7º LOFAN), que un militar con mando efectivo no puede ocupar un cargo de carácter administrativo, salvo el Ministro de la Defensa, lo cual ha de deducirse de los textos jurídicos citados, en concordancia con el artículo 1º del Código Civil; d) como consecuencia de todo lo anteriormente dicho y en razón de la peculiaridad del servicio militar

Por supuesto, que un militar en actividad, pero en ejercicio de un cargo administrativo o político (artículo 246 LOFAN), como serían, entre otros, el Ministro de la Defensa, el Superintendente de Protección al Consumidor o Gobernador de Estado, como ha sucedido, tiene los mismos derechos y obligaciones que un civil que pudieran desempeñar los mismos cargos y funciones y por lo tanto, queda sujeto, entre otras, a las prohibiciones contempladas en el ordinal 4º del artículo 1.482 del Código Civil.²⁰

Por otra parte, se da el caso que un Oficial con mando efectivo pueda ejercer otro cargo o integrar un determinado organismo sin que así lo disponga el Presidente de la República y lo acuerde el Ministro de la Defensa mediante Resolución,²¹ sin violentar la prohibición contenida en el artículo 7º de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas.²² Tal es el caso de los miembros del Consejo Directivo del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas Nacionales (IPSFAN). En efecto, de acuerdo con el artículo 7º del Estatuto Orgánico que rige dicho instituto, su Consejo Directivo lo conforman el Ministro de la Defensa, los cuatro Comandantes de Fuerza, el Contralor General de las Fuerzas Armadas y el Consultor Jurídico del Ministerio de la Defensa, ninguno de los cuales es empleado público, a excepción del Consultor Jurídico de dicho Ministerio, que sí lo es, en razón de la naturaleza del cargo.²³

—distinto, por supuesto, al servicio civil— que se rige por su también peculiar y especial normativa castrense, ha de concluirse que el Ministro de la Defensa, aun cuando integra el Despacho Ejecutivo y por lo tanto, depende del Presidente de la República, en tanto en cuanto éste es Jefe del Ejecutivo Nacional y el Ministerio que regenta forma parte de la Administración Pública Nacional, no es empleado público, por prohibición expresa de la ley (artículo 7º LOFAN), en concordancia con el ordinal 4º del artículo 5º de la Ley de Carrera Administrativa.

20. "Artículo 1.482. No pueden comprar, ni aun en subasta pública, ni directamente, ni por intermedio de otras personas:... 4º Los empleados públicos, los bienes de la Nación, de los Estados o sus Secciones, o de los establecimientos públicos de cuya administración estuvieren encargados, ni los bienes que se venden bajo su autoridad o por su ministerio". Al Ministro de la Defensa le es aplicable tal prohibición, no de manera expresa, ya que él no es empleado público, sino por analogía, de acuerdo con el artículo 4º del Código Civil, por ausencia de una norma expresa, que contemple la situación de este funcionario, ya que él, como tal Ministro, es la máxima autoridad administrativa dentro del Despacho.
21. Artículo 242 LOFAN.
22. Los Oficiales con mando efectivo no podrán ejercer al mismo tiempo cargos políticos o administrativos en el orden civil (artículo 7º LOFAN).
23. El Consultor Jurídico del Ministerio de la Defensa, cuando se trate de un civil, tendrá la condición de empleado público. Por el contrario, cuando este cargo lo ejerza un oficial asimilado, aun cuando la ley, de manera expresa, nada dice al respecto, debe entenderse, por aplicación analógica de las leyes militares, que éste no es empleado público, por las razones que dimos en su oportunidad (Véase al respecto la cita marcada con el Nº 15, Aparte 4.1. de este trabajo).

De acuerdo con nuestra legislación, el empleo o destino público se caracteriza por estos elementos: el titular del mismo debe ser elegido o designado mediante los procedimientos preestablecidos y consagrados en la ley, tales como la elección directa (Presidente de la República, miembros del Congreso Nacional, miembros de las Asambleas Legislativas y Concejales); seleccionado o designado por cuerpos colegiados (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Consejo de la Judicatura, Jueces de la jurisdicción ordinaria, Fiscal y Contralor General de la República, etc.); designado mediante nombramiento; seleccionado mediante concursos de credenciales y/o conocimientos (profesores universitarios), etc.²⁴ En todos estos casos, el agraciado debe, antes de tomar posesión del cargo, prestar juramento de cumplir fiel y lealmente el destino para el cual ha sido designado; hacer la correspondiente declaración de bienes, de acuerdo con la ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Empleados y Funcionarios Públicos;^{24-A} en algunos casos, dar o prestar caución, real o personal, a fin de asegurar las resultas de la administración de los bienes que se le ha confiado; en fin, que todo empleado o funcionario al servicio de una cualquiera de las ramas del Poder Público, antes de posesionarse del cargo para el cual ha sido designado, debe cumplir previamente con un conjunto de requisitos impretermitibles para poder entrar, por último, en el ejercicio de sus funciones, cuestión ésta que no le es exigida, por ejemplo, al Militar Efectivo en servicio activo que, en su condición de Comandante de una de las cuatro Fuerzas que integran las Fuerzas Armadas Nacionales, accede a ser miembro del Consejo Directivo del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas Nacionales (IPSFAN). En efecto, los miembros de dicho Consejo Directivo lo son, única y exclusivamente, en razón de ejercer los cargos señalados en el artículo 7º de la ley respectiva. De allí, pues, que no pueda considerarse a los integrantes de este organismo como empleados o funcionarios públicos, excepto, como dijimos antes, el Consultor Jurídico del Ministerio de la Defensa, por las razones que ya anotamos. Pero hay más todavía. En el caso de los Comandantes de Fuerza y del Contralor General de las Fuerzas Armadas, éstos integran el Consejo Directivo del IPSFAN, en razón del grado que poseen, ya que tienen derecho a un

24. El Estado, paulatinamente, aunque de manera anárquica, ha venido dictando los Cuerpos jurídicos que regulan la actividad y vinculación de cada una de estas categorías de funcionarios. Sería deseable que existiera un solo instrumento jurídico sobre el particular, a fin de uniformar la legislación.

24-A. Después de terminado este trabajo, el Congreso Nacional sancionó la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que deroga la ley mencionada.

empleo dentro de aquéllas²⁵ y tales cargos están reservados, de manera exclusiva, a Oficiales Efectivos en situación de actividad y, precisamente, por ejercer estos tales destinos militares, es por lo que forman parte del Consejo Directivo del IPSFAN.²⁶

5.2. Régimen jurídico del Oficial en Disponibilidad

Señalamos antes (3.2.), quiénes son los Oficiales a los cuales la ley considera en Disponibilidad. Importa ahora precisar las características de tal situación. El Oficial en Disponibilidad ha dejado de ser un Oficial Efectivo en Actividad y en consecuencia, se haya a la *disposición* del Ministerio de la Defensa, que podrá utilizarlo dentro de los servicios de las Fuerzas Armadas cuando lo considere oportuno, de acuerdo con la capacidad de aquél y en atención a la causa que ha motivado su pase a la Disponibilidad; pero, en todo caso, él sigue sometido, en un todo, al régimen castrense. Por supuesto, que este Oficial puede ser designado, de acuerdo con la ley, para desempeñar cualquier destino de naturaleza civil, bien sea éste político o administrativo, en cuyo caso es valedero lo que afirmamos antes sobre la doble jurisdicción a la cual quedaría sometido: a) a la castrense, en lo relativo a su condición o fuero militar, y b) a la ordinaria, en el desempeño de la función civil que le sea encomendada.

5.3. Régimen jurídico del Oficial en Retiro

En el aparte 3.3. de estas notas, nos referimos a los Oficiales en Retiro y precisamos algunos conceptos al respecto. Ahora queremos hacer algunas consideraciones sobre su situación o fuero jurídico.

El pase a retiro de un Oficial, bien por haber cumplido el límite de edad o por tiempo de servicio dentro de las Fuerzas Armadas o por cualquier otra causa de las previstas en la ley, revierte al sujeto a la vida civil; esto es, que deja de estar vinculado a la milicia²⁷ para pasar, definitivamente, a la actividad ordinaria o no militar. Como conse-

25. Artículos 237 y 246 LOFAN.

26. Artículo 7º del Estatuto Orgánico del IPSFAN.

27. Aun cuando el Oficial revierte a la vida civil, no queda totalmente desvinculado a las Fuerzas Armadas, puesto que, en casos de movilización, puede ser llamado al servicio activo, con todas las prerrogativas de su grado y escalafón militar (artículos 267 y 173 LOFAN).

cuencia de ello, readquiere sus derechos políticos,²⁸ sus derechos individuales, y en fin,²⁹ su vida y actuación quedan sometidas a la legislación ordinaria, con todas las consecuencias que ello implica.

TEXTOS CONSULTADOS

- Constitución Nacional.
- Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (LOFAN).
- Estatuto orgánico del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas Nacionales.
- Código de Justicia Militar.
- Ley Orgánica de la Administración Pública.
- Ley de Conscripción y Alistamiento Militar.
- Ley de Carrera Administrativa.
- Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

28. Recuérdese que de conformidad con el artículo 132 de la Constitución Nacional, las Fuerzas Armadas son una institución apolítica, obediente y no deliberante. Véase artículo 110 *ejusdem*.

29. Puede fijar su domicilio o residencia donde le plazca, dando aviso previo al Ministerio de la Defensa, a través del Estado Mayor, todo ello de conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 268 LOFAN.

VARIOS

EL PARASISTEMA JURIDICO-ADMINISTRATIVO*

AGUSTÍN GORDILLO

SUMARIO

1. Introducción. 1.1. Planteamiento del problema. 1.2. El concepto de derecho. 2. Economía oficial y subterránea o paralela. 3. El procedimiento administrativo formal e informal, 3.1. El procedimiento en la teoría y en la práctica. 3.2. La organización y competencia formales e informales. 3.3. Publicidad y silencio. 3.4. Los canales formales e informales para toda tramitación. 3.5. Conclusiones parciales. 4. La Constitución real. 4.1. El sistema paraconstitucional. 4.2. El gobierno paralelo. 5. Lenguaje y metalenguaje. 6. La moral paralela. 7. La doble personalidad. 8. El parasistema como insatisfacción frente al sistema disvalioso. 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

1.1. *Planteamiento del problema*

En muchas comunidades se generan a veces formas sociales de un derecho no emanado del Estado: los juristas las podrán llamar derecho consuetudinario, e integrarlo de tal modo al resto del aparato jurídico del Estado, y ese será siempre un enfoque válido de la cuestión; también los sociólogos podrán hablar de un derecho no estatal.¹

Hay comunidades en las cuales se percibe la existencia simultánea e incompatible de dos órdenes normativos: uno, el mundo de las normas jurídicas escritas y formales, el derecho conocido y aplicado por los abogados; otro, el mundo de las normas no escritas, emanadas e impuestas por los grupos sociales, que son conocidas y explicadas por los sociólogos, cientistas políticos, etc. Son diferentes los métodos cien-

* Una versión más desarrollada del presente trabajo puede encontrarse en nuestra obra: *La administración paralela. El parasistema juridico-administrativo*. Editorial Civitas, Madrid, 1982.

1. Así la colección: *African Law Studies*. Colorado, USA, Nos. 1 a 17, y *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Colorado, 1981, N° 19.

tíficos empleados por unos y otros para el estudio de sus respectivas realidades. Esos dos mundos no siempre coinciden; a veces van por vías paralelas, regulando distintos aspectos de un todo social; a veces se contraponen, cuando las normas sociales imperantes son contrarias o al menos diferentes de las normas jurídicas vigentes en un mismo tiempo y lugar; a veces incluso se complementan.

Es difícil determinar si existe o no una percepción colectiva generalizada acerca de la coherencia y magnitud del fenómeno; pero existen sin duda, percepciones sectoriales de situaciones de esta índole.

En el presente artículo trataremos de reunir algunas de estas observaciones dispersas que han sido efectuadas desde distintos ángulos del análisis, para indicar como en verdad entre todas conforman un conjunto sistemático de observaciones.

