

Derecho y Sociedad

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

No. 21-2026

Homenaje a Enrique Pérez Olivares



Universidad Monteávila

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

Derecho
y Sociedad
21. *Homenaje a*
Enrique Pérez Olivares



Universidad
Monteávila

Mayo 2026

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

Reservados todos los derechos

Derecho y Sociedad No. 21-2026 | Mayo 2026

Depósito Legal: MI2021000541

ISSN-L: 1317-2778

ISSN: 1317-2778 (Impresa)

ISSN: 2790-380X (En línea)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Derecho y Sociedad es una Revista de publicación bianual

Derecho y Sociedad es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio y difusión del Derecho, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web de *Derecho y Sociedad* (www.derysoc.com), y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Derecho y Sociedad es una revista jurídica de convocatoria abierta en la que durante la convocatoria los distintos profesores, estudiantes, investigadores y profesionales dedicados al estudio del Derecho y otras Ciencias Sociales envían sus trabajos al Consejo Editorial para que ésta realice el proceso de arbitraje doble ciego por pares de dichos trabajos. Es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Las Autoridades de la Universidad Monteávila, el Consejo Editorial y el Consejo Asesor de *Derecho y Sociedad*, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.

DERECHO Y SOCIEDAD

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

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
Calle Humboldt, Lomas del Sol, Caracas, Venezuela
derechoysociedad@uma.edu.ve

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

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Eugenio Hernández-Bretón
Decano

Diana Trías Bertorelli
Directora de la Escuela de Derecho

Eucaris Meza de Valdivieso
Coordinadora Académica

CONSEJO EDITORIAL DE DERECHO Y SOCIEDAD

Carlos García Soto
Director

Andrea Salima Cifuentes
Subdirector del Blog

Rodrigo Farías Díaz
Subdirector de Revista

Fernando Sanquírigo Pittevil
Asesor del Consejo Editorial

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

Guillermo Tell Aveledo
María Bernardoni de Govea
Marcos Carrillo
Jesús María Casal
María Alejandra Correa
Résmil Chacón
Rafael J. Chavero G.
Faustino Flamarique
José Ignacio Hernández G.

Pedro Jedlicka
Rogelio Pérez Perdomo
Gonzalo Pérez Salazar
Pedro A. Rengel N.
Alejandro Silva Ortiz
Diana Trías Bertorelli
Daniela Urosa Maggi
Vicente Villavicencio Mendoza
Carlos Weffe

Colaboran en este número

Alicia Álamo Bartolomé
Ramón Guillermo Aveledo
Allan R. Brewer-Carías
Résmil Chacón
Francisco Febres-Cordero
Carrillo
Juan Garrido Rovira
Jorge I. González Carvajal
Eugenio Hernández-Bretón
José Ignacio Hernández G.

Víctor Rafael Hernández-
Mendible
Rogelio Pérez Perdomo
Julio Rodríguez Berrizbeitia
Baruj B. Rubel J.
Alfonso Seva Moscat
Isabel Vidal de Tenreiro
Vicente Villavicencio Mendoza
Guillermo Yepes Boscán

Índice

Nota Editorial Carlos García Soto	i
Palabras del Rector de la Universidad Monteávila Guillermo Fariñas Contreras	iii
Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila Eugenio Hernández-Bretón	vii
A lo largo de una vida Alicia Álamo Bartolomé	9
Pérez Olivares, la política como servicio Ramón Guillermo Avelado	18
Enrique Pérez Olivares. El Abogado y el Académico Baruj B. Rubel J.	35
Algunos principios sobre el régimen jurídico de la minería en Venezuela: la reserva, la concesión y la reversión Allan R. Brewer-Carías	56
La reforma del Estado. Una tarea pendiente Résmil Eduardo Chacón Santana	107
La Iglesia Católica venezolana vista a la luz de los aportes de los obispos venezolanos a la Comisión preparatoria del Concilio Vaticano II Francisco Febres-Cordero Carrillo	140
Venezuela: Integración Nacional y Democracia en el siglo XXI Juan Garrido Rovira	151

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución” ¿Seguro o fianza?	166
Jorge I. González Carvajal	
Los derechos de las personas en el procedimiento administrativo de nueva generación	192
Victor Rafael Hernández-Mendible	
La formación de la administración pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez	217
José Ignacio Hernández G.	
Enrique Pérez Olivares, el profesor de Derecho	264
Eugenio Hernández-Bretón	
Educación jurídica y abogados en Venezuela revolucionaria (2000-2021): las universidades experimentales	281
Rogelio Pérez Perdomo	
El sentimiento moral en Adam Smith (1723-1790) y Jacques Maritain (1882-1973)	299
Julio Rodríguez Berrizbeitia	
La normativa de Facebook y su relación con el Derecho a la Libertad de Expresión y de Información	370
Alfonso Seva Moscat	
Mi entrevistado	427
Isabel Vidal de Tenreiro	
El ordenamiento jurídico y la visión institucional. En homenaje al jurista doctor Enrique Pérez Olivares	434
Vicente Villavicencio Mendoza	
Las lecciones de un espíritu viril y santo	484
Guillermo Yepes Boscán	
Normas Editoriales de Derecho y Sociedad	489

Nota Editorial

Diversas circunstancias retrasaron mucho más de lo previsto la publicación de este número.

Por ello, quiero agradecer a los autores la enorme paciencia que tuvieron con el proceso editorial.

Derecho y Sociedad es una de las tantas iniciativas que alentó esa enorme figura que fue Enrique Pérez Olivares. En este caso, se trató, en su origen, de una revista impulsada por estudiantes de Derecho, a los pocos meses del inicio de las actividades académicas de la Universidad Monteávila, de la cual el profesor Pérez Olivares sería su primer rector.

Aún recuerdo el cariño paternal y profesoral con el que nos escuchó a un grupo de estudiantes, y nos animó a seguir adelante con el proyecto editorial.

Por ello, para Derecho y Sociedad esta era una deuda pendiente con Enrique Pérez Olivares.

Este número recoge algunos recuerdos muy personales de ese maestro de la amistad. También recoge varios trabajos científicos de profesores que admiraron a ese maestro universitario. En conjunto, muestran un reflejo de algunos de los muchos intereses personales, intelectuales, profesionales, políticos y académicos de ese maestro de la integridad personal.

Muy sinceramente invito a los lectores a leer todos y cada uno de los trabajos, porque todos honran de manera muy genuina -y diferente- a ese personaje que tuvimos la dicha de conocer.

Carlos García Soto*

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

Palabras del Rector de la Universidad Monteávila

Prólogo. El magisterio perenne de Enrique Pérez Olivares

Celebro este nuevo número de la revista Derecho y Sociedad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Esta publicación ha logrado varios hitos. Destacaré unos pocos. Es una iniciativa de estudiantes de la carrera de Derecho. Su primer número se publicó en el lejano año 2000. Es decir, ha cumplido 26 años de edición ininterrumpida. Su calidad se ha mantenido en este período.

Este número se publica en el marco del XXV aniversario de la Monteávila. Y está dedicado al querido y recordado Enrique Pérez Olivares, nuestro rector fundador, en justo y necesario homenaje a su persona, trayectoria y legado.