1.2. *El concepto de derecho*

No entramos en este trabajo al problema de filosofía del derecho, de definir o determinar qué es el derecho. Sin perjuicio de que no consideramos que quepa excluir del concepto de derecho el juicio de valor que las normas formalmente vigentes merezcan, y el grado de realidad que tengan, no puede menos que reconocerse que para el común de la gente y posiblemente la mayor parte de los abogados practicantes y funcionarios públicos (activos, consultivos, de control), el derecho básicamente no es en verdad otra cosa que ese conjunto de disposiciones emanadas del Estado y formalmente vigentes en determinada época y lugar, con prescindencia, salvo casos graves, de su grado de realismo y su valor o disvalor. Ciertamente es que muchos juristas con razón considerarían a esto una visión pobre y limitada, e incluso equivocada del derecho, pero también es cierto que muchísimos conflictos que pudieran plantearse en que quepa hacer jugar la realidad y la valoración además del texto positivo de una disposición estatal, serán resueltos por las partes intervinientes, funcionarios públicos y administrados, contadores públicos y abogados que desempeñan funciones de control, y posiblemente por más de un juez a cuyos estrados eventualmente llegue la cuestión, sobre la base o la hipótesis inexacta para nosotros, de que "derecho" es tan sólo el conjunto de normas de diverso rango formalmente vigentes en determinado momento.² Es igualmente

2. Señala Cassese, Sabino: *Cultura e politica del diritto amministrativo*, ed. il Mulino, Bologna, 1971, p. 198, que los juristas no pueden pretender que el rol de interpretar y crear el derecho esté limitado, y que "los administradores, ... todos los ciudadanos, 'ejecutan', 'actúan', 'aplican'" (p. 200), sino que al contrario "se afirma más sólidamente el rol creativo de todos los órganos". Los juristas podremos negar que tales actuaciones y operaciones sean verdadera interpretación

cierto que muchísimos conflictos en que pudiera discutirse que la mejor solución jurídica no es la que parece desprenderse del texto liso y llano de una disposición estatal, no llegan en verdad a ser resueltos por un jurista, sino que son resueltos por aquellas partes y actores del procedimiento administrativo, en base a la hipótesis antes señalada. A los efectos de este trabajo tomaremos en cuenta para el análisis, por una parte, el conjunto o sistema de disposiciones de carácter normativo emanadas del Estado (Constitución, leyes, reglamentos, etc.), con prescindencia de si cabe o no considerarlo "derecho" en ausencia de un juicio de valor y de realidad; y por la otra parte, lo contraponemos o compararemos a un conjunto de normas sociales en su mayor parte no emanadas de los órganos del Estado encargados de la producción de normas generales o su interpretación, normas éstas que atienden precisamente en mayor medida a juicios de valor distintos que los consagrados en las normas antes citadas, y a distinta percepción de la realidad. A las normas emanadas formalmente del Estado por el procedimiento previsto al efecto, las llamaremos indistintamente en este trabajo, normas jurídicas o positivas, sistema jurídico, etc.

2. ECONOMIA OFICIAL Y SUBTERRANEA O PARALELA

En los países desarrollados existe generalmente, a más de toda la economía que funciona legalmente y en la superficie, tributa impuestos, está registrada, etc., una pequeña economía subterránea que no declara ni paga impuestos, no los retiene, no figura en ninguna estadística ni se vincula para nada con el sistema económico oficial. Por lo general se presenta en lugares bastante aislados y su efecto sobre la economía total del país es ínfima. En países menos desarrollados el fenómeno suele tener mayor importancia, aunque se carece de datos concretos que permitan evaluar su exacta incidencia; se ha hablado y se habla de una economía subterránea también con referencia a los países socialistas, donde posiblemente esta forma de operar transacciones es además una forma de parcial alzamiento contra un sistema opresivo. En épocas o países de prohibiciones rigurosas florece, por fin, el mercado "negro", en pleno y abierto desafío al sistema, y al cual concurren también, desde luego, los funcionarios del sistema.

También en nuestras sociedades existe permanentemente una economía no oficial, que más que subterránea es paralela: no es que pe-

y aún ni siquiera correcta aplicación del derecho, pero no podemos en cambio desconocer que a veces son estas actuaciones y operaciones las que en verdad ocurren, aunque ellas no sean las que el jurista cohonesto con su propia interpretación.

queños sectores de personas están ellas mismas integralmente al margen de la economía oficial y por lo tanto comercian fuera de ella; no son los habitantes de las villas miserias o los vendedores ambulantes los que hacen funcionar en principal medida esta economía, sino que actúan en ella los mismos sujetos económicos que también hacen funcionar la economía oficial. No hay una economía arriba y otra abajo, hay dos economías que operan la una al lado de la otra, simultáneamente y con los mismos actores. Dicho de otra manera, el régimen realmente vigente o imperante en la práctica en verdad, prácticamente tolera ambos sistemas, en el sentido de que carecen de vigencia en forma estable las normas prohibitivas.³

El tema no ha pasado inadvertido para el derecho económico, y así es como se formulan principios conforme a los cuales en la interpretación debe tener primacía la realidad por sobre eventuales ficciones normativas;⁴ pero ello sólo ocurrirá en los casos que lleguen a pronunciamiento jurisdiccional, que no serán necesariamente la mayoría.⁵ Salvo esos casos relativamente aislados, "El derecho público, por cuyo intermedio se produjo la irrupción de la avalancha reglamentaria generada por el intervencionismo estatal a partir de los años 30, presenta una imagen caótica, falta de cualquier sistema. Hipertrofiado en algunos sectores, como la legislación impositiva y previsional, carece de normas indispensables en otros";⁶ "El desfase entre los hechos sociales y el derecho adquiere mayor relieve al examinarse el conjunto de normas que inciden en los aspectos estructurales del desarrollo económico".⁷

Así por ejemplo, en lo relativo a la legislación antimonopólica, se ha dicho que: "De hecho, la incidencia de las mismas como instrumentos de control del poder económico ha sido prácticamente nula. Los casos de aplicación de sus mecanismos no superan en total la docena, y la mayoría de ellos se refiere a situaciones monopólicas de escasa

3. Según la clásica distinción de Kelsen, al carecer de vigencia las normas pierden también su validez. Aquí no la pierden totalmente, pero sí en determinados ámbitos o sectores. Es como si hubiera un acomodamiento entre ambos sectores: el sector de lo establecido, formal, legal y oficial, y el sector de lo no formal, ilegal, no oficial: se respetan mutuamente, y tienen al menos una tregua incierta, intranquila, pero tregua al fin. Las escaramuzas que de tanto en tanto la rompen no llegan jamás a una guerra total que pueda tener vencedores o derrotados definidos; más aún, veremos luego que están profundamente entrelazados.

4. Ver, por ejemplo, Olivera, Julio H. G.: *Derecho económico*, 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1981, pp. 35 a 45.

5. Y puede así formularse para la economía la misma observación que registra Cassese para la administración, *supra*, nota 2.

6. White, Eduardo: *El derecho económico en América Latina*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 31.

7. White: *op. cit.*, p. 32.

importancia. Sin embargo, la ineficacia de la legislación antimonopólica no ha motivado esfuerzos de reforma significativos, lo que sugiere que, aun como letra muerta, estos instrumentos han cumplido alguna función útil en el sentido de brindar una cobertura legal al ejercicio del poder económico".⁸

También puede ser ilustrativo comparar esta situación con lo que en derecho fiscal se denomina parafiscalidad: la atribución que el Estado confiere a ciertas personas, públicas o privadas, para que perciban tributos en provecho propio;" esa es la parafiscalidad formal, la que el propio sistema introduce en forma expresa y como parte de sí mismo. Pero, ¿qué decir, cuando la norma tributaria es: "...pésima: usualmente exorbitante, abusiva, confusa, tumultuaria e inestabilísima"; cuando "no se observa aquí ni el principio de legalidad, ni el de igualdad, ni el de proporcionalidad, ni el de las inmunidades... ni el de la armonía tributaria"?¹⁰ En tales casos "La práctica tributaria... pesa en exceso sobre unos pocos, libera escandalosamente a muchos otros, oprime a los buenos contribuyentes, deja libres a los... defraudadores... alimenta a los fiscales corruptos... obnubila a los administradores... engendrando, en fin, un panorama caótico, anárquico y tumultuoso".¹⁴

Estas palabras de Ataliba referidas a una enmienda efectuada hace ya algunos años en Brasil, aunque parezcan referirse a una situación extremadamente excepcional, apuntan sin duda al problema de cómo la colectividad percibe un sistema en cuya elaboración no participa ni influye, y cómo reaccionan muchos frente a él. En materia aduanera más de una vez se ha escuchado la pregunta de si tales o cuales trámites y procedimientos irrazonablemente complicados, tengan en verdad una sencilla explicación en la idea de la parafiscalidad, y se relata el caso en México de que la reforma aduanera encontró su principal resistencia precisamente en los titulares de la percepción extralegal de paratributos, que en la aduana tradicionalmente se había creado en cabeza de sus propios agentes.¹² En uno u otro país, de una u otra forma, con una u otra legislación, siempre parece coexistir al lado del sistema un parasistema que no es el formal ni el legal, pero que alguna conexión puede tener con él.

8. White: *op. cit.*, p. 33.

9. Ataliba, Geraldo: *Sistema constitucional tributário brasileiro*. Sao Pablo, 1968, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 178 y 179, y sus referencias.

10. Ataliba: *op. cit.* p. XXII.

11. Ataliba: *op. cit.*, pp. XXII y XXIII.

12. Carrillo Castro, Alejandro, conferencia en el *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*. Caracas, 1981, Universidad Central de Venezuela (en prensa).

Ahora bien, todo este lamentable estado de cosas es obviamente censurable y peligroso: ningún Estado puede funcionar fácilmente si demasiada gente se siente legitimada para transgredir la legislación económica o no pagar correctamente todos sus impuestos; hay en ello no sólo un alzamiento contra el sistema tributario, en este ejemplo, sino contra el Estado mismo, que no puede ni debe ser admitido, máxime que tiene efectos deletéreos secundarios y perpetra una creciente desigualdad social, ya que la evasión fiscal la realizan proporcionalmente en mayor medida quienes tienen más ingresos, y en menor medida quienes tienen menos, hasta llegar a los que por su condición socioeconómica no pueden realizar evasión alguna por estar por debajo de los mínimos imponibles. La injusticia que representa frente a quienes no deben tributar impuesto alguno, el que tributen menos impuesto los que deben hacerlo, es flagrante.

3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO FORMAL E INFORMAL

3.1. *El procedimiento en la teoría y en la práctica*

Hay países de América Latina que tienen regulaciones integrales del procedimiento ante la Administración Pública, como la Argentina, Costa Rica, Perú, Venezuela, Uruguay: sin embargo, es fácil verificar que no hay muchas diferencias reales entre el procedimiento administrativo en dichos países y aquel que se sigue en Brasil, Ecuador, México, Paraguay, etc., países en que tal legislación no existe. Es que en verdad la ley de procedimiento administrativo, aún hecha con el mejor criterio jurídico, no se cumple eficazmente, sino en aquello que tiene de limitativo para el particular y de atribución de potestades para la Administración Pública;¹³ en cuanto la ley introduce criterios de publicidad, razonabilidad, defensa del administrado, control de la actividad administrativa, etc., la realidad en general muy poco recoge de los nuevos preceptos. Resulta de ello que subsiste un procedimiento administrativo real, con reglas y principios que conocen y manejan los que se especializan, por ejemplo, en gestiones o trámites ante la Administración Pública, y un procedimiento administrativo legislado que

13. Así lo dice Eduardo Ortiz, de Costa Rica, en el seminario internacional comparado de la Universidad Central de Venezuela realizado en Caracas, noviembre de 1981, "Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos". Igualmente los trabajos y conclusiones del *Seminario de Derecho Administrativo*, realizado en San José, Costa Rica, en agosto y septiembre de 1981, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1981, en prensa, referido a la Ley General de la Administración Pública de dicho país y su comparación con otros sistemas.

en parte coincide con aquél y en parte no.¹⁴ Es como si fueran dos círculos parcialmente superpuestos; en cuanto ambos círculos se cortan, tenemos normas que son al propio tiempo legales y reales, en lo que ambos círculos no tienen de contacto, cada uno tiene normas que son ajenas al otro. Hay así normas legales que no se cumplen, y normas reales que no están en la ley.

3.2. *La organización y competencias formales e informales*

Otro tanto ocurre con las competencias y organización que surgen de las diversas leyes de ministerios, o leyes o estatutos orgánicos de entes administrativos. La atribución formal y legal para adoptar decisiones las tienen determinados órganos, generalmente de alto rango administrativo, y son tales órganos los que finalmente aparecerán suscribiendo con su firma los actos que adopten las resoluciones que sean del caso. Pero toda persona familiarizada con la administración sabe que ello no es exactamente así, que la resolución en realidad resulta de un proceso mucho más complejo que no está escrito en ninguna ley y en el cual toman parte activa y decisoria diversos funcionarios, asesores, etc. Quien quiere arrimar argumentos útiles trata, pues, invariablemente de detectar quién o quiénes son las personas que en cada organismo efectivamente tienen peso para la toma de una decisión.

El fenómeno ha sido observado por muchos autores, y así en Francia Alfred Sauvy ya señaló hace mucho que "La periferia de este poder también debe ser incluida en el dispositivo: ujieres que reciben con altivez y desdén o desaparecen, dejándonos ante una puerta que lleva la inscripción «entrada prohibida», secretarios o telefonistas que defienden el acceso al castillo de Kafka. A veces, por el contrario, la acogida en el laberinto es generosa, pero surgen dificultades para encontrar, dentro de la inmensa máquina, la manecilla que ha de provocar el movimiento esperado".¹⁵ Y las más de las veces ocurre, en la Administración Pública de los países de América Latina, que se debe salvar tanto la valla inicial que impide entrar al laberinto, como encontrar luego la manecilla que ha de provocar el movimiento esperado. La alusión de Sauvy al laberinto y al castillo de Kafka muestra bien a las claras la percepción real para el administrado de una organización de

14. Hemos ya adelantado algunas reflexiones sobre el procedimiento informal en nuestro libro: *Procedimiento y recursos administrativos*, Bs. As., 1964, Cap. XI, posteriormente reiterados en la edición de 1971 y finalmente en el: *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, tomo 2, Buenos Aires, 1975, Cap. XVIII.

15. Sauvy, Alfred: *La burocracia*. Buenos Aires, 1976, pp. 7/8.

competencias que la ley define en forma concreta y clara pero que así resulta totalmente irreal.

Cuando el interesado no logra encontrar cuáles son las particulares manecillas que mueven en cada caso el aparato administrativo, entonces para él la decisión administrativa resultará en definitiva anónima,¹⁶ no la decisión concreta del ministro tal o el presidente cual. En cualquier caso, siempre existe diferencia neta y profunda entre la organización formal e informal de la administración.

3.3. *Publicidad y silencio*

Mientras las leyes y hasta las constituciones consagran enfáticamente el principio de la publicidad de los actos de gobierno,¹⁷ y el más irrestricto acceso de los interesados a las actuaciones administrativas salvo que ellas sean calificadas por acto expreso y motivado como "confidenciales", lo cierto es que en la práctica tales disposiciones jamás se cumplen fácilmente. La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad. No se trata de que el funcionario público considere que realiza con ello una actividad ilícita: al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede "comprometerlo".¹⁸ Si se le informa de la ley que dispone lo contrario,

-
16. Ver, para el caso norteamericano, Schwartz, Bernard: *Administrative Law*. Boston y Toronto, 1976, pp. 374 y ss., parágrafo 131, y el análisis de los cuatro casos *Morgan*, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, pp. 385 a 394. Para la situación argentina y latinoamericana, ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 4.1., *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1980, capítulo VIII, parágrafo 1. Schwartz recuerda las palabras del presidente del Attorney General's Committee on Administrative Procedure: "la repartición es una gran organización oscura con la cual el ciudadano tiene que tratar. Es absolutamente amorfa. El la apreta en un lugar y ella aparece en otro. Nadie parece tener autoridad específica. Hay alguien llamado la comisión, la superioridad (authority); un ente metafísico que parece flotar en el aire y no es un ser humano. Eso es lo que es desconcertante...".
 17. Nos remitimos, para la ley venezolana, a nuestro artículo "Algunos aspectos del procedimiento administrativo en Venezuela, *Revista de Derecho Público*, número 9, parágrafo 6, Caracas, 1982 (en prensa). Para el derecho argentino, nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 4.1., *Procedimiento y recursos administrativos*. Buenos Aires, 1980, capítulo IV y sus referencias comparativas.
 18. Como dice, Wade, H. W. R.: *Towards Administrative Justice*. Ann Arbor, 1963, p. 20: "Su obligación es mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz". Es importante destacar que en los países desarrollados se ha generado en los últimos años una fuerte tendencia a la eliminación de los reductos de reserva y secreto. Ver por ejemplo, Rowat, Donal C. (compilador), *Administrative Secrecy in Developed Countries*. Columbia University Press, Nueva York, 1979; del mismo autor: *The Right to Know: Essays on Governmental Publicity and Public Access to Information*. Carleton University, Ottawa, 1981.

su incredulidad será genuina: realmente él percibe a esa norma como ilegal,¹⁹ no se sabe cómo ni por qué, pero tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la cual se encuentra, no es en absoluto la descrita en la ley sino aquella que sin ninguna dificultad aprehende de sus superiores y compañeros de trabajo;²⁰ que por otra parte es exactamente la misma con la cual se debe enfrentar en cuanto administrado frente a otras reparticiones.

No podemos aquí sino reiterar que tal tendencia al secreto y a la reserva es profundamente censurable, y que debería darse el más estricto cumplimiento al principio de la publicidad de las actuaciones que consagran las normas vigentes, tanto constitucionales como legales y reglamentarias.

3.4. *Los canales formales e informales para toda tramitación*

Si utilizamos los términos en el sentido familiar de que hacer las cosas bien, como corresponde, es hacerlas por "la derecha", y que hacerlas mal es hacerlas "por la izquierda", ocurre que algo parecido pasa a diario con casi todo. El trámite que se quiere encarar "por derecha", conforme a las normas formales preestablecidas, está destinado al fracaso o al menos a ser más engorroso y dificultoso que aquel que se hace "por izquierda", por otras vías informales y más personales. Hay ejemplos constantes, llegando hasta el código de faltas de la Provincia de Buenos Aires: el detenido por presuntas infracciones menores que apela, tarda mucho más en obtener su libertad que aquel que no lo hace, y ello surge así de la propia sumatoria de los plazos procesales establecidos en la ley: la ley ya nos sugiere que por su camino vamos mal.²¹

-
19. No debe esto sorprender demasiado, si se tiene en cuenta que similares contraposiciones se han hecho, con una escala de valores irreprochable, desde el ángulo de la filosofía del derecho, por ejemplo Radbruch, Gustav: *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires, 1962, traducción del artículo: "Gesetzliches Unrecht und Ubergesetzliches Recht", cuyo juego de palabras y de conceptos es perfectamente de aplicación al caso, con la profunda diferencia de que los valores en juego estarían en el presente caso invertidos. No es que lo valioso se opone al derecho escrito para intentar superarlo, sino que al revés, lo disvalioso es erigido en "derecho" por encima del derecho escrito.
 20. Esto no es sólo propio de los países en desarrollo, aunque sí más grave. Señala Wade, H. W. R.: *Towards Administrative Justice*. Ann Arbor, 1963, p. 20, que "el agente público, desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día". Hemos tratado el punto en nuestro: *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2, Parte General, Capítulo XVIII, puntos 7 y ss.
 21. *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*. La Plata, 1981, comisión IV, Derecho procesal administrativo, punto c), ponencias presentadas y conclusiones aprobadas.

¿Qué hace la persona que tiene que hacer un trámite en alguna oficina pública? Si quiere resultados, no trata de hacer el trámite tal como él está previsto, pues ello le implicará innúmeras visitas a la repartición, cada vez llenando el requisito adicional que se acuerdan de pedirle,²² sino que trata de conseguir una "recomendación",²³ un "contacto", uno que conozca a alguien adentro de tal repartición, el cual le pueda resolver el problema, como "favor".

Aparecer así los *contact men* o "abrepuestas". A nivel más modesto, son los indispensables "gestores" a veces profesionalizados.²⁴

Conviene evitar en este punto generalizaciones de crítica, pues si bien es obvio que muchas de las prácticas que estamos describiendo son fuertemente censurables, no por ello ha de pasarse al extremo opuesto de alabar el puro procedimiento escrito. Siempre será conveniente al interesado en un expediente administrativo o judicial intentar acercarse personalmente a quienes tienen que informar, tramitar, dictaminar o decidir la cuestión, restituyendo al procedimiento algo de la intermediación que perdió, y siempre es conveniente al propio interés público que el funcionario tenga también una impresión directa de las personas cuyas peticiones considera. Lógicamente, pasar de allí a mayores, llegando a la venta de influencias, es notoriamente inconveniente y disvalioso.²⁵

3.5. Conclusiones parciales

Sería largo enumerar los múltiples supuestos en los cuales el procedimiento administrativo funciona en base a normas y principios reales y vigentes, que no son los que consagran las leyes igualmente "vi-

22. Se trata de lo que también se llama la información por "cuentagotas", como expresó para el caso de México, Alejandro Carrillo, en el *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*. Caracas, noviembre de 1981, Universidad Central de Venezuela (en prensa).

23. Está tan difundido el procedimiento, que no es a veces bien visto que una persona que esté en situación de dar una "recomendación", no la dé: ello lleva a que las recomendaciones se dan, pero con distintos grados de intensidad del mensaje, lo que hace que "El funcionario que recibe recomendaciones sabe distinguir muy bien las que realmente cuentan con apoyo de las que resultan meramente formales", como dice Sauvy, Alfred: *La burocracia, op. cit.*, p. 63, en palabras estrictamente aplicable a nuestros países.

24. Esto, siempre que no se llegue a la corrupción extrema de que se deba tener una "atención", o haya que "gastar" algo, hecho tan frecuente que en algunos casos llega a tener tarifas más o menos oficiales, que permiten saber cuánto "cuesta" tal o cual trámite. Todo esto va mostrando una violación sistemática al "sistema", lo cual produce, como es obvio, dos sistemas aparentemente antagónicos que subsisten de algún modo simultáneamente.

25. Suponemos que es innecesario destacar que repugna a todo sentido ético, individual o social, la comisión de conductas de esta índole, v. gr., nota 23.

gentes" de procedimiento administrativo. Basta con ello, pensamos, para mostrar cómo además del sistema legal de procedimiento administrativo se advierten además fuertes indicios de la existencia de todo un parasistema procedimental.

4. LA CONSTITUCION REAL

4.1. *El sistema paraconstitucional*

Los autores de ciencia política han trabajado en similar sentido, al analizar las diferencias entre la Constitución formal y la Constitución "real", entendiendo por tal la que efectivamente se cumple. Así por ejemplo, si se tiene en cuenta que la declaración de estado de sitio es claramente una medida de absoluta y total excepción dentro del régimen constitucional, y sólo para circunstancias excepcionales, es evidente que al implantárselo en la práctica con una frecuencia y duración significativas, importa de hecho una práctica constitucional diferente de la que surge del texto formal.²⁶ En el caso argentino, quizás un poco exagerado, el estado de sitio en los últimos cincuenta años tuvo los siguientes períodos de vigencia:

	<i>Desde</i>	<i>Hasta</i>
1)	7-IX-1930	2-II-1932
2)	19-XII-1932	6-V-1933
3)	30-XII-1933	6-VII-1934
4)	16-XII-1941	6-VII-1945
5)	26-IX-1945	23-V-1946
6)	28-IX-1951	27-VI-1957
7)	30-X-1957	30-XI-1957
8)	11-XI-1958	20-IX-1963
9)	30-VI-1969	22-V-1973
10)	6 - XI-1974	hasta el presente

26. Cabe cuestionarse aquí si no existen dos paralelismos: uno, el que explicamos en el texto, en el sentido de que la norma constitucional está de hecho desconocida, y que en la práctica impera otra normativa que la dispuesta en la ley fundamental; otro, si la propia ley fundamental no incurre en un razonamiento paralelo al prever ella misma su virtual suspensión: "Con la figura del Estado de excepción, la ley pretende protegerse de toda posible eventualidad adversa. Quiere, así, ceñirse al imperio de la ley aun aquello que por su naturaleza es ilegal. Se aspira a la vigencia de las normas cuando no hay más que hechos en ostensible contraposición al orden estatuido", como dice Diego Valadés: *La dictadura constitucional en América Latina*. México, 1974, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 155. Esa duplicidad conceptual, que guarda analogía con el caso del doctor K que plantea Carrió, en *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires,

Surge de ello que en más de la mitad de ese tiempo lo "excepcional" ha sido la norma real.

Pero no se trata sólo de eso: también durante períodos harto prolongados el gobierno civil, electo por la población, es desplazado por un golpe militar que implanta un gobierno *de facto*, de origen castrense. También aquí la experiencia argentina²⁷ y latinoamericana es frondosa, y valga la pena señalar que la culpa no la tiene principalmente la ambición de poder de los militares sino la falta de unión de los civiles en el mantenimiento del orden constitucional.²⁸ Si en la Constitución el gobierno es representativo, republicano, y se elige periódicamente por la población, en la realidad el gobierno es alternativamente civil por breves períodos, y castrense por períodos intermedios cada vez más prolongados en los últimos años.

No se trata, por lo demás, sólo de un incumplimiento parcial de algunas o muchas normas constitucionales. En algunos países los gobiernos *de facto* llegan a producir normas "revolucionarias" que modifican o enmiendan la Constitución en determinados aspectos, y hasta se llega a emitir cuerpos normativos casi completos o integrales de rango constitucional que dejan de lado la Constitución. La cuestión llega hasta tal punto que algunas publicaciones especializadas, por ejemplo en Chile, indican que existe un "ordenamiento constitucional" en el cual el lugar primero y principal lo ocupan todas las "actas" seudoconstitucionales y demás normas derivadas, y un lugar accesorio y secundario lo ocupa, al final de la publicación, la propia Constitución.²⁹

Resulta claro que existen así dos cuerpos de normas "constitucionales", unas constitucionales y las otras inconstitucionales, pero que las que se aplican realmente son las segundas a despecho de las primeras. Al lado del sistema constitucional existe y funciona así un sistema paraconstitucional.