Cuenta con 16 artículos. Seis de ellos dedicados a Enrique. Estas fuentes ofrecen una semblanza profunda sobre él, destacada figura intelectual y política venezolana, a través de testimonios personales y análisis de su pensamiento. Así, las páginas que siguen no son solo un ejercicio académico, sino un acto de justicia y gratitud hacia un hombre que fue arquitecto fundamental de nuestra casa de estudios y un referente ético para Venezuela.

En estas contribuciones, se devela a un hombre que, como bien señala Guillermo Yepes Boscán, fue un “espíritu viril y santo, símbolo perpetuo de apasionada entrega a la tarea civilizadora de la patria”.

Su huella como docente y renovador de la educación jurídica es, quizás, su legado más profundo. Pérez Olivares no se conformó con la enseñanza tradicional; fue el impulsor de la “clase activa”, buscando que el estudiante no fuera un receptor pasivo, sino un protagonista de su formación. Como bien recoge el profesor Baruj Rubel en su investigación, el objetivo de Enrique era que “los estudiantes no asistieran a la clase simplemente a escuchar y tomar notas sino que participaran y que leyeran previamente los materiales”. Esta visión pedagógica, que hoy es parte del ADN de la Monteávila, buscaba formar ciudadanos capaces de un “grado creciente de autonomía en el juzgar y en el actuar”.

Como directivo universitario, su paso por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV —donde fue Director y Decano— dejó una marca de institucionalidad y diálogo. Eugenio Hernández-Bretón nos recuerda que su labor fue un “testimonio de pasión al quehacer universitario”, desempeñándose con maestría incluso en los periodos más turbulentos de la historia académica nacional. Su capacidad para separar lo trascendental de lo circunstancial le permitió, en palabras de sus colegas, ser el “baluarte de la gente seria dentro de la Universidad”.

Su faceta como servidor público —Ministro y Gobernador— nunca estuvo reñida con su vocación de maestro. Isabel Vidal de Tenreiro, quien lo acompañó de cerca, relata que “Enrique siempre fue un maestro: sus reuniones de directores, además de ser para coordinar actividades, eran también clases magistrales”. Para él, la política era, ante todo, servicio y participación. Ramón Guillermo Aveledo lo confirma con unas palabras de Pérez Olivares: “la verdadera partera de la historia es la participación”.

Finalmente, este homenaje resalta su papel providencial como Rector fundador de la Universidad Monteávila. Enrique asumió el timón de nuestra institución en 1999, en medio de la adversidad climática y política que sufría el país. Alicia Álamo Bartolomé es enfática al afirmar que “sin ese toque de mando, ese tacto, esa equidad... la Universidad Monteávila no hubiera superado los múltiples obstáculos para ser y crecer”. Él sacrificó tiempo y beneficios profesionales para cristalizar este sueño educativo, demostrando un talante ético donde “ponía la ética por encima del derecho”.

Los invito a leer estos artículos no como una mirada al pasado, sino como una hoja de ruta para el futuro. En Enrique Pérez Olivares encontramos la síntesis perfecta del académico riguroso y el hombre de fe que, con sencillez, nos enseñó que “el hombre no es más grande que la persona”.

Los otros 10 artículos de profesores y amigos de la Universidad Monteávila, desde sus áreas de estudios e investigación, también han querido rendir homenaje a Enrique. Agradecido a todos.

Guillermo Fariñas Contreras

Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

Esta edición de la Revista Derecho y Sociedad reúne un grupo de artículos en homenaje a la memoria de quien fue nuestro primer Rector. El doctor Enrique Pérez Olivares fue Rector desde la fundación de la Universidad Monteávila hasta 2005, y su persona y su personalidad definieron también la de nuestra Universidad. Su presencia en los pasillos de la recién nacida universidad, la informalidad - pero a la vez la seriedad - del trato con todos, sobre todo con los estudiantes, marcaron la esencia de una universidad que se preocupa por su gente. Su visión de la universidad, recogida en su lección inaugural para el año académico 1999-2000, es el plan de vida de la Universidad Monteávila. Así, sin dudas, la creación y puesta en operación de la Universidad Monteávila estuvieron precedidos de enormes esfuerzos liderados por el propio Pérez Olivares y otros muy destacados universitarios y académicos, que se extendieron por lustros.

Los estudios y ensayos reunidos en esta edición pueden dividirse en dos grupos: los estudios de corte jurídico, por una parte, y, por la otra, los ensayos y estudios de corte más personal, que tienen por objeto destacar aspectos de la persona y de la obra del doctor Pérez Olivares. En nombre de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas agradecemos muy sinceramente los valiosos y los sentidos aportes de nuestros colaboradores de esta edición de la Revista, así como el trabajo editorial del Director de la Revista, profesor Carlos García Soto, egresado de nuestra primera promoción de abogados y actual Presidente del Consejo Superior de nuestra Universidad, así como del Director de la Biblioteca de nuestra Universidad, profesor Guillermo Zipaquirá, por su apoyo en la diagramación de este número de la Revista.

El doctor Pérez Olivares se formó como abogado en las aulas de la Universidad Central de Venezuela - alma mater de todas las universidades venezolanas -, en donde también obtuvo el título de Doctor en Derecho. Desarrolló una intensa y prolongada carrera docente en varias universidades del país, especialmente en la Universidad Central, de cuya Facultad (entonces) de Derecho se desempeñó como Decano, antes de servir como Gobernador del (entonces) Distrito Federal y ocupar varias carteras ministeriales, para luego dedicar extraordinarios esfuerzos hasta convertir un sueño en una extraordinaria realidad: la Universidad Monteávila.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por medio de la Revista Derecho y Sociedad, quiere rendir un muy sentido homenaje al Rector-Fundador de nuestra casa de estudios, doctor Enrique Pérez Olivares, cuyo ejemplo nos acompaña todos los días, con ocasión del primer cuarto de siglo de actividades de la Universidad Montevila.

Eugenio Hernández-Bretón

A lo largo de una vida

Alicia Álamo Bartolomé*

pp. 9-16

Sumario

I. Preámbulo | II. De la oscuridad | III. En el IFEDEC | IV. Condecoración nonata | V. Enrique a la carga | VI. Territorio desconocido | VII. El gobernador | VIII. Ante el Guernica | IX. En coche, hacia Broadway | X. En la Monteávila | XI. Epílogo

* Primera Decana de la Facultad de Ciencias de la Comunicación e Información de la Universidad Monteávila.

A lo largo de una vida

Resumen: La autora describe varias facetas de la personalidad de Enrique Pérez Olivares a partir de distintas anécdotas personales y profesionales de su convivencia.

Palabras claves: Amistad | Integridad | Trabajo.

Throughout a life

Abstract: The author describes several facets of the personality of Enrique Pérez Olivares from different personal and professional anecdotes of their coexistence.

Keywords: Friendship | Integrity | Work.

I. Preámbulo

Guardando las distancias, Enrique Pérez Olivares fue para mí lo que Cristóbal Colón para América. Pero empecemos por el principio. En 1956 hubo un Congreso Eucarístico en Caracas. A inicios de ese año, me llamaron del comité organizador para hacerme cargo de los pasos preparatorios con la juventud. Me puse a la tarea, busqué contactos y topé con un grupo juvenil organizado por el P. José María Vélaz S.J. -el fundador de Fe y Alegría- con alumnos y ex alumnos del Colegio San Ignacio para formarlos doctrinal y apostólicamente. En ese grupo estaba Enrique Pérez Olivares. Aquel joven de 25 años tenía ya el perfil de líder intelectual. Se distinguió en el acto que llevó adelante este grupo en la Sala de Conciertos de la UCV, dentro de las actividades preparatorias del congreso. Desde entonces, Enrique, luego su esposa Marta Oramas y yo, hicimos buena amistad. Cuando empecé a actuar como aficionada en el Teatro de Bolsillo de la Alianza Francesa, la pareja Pérez Olivares-Oramas solía ser del escaso público. Luego también, cuando pasé al teatro profesional.

II. De la oscuridad

Mi primer grado académico es de arquitecto, mi segundo de licenciada en periodismo, ambos de la UCV. La vida me fue llevando por distintos derroteros. Como estudiante, entré a trabajar en la Comisión de Urbanismo del Ministerio de Obras Públicas (MOPE), una vez graduada, allí seguí como oscuro arquitecto por varios años, hasta que Arturo Pardo, el gerente de la recién creada Fundación de la Vivienda Popular, promovida por Eugenio Mendoza, me propuso trabajar con él. Como primer y único arquitecto de la Fundación, me tocó diseñar las primeras urbanizaciones, las primeras casas, incluso las novedosas prefabricadas VIPOSA, concebidas en su técnica, por un ingeniero danés que trabajaba con nosotros. A pesar de ser pionera allí, también fui su oscuro arquitecto. Un buen día, me botaron y tan oscura fui que, cuando muchos años después celebraron con bombos y platillos, no sé qué aniversario de la Fundación, ni me invitaron y en una publicación sobre la historia de la institución, con abundante material fotográfico, apenas apareció mi nombre en la lista de quienes habían trabajado allí. Años después, me recomendaron para ser primera directora de cultura de otra promoción de Eugenio Mendoza: la Universidad Metropolitana. Pasantía igualmente oscura.

III. *En el IFEDEC*

Mi horario en la UNIMET era matutino. Por las tardes iba al Instituto de Formación Demócrata Cristiana (IFEDEC) a darle forma escrita a las grabaciones de clases y charlas, cuya primera transcripción las hacía mi hermana Berenice. Después del primer gobierno copeyano, presidía este Instituto Enrique Pérez Olivares. Antes lo presidió Aristides Calvani, quien lo había fundado con mi hermana Cecilia Álamo de Zune como secretaria y una máquina de escribir. Una tarde llegaba Enrique y le dije: Tenemos nuevo Papa. “¿Quién?” No había oído nada. El cardenal Karol Wojtyla, polaco. “¿Polaaaco...?” Todavía veo su cara perpleja.

Pérez Olivares, como profesor en la Facultad de Derecho de la UCV, había reprobado a una estudiante de familia muy afecta a mí; alguien de ésta, con poco tino, me pidió que interviniera ante Enrique por la muchacha. Al tratarse de esta gente, no podía negarme, pero me repugnaba hacerlo. Él estaba en su escritorio, yo en pie a su lado, me oyó, levantó la vista y me miró por encima del hombro: “Ya lo dijiste, ¿no? Bien, ya lo dijiste” y volvió imperturbable a su trabajo.

Quizás pocos conocen un detalle: Enrique cantaba. En las reuniones amenas para celebrar algunas fechas, que a veces teníamos en el IFEDEC, él y Aristides Calvani, rasgueando la guitarra, nos amenizaban la noche con pasodobles y boleros. Eso sí, Enrique bastante más tímido que Aristides. Éste le entraba con desparpajo al pasodoble En un taller de bordado / donde voy a trabajar, / cierto famoso torero / su capote dio a bordar / y como me tienen por más diestra / me dijo la maestra / que lo bordara yo... / Y aquel torero fue / de quien me enamoré...

Amalio Fiallo remataba volteando la guitarra para golpetearla al ritmo de Babalú o recitaba con nostalgia un poema sobre su perdida isla natal.

IV. *Condecoración nonata*

Durante la primera presidencia de Rafael Caldera, Enrique Pérez Olivares fue Ministro de Educación. Un día, muy temprano, antes de salir para mi trabajo en la UNIMET, me llamó un primo para felicitarme por la condecoración que iba a recibir esa mañana. ¿Cómo, qué condecoración? La Andrés Bello y me preguntó por qué me la daban. Puse el grito en el cielo: una condecoración para mí sin haberme informado, una condecoración que engendra la pregunta de por qué me la dan, pregunta que también me hacía ir. Llegué a mi oficina furiosa. En esos momentos ni secretaria tenía, teclee yo misma, con un dedo y mal, una carta para el responsable del tal desatino:

Enrique Pérez Olivares, Ministro de Educación. Le dije cuanto Dios crio, entre otras cosas, le enumeré mis frustraciones de oficio, profesión y afición. Le interrogué: ¿por qué me condecoras, por mis fracasos? La medalla la impondría el presidente, pero a pesar del honor y el orgullo de recibirla de manos del Dr. Rafael Caldera, no fui. En el acto, la silla con mi nombre estuvo vacía. Cuando nos encontrábamos, Enrique me decía: “En este maletín tengo tu carta y algún día te impondré esa condecoración”. Ese día no llegó, menos mal, porque hubiera hecho lo mismo. Mucho tiempo salió en la prensa la relación de condecoraciones no reclamadas, entre éstas, la mía. ¡Qué, ridiculez, como si fuera la tradicional lista de cartas no recibidas!

V. *Enrique a la carga*

Luis Herrera Campíns ganó las elecciones presidenciales en 1978. En su gabinete, nombró Gobernador del Distrito Federal a Pérez Olivares. A principios de 1979, pocos días antes de la toma de posesión, llegué un mediodía al IFEDEC a buscar a mi hermana Berenice. Hasta entonces, Enrique presidía éste. Apenas llegué en mi Volkswagen, alguien me gritó desde el balcón: “¡El Dr. Pérez Olivares te anda buscando!” Cuando entré, otra persona me dijo lo mismo. Me le presenté y me comunicó sin anestesia: “Quiero que seas la Directora General de Cultura de la Gobernación, aquí tienes la nómina de empleados” y me entregó una suerte de libro mucho más ancho que largo, con páginas de rayas blancas y verdes. ¿Cuánto tiempo tengo para pensarlo? “Ninguno, es sí y ahora. El lunes vas a tomar posesión del cargo”. Eso me pasó por bocona. Hacía pocos días había comentado que uno no debía evadir aceptar un cargo de gobierno cuando había votado por éste, había que cooperar. Sentía que a Caldera lo habíamos dejado un poco solo. Yo misma rechacé ser jefe de relaciones públicas de la Primera Dama; el cargo no era propio para mi carácter ni me gustaba estar cerca del poder. Diez años después, Enrique me obligó a estar cerca de éste... pero del distrital y municipal.

VI. *Territorio desconocido*

Al pie del ascensor del edificio Tajamar de Parque Central, que me conduciría al piso 20, donde iba a recibir el testigo de manos de Iliá Rivas de Pacheco, un periodista me abordó: “Por supuesto que usted sabe que al ser Directora General de Cultura es automáticamente presidente del Comité Ejecutivo de FUNDARTE...” Con la mejor de mis sonrisas, le contesté: Me lo está informando usted. ¡Y era verdad! Entraba, pues, a un territorio desconocido. Desde el primer instante, Iliá, mi políticamente adversaria y yo, simpatizamos, nuestra amistad duró hasta su muerte.