1973, Ed. Astrea, pp. 28 a 33, tiene en América Latina muchos antecedentes, uno de los cuales, que recuerda Valadés, es el de Rosas en la Argentina: "Por esa razón, resulta en extremo frecuente que en las instituciones de excepción encuentren su apoyo dictaduras inconfesas, que pretenden refugiarse en una aparente constitucionalidad" (p. 157). Como se ve, también aquí el doble sistema tiene antecedentes de larga data.

27. Potash, Robert A.: *El ejército y la política en la Argentina, 1928 - 1945. De Yrigoyen a Perón; idem, 1945 - 1962. De Perón a Frondizi*, dos volúmenes, Buenos Aires, 1981.

28. Potash: *op. cit.*, vol. 2, p. 507.

29. *Ordenamiento constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980. Primero se publican las metas, principales, etc., gubernativos; luego las actas constitucionales; más adelante los textos complementarios; por fin la Constitución que todos los actos anteriores modifican, derogan, sustituyen o simplemente ignoran.

Este parasistema constitucional, ¿es disvalioso para la mayoría de la ciudadanía? Si tomamos como dato ilustrativo la cantidad de gobiernos militares que han aparecido y perdurado con indudable y apreciable apoyo civil inicial, si atendemos a la conclusión de Potash antes citada, y si le sumamos la observación de que la participación —base de una democracia moderna— en verdad no es el sentimiento mayoritario en América Latina,³⁰ deberemos lamentablemente expresar que no, que la civilidad clama por la Constitución sólo cuando se ha agotado el respectivo gobierno militar de turno. A la inversa, cuando se agota o desgasta un gobierno civil, en lugar de procurar sustituirlo electivamente por otro gobierno civil, se opta por pedir a los militares que tomen el poder.³¹ De nada vale que las personas digan que son democráticas y están al servicio de la Constitución, si sus acciones no respaldan tales afirmaciones. Con lo cual llegamos al pleonismo total de que la mejor prueba de que la ciudadanía no considera del todo valioso el sistema constitucional, es precisamente que no vive de conformidad a él.³²

Por nuestra parte, no podemos sino insistir una vez más en la necesidad de cumplir con el sistema constitucional, y de ajustarnos a sus resultados aunque los sucesivos gobiernos que resulten de él no sean precisamente aquellos por los cuales hayamos votado.

4.2. *El gobierno paralelo*

Cuando hay gobiernos civiles, por lo general las autoridades militares se hacen sentir y funcionan como grupos de poder: cuando hay

30. Nos remitimos a nuestro artículo "Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina", en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XLVII-1981, número 2, pp. 126 y ss.

31. Es que, como se ha observado, las fuerzas armadas desempeñan generalmente el rol de un partido conservador: Neilson, James: "The Missing Conservative". *Buenos Aires Herald*, diciembre 4, 1980; del mismo autor: *La torárgine argentina*. Buenos Aires, 1979, pp. 106 a 108.

32. Para muchos el voto es una opción insuficiente o vacía y al no quedar satisfechos con el resultado del voto ni encontrar tampoco oportunidad suficiente de ejercer otras influencias legales sobre el curso de los acontecimientos públicos, acuden nuevamente a golpear las puertas de los cuarteles en busca de la misma ayuda que hace apenas pocos años pareció repudiar. Las minorías que quedaron excluidas de participar en el gobierno mayoritario, consiguen entonces inconstitucionalmente más injerencia aun que la que la mayoría les retaceó, pero la obtienen ahora no ya como participación sino como parte del gobierno mismo. Esto, desde luego, lleva al círculo vicioso de que el siguiente gobierno constitucional no se sentirá inclinado a darles participación alguna sino antes bien al contrario a penalizarlos, neutralizarlos y excluirlos de toda forma de cogobierno; lo cual pone en movimiento el siguiente ciclo...

Nadie resigna en su turno la tentación de ejercer el poder de manera unilateral y excluyente, realimentando entonces el proceso.

gobierno militar se produce una escisión entre los militares que ejercen el gobierno y los que están sólo al mando de tropas. Los primeros, aunque mantengan sus grados y su carrera militar, lo cierto es que no comandan tropa cuando ocupan un ministerio u otro cargo público; los segundos si bien son militares dentro de un gobierno militar, no tienen un cargo político o administrativo en el sistema.

Ello produce una situación en la cual los últimos están constantemente intentando ejercer poder político, legitimados como lógicamente se sienten dentro del sistema, por el hecho de tener mando de tropas. Al fin de cuentas, si otros militares ejercen poder civil por haber tenido comando de tropas, ¿por qué no ellos? Pues al fin y al cabo son todavía más militares, más puros, más profesionales, que los primeros y por tanto tienen ilógicamente aún más legitimación —en ese razonamiento— para hacerlo. Ello produce lo que se ha llamado precisamente un gobierno paralelo: "los comandantes de los cuerpos de ejército han actuado en sus respectivas áreas con fuerza de autoridad paralela".³³

Desde luego, la cuestión del gobierno paralelo no se limita al tema de cuánto comparten el poder civiles y militares, sino también a diversos fenómenos, suficientemente conocidos, de grupos de presión que ejercen no sólo influencias sino también poder real. Así por ejemplo, los sindicatos han ejercido durante mucho tiempo un poder político concreto e importante, y también diversos grupos empresarios tienen ocasional ejercicio trascendente de poder.

Más aún, existen instituciones estables y permanentes que funcionan bajo la hipótesis de constituir un gobierno o una administración paralela. Explicamos en otro trabajo cómo los órganos de asesoramiento y coordinación en la Presidencia de la Nación (Secretaría General, etc.), en todos los tiempos se constituyen en verdaderos ministerios paralelos, que compiten frontalmente con las atribuciones que los ministros están llamados constitucionalmente a ejercer, y esto tanto en gobiernos militares como civiles,³⁴ nacionales o extranjeros.

33. Schönfeld, Manfred: "El enfrentamiento entre los grupos de poder", *La Prensa*, 17-XI-81. Así como hay a veces autoridad militar paralelas, hay en algunas épocas, partes de una administración paralela. Así también, por ejemplo, se ha podido hablar en diferentes épocas y países americanos de fuerzas parapoliciales y paramilitares, que no son sino otra manifestación de la existencia y funcionamiento de un parasistema.

34. Nuestro trabajo "L'organisation administrative du travail gouvernemental", en el libro del mismo nombre del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas. Bruselas, 1982 (en preparación). Véase también Roth, Roberto: *Los años de Onganía*. Buenos Aires, 1981, para un testimonio directo del funcionamiento de este tipo de organismo; de Imaz, José Luis: *Los que mandan*. Buenos Aires, 1965, pp. 38 y 39, 42 y 43.

Pareciera en definitiva como si siempre existiera un tendencia a emerger fuentes de poder que difieren de las de la administración institucionalizada conforme a la Constitución y a las leyes, y que esas fuentes de poder también se organizan y ejercen un poder paralelo.

Va de suyo que esta duplicación de la administración no es en absoluto sana para el país, y que debe intentar corregírsela.

5. LENGUAJE Y METALENGUAJE³⁵

Existen también dos lenguajes paralelos, del mismo modo que dos economías, dos constituciones y dos derechos paralelos. Uno es el lenguaje de la palabra "oficial" que se hace para el consumo del público y la prensa no informados, o ingenuamente para el exterior.³⁶

Lo mismo cuando los políticos anuncian el magnífico país que lograrán hacer realidad si los eligen para tales o cuales cargos, o los militares llamados y apoyados por civiles a tomar el poder, anuncian desde el cargo los planes y programas de acción que pondrán en marcha: ya es sabido que en realidad hay que analizar por sus comportamientos pasados qué es probable que hagan en el futuro,³⁷ pues no se deben tomar al pie de la letra tales planes y promesas.³⁸

Se torna así especialmente sutil el mecanismo de manejo y comprensión de la vida pública local: hay que saber por una parte enten-

35. Genaro R. Carrió, en su magnífica obra: *Sobre los límites del lenguaje normativo*, op. cit., pp. 21 y ss., analiza varios casos de dislates y absurdos que se pueden cometer con el lenguaje normativo: el caso del Dr. K que relata, es particularmente ilustrativo. Dice Carrió que se trata de "sinsentidos que origina el uso del lenguaje normativo cuando quien lo emplea quiere realizar la difícil pirueta de atravesar algunos de los límites o fronteras internos del mismo sin atravesarlos realmente" (p. 21). A partir de la observación de Carrió nos preguntamos en este acípite, si no hay también toda una técnica o mecánica de lenguaje irreal, cuyo significado no es el que textualmente surge de su lectura, y al cual —salvo que uno lo rechace como sugiere el autor en la página 33 para su ejemplo central— preste una importante cantidad de gente y de medios de comunicación social. Algo de eso adelantó también Ortega y Gasset en 1929, cuyas palabras recordamos *infra*, notas 40 y 41.

Ver también Carrió, Genaro R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

36. En el exterior, por supuesto, no se convence a casi nadie. En el interior "están las masas latinoamericanas, que no hablan, pero que esperan que sus dirigentes hablen por ellas, y que demostradamente están dispuestas a dar un crédito excesivo a quien sepa formular de manera fluida y fácil, hipótesis agradables a nuestra psicología colectiva. Eso puede dar lugar a la emergencia de grandes demagogos"; Rangel, Carlos: *Del buen salvaje al buen revolucionario*. Caracas, 1981, Ed. Monte Avila, 9ª ed., p. 205.

37. Un claro ejemplo explica Rangel: op. cit., pp. 218/9, en el caso de Petón.

38. Y no sólo hay que dudar de las afirmaciones públicas, sino también de las privadas, como lo demuestra el ejemplo que relata Piñero Pacheco, Raúl: *La degeneración del 80*. Buenos Aires, 1981, pp. 91 y 92.

der el derecho y la constitución escrita, hay que conocer los discursos y proclamaciones oficiales, hay que analizar los planes y programas del gobierno y de los aspirantes a ser gobierno; pero al propio tiempo hay que aprender a percibir cuáles son las reglas jurídicas con las cuales la sociedad realmente se maneja, cuáles son los pensamientos que efectivamente guiarán las acciones y no los que se anuncia que las guiarán, hay que aprender a detectar cuáles serán las acciones que efectivamente serán puestas en ejecución a diferencia de las anunciadas, hay que encontrar contactos, relaciones, vinculaciones, amigos, en tantos lados como se pueda, pues sin ellos serán mucho más difícil cualquier acción o decisión.

Naturalmente que este estado de cosas es poco menos que esquizofrénico, pues obliga permanentemente a un doble ejercicio mental, a pensar y callar, a leer y escribir siempre entre líneas, a adivinar,³⁹ a detectar el lenguaje no verbal; llegamos así a tener una mente paralela. De seguir por ese camino, terminaremos por no creer a quien nos dice la verdad, por ofendernos ante quien hable con claridad, por pedir en suma a través de nuestros comportamientos que no nos hablen claro,⁴⁰ que usen subterfugios y circunloquios.

Es como si nos hubiéramos colectivamente prohibido hablarnos clara y sinceramente. "Todos lo sabemos (tal o cual cosa), pero no podemos (o no debemos, o no nos atrevemos a, o no nos conviene) decirlo", es la clave del lenguaje público y privado. Estas pautas de lenguaje y expresión nos vienen impuestas, no por una censura o imposi-

39. Ya V. S. Naipaul* ha observado que no parece casual que Borges sea argentino. Algo del alma colectiva está presente, por ejemplo, en sus ficciones: *Obras Completas, 1923-1972*. Emecé Editores, Buenos Aires, 1974, pp. 425 y ss. Leyendo los múltiples planos imaginarios de: *Las ruinas circulares* (pp. 451 a 455), *El jardín de senderos que se bifurcan* (pp. 572 a 480), o: *La biblioteca de Babel* (pp. 465 a 471), resulta obvio que mucho menos complicado es manejarse a diario con un doble sistema de todo: al final de cuentas, son nada más que dos sistemas. Sin embargo, los planos de Borges sólo pretenden ser imaginarios, literarios, y no aspiran a guiar las acciones de los hombres. De allí que lo que en Borges es un hermoso ejercicio estético, sea en la sociedad un juego peligroso que puede resultar potencialmente autodestructivo.

* Ver Naipaul: *The Return of Eva Peron*. Londres, 1980.

40. El hablar claro se ha transformado incluso en una falta de tacto social, en una descortesía hacia el interlocutor. Decía ya Ortega y Gasset, que "como el argentino no suele ser lo que realmente es, sino que se ha trasladado a vivir dentro del personaje que imagina ser, el tacto no sirve para nada. No se palpa lo impalpable. Por eso en Buenos Aires todo movimiento que se haga hiere a alguien, viola alguna personalidad secreta, ofende a algún fantasma íntimo. Preocupado el argentino de que reconozcamos su fantasma personal, permanecerá artillado frente a nosotros". Ver "El hombre a la defensiva", en *El espectador, Obras Completas, op. cit.*, pp. 642 y ss. p. 651.

ción sistemática, sino por una autocensura individual⁴¹ y una censura social parasistemática. ¿Se quiere acaso una descripción mejor de una sociedad enferma?

Advertimos así, la gravísima distorsión que se va produciendo en el alma colectiva, que en un círculo vicioso deforma a su vez no sólo toda comunicación verdadera entre las personas, entre gobernantes y gobernadores, sino también todo el proceso de formación y aplicación del derecho.

6. LA MORAL PARALELA

Hay finalmente un doble *standard* moral, doble moral o moral paralela: personas que son esencialmente respetuosas de los valores comunitarios, pero que no tienen reparo moral alguno a cometer determinadas transgresiones. No se trata tan sólo de una moral de Tartufo, de un puro cinismo: se trata, peor aún, de la honesta convicción de que ambas actitudes no son incompatibles sino, bien al contrario, perfectamente coherentes.⁴²

No se trata entonces de transgresiones a la moral, sino estrictamente de la vivencia de una doble moral. Por esta vía de razonamiento y de sentimiento es como en absoluto se concibe como inmoral la vivencia del doble sistema que estamos exponiendo: quienes se habitúan a él lo toman como un dato de la realidad al cual no cabe en modo alguno formular reparos de orden ético. Esta doble moral, o existencia de dos *standard* morales que conviven en el alma colectiva, aparece no sólo en materia política: está en verdad presente en todos los órdenes de la vida, y así es como más de un profesor universitario, por ejemplo, no considera en absoluto inmoral plagiar a los demás autores. Si el autor plagiado quisiera hacer una querrela criminal al pla-

41. Por ello ha dicho Ortega y Gasset, en *El hombre a la defensiva*, *op. cit.*, p. 649, que en el caso del argentino él "es un hombre a la defensiva"; "cuando el prójimo se acerca hermetiza más su alma y se dispone a la defensa". "Que atacado se defiende es lo más congruente, pero vivir en estado de sitio cuando nadie nos asedia es una propensión superlativamente extraña". Según Ortega, hay en esta actitud mucho de defensa de un *status* o rol; "a este tipo de hombre le preocupa en forma desproporcionada su figura o puesto social. Lo excesivo de semejante preocupación sólo se comprende si admitimos dos hipótesis: 1º), que ...el puesto o función social de un individuo se halla siempre en peligro por el apetito de otros hacia él y la audacia con que intentan arrebatarlo; 2º) que el individuo mismo no siente su conciencia tranquila respecto a la plenitud de títulos con que ocupa aquel puesto o rango" (pp. 650 y 651). Además, "el rango público de cualquier orden que un individuo posee está en constante peligro por la presión de apetitos en torno, que ningún otro imperativo modera. Donde la audacia es la forma cotidiana del trato, es forzoso vivir en perpetua alerta" (p. 651).

42. Una segunda explicación del mismo fenómeno, algo más compleja, hemos efectuado en *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*. México y Buenos Aires, 1973, capítulo X.

giario, encontraría quizás él mismo a la inversa que la comunidad le formula reparos "éticos", por querer tal vez aprovechar de una sanción penal "formal" para en verdad librarse de un adversario o discípulo infiel. Lo mismo pasa con el comerciante que quiere denunciar al competidor desleal que no paga los impuestos, y así sucesivamente con el estudiante que se copia en los exámenes, el maestro que no enseña, y en general, todos aquellos que ejercen una actividad cualquiera sin dedicación, sin responsabilidad, sin vocación, sin espíritu de servicio a la comunidad. Todo se hace entonces regular o mal, nada es indispensable por imperativo ético hacerlo bien. "Total, si todo anda igual, ¿a qué imponerse uno mismo limitaciones y restricciones que no vienen impuestas socialmente?".⁴³

Pareciera entonces como si la doble moral reflejara claramente la existencia y funcionamiento de un doble sistema de todo: el sistema formal, con sus preceptos expresos o implícitos del deber, sea constitucional, político, tributario, administrativo, etc., y el parasistema. La doble moral implica la consigna de que el sistema no debe ser cumplido fiel ni íntegramente, que ello carece de sentido; es el parasistema el que da entonces realidad y sentido obligacional a las conductas individuales. Que esto es censurable, no haría falta decirlo: el problema es demasiado grave y generalizado, la falta de convicción moral que apoya al sistema demasiado extendida, la falta de consenso y adhesión demasiado profunda.

7. LA DOBLE PERSONALIDAD

Ortega y Gasset ha hablado de "Esta dualidad del cuerpo colectivo" y ha dicho que "La estructura pública... fomenta ese dualismo del alma

43. Esto también lo señaló hace tiempo Ortega y Gasset, al expresar que "no se ha adscrito nunca a la actividad que ejerce, no la ha aceptado como su vital destino, no la considera jamás definitiva, sino a manera de tapa transitoria para lo único que le interesa: su avance en fortuna y jerarquía social" (pp. 652 y 653). "Los oficios y puestos suelen ser... situaciones externas al sujeto, sin adherencia ni continuidad con su ser íntimo. Son posiciones, en el sentido bélico de la palabra, ventajas transitorias, que se defienden mientras facilitan el avance individual"; el individuo no ve su ocupación o profesión "irrevocablemente... como su destino vital, sino como algo que ahora le pasa, como una mera anécdota, como papel. De este modo la vida de la persona queda escindida en dos: su persona auténtica y su figura social o papel" (p. 654). "No hay vida sin vocación, sin llamada íntima" (p. 656), y el individuo así escindido y fracturado dentro de sí mismo "no se entrega a nada,... no ha sumergido irrevocablemente su existencia en el servicio de alguna cosa distinta de él" (p. 656). Adviértase la contradicción, que explica una vez más el "dualismo del alma individual" que es reflejo de "esta dualidad del cuerpo colectivo" (p. 657), que existe en suponerse un idealista, pero ser un idealista que no pone sus acciones detrás de sus ideales y que se contenta con tenerlos en su cabeza y declamarlos, sin intentar cumplirlos y hacerlos realidad.

individual".⁴⁴ Esa dicotomía de lo que querría ser y lo que verdaderamente se es, y ese cultivar las formas del ideal pero no de su experiencia, hace que se sacrifique lo segundo a lo primero: "Por tomar en cada instante la postura que aquel personaje irreal tomaría, renuncia a la actitud sincera que la persona real querría adoptar".⁴⁵

Entonces, "no suele ser lo que realmente es, sino que se ha trasladado a vivir dentro de la persona que imagina ser".⁴⁶ "Notamos como si aquel hombre, presente entre nosotros, estuviese en verdad ausente y hubiese dejado de sí mismo sólo su persona exterior, a la periferia de su alma, lo que de ésta da el contorno social. En cambio, su intimidad no está allí. Lo que vemos es, pues, una máscara y sentimos el azoramiento acostumbrado al hablar con una careta"; "detrás del gesto y la palabra no hay —parece— una realidad congruente y en continuidad con ellos".⁴⁷ La referencia a la máscara que está delante de la persona permite evocar precisamente el origen etimológico de la palabra persona, que no es otro que "máscara", y descubre una vez más la clave de la doble personalidad del individuo, de la sociedad, del Estado. No es de extrañarse entonces que la teoría de la doble personalidad del Estado, hoy en día abandonada por la mayor parte de los juristas, haya tenido no obstante importantes seguidores hasta hace muy poco.⁴⁸

Es necesario ahora afrontar el problema de superar esta doble personalidad, este sistema jurídico-administrativo paralelo, esta verdadera fractura en el alma colectiva que le hace vivir con dos ordenamientos como los expuestos.

8. EL PARASISTEMA COMO INSATISFACCION FRENTE AL SISTEMA DISVALIOSO

Una de las causas que concurren a la generalizada violación del sistema, y a la creación de un sistema paralelo de normas de conducta, es la común insatisfacción que en muchos países existe respecto de las normas establecidas en el sistema. Puesto que se las percibe como injustas o irreales, se considera automáticamente que se tiene el derecho y hasta el deber de desconocerlas. Existen múltiples ejemplos de esta situación, desde el clásico lema recogido por algún empleado público

44. *El hombre a la defensiva*, *op. cit.*, p. 654.

45. *Op. cit.*, p. 660.

46. *Op. cit.*, p. 651.

47. *Op. cit.*, p. 648.

48. Para una crítica de la teoría de la doble personalidad del Estado ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, *op. cit.*, capítulo III, números 8 a 11.

en Italia: "El Estado finge pagarme, yo finjo trabajar", hasta las más simplistas autojustificaciones para la evasión tributaria: "Para que tiren (a más, según los grados de escepticismo existentes) el dinero que me cobran es preferible que lo gaste en mi familia", pasando por explicaciones más elevadas que pueden llegar a tocar la moral o la política. En el plano moral más exaltado, bien vale la pena recordar la afirmación de Hart, de que no cabe llegar "a una enorme sobrevaloración de la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho, como si esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: «¿Debo obedecer esta regla de derecho?»";⁴⁹ o la teoría política que justifica el tiranicidio o la revolución contra un régimen dictatorial opresivo.

Todo ello nos demuestra que uno al menos de los elementos integradores de la existencia de un parasistema (y que implica por definición un alzamiento y un desafío al sistema), ha de hallarse en las propias falencias del sistema, al menos falencias tal como las percibe la comunidad. Podrá sostenerse tal vez que no son falencias verdaderas, que por ejemplo, los juristas consideran magnífico el orden allí establecido; pero si la comunidad como un todo no tiene la misma percepción y siente en cambio que el sistema es disvalioso, entonces está dada una de las primeras causas posibles de la aparición de un parasistema, ya que ningún sistema verdaderamente rige si no tiene el sustento participativo y activo de toda la comunidad: los abogados y jueces, con auxilio de la administración y la policía, no bastan para transformar en real y efectivamente vigente a diario un sistema normativo al que en parte la comunidad entera no adhiere verdaderamente; más aún, salvo los catones que siempre existirán en tales ámbitos, muchos abogados, administradores o jueces serán también partícipes en más de un caso de la aplicación del parasistema, cuando las valoraciones jurídicas básicas de justicia, seguridad, buena fe, razonabilidad, etc., les impongan la conclusión de que tal o cual norma del sistema es en verdad disvaliosa. Cuando tengan el poder, por ejemplo, en una sentencia, de anular la norma disvaliosa, lo harán; cuando no tengan el poder de hacerlo, o cuando por cualquier causa no consideren oportuno hacerlo, entonces recurrirán a argucias, legales o no, que impliquen de hecho el desconocimiento de la norma sistemática disvaliosa y por lo tanto la vigencia real del parasistema.

49. Hart, H. L. A.: *Derecho y moral*. Buenos Aires, 1962, pp. 44 y 45. Para una indagación acerca de las relaciones entre moral y derecho a propósito del acto administrativo inmorale, ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 3, "El acto administrativo", Bs. As., 1979, capítulo VIII, punto 9.

Si esto funcionara claramente no habría en verdad problemas, pues implicaría nada más y nada menos que la declaración de inconstitucionalidad por irrazonable de cualquier norma subconstitucional que de tal modo se aparte de los valores superiores. Sin embargo, toda vez que por una no muy bien entendida prudencia política los órganos de aplicación del derecho no hacen de manera frontal la declaración de inconstitucionalidad, están ellos mismos provocando la fractura colectiva que explicamos en el capítulo anterior: la norma sistemática en tal caso subsistente en la forma, pero ha cedido su lugar en la realidad a la norma parasistemática, que quizás en el caso sea más ajustada a la Constitución y por tanto más "verdaderamente" sistemática, pero que en cualquier caso introduce el caos y la confusión en el orden jurídico como conjunto de pautas claras de conducta.

No decimos con ello que todo el sistema es disvalioso, en modo alguno, sino que los elementos disvaliosos que el sistema contiene son tal vez el sustento ético del origen de la aparición del parasistema. Dado ese comienzo, admitido que el sistema puede contener y mantener normas o principios disvaliosos, se admite la necesidad de un parasistema. Y una vez admitida la aparición y hasta la necesidad del parasistema, ya no es posible luego controlarlo o mantenerlo dentro de límites "tolerables" o prudentes; simplemente, el parasistema se desborda y amenaza a todo el sistema.

Para decirlo de otro modo, la manera de fortalecer el sistema no es haciéndolo más rígido o más estricto, sino a la inversa, desbrozándolo de lo que tenga de excesivo, irreal, intolerante, disvalioso. Por el camino inverso, por el endurecimiento del sistema, se llega inexorablemente a su depreciación y descrédito generalizado, a su incumplimiento sistemático, a la ignorancia colectiva de sus disposiciones sanas y elementales.