VII. *El gobernador*

El contacto del gobernador con sus directores era permanente, no sólo cada uno tenía un día de cuenta personal con él, sino que nos reunía a todos en su oficina semanalmente, tras la reunión de gabinete con el presidente. Nos informaba de ésta y nos indicaba lo que debíamos hablar o no, sobre las resoluciones de la misma. Nunca me había sentido tan importante. En la cuenta personal, si bien le consultaba alguna que otra decisión a tomar, otras no, decidía yo, porque siempre me ha parecido una necedad consultar cosas menores al jefe, quitándole tiempo, cuando, si a uno le confían la responsabilidad de un cargo, es porque debe ser capaz de ejercerlo. Nunca me reprochó nada, ni se metió en mis disposiciones, proyectos, empleos o desempleos. Ni siquiera cuando, muy al principio, tuve que despedir a un familiar suyo; le expliqué las razones y me dijo: “Hiciste muy bien”.

Él, a su vez, me daba cuenta de los chismes que le llegaban sobre mí y mi personal, porque la militancia baja de un partido es una cosa muy seria: busca enchufarse en canonjías para tener un sueldo sin trabajar y seguir politiqueando y, cuando no lo logra, intriga. Sobre todo, porque no cambié a nadie de las personas claves para el manejo tanto de la Dirección de General de Cultura como de FUNDARTE, fueran del partido que fueran. Tonta no soy, ellas conocían el trabajo y tenían las relaciones necesarias, debía más bien aprenderlas y no empezar a tientas con un personal nuevo. Les di un voto de confianza y me gané su lealtad. Todo esto lo comprendió y aprobó Enrique.

Los viernes almorzaba en la oficina con mis jefes de departamento, cada uno rendía su cuenta, se conocía la labor de los otros y cambiábamos opiniones. Era un rato de trabajo, pero también de camaradería, muy agradable; alguna vez invité al gobernador a compartirlo y la pasó muy bien. Con su sencillez, simpatía y don de gentes, se ganó a mi personal. Uno de los principales, que de copeyano no tenía nada, me dijo un día: “Si Enrique Pérez Olivares se lanza de candidato para presidente de la república, voto por él”. Eso no iba a suceder nunca, para eso hay que tener vocación y ambición de poder. Enrique no las tenía.

VIII. *Ante el Guernica*

Corría 1981. El presidente Herrera Campíns dio un giro de tiovivo a su gabinete: el ministro de Turismo aterrizó en el Ministerio de Agricultura, el titular de éste, en la Gobernación y Enrique Pérez Olivares en el Ministerio de Turismo. Fue frustrante para él, me confesó que los directores no le re-

spondían, como en la Gobernación. Sin embargo, trató de hacer algo y, siempre interesado en lo cultural, como yo continuaba donde me dejó, porque el nuevo gobernador, Luciano Valero, no me quiso cambiar, me propuso que hiciéramos un viaje a Estados Unidos para investigar ambos campos. Una madrugada aterrizamos en Nueva York: Enrique, Marta, el hijo de ambos Luis Enrique y yo. Dormimos un rato, fuimos a misa, desayunamos y enseguida estábamos en el MoMA (Museo de Arte Moderno) y ante el Guernica, muy próximo de que lo trasladaran ocultamente a Madrid, su lógico destino. El joven Luis Enrique era ya el embrión del gran experto en arte internacionalmente muy conocido y admirado, hoy, precisamente en este museo, es director de la curaduría de arte latinoamericano. Ni qué decir el deleite que tuvimos oyendo sus eruditas explicaciones del famoso cuadro de Picasso, tanto, que yo al fin lo entendí. Estando todavía en Nueva York -los Pérez Oramas no, regresaron rápidamente a Caracas por enfermedad de la madre de Enrique- un día la ciudad amaneció consternada: ¡había perdido su Guernica! Un mes después, me tocó verlo en su sede provisional en Madrid. Hoy reina en el Reina Sofía.

IX. En coche, hacia Broadway

Una de las cosas maravillosas de viajar con los Pérez Oramas, fue que, por primera vez en mi vida yo no era jefe de viaje, me llevaban, ¡qué alivio! Otra, que compartíamos las mismas aficiones: santa misa diaria matinal, horas de labor, museos, buenos restaurantes, espectáculos teatrales. Una noche íbamos con unos amigos a un show musical en Broadway protagonizado por Lauren Bacall. Nos reunimos en el apartamento de ellos, frente al Central Park. Ahí nos enteramos de que había una huelga de transporte o taxis, ¿cómo llegar al teatro? Alguien tuvo una brillante idea: ¡en uno de los coches de caballos que pasean a los turistas por el parque! Dicho y hecho. Esa noche, por las iluminadas calles de la capital del mundo, el repiqueteo de los cascos equinos en el pavimento era una música distinta, inusitada, que conducía a un alegre grupo, disfrutando de la novedad, hacia su frívolo destino. Algo inolvidable.

X. En la Monteávila

Volvimos a encontrarnos, desde los inicios, esta vez en la fundación de la Universidad Monteávila. Él fue el primer rector, yo el primer decano de la Facultad de Ciencias de la Comunicación e Información. Gracias a Enrique, mi oscuridad había quedado atrás.

Comienzo difícil, junto al de un malhadado nuevo gobierno. Aquella vaguada de fines de 1999 que arrasó con el litoral y algunas zonas de Caracas fue como el anuncio de lo que se nos venía encima. Empezando por el ocultamiento de lo que ocurría para no interrumpir las elecciones de la constituyente, un crimen de lesa humanidad, porque sin ninguna razón se multiplicaron las víctimas. Ante este panorama de sombría iniquidad, arrancó la Monteávila, Enrique Pérez Olivares al timón. Tuvo que enfrentar no pocos oleajes, pero pudo conducir la nave a sitio seguro siguiendo la estrella polar de un ideal. Estoy segura de que sin ese toque de mando, ese tacto, esa equidad, ese don de gentes, esa inteligencia, ese suave trato de Enrique Pérez Olivares, la Universidad Monteávila no hubiera superado los múltiples obstáculos para ser y crecer. Existimos, ¿cuánto le debemos a Enrique? No lo sabremos nunca, porque una cosa es la acción externa, comprobable y otra la interior, la que se realiza en lo profundo del espíritu en la oración, la renuncia, la penitencia y la entrega.

XI. Epílogo

De la enfermedad y muerte de Enrique, no quiero hablar. Me duele mucho. Prefiero recordarlo en el episodio amable, en la anécdota risueña. Quizás en este trabajo que he titulado “A lo largo de una vida”, esa vida sea más la mía que la de él. Pido perdón por este desliz de actriz que siempre busca el protagonismo. Al fin y al cabo, es la profesión que más he amado y por la cual quiso condecorarme Enrique Pérez Olivares. Apreció mis luchas desde el pequeño escenario de Teatro de Bolsillo, actuando con la sala casi vacía y con la incompreensión del medio teatral que en aquella época sólo aplaudía lo que tuviera tinte y olor de izquierda radical.

Han pasado muchos años. Todo ha quedado atrás, pero la figura de Enrique Pérez Olivares se yergue entre los próceres intelectuales de este país. ¿No tenía defectos Enrique? Sí, como todos los mortales, pero quiero cerrar este artículo con el único que yo realmente la aprecié y eso, cuando el tiempo corrió.

A Enrique le faltaba un poco de malicia. Confiaba demasiado en las personas, quizá viendo en ellas su propia lealtad. Algunas lo defraudaron en la misión que les encomendó.

Pérez Olivares, la política como servicio

Ramón Guillermo Avelado

pp. 18-33

*“Pero, para nosotros, la verdadera partera de la historia es la
participación”*

Enrique Pérez Olivares (1981)

En abril de 1967, la X Convención Nacional elige al joven profesor Enrique Pérez Olivares¹, como primer suplente del Comité Nacional del Partido Socialcristiano COPEI. Según la reforma estatutaria allí aprobada, sería convocado permanente a las reuniones del cuerpo directivo. A la más alta dirección política del movimiento en el que militó desde temprano volverá como miembro principal en 1982 por una década, desempeñándose como Secretario General Adjunto para Asuntos Políticos desde 1986.

La noticia, mencionada para resaltar su compromiso partidista, no implica que entre 1969 y 1981 haya estado en receso político, del decanato de Derecho de la Universidad Central de Venezuela fue llamado por Rafael Caldera para desempeñar la cartera de Educación en relevo de un ministro transformador como Hernández Carabaño² quien, Programa de Gobierno en mano, había impulsado un conjunto de reformas en el sector, y en medio de un período muy conflictivo en liceos y universidades. Varias veces miembro del comando de campaña de los candidatos socialcristianos a la Presidencia. Vuelve al gabinete con Luis Herrera Campíns como Gobernador del Distrito Federal y Ministro de Información y Turismo. Nunca quiso ser parlamentario, aunque incluso llegó a presidir la comisión que armaba las listas de candidatos que recibidas las propuestas aprobadas en las regiones, se presentaban al Comité Nacional para su sanción definitiva. No le interesó ir al Congreso, lástima. En IFEDDEC, entonces instituto de formación demócrata cristiana para Venezuela y toda América Latina, trabajó desde su fundación en 1962; fue su director al lado de Calvani, luego sucedió al maestro como su presidente y siempre se mantuvo como apoyo y guía, hasta 1992, cuando culminó la Presidencia de Pedro Méndez Mora, quien había sido su discípulo y estrecho colaborador.

Creo que vale la pena, en este punto y dado el tema que nos ocupa, detenerse en unos párrafos de la Memoria y Cuenta del Ministro Pérez Olivares, quien tiene 40 años y ya viene de ser Decano,

Mi línea de acción será el mantenimiento de los caminos abiertos para que todos los sectores de opinión, sea cual sea su naturaleza, participen sin marginación o discriminación, tanto en la planificación como en la ejecución de los planes. Los problemas de la educación

1 Había nacido en Maracay en 1931, así que tenía 36 años.

2 Ver Rafael Fernández Heres, *La Instrucción de la Generalidad. Historia de la Educación en Venezuela 1830-1980*. Tomo 2. Ediciones del Ministerio de Educación. Conmemoración del Centenario del Ministerio de educación 1881-1981. Caracas, 1981.

son todos; y a todos los venezolanos del presente nos corresponde solucionarlos, sobre todo si pensamos que estos van a reflejarse en el futuro.

Por vocación me ha tocado la suerte de haber estado muy cerca de los jóvenes. Mi condición docente desde temprana edad me ha permitido calibrar mis inquietudes, sus expectativas y sus aspiraciones. La juventud está intuyendo correctamente: sabe que tiene un papel por jugar, cual es, construir una sociedad libre, solidaria y donde exista auténtica fraternidad en las relaciones.

Aspiraría a convertirme en un vocero de la juventud, porque la intuición juvenil está bien fundada, encaja en nuestra historia y si los jóvenes canalizan constructivamente su intuición, esa sociedad de los años 80 que estamos formando hoy, se acercará al ideal que todos compartimos.³

Para él, la política era “la acción del hombre dirigida hacia el gobierno y con el fin de lograr el bien común”⁴, se comprende entonces que la concibiera, en lo personal, como un servicio, lógica consecuencia del deber de participar:

Un socialcristiano, en cualquier posición que ocupe, de militancia de base o de dirigencia, y en cualquier responsabilidad pública o privada que le toque cumplir, tiene una obligación fundamental que aportar al proceso social. Esa obligación fundamental es contribuir a crear un mayor y mejor nivel de participación.⁵

En el partido, al cual valora como instrumento de participación, es militante leal pero crítico, disciplinado pero con un criterio suficientemente independiente como para observarlo como un instrumento perfectible y

-
- 3 Enrique Pérez Olivares. “Memoria y Cuenta 1971 que el Ministro de Educación presenta al Congreso Nacional de la República de Venezuela en sus sesiones de 1972”. en *Memoria de Cien Años. La Educación Venezolana 1830-1980* por Rafael Fernández Heres (Ediciones del Ministerio de Educación 1981).
 - 4 Enrique Pérez Olivares, *Introducción a la Política en Reflexiones sobre el camino: libro segundo: Doctrina y Política* (1982).
 - 5 Enrique Pérez Olivares, *La participación según la Doctrina Social Cristiana en Reflexiones...*

pensar maneras de transformarlo, para que sea más eficaz en la realización de sus fines.

El partido es un mecanismo multifuncional que debe servir para la organización de la voluntad popular, la integración del ciudadano a la sociedad política, la comunicación entre gobierno y pueblo, la selección de líderes. Cuando accede al gobierno, piensa EPO, el partido debe promover al ejercicio de funciones públicas a personas con ideas claras, conocimientos suficientes y condiciones éticas, y voluntad firme, capaz de sobrepasar las presiones internas y externas.⁶

Entonces plantea cuestiones que emergen a consecuencia del ascenso al poder por el partido, como el vacío de liderazgo, la instrumentalización del partido por parte del gobierno y la responsabilidad partidista en la gestión. Del mismo modo las funciones de colaboración y control propias del partido en el gobierno, y el modo como deben desarrollarse las relaciones partido-gobierno, con énfasis en la información, las comisiones mixtas y el modo cómo enfrentar los riesgos de corrupción.

La especificidad de los partidos demócrata cristianos se expresa en el modelo de sociedad propuesto, en el modo democrático de encarar el proceso de cambio hacia ella, en el modo de ejercer el poder y en la manera de realizar las actividades partidistas internas y externas.⁷

En la vida partidista, el militante Pérez Olivares trabajó principalmente en la formación. Una vez confesó en San Cristóbal “me siento bastante mal cuando las otras responsabilidades me obligan a alejarme de mi tarea política vocacional”⁸, en ese momento servía como ministro, con la modestia propia de quien siente que cumple su deber, y punto.

I. Participación

Tras la afirmación definitiva acerca de la centralidad de la participación en el proyecto demócrata cristiano, citaba EPO a Aristides Calvani al subrayarnos que “La participación es para el socialcristiano lo que la lucha de clases es para los marxistas”.

6 Enrique Pérez Olivares, *El partido político como instrumento en la consolidación del poder en Reflexiones...*

7 Enrique Pérez Olivares, *Análisis teórico-práctico sobre las relaciones partido-gobierno en Reflexiones...*

8 Enrique Pérez Olivares, *La participación...en Reflexiones...*

En el Materialismo Histórico, la lucha de clases es el motor de la historia. “Toda la historia de la sociedad humana, hasta la actualidad, es una historia de lucha de clases”, se lee en el Manifiesto Comunista, publicado en Londres en 1848. A eso se refiere Calvani cuando dice que para los socialcristianos, la participación es lo que a los marxistas la lucha de clases. Esto es, el motor de la historia.