No se trata tampoco de propiciar que tome el poder alguien "humanitario", "considerado", "blando", etc., que elimine de un plumazo lo que el sistema pueda tener de demasiado riguroso, irrazonable por excesivo o irreal, etcétera, pues, si esa flexibilización no cuenta tampoco con el consenso comunitario, nacerá entonces al revés un parasistema no más tolerante que el sistema, sino más riguroso que él. De eso también hay ejemplos en todo el mundo. En otras palabras, el sistema no debe ser ni más ni menos riguroso que lo que la mayoría de la ciudadanía estima que deba serlo, o de lo contrario nace sin el suficiente respaldo que le dé cohesión, realidad y vida.

La cuestión, entonces, reside en que las normas del sistema no deben ser elaboradas unilateralmente por nadie, en la oscuridad de una

trastienda, sino que deben ser elaboradas a la luz del día, en la discusión y debate públicos, con la participación e intervención creadora y crítica de todos los ciudadanos, para que respondan fielmente al pensamiento de la sociedad y reflejen sus aspiraciones verdaderas y reales; de modo que cuenten entonces con el respaldo de la adhesión y el consenso comunitarios, que son los que luego asegurarán el efectivo cumplimiento del sistema y no la creación del parasistema.

9. CONCLUSIONES

Concluimos así que existe en las sociedades subdesarrolladas o en vías de desarrollo latinoamericanas un importante parasistema económico, administrativo, social y jurídico que funciona imbricado e interrelacionado con el sistema económico, jurídico, etc. Si bien el parasistema aparentemente viola el sistema, en realidad aún violándolo lo completa e integra; a la inversa, el sistema se deforma progresivamente, conteniendo cada vez mayor número de normas irreales o excesivas, o irreales y excesivas a la vez, que se dictan sobre la hipótesis de que existe un parasistema en el cual tales normas irreales y/o excesivas no habrán de ser cumplidas, por existir normas parasistemáticas que a su vez autorizan comportamientos opuestos a las disposiciones sistemáticas irrazonables.

El parasistema no aparece explicitado casi nunca en textos normativos,⁵⁰ pero no por ello carece de realidad y vigencia. La violación de las normas parasistemáticas recibe sanción no sólo por vía parasistemática, sino también y principalmente por vía del sistema, el cual, al estar rutinariamente desconocido por los actores del parasistema, contiene desde luego más que abundantes previsiones y supuestos en los cuales es posible sancionar el transgresor.

En las sociedades más desarrolladas existe también un parasistema, pero él es de menor importancia relativa y a su vez el sistema le brinda muchas menos posibilidades de aprovecharlo parasitariamente.

Entre las causas que contribuyen en las sociedades en desarrollo a dar exagerada importancia al parasistema y a debilitar progresivamente el sistema, se encuentra la falta de participación⁵¹ y libertad política y el insuficiente control sobre la administración: la falta de control y de libertad debilita y disminuye las críticas que podrían formular los ciudadanos a las normas absurdas que se propugnan para el

50. Una excepción es la referida a las normas paraconstitucionales que ya explicamos *supra*, punto 4.

51. Nos remitimos a lo dicho en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*. Madrid, 1981, Ed. Civitas, capítulo I.

sistema, y dificulta poder evitar entonces su introducción en el mismo; la falta de participación implica que la población no puede influir decisoriamente en grado suficiente en la producción de las normas del sistema, con lo cual es, según los casos, o alguna ocasional mayoría (sin control ni influencia positiva de las minorías), o alguna ocasional minoría que ha tomado el poder (por lo tanto, sin control ni influencia de la mayoría ni de las demás minorías) la que unilateralmente, sin crítica creadora y modeladora, es la que "legisla"⁵² con la misma actitud con que Sartre escribía novelas en su infancia, con la ilusión de que, porque puede escribir el texto (la ley o el reglamento del sistema), por ello es todopoderosa: todo puede imaginarlo, todo puede hacerlo realidad, el papel que escribe adquiere delante de sus ojos la densidad de las cosas, ergo la ley o el reglamento que escribe es la realidad que construye.⁵³ Por esa ingenua ilusión todopoderosa, alimentada y propiciada por la falta de participación de los demás y de libertad en general, es como creyendo construir un gran sistema (para la percepción del que lo hace) se está en verdad fortaleciendo un sólido parasistema.

-
52. Dice de Imaz, José Luis: *Los que mandan*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1964, p. 186: "Como la Argentina no ha sido un país parlamentario, sino presidencialista, mandan los que están en el poder en ese momento, vale decir, las máximas autoridades del partido oficialista. Los otros no mandan, son opositores".
53. Dice Sartre de sus actividades de creación literaria en su más tierna infancia: "Nuevas y totalmente escritas, las frases se reformaban en mi cabeza con la implacable seguridad que se le da a la imaginación. Yo las transcribía, ellas adoptaban bajo mis ojos la densidad de las cosas"; el universo se le antojaba así sometido a su "todopoderío: yo me decía: ¡todo puede llegar!, y eso quería decir: todo puedo imaginarlo" (*Les mots*. París, 1964, Ed. Gallimard, pp. 122 y 126).

PARA EL CONCEPTO DE LA REVOLUCION LATINOAMERICANA

J. L. SALCEDO-BASTARDO

El homenaje que una calificada representación de la inteligencia venezolana, actuando por toda ella, rinde a un compatriota eminente y a sus limpias ejecutorias ciudadanas, como es el caso de este libro consagrado al ilustre doctor Eloy Lares-Martínez, resulta oportunidad bien propicia para una reflexión sobre el gran tema de la identidad nacional.

Por su diáfano esfuerzo, ejercicio de talento y virtudes, Lares-Martínez ha llegado a ocupar —en los dominios de la política— descolantes posiciones de la cúpula de todos los poderes: Ministro del Despacho Ejecutivo, Gobernador de su Estado natal, Procurador General de la Nación, Vocal de la Corte Suprema de Justicia, jefe de misiones al exterior, Vicepresidente de la Cámara de Diputados. En la esfera intelectual: Profesor por concurso en su especialidad del Derecho Administrativo, Rector fundador de la Universidad Simón Bolívar, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Es tratadista de renombre y autor de distintas y calificadas monografías. Fue Presidente del Colegio de Abogados del Distrito Federal, y su prestigio profesional es envidiable.

Cuando se reconocen y exaltan los méritos que concurren a valorizar a un maestro egregio, modelo de verticalidad, la ocasión es más que buena para meditar sobre el contorno donde tal personalidad se ubica. Siempre ha de ser Venezuela la razón y meta de nuestro empeño, y a la patria hemos de dedicar lo mejor de nuestra búsqueda en el sostenido afán de elaborar un pensamiento coherente que responda a las grandes interrogantes: ¿qué somos?, ¿cómo somos?, ¿cuáles nuestro ser y sus raíces?, ¿cuáles nuestras perspectivas?

Dentro del proceso histórico de nuestro país resalta la verdad sustancial de la pertenencia a un orden real de más amplitud: Latinoamé-

rica. Y en lo que concierne a ese extenso mundo que nos engloba, se destaca como acontecimiento de particular relevancia, aquel movimiento que se encuadra en el primer tercio del siglo XIX: la Revolución.

Estudiosos de dentro y fuera del área de este joven continente pecan, a menudo, de superficialidad en el juicio sobre ese fenómeno de cambio que, sin duda, implicó una modificación estructural equiparable a otras que la historiografía mundial concuerda en calificar como hitos de gran jerarquía y significación para el hombre, al mismo tiempo que se silencia y se mezquina el valor intrínseco y la repercusión de nuestra gesta emancipadora.

Varias precisiones se imponen, ante todo, como necesarias:

CONCEPTOS BASICOS

Somos latinoamericanos. Confesamos, de inicio, que aceptamos la identificación que en el mundo nos ha correspondido. No prejuzgamos ni nos pronunciamos sobre la exactitud del rótulo. La denominación de "América Latina" para nuestro ámbito continental, entre varias propuestas, es la que ha ganado la más amplia circulación. No es superfluo recordar que nadie se llama como quiere, sino como lo llaman; y que, en cuanto a nombres de los pueblos, la historia y la geografía están llenas de caprichos.

América Latina es una realidad triple. Sobre una superficie que pudiera haber sido de unos 30 millones de kilómetros cuadrados, Miranda avizoró una sola nación: desde el río Misisipí hasta el Cabo de Hornos, era su Colombia, que compartiría con América —Estados Unidos y Canadá— este hemisferio. Aquí deseó Bolívar se formara 'la más grande nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria'. Aquí estamos en una sola realidad esperanzada, tres familias de pueblos: Una América surgida del esfuerzo y el alma de España: Hispanoamérica; otra América fruto del tesón lusitano: el Brasil colosal; y una tercera América mosaico plural de complejas raíces, lenguas desde el inglés al español, pasando por el neerlandés, francés, danés, patois, papiamento y creole, es el archipiélago Caribe. Todo en un compacto variado y promisor.

Esta entidad histórica y social constituye un producto nuevo, vale decir, no definitivamente cristalizado ni hecho, aunque con una personalidad propia que sería ocioso negar. América Latina es un producto positivo, susceptible de incorporar, en la fase actual de su proceso, las aportaciones, los impulsos o modalidades que querramos imprimirle. Es una sustancia en curso que puede recibir nuestra huella.

Estamos invitados a la gloria de la presencia activa en su creación, no a la inercia de aceptar algo ajeno que sobre nosotros gravite fatalmente.

América Latina no llega todavía, en edad, a 500 años. En todo caso, la marcha hacia su génesis empezó hace mucho tiempo, cuando desde el Asia desplazáronse los primeros pobladores por Alaska hacia el resto del continente. Y bien fuera porque éstos hallaron vacío el espacio de América y allí fructificara su estirpe adquiriendo la representatividad de la nueva heredad, o fuera porque ahí ellos encontrarán hipotéticos elementos autóctonos, configuróse entonces —como consecuencia— el primer mestizaje: Asia y América.

Pudo ser que en aquellos preamericanos hubiera también sangre y cultura de Oceanía, pues el estudio y la experiencia de las corrientes del Pacífico muestran la posibilidad muy admisible de una conexión remota, incluso con los medios más rudimentarios de navegación. Así tres continentes: Asia, América y Oceanía, aguardarían en los "indios" el arribo de Europa y Africa con Cristóbal Colón.

El atrevido protagonista del "Encuentro" —término preferible, por más apropiado, a nuestro juicio, que "Descubrimiento"— conduce consigo a la Europa, Asia Menor, el Mediterráneo y Africa. El pueblo español, liderizado por el genovés de la epopeya atlántica, trae no menos de diecisiete sangres y otras tantas culturas, desde los íberos a los árabes, ligures, griegos, fenicios, judíos, cartagineses, romanos, africanos... Siendo de subrayar que el Africa se plantará en la nueva creatura no sólo a través de España, sino en su dramática y personal comparecencia forzada por la ignominia esclavista.

Es así como al ser latinoamericano, muy nítidamente, confluye el linaje entero del hombre. Raza cósmica, dirá Vasconcelos. Bolívar lo capta con envidiable claridad y exactitud, y alcanza a fijarlo con arte y perspicacia en su metáfora perfecta: "Nosotros somos un pequeño género humano".

A IMAGEN Y SEMEJANZA

Europa, la de los imperios, desplegó en el hemisferio desconocido un inmenso trabajo creador. En especial España, la más directa y principalmente responsabilizada, acometió la tarea de sembrarse y recrearse allí. En vez de inventar para la circunstancia inédita, prefirió trasladar sus estructuras, sus modos de vida y de cultura, además de su cuerpo físico. En las hembras indígenas el varón europeo puso la semilla para la síntesis que nos presenta a este mundo de hoy, en el cual convivimos con sociedades que miden su pasado en milenios.

América recibió el aparato institucional del Viejo Mundo, en lo político, social, económico, jurídico y cultural. La Europa absolutista, desigualitaria e injusta, fanatizada y confusa, procuró hacer América a su semejanza. En tal trabajo se consumieron 300 años. Hubo la ilusión del "Nuevo" Mundo como se repite e insiste en la teoría.

Si alguna vez el sistema de la potencia conquistadora se jactó de novedoso y hasta de prometedor —como cuando, superando la generalizada dispersión feudal, inaugura en Europa el tiempo de las nacionalidades integradas— el paso de tres siglos sin renovación lo fosiliza. Al fin de la centuria decimoctava, el coloniaje íbero (hispano, portugués), y de otras pintas (léase, inglés y francés), es irremediablemente anacrónico.