Se atribuye a Marx y Engels la idea de que la violencia es la “partera de la historia”, en realidad se refieren a la lucha de clases llevada hasta sus últimas consecuencias, me parece que en esa clave debe leerse la sentencia en *El Capital* “La violencia (*Gewalt*) es la comadrona (*Geburtshelfer*) de toda sociedad vieja que lleva en sus entrañas otra nueva. Es, por sí misma, una potencia (*Potenz*) económica”.⁹

Dice Pérez Olivares,

*Para nosotros no es la confrontación de clases lo que va impulsando la historia. ¡Hay confrontación! ¡Por supuesto que sí la hay! En esta sociedad siempre hay confrontación; como también hay colaboración. Pero, para nosotros, la verdadera “partera de la historia” (para usar esa frase que ellos usan) es la **participación**”¹⁰*

¿Por qué lograr más y mejor participación es “la obligación fundamental” de un socialcristiano? He aquí la respuesta. Porque la participación es la partera de la historia.

Los cambios en la sociedad, en la política, en la economía, en la estructura social, en la cultura, se generan gracias a la participación. Por la participación, con la participación y en la participación.

Si es con la participación que puede moverse la historia en el sentido del desarrollo, entonces se entiende perfectamente que no hay obligación mayor que promoverla, para que haya “...un mayor y mejor nivel de participación”. Ese será el instrumento estratégico básico.

9 Citado por Vittorio Morfino en *La Sintaxis de la Violencia entre Hegel y Marx*, traducción de *Quaderni Materialisti* publicada en www.youkali.net Revista crítica de las artes y el pensamiento.

10 Enrique Pérez Olivares, *La participación según...* en *Reflexiones...*

La participación debe ser activa, consciente, responsable y eficaz. Activa porque implica una acción esforzada, una actividad dirigida a ser parte, “no sólo un derecho, sino también un deber...” Consciente y responsable porque no se queda en pura agitación superficial, debe ser libre e informada para que el participante esté en condiciones de evaluar y asumirla en su dimensión personal histórica. Eficaz en cuanto a sus logros específicos y generales, esto es la inserción creciente de la persona en la sociedad hacia la plena realización de sus potencialidades.

Se participa en la toma de decisiones, y en las actividades para que sea fecunda. Se entiende por actividades la ejecución de las decisiones, los beneficios y los aportes. Este ámbito es muy importante, para evitar el paternalismo que “...conduce a la alienación y a la frustración”. Se participa también en el control, el cual ha de ser permanente y eficaz.

La sociedad democrática que anticipa es una de participación, como ejercicio de responsabilidad y solidaridad. La llamamos sociedad comunitaria. A eso me referiré más adelante.

Pero antes, ¿Para qué se participa? Para contribuir el desarrollo.

II. Desarrollo

Desde que en *Populorum Progressio* Pablo VI proclamó “El desarrollo es el nuevo nombre de la paz”¹¹, la cuestión del desarrollo nunca cederá su centralidad en el pensamiento Humanista Cristiano.

En su Memoria correspondiente a 1971, el Ministro Pérez Olivares habla de la educación como “...base para una alternativa de desarrollo autónomo”,

Pero... ¿qué es el desarrollo?; ¿el crecimiento económico?; ¿la obtención de determinados índices comparables a los que tienen los países que se llaman desarrollados?; ¿qué significa perseguir esos índices?; ¿copiar acaso las sociedades que se nos presentan como arquetipos? Pareciera que para algunos estas preguntas deberían recibir una respuesta afirmativa. Nosotros tenemos la firme convicción de que este es un planteamiento radicalmente falso.

¹¹ Pablo VI: *Populorum Progressio* Carta Encíclica del 26.03.1967. En *11Grandes Mensajes*. BAC. Madrid, 1993.

*Nuestro reto no es llegar a ser como son otros,
nuestro reto es llegar a ser como debemos ser nosotros.*¹²

Al lado de la encíclica mencionada, en cuya redacción influyó, EPO acude para explicar la noción de desarrollo que adscribe a L.J. Lebrecht, fundador de *Economía y Humanismo*, autor de la *Dinámica Concreta del Desarrollo*, de quien recuerda su paso por Venezuela como experto, a finales del gobierno del presidente Leoni, en el diseño de una estrategia de desarrollo regional.

Nótese qué interesante, un mundialmente reconocido pensador social-cristiano, viene al país traído por un presidente socialdemócrata, en cuyo gobierno de coalición la democracia cristiana venezolana no participa y ante el cual se desliza, desde la “Autonomía de Acción” hasta la oposición.

Los programas de Gobierno de Rafael Caldera en 1968, y Luis Herrera Campíns en 1978, resalta Pérez Olivares, enlazan con esa concepción. En ellos, el papel del Estado es Promotor. El sector público, y más ampliamente la comunidad política que existe para servir a la sociedad civil en la realización de sus fines de bien común, no es el pueblo, ni lo sustituye, ni le impone. Debe ser su herramienta especializada, eficaz, eficiente.

El desarrollo es un proceso de cambio cuya finalidad es la expansión del ser¹³ expone EPO, en línea con Calvani y, aguas arriba, con Lebrecht. “Se trata de valorizar la humanidad” dice el dominico francés¹⁴

*Cuando uno busca que los hombres valgan más, y que la
humanidad en su conjunto sea más, todo se aclara. Las ciencias
económicas y sociales hacen saltar sus separaciones facticias.
Todo se une cuando lo que cuenta es el hombre y todos los hom-
bres. Las hipótesis se hacen fecundas; la investigación se centra,
las ciencias físicas y biológicas se integran dentro de la visión
del mundo.*

12 Pérez Olivares: *Memoria y Cuenta 1971...* en Fernández Heres: *Memoria de Cien Años...* (obra citada)

13 Pérez Olivares: *Noción del Desarrollo en el Pensamiento Social Cristiano en Reflexiones...* (obra citada)

14 Louis Joseph Lebrecht: *Manifiesto para una Civilización Solidaria*. Editorial del Pacífico. Santiago, 1975.

Cambios materiales, intelectuales, “de civilización”, en dirección a una forma de vida más humana. Un proceso “al mayor ritmo posible y al menor costo posible”, buscando lograr su irreversibilidad. Visto con la metodología lebrethiana, el proceso hacia un estadio de vida más humano que es el desarrollo, ha de ser homogéneo, coherente, autopropulsivo, liberador de la creatividad y participativo.

III. *Sociedad comunitaria*

A mediados de la década de los años setenta del siglo pasado, en el Hotel Freiburg de la Colonia Tovar, nos encontramos para intercambiar visiones ideológicas, equipos de IFEDEC y del CIESLA-CEC¹⁵. Había sido iniciativa de Pérez Olivares quien encabezó la representación de IFEDEC, mientras Abdón Vivas Terán lo hizo de la del CIESLA-CEC, de la cual formaba parte quien escribe. El prejuicio nos ubicaba a una distancia mayor que la real, el diálogo nos demostró que nuestras diferencias eran matices del mismo pensamiento comunitario. Tal vez EPO, consciente de ello, lo propuso.

En los años sesenta y setenta, buena parte de la discusión terminaba en el modelo económico. Ese economicismo obedecía, sin duda, al influjo marxista en el pensamiento y en el debate latinoamericanos. El marxismo era materialista y, a su modo, también lo era el capitalismo, por entonces bastante desprendido del humanismo liberal. Así que no es difícil comprender por qué la Propiedad Comunitaria predominara en cuanto a protagonismo con una más integral idea de Sociedad Comunitaria.