Trescientos años después de empezado el Encuentro, se tornó inaceptable aquel régimen que descansaba sobre la negación de la libertad, sostenido y mantenido con medios y doctrina de opresión, que no conocía ni reconocía derechos ni garantías, en cuyo substrato campeaba la esclavitud y regían hondas desigualdades, que predicaba y obligaba al aislamiento entre las partes coloniales componentes del imperio, y que esgrimía sus terrores y temores para frenar las osadías del intelecto.

EL PUNTO DE PARTIDA

Los Estados Unidos en el confín de América Latina dieron el primer paso, que pronto iba a ser seguido, para la definición: una revolución. Ellos cortaron los lazos de la dependencia; instauraron para "el pueblo" (obviamente excluidos de éste —como en la democracia ateniense— los esclavos) un orden moderno de poderes constitucionales separados, dentro de una república federal libre. Ya en el siglo XVII las revoluciones de Inglaterra habían determinado la cancelación del absolutismo personalista monárquico, para hacer del Parlamento —voz y voluntad tangibles del común— la piedra angular del nuevo orden. Seguiría el ejemplo cruento de Francia, donde al ser derrocado el Antiguo Régimen se abre una coyuntura de altas excelencias doctrinales con énfasis libertario, a la cual Napoleón en breve liquidaría.

España ayudó a los patriotas norteamericanos, y alentó —con la heroica lección que su gente y en su propia tierra dio en la resistencia contra el Corso, igual que en el reiterado ejercicio de su ancestral constante comunera— a la disposición madura para desencadenar el proceso de cambio en América Latina.

En las fuerzas hispanas de Gálvez y Cajigal que penetran en la Florida en 1781, va Francisco de Miranda. Su desempeño en Pensacola

y su ulterior y demorado convivir con la naciente democracia del Norte, lo ligan particularmente a ese original ensayo histórico. Pronto será también actor y casi víctima de la Revolución Francesa, participante en los torneos grandilocuentes de una política de mucha resonancia teórica para la humanidad. Francia, la cumbre de las ideas claras y distintas, voceará al mundo el absurdo de la monarquía absoluta, así como la verdad de los derechos imprescriptibles del hombre y del ciudadano, pero sin avanzar más allá de la igualdad ante la ley a la igualdad entre todos los hombres, de todos los lugares, de todas las razas... Miranda, genuina expresión inicial de España y nuestra América, curtido en Francia y formado en el vivo quehacer de Estados Unidos, recibirá de Inglaterra la enseñanza práctica de una compenetración de varios lustros, para con semejante acervo múltiple elaborar su criterio de la revolución latinoamericana. En el umbral de los siglos, justamente en el crepúsculo del 31 de diciembre de 1799, él anota su advertencia: "Dos grandes ejemplos tenemos delante de los ojos, la Revolución Americana y la Francesa, imitemos discretamente la primera; evitemos con sumo cuidado los fatales efectos de la segunda".

El fue el Precursor. Su mejor obra, el adoctrinamiento de Simón Bolívar y Andrés Bello para la creación revolucionaria —tanto en la praxis de las acciones bélicas y políticas, como en la esfera de la cultura y de las letras— de América Latina.

UN ORDEN PLENO

Se debe reconocer que el viejo orden formado en trescientos años fue, dentro de sus limitaciones y no obstante ser obsoleto para 1800, un sistema pleno y armónico: En lo político, su base era el absolutismo de la realeza borbónica, el régimen colonial, dependiente y opresivo, sin libertad, derechos ni garantías. En lo social, la desigualdad era la regla: esclavitud y privilegios; castas, estamentos, clases, y diferencias múltiples conforme a los más diversos criterios. En lo económico: injusticia en la distribución de los bienes; un pequeño sector prepotente y rico, la mayoría desprovista de lo elemental. En lo jurídico: un panorama de excesivas circunscripciones y separaciones en América, el aislamiento, la desconfianza y los celos como norma en pro de localismos egoístas. En lo cultural: el atraso. La educación postergada. Monopolio por la religión. La ciencia y el arte, el pensamiento, sometidos.

Con trazos magistrales, muy sugestivos y precisos, Bolívar bosquejó ese cuadro de la América Latina prerrevolucionaria, el cual bien cabe, por cierto, con los ajustes circunstanciales, a cualquiera colonia de ayer

o de hoy en Asia o Africa, clara evidencia de su auténtica dimensión histórica.

Sobre la política, observó: "Nuestra situación estaba reducida a una nulidad casi total. Nosotros estábamos en un grado todavía más abajo de la servidumbre. La América no sólo estaba privada de su libertad sino también de la tiranía activa y doméstica. Se nos vejaba con una conducta que, además de privarnos de los derechos que nos correspondían, nos dejaba en una especie de infancia permanente con respecto a las transacciones públicas... Jamás éramos virreyes, ni gobernadores, sino por causas muy extraordinarias; arzobispos y obispos pocas veces; diplomáticos nunca; militares, sólo en calidad de subalternos; nobles sin privilegios reales; no éramos, en fin, ni magistrados ni financistas, y casi ni aun comerciantes... Vivíamos ajenos a todos los acontecimientos que se cumplían, extraños a la contemplación del mundo político y separados de todo lo que pudiera, de algún modo, ejercitar nuestra inteligencia o dar valor a nuestras riquezas y nuestro poder. Los americanos del Sur han pasado al través de los siglos, como los ciegos por entre los colores, se hallaban sobre el teatro de la acción pero sus ojos estaban vendados, nada han visto, nada han oído. ¿Por qué?, porque no podían ver la justicia y mucho menos oír la verdad".

En cuanto a lo económico, tras señalar obstáculos restrictivos del desarrollo: "tales son las prohibiciones del cultivo de frutos de Europa, el estanco de las producciones que el rey monopoliza, el impedimento de las fábricas que la misma península no posee, los privilegios exclusivos del comercio hasta los objetos de primera necesidad", Bolívar apuntaba: "La posición de los moradores ha sido puramente pasiva; el lugar era el de siervos propios para el trabajo, y cuando más, el de simples consumidores; y aun esta parte coartada con restricciones chocantes. Nuestro destino era: los campos para cultivar el añil, la grama, el café, la caña, el cacao y el algodón, las llanuras solitarias para criar ganados, los desiertos para cazar las bestias feroces, las entrañas de la tierra para excavar el oro que no puede saciar a esa nación avarienta... En Europa no nos consideran como naciones, sino como países de producción y de consumo...".

Respecto al plano jurídico, y señaladamente al Derecho Internacional Público, Bolívar indicaba a la disgregación estimulada contra nuestras conveniencias, y a la cual debía poner término la unidad solidaria de nuestros pueblos dentro de un continente integrado. El mencionaba expresamente: "las trabas entre provincias y provincias americanas, para que no se traten, entiendan ni negocien...". Su conclu-

sión era machacona: "Estábamos abstraídos, y digámoslo así, ausentes del universo". Ocupar en la escena del mundo nuestro legítimo y propio lugar, ese era el reto para la revolución.

En lo social, Bolívar sintetizó: "A todos dividían barreras odiosas con privilegios inicuos y degradaciones absurdas". Haciendo honor a su título y carácter de Libertador, estigmatiza a la esclavitud con la catapulta de su verbo y sus consecuentes actos: "Crimen mezclado de suplicios... ¡Un hombre poseído por otro! ¡Un hombre propiedad! ¡Una imagen de Dios puesta al yugo como el bruto!". Resuena con fuerza: "La más feroz delincuencia... hija de las tinieblas... horrible comercio... la infracción de todas las leyes... la más insigne violación de la dignidad humana".

Su señalamiento, en lo cultural, de que nuestras primeras necesidades son "moral y luces", revelan claramente su crítica al atraso y a la corrupción que son connaturales del colonialismo. "Todo era extranjero en este suelo. Religión, leyes, costumbres, alimentos, vestidos, eran de Europa, y nada debíamos ni aun imitar. Como seres pasivos, nuestro destino se limitaba a llevar dócilmente el freno que con violencia y rigor manejaban nuestros dueños. Igualados a las bestias salvajes, la irresistible fuerza de la naturaleza no más ha sido capaz de reponernos en la esfera de los hombres... Uncido el pueblo americano al triple yugo de la ignorancia, de la tiranía y del vicio, no hemos podido adquirir, ni saber, ni poder ni virtud... Por el engaño se nos ha dominado más que por la fuerza... Nuestras manos ya están libres, y todavía nuestros corazones padecen de las dolencias de la servidumbre. El hombre, al perder la libertad, decía Homero, pierde la mitad de su espíritu".

LA RESPUESTA AMERICANA

Contra el coloniaje y por la libertad se pronunció inequívocamente América Latina. Desde un principio, hasta hoy, diríase que a partir del mismo día del Encuentro de los factores que debía concluir con el predominio del europeo y la subyugación del aborigen, empieza la gesta que en los sitios más distantes y disímiles, con los protagonistas más diferentes y, sin faltar una, en todas las épocas, va a componer una regularidad histórica, y a demostrar una pauta persistente y coherente de acción.

En toda nuestra América se ofrendó generosamente la vida por la libertad. En toda nuestra América se luchó por la justicia. En toda nuestra América se emprendió la búsqueda de la igualdad, sin mirar el precio.

El año de 1810, es una buena referencia. Da una fecha común a un común despliegue de acciones comunes para propósitos comunes. El brote es simultáneo. Miranda y Bello escriben su contento por los actos análogos que al mismo tiempo ocurren en Caracas y Buenos Aires. Miranda exhorta a los cabildos de México, Buenos Aires, Lima, La Habana, Caracas, y piensa —además— en los de Quito, Charcas, Arequipa y Chuquisaca... Luego él dirá: "No sé si fue en virtud de mi consejo, o por espontánea opinión suya que los Ayuntamientos y Cabildos de América han tomado las resoluciones... mas será siempre una gran satisfacción para mí el hallarme unido en dictamen y sentimientos con mis amados compatriotas, o que éstos se reúnan hoy a mi constante opinión...". El estallo fue como a una misma voz.

De la generación realizadora sobresalen con Bolívar y San Martín, los arquetipos O'Higgins, Sucre, Petión, Hidalgo, Morelos, Santander, José Bonifacio, Valle... continúa la legión de Louverture, Montúfar, Murillo, Santa Cruz, Saavedra, Belgrano, Yegros, Moreno, Artigas, Carrera..., y a la distancia que sigue: Morazán, Juárez, Duarte, Sánchez, Mella, López, Céspedes, Martí, Gómez, Maceo... todos egregios para la identidad continental.

Bolívar ejercerá una categoría de imán: hombre de convergencia que atrae e incorpora a su empresa de unidad las cifras representativas de nuestra vasta escena: De México y Centroamérica, del Caribe, de los Andes, del Sur y el Brasil: Miguel Santa María, Servando Teresa de Mier, José Domingo Espinar, Rafael Heras, Luis Brión, Manuel Piar, José Joaquín Olmedo, Antonio Nariño, Santander, Páez, Urdaneta, los Mosquera, José Rafael Arboleda, Sánchez Carrión, Manuel Vi-daurre, Hipólito Unanúe, Santa Cruz, Bernardo Monteagudo, José Félix Bogado, José Ignacio de Abreu y Lima...

COHERENCIA INTEGRAL

No es Bolívar el autor de cada uno de los elementos que ensambló en su regia estructura de cambios profundos, y con la cual debía sustituirse el viejo orden. El recogió un legado rico y lleno de sustancia. Hasta él llegaba aquella robusta tradición, definida en centurias de sueños postergados, a partir de la presencia de Colón y su gente en este hemisferio.

Con destino a América y al mundo, ya para Venezuela está claro en 1819, el orgánico y coherente programa de la revolución. Esta es concebida como una empresa que opera en cinco áreas por la felicidad esencial de nuestra América:

En lo político procura la Independencia —“en el más alto sentido de esta palabra, sustituida a cuantas dependencias antes nos encadenaban”—. Establecer la democracia, “único gobierno susceptible de una absoluta libertad”, república constitucional, representativa, alternativa y popular. La libertad es el valor cumbre: “único objeto digno del sacrificio de la vida de los hombres”. Tan sólo por los sagrados motivos de la justicia, la libertad y la independencia, es noble hacer el sacrificio de la guerra.

En lo social se tiende al imperio de la igualdad absoluta —“ley de las leyes”—, abolición de la esclavitud, derogatoria de los privilegios, eliminación de toda suerte de barreras y divisiones entre los ciudadanos, éstos —no se olvide— son todos los hombres.

La meta, en lo económico, es inconfundible: justicia en el reparto de los bienes nacionales, primordialmente tierras: “Hombres que han arrostrado todos los peligros, que han abandonado todos los bienes, y que han sufrido todos los males no debían quedar sin el justo galardón que merecen su desprendimiento, su valor y su virtud. Yo pues, a nombre de la República he mandado distribuir todos los bienes nacionales entre los defensores de la patria. La ley, que fija los términos y la especie de esta donación, es el documento que con mayor satisfacción tengo el honor de ofrecer al Consejo. El premio del mérito es el acto más augusto del poder humano”. Además, el Estado nacionaliza la riqueza minera, incluyendo —novedosamente— los hidrocarburos.

En lo jurídico, todo el esfuerzo se dirige a la unidad de América Latina; unión efectiva y auténtica de nuestras patrias, conforme a pasos y etapas viables, en un haz vigoroso, fuerte y triunfal. Desde una patria magna así vertebrada, se miraba al universo en términos de equilibrio y de justicia para todos los continentes. Es la idea central de nuestra integración sirviendo a la paz del mundo. “La esperanza del universo”.

Ese programa culmina en un empeño superior por la educación. Todo un poder del Estado, el Poder Moral, es propuesto por él para atender a nuestras “primeras necesidades”. Sostiene que “el primer deber del gobierno es dar educación al pueblo”.

LA VERDAD PADECIDA

Cerca de tres lustros duró la guerra de liberación americana. Haciendo efectiva su solidaridad, “entonces se vio —dijo Bolívar— cuánto es el interés que toma el americano por el americano”. La senda fue escabrosa para alcanzar la gloria de Ayacucho; allí, bajo las órdenes de Sucre, combatieron hermanados oficiales venezolanos, colom-

bianos, ecuatorianos, peruanos, bolivianos, chilenos, argentinos, uruguayos, paraguayos, panameños, cubanos, portorriqueño-mexicanos, junto a ingleses, irlandeses, españoles, holandeses, alemanes.

Hubimos de sufrir en nuestra prolongada desventura, la indiferencia generalizada. En Jamaica meditó el Libertador sobre estos amargos particulares: "Fuimos abandonados por el mundo entero, ninguna nación extranjera nos ha guiado con su sabiduría y experiencia, ni defendido con sus armas, ni protegido con sus recursos. No sucedió lo mismo a la América del Norte durante su lucha de emancipación... las tres más poderosas naciones europeas, dueñas de colonias, la auxiliaron en su independencia... Todos los recursos militares y políticos que nos han negado a nosotros se han dado con profusión a nuestros enemigos... Hasta los mismos triunfos del grande e inmortal Wellington han sido indirectamente fatales para nosotros... Estos son los hechos singulares que la historia recordará junto con otros igualmente singulares que sería largo referir. Los Estados Unidos del Norte que, por su comercio, pudieron haber suministrado elementos de guerra, nos privaron de ellos por causa de su contienda con la Gran Bretaña. Sin esto Venezuela sola habría triunfado, y la América del Sur no habría sido asolada por la crueldad española ni destrozada por la anarquía revolucionaria. Nosotros no tenemos más armas para hacer frente al enemigo que nuestros brazos, nuestros pechos, nuestros caballos y nuestras lanzas. El débil necesita una larga lucha para vencer; el fuerte, como en Waterloo, libra una batalla y desaparece un imperio".

Venezuela perdió en la guerra por la libertad del continente el treinta por ciento de su población. Bolívar, al frente de sus hombres, cumplió a conciencia su deber. Cuando todavía se hallaba en su terruño, y no se avizoraban los distantes y superiores sacrificios que pronto lo reclamarían, ponderaba así el desempeño de los patriotas: "Sería demasiado prolijo detallar al Congreso los esfuerzos que tuvieron que hacer las tropas del ejército libertador para conseguir la empresa que nos propusimos. El invierno en llanuras anegadizas, las cimas heladas de los Andes, la súbita mutación de clima, un triple ejército aguerrido, y en posesión de las localidades más militares de la América meridional, y otros muchos obstáculos tuvimos que superar en Paya, Gámeza, Vargas, Boyacá y Popayán, para libertar en menos de tres meses doce provincias de la Nueva Granada./ Yo recomiendo a la soberanía nacional el mérito de estos grandes servicios por parte de mis esforzados compañeros de armas, que con una constancia sin ejemplo, padecieron privaciones mortales, y con valor sin igual en los anales de Venezuela vencieron y tomaron el ejército del rey...".

En un precioso documento, conceptuado entre las páginas del Libertador más logradas literariamente, él hace un retrato conmovedor del apocalipsis que ha sacudido a su entrañable comarca natal. Escribe a su tío y padrino, don Esteban Palacios: "Vd. dejó una dilatada y hermosa familia: ella ha sido segada por una hoz sanguinaria: Vd. dejó una patria naciente que desenvolvía los primeros gérmenes de la creación y los primeros elementos de la sociedad; y Vd. lo encuentra todo en escombros... todo en memorias. Los vivientes han desaparecido: las obras de los hombres, las casas de Dios y hasta los campos han sentido el estrago formidable del estremecimiento de la naturaleza. Vd. se preguntará a sí mismo, ¿dónde están mis padres, dónde mis hermanos, dónde mis sobrinos? Los más felices fueron sepultados dentro del asilo de sus mansiones domésticas; y los más desgraciados han cubierto los campos de Venezuela con sus huesos, después de haberlos regado con su sangre... por el solo delito de haber amado la justicia./ Los campos regados por el sudor de trescientos años, han sido agotados por una fatal combinación de los meteoros y de los crímenes. ¿Dónde está Caracas? se preguntará Vd. Caracas no existe...".

En las cruentas luchas por la independencia, América Latina tuvo que bastarse a sí misma. Dos héroes de la magnanimidad merecen a Bolívar el agradecimiento expreso, de excepción, por el auxilio que ambos dieron a la libertad continental. Al Presidente Petión, la gratitud bolivariana lo enaltece: "Mi reconocimiento no tiene límites... En el fondo de mi corazón, digo que V.E. es el primero de los bienhechores de la tierra! Un día la América proclamará a V. E. su libertador... Acepte por anticipado, señor Presidente, el voto de mi patria". Al Almirante Luis Brión va el homenaje de la confesión sincera: "No sé lo que debo admirar más en Vd., si su generosidad, su patriotismo o su bondad. Es preciso que Vd. sea de un carácter tan extraordinario para que se sacrifique sin reserva por los intereses de una causa que sus propias criaturas despedazan. Es preciso, amigo Brión, que a Vd. se le tribute el honor de ser el primer protector de la América y el más liberal de los hombres".

Contra la oposición del gobierno británico que, en 1819, decretó por ley del Parlamento penas para los súbditos que tomasen parte en contiendas extranjeras, muchos voluntarios de esa procedencia se incorporaron a las filas de la revolución bolivariana. El Libertador hubo de interceder por ellos ante el rey Jorge IV; hace constar "la cooperación que obtuvo de algunos denodados amigos de la humanidad oprimida... los cuales impelidos exclusivamente de su noble generosidad, vinieron a participar de nuestras fatigas, de nuestras privaciones y de

nuestra suerte. Impusieronse severos sacrificios, permaneciendo al lado de nuestros compatriotas, y entre ayudarnos, o abandonar la causa de todo un hemisferio no dudaron sus corazones virtuosos". En todo caso, las expectativas de orden material que movían a muchos de aquellos europeos no serían burladas; Bolívar fue rotundo en asegurarles: "Vuestros sacrificios exceden a todo galardón, y Venezuela no tiene medios suficientes para remunerar lo que vosotros merecéis; pero Venezuela cuanto posee, de cuanto puede disponer lo consagra gustosa a los esclarecidos extranjeros, que traen su vida y sus servicios a tributarlos a su naciente república. Las promesas que el virtuoso y bravo general D'Evereux os ha hecho en recompensa de vuestra incorporación al ejército libertador, serán religiosamente cumplidas por parte del Gobierno y pueblo de Venezuela. Contad con que preferiremos primero la privación de todos nuestros bienes, a privaros de vuestros derechos sagrados".

EL SENTIDO DEL PORVENIR

Las bases del ambicioso programa de la revolución latinoamericana —utopía y esperanza— se echaron entonces, y se acometió con sinceridad y valentía su realización. La historia explica las alternativas de su curso. De no haber quedado trunca esa revolución no obligaría ahora a la generación presente con el carácter imperioso con que nos demanda una solidaridad activa y total para el gran día, no sólo de nuestra América, sino de la humanidad, que no ha llegado.

La originalidad, sentido y proyección, de la gesta de Latinoamérica conducida por Simón Bolívar, radica en ser la revolución suya la única que procura armonizar y plasmar la síntesis efectiva de las grandes revoluciones desde el cristianismo a nuestros días: La de Inglaterra, exaltación de la representación popular sometiendo el absolutismo a la ley. La de Estados Unidos —independencia, libertad y justicia, coexistiendo con la esclavitud— corroída por odios raciales permanentes, democracia egoísta, indiferente a lo que no sea su práctico interés. La de Francia —libertades y derechos para el ciudadano metropolitano, perfecciones doctrinarias en un escenario de horror. Al propósito de esa combinación de metas para el capital objetivo plural de la revolución latinoamericana, es útil alegar hasta el argumento de España —presencia maciza del común en rescate de la dignidad nacional—, aquel que Bolívar invoca sobre "la libertad e independencia que la naturaleza nos había concedido, y que las leyes mismas de España, y los ejemplos de su historia, nos autorizaban a recobrar por las armas, como efectivamente lo hemos ejecutado". Bolívar se adelantaría, ade-

más, a trascendentales movimientos ulteriores que afinan su afán en determinantes reivindicaciones económicas divorciadas o desentendidas del supremo bien de la libertad, cúspide sustantiva irrenunciable, y no discutible, de su proyecto político.

Que era difícil conquistar su meta, lo prueba la historia. Sin embargo, ello no quita grandeza a su intento; más bien lo certifica y evalúa. Ya en 1814, afirmaba su convicción: "Si los sucesos no han correspondido a las miras, y si desastres sin ejemplo han frustrado empresa tan laudable, no ha sido por efecto de ineptitud o cobardía, ha sido, si, la inevitable consecuencia de un proyecto agigantado superior a todas las fuerzas humanas. La destrucción de un gobierno, cuyo origen se pierde en la oscuridad de los tiempos: la subversión de principios establecidos: la mutación de costumbres: el trastorno de la opinión, y el establecimiento en fin de la libertad en un país de esclavos, es una obra tan imposible de ejecutar súbitamente, que está fuera del alcance de todo poder humano, por manera que nuestra excusa de no haber obtenido lo que hemos deseado, es inherente a la causa que seguimos, porque así como la justicia justifica la audacia de haberla emprendido, la imposibilidad de su adquisición califica la insuficiencia de los medios. Es laudable, es noble y sublime, vindicar la naturaleza ultrajada por la tiranía: nada es comparable a la grandeza de este acto y aun cuando la desolación y la muerte sean el premio de tan glorioso intento, no hay razón para condenarlo, porque no es lo asequible lo que se debe hacer, sino aquello a que el derecho nos autoriza".

La vida es una sucesión de cumbres, empeños e ilusiones.

INDICE

	<i>Pág.</i>
CONTENIDO	679
DERECHO CONSTITUCIONAL	
La Constitución y los partidos políticos. <i>Enrique Tejera Paris</i>	685
El control de la constitucionalidad de las leyes y de los tratados. <i>José Gabriel Sarmiento Niñez</i>	705
Incompetencia de la Corte para el enjuiciamiento de los ex presidentes. <i>José R. Duque Sánchez</i> ,.....	779
DERECHO TRIBUTARIO	
El proceso formativo del Código Orgánico Tributario. <i>Tomás Enrique Carrillo Batalla</i>	791
¿Está vigente la Ley de Impuesto sobre la Renta de 23 de junio de 1978? <i>Leopoldo A. Borjas H.</i>	911
Limitaciones legales de las tasas de interés. <i>René de Sola</i>	925
La figura del "transeúnte" como sujeto pasivo del impuesto municipal sobre actividades comercio-industriales. <i>José Urdaneta Pérez</i>	943
DERECHO INTERNACIONAL	
La contribución de Don Andrés Bello a la formulación de los principios del Derecho Internacional en América. <i>Isidro Morales Paúl</i>	959
Aspectos vinculantes del acuerdo de Ginebra de 1966. <i>Efraín Schacht Aristiguieta</i>	997
Los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer en la Constitución venezolana de 1961. <i>Gonzalo Parra-Aranguren</i>	1007

DERECHO CIVIL Y LABORAL

- La estabilidad del trabajador y la del funcionario público. El desarrollo tecnológico y el instituto de la estabilidad. *Víctor M. Álvarez*..... 1089
- Los verdaderos alcances de la prohibición del pacto comisorio en el derecho venezolano y una errónea sentencia de la Corte Suprema de Justicia. *José Mélich Orsini*..... 1099

DERECHO MILITAR

- Status* jurídico del militar de carrera. *Leopoldo Palacios*..... 1129

VARIOS

- El parasistema jurídico-administrativo. *Agustín Gordillo*..... 1159
- Para el concepto de la revolución latinoamericana. *J. L. Salcedo Bastardo*. 1183

**IMPRESO EN JUNIO DE 1984
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DE VENEZUELA**