El debate no sólo se dio en Venezuela. También en Chile, donde además se vivía la experiencia del primer gobierno socialista elegido democráticamente en nuestra región, con Salvador Allende y la Unidad Popular. Sectores de la Democracia Cristiana, formaron dos partidos disidentes de ésta que se integraron a la coalición de izquierdas, primero el Movimiento de Acción Popular Unitaria (MAPU) y luego Izquierda Cristiana. Pero en el seno de la propia DC había tendencias que defendían la postura del socialismo comunitario. Tampoco era tan evidente entonces el fracaso del socialismo real en sus distintas modalidades, cuyas carencias se iban mostrando, rompiendo las costuras de una censura terrible, y cuya quiebra estrepitosa esperaría hasta finales de la década de los años ochenta.

15 Centro de Investigaciones Económico-Sociales para Latinoamérica y Centro de Estudios Comunitarios, bajo cuyo auspicio se realizaron en Mérida, dos jornadas internacionales de Pensamiento Comunitario.

Aquel énfasis economicista equivocado, aquella obsesión con “el modo de producción”, impidió la comprensión de la alternativa comunitaria en toda su proyección e integridad. Si no se puede ignorar la importante, crucial, dimensión económica del hombre, algo que quien escribe ha criticado en otras páginas como una debilidad relativa de los Demócratas Cristianos, tampoco puede reducirse a esa parte de su ser que es mucho más rico. Que ya lo decía Frei en 1934, “El hombre es ante todo un ser moral; hoy pretende ser sólo un ser económico”.¹⁶

Pérez Olivares, en cambio, no se confunde con el economicismo, lo ve claro:

*Cuando la Democracia Cristiana afirma y propone construir una “sociedad comunitaria”, está centrando el problema en la cualidad de la relación asociativa que pretende lograr; lo central es lograr la **relación comunitaria**, la cual se caracteriza sobre el modelo de los lazos en una comunidad, por una **unión fraternal de cooperación leal y solidaria verdadera, en busca del bien común**.*¹⁷

Ese ambicioso propósito, dice, “...no se da porque nosotros lo deseamos. Hay que construirlo. Y hay que construirlo a partir de las situaciones en que estamos”, que es una en la cual predominan la lucha y la confrontación, en la cual no prevalece “el compartir sobre el competir”. Pero, leyendo atentamente ese mismo contexto, “Es preciso aprovechar todos los fenómenos comunitarios que hay en la realidad. Porque existen fenómenos comunitarios.” A diversos niveles.

Su visión, así como su constatación, se inscriben en la misma línea de pensamiento que otro notable latinoamericano, hombre de vida intelectual y vida política, profesor, autor, diputado, senador y gobernador en Brasil, el paulista André Franco Montoro,

La comunidad es la idea fuerza de una política humanista. En oposición a las tendencias deshumanizadoras del individualismo burgués y de las

16 *La Política y el Espíritu*, conferencia dictada por Eduardo Frei Montalva en la Universidad Católica de Santiago de Chile. Del mismo nombre hay un libro suyo. La cita está en *Anunciaron tu muerte. Siete respuestas comunitarias para un obituario prematuro* de Sergio Micco y Eduardo Saffirio. CED. Santiago, 2000.

17 Pérez Olivares: *La Sociedad Comunitaria en Reflexiones...* (obra citada)

*diferentes formas de estatismo de izquierda o de derecha, crece hoy en todos los medios la consciencia de una alternativa comunitaria.*¹⁸

Es la persona humana “y no el capital, el Estado o el partido (...) el sujeto, el fundamento y el fin de la vida social”.

En perspectiva humanista, no puede admitirse el menosprecio estatista y colectivista de la individualidad y responsabilidad de la persona, lo mismo que resulta inaceptable que el individualismo lleve a ignorar la natural sociabilidad humana o un dogmatismo impermeable a la razón de la experiencia, niegue a rajatablas la posibilidad de intervención estatal.

Las oligarquías estatistas y el socialismo propietario¹⁹, lo mismo que en ocasiones sectores del capital, no alcanzan a comprender el valor de la libertad de emprender y el importante cambio implícito en que las mayorías tengan, efectivamente, oportunidades para sus iniciativas. El “propietarismo” es una enfermedad del socialismo. “Es propietario todo análisis que privilegia la propiedad como factor determinante del resto del sistema social”, escribe Mario Zañartu. En una época, esa que el autor chileno llama “enfermedad senil” del socialismo, se contagió a sectores demócrata cristianos.

La visión integral de la sociedad comunitaria no excluye, ¿cómo podría hacerlo?, la existencia de la economía de mercado, ni siquiera la libertad económica, expresión natural de la libertad personal. La libertad de emprender respeta la percepción de las personas acerca de sus propias necesidades, moviliza a la comunidad entera en torno a metas de bienestar, es un obstáculo para los monopolios. Si la responsabilidad es un valor principalísimo, al punto que podríamos considerar a la comunitaria como una sociedad de responsabilidad, la libertad tiene que ser su eje. La visión de la economía social de mercado, comprensiva de la persona en su multidimensionalidad, ofrece una respuesta a escala humana a estas cuestiones.²⁰

El modelo de sociedad “auténticamente libre y solidaria” que se busca, resume Mujica Amador,

18 André Franco Montoro: *Alternativa Comunitaria. Un camino para o Brasil*. Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 1982. (Traducción RGA)

19 Ver Mario Zañartu y Claudio Orrego: *Socialismo, Propietarismo y Liberación del Pueblo*. Instituto de Estudios Políticos. Santiago, 1971.

20 Al respecto, ver R.G. Avelado: *Sentido humanista de la libertad económica en Libertad, conciencia y práctica*. Fondo Editorial para la Libertad. Chacao, 2000.

*Es decir, una sociedad basada en la participación responsable, en el pluralismo y la igualdad de oportunidades para todos los hombres, en la búsqueda del bien común. Es lo que llamamos sociedad comunitaria.*²¹

IV. Caudillismo, clientelismo y corrupción ¿Diagnóstico o profecía?

Idealista pero no inocente era Pérez Olivares. Tampoco el principio operativo del realismo político que practicaba lo engegucía al punto de acorralarlo en un pragmatismo miope. Quería ver más allá, intentaba ver más adentro.

Siento que abundan los que creen, con simplismo, que idealismo y realismo constituyen un dilema absoluto. Y no es así. Desde la razón y gracias a la cultura, las ideas nos guían, pero los pasos los damos pisando sobre el terreno de la realidad, el cual tiene numerosos accidentes que pueden desviarnos o hacernos caer.

La miopía de cierto pragmatismo está en confundirse y creer que la política empieza y termina en el mundo necesariamente limitado y relativamente estrecho de lo que vivimos, y se olvida del horizonte de lo que podemos vivir y lo que queremos vivir. De la razón de ser original de la política y de la motivación que una vez nos empujó a militar, porque no podemos conformarnos con ser testigos. Tenemos que participar.

El hábito operativo del realismo político es una disposición personal y colectiva a estar permanentemente abiertos a la realidad, al progreso del conocimiento científico y la provisionalidad de las certezas. Se explica en un texto para el Congreso Ideológico de 1987, en el cual de seguro influyó el propio EPO,

*El realismo político solo podrá ser, por consiguiente, un **realismo crítico**, en tensión constante para empujar la acción posible hacia los modelos y propósitos deseables, en permanente **revisión** de la magnitud, de la **proporcionalidad** y de la **adecuación** de los medios **necesarios**, en continuo rescate del imperio de la razón sobre las emociones, los impulsos y la retórica.*²²

21 Vicente Mujica Amador: *Léxico Social Cristiano*. Colección Pensamiento Socialcristiano. IFEDEC. Caracas, 1987.

22 *Proyecto Histórico en Los Documentos del Congreso Ideológico*. Propuestas del Congreso

Mounier nos advierte con muy buena puntería,

*Es necesario adaptarse; pero por adaptarse demasiado bien, nos instalamos, y ya no soltamos las amarras. Es necesario reconocer el sentido de la historia para insertarse en él; pero por adherirse demasiado bien a la historia que es, se deja de hacer la historia que debe ser.*²³

Ya en 1967²⁴, cuando nuestro sistema democrático no alcanzaba los diez años y estaba por concluir el segundo de los tres quinquenios generalmente apreciados más positivamente en la historiografía, apreciaba en la situación política venezolana, rasgos que ameritaban corrección, como la hipertrofia de lo político, consistente en "...la exageración de la función política (...) crece, penetra todo, no respeta autonomías". Otro es la inestabilidad, relacionada con el rasgo anterior, y cita el caso de las reformas constitucionales durante el gomecismo para crear y luego eliminar las vicepresidencias por problemas familiares. Intereses muy parciales de familias, de grupos económicos, del partido político que gobierna. La no concordancia entre la formalidad de las leyes y la realidad, la cual "se recibe por todos con una tranquilidad pasmosa". La falta de integración, vista como la coexistencia, en un mismo tiempo y espacio, de "... sociedades distintas" con visiones y objetivos muy diferentes, un hecho con profundas raíces históricas. La ineficacia de las estructuras políticas, tanto en el aparato administrativo como en el partidista.

En resumen,

- Hipertrofia de lo político
- Inestabilidad
- No concordancia entre la formalidad de las leyes y la realidad
- Falta de integración
- Ineficacia de las estructuras políticas

Seguramente estas observaciones formuladas hace medio siglo, nos ayudarán a comprender algunas causas estructurales de nuestra actualidad. Al analizarlas, las formula radicalmente pero las expone con todos sus matices, sus amplias zonas grises de distintos tonos. Y el Pérez Olivares que habla

Ideológico Nacional para la Democracia Nueva "Aristides Calvani". COPEI. Caracas, 1987.

23 Emmanuel Mounier: *Le Personnalisme* en *El Compromiso de la Acción*. ZYX. Madrid, 1967

24 Pérez Olivares: *La Realidad Política en Reflexiones...* (obra citada)

entonces no ha pasado personalmente por la experiencia del poder.

Entonces, puedo decir que me consta que tuvo razón el Profesor Linares Benzo al escribir,

Pérez Olivares era impermeable al engaño. Quizás este realismo, este conocer siete plazas, en un hombre tan virtuoso, era uno de sus más claros distingos. Normalmente el honesto peca de ingenuo, desconoce los entresijos de la realidad, a la que ve siempre en sus extremos, un reino de felicidad poblado de seres bondadosos, o un cubil de fieras crueles y hediondas. El rector Pérez Olivares sabía distinguir al probo del canalla, y que normalmente se dan las mezclas.²⁵

Cuando discutíamos acerca de la descentralización, acerca de cuyo impulso los socialcristianos no dudábamos, ante el argumento de quienes preferíamos que se avanzara organizadamente en la administrativa y, transferidas las competencias se procediera a la descentralización política, EPO sostenía que había que comenzar por ésta para que halara las transferencias administrativas. Tenía razón. Los gobernadores y alcaldes electos directa y popularmente se convirtieron en locomotoras para acelerar el proceso.

Su postura era racional, no hija del dogmatismo. Por eso estaba perfectamente consciente de los riesgos y en su realismo crítico, advirtió rápidamente los problemas que asomaban, cuando el liderazgo nacional no había previsto, y por lo mismo no se había preparado para, las consecuencias de una tal redistribución del poder. Más de una vez le escuché decirnos que la vida política venezolana, la partidista y la nacional, regional y local, se veía cada vez más afectada por las “tres c” que la enfermaban: caudillismo, clientelismo y corrupción.

Al interno de la organización política, el poder redistribuido, junto a las circunstancias de la vida partidista caracterizada por el reto del liderazgo histórico al liderazgo natural, hicieron que la relación de la instancia nacional con las estatales y municipales se hiciera cada vez más laxa, renunciando progresivamente a la conducción, a favor de un pacto tácito para que cada quien hiciera más o menos lo que le pareciera en el nivel correspondiente.

25 Gustavo Linares Benzo: *Enrique Pérez Olivares*. En *El Universal*. Caracas, domingo 8 de julio de 2012.

Era el ecosistema adecuado a que se reprodujeran en las entidades los vicios del centralismo, sin que necesariamente ocurriera lo mismo con sus ventajas, y surgieran y se desarrollaran los caudillismos con sus clientelas, y se propiciara la corrupción a escala alrededor de los centros de decisión multiplicados.

El caudillismo, modalidad del personalismo político, tiene raíces antiguas en Venezuela. La larga guerra de Independencia y el violento siglo XIX de incesante conflicto interno, fue ecosistema propicio para el desarrollo de ese tipo de jefatura paternal que la paz gomecista, a base de maña y petróleo, exterminó hasta dejarle como sustituto a actores colectivos como el Ejército institucionalizado y, luego, con la incipiente aparición de la clase media, los partidos.

Pero no serían borrados los rastros de la cultura caudillista tan larga y profundamente arraigados como por arte de magia por la libertad, y ni siquiera la democracia. Y en la medida en que se debilitaron los grandes liderazgos nacionales, por razones naturales y debido a la estabilización del sistema, y al redistribuirse el poder vía descentralización, un avance muy necesario, sin que marchara aparejado por un desarrollo institucional suficiente que equilibrara el poder y ejerciera controles eficaces, amenazaría con rebrotar con más fuerza y con consecuencias sistémicas.

La concesión de favores, dentro o al margen de la ley, aunque puede ser contra ella, a cambio de apoyo o sumisión es propia del clientelismo. No es exótico a nuestras sociedades subdesarrolladas y relativamente débiles en lo institucional, pero tampoco es exclusivo de ellas. El que *Tammany Hall* haya desaparecido de la escena norteamericana tras más de siglo y medio de prácticas clientelares, principalmente con inmigrantes de origen irlandés primero y luego italiano, no quiere decir que sus procedimientos hayan quedado en el pasado.

La desembocadura inevitable del caudillismo y el clientelismo acaba siendo la corrupción. El aprovechamiento privado de las conexiones con el poder con fines lucrativos y en desmedro del patrimonio público o, más ampliamente, del interés público.

Las tres “c” que preocupaban a Pérez Olivares, se consolidan en nuestra lengua en una: caciquismo. El Diccionario de la Real Academia presenta el caciquismo en tres acepciones que no son disyuntivas: “1. Dominación o influencia del cacique de un pueblo o comarca; 2. Sistema político basado en la dominación o influencia del cacique; y 3. Intromisión abusiva de una

persona o una autoridad en determinados asuntos, valiéndose de su poder o influencia.”

En la España de la Restauración (1874-1923) al caciquismo se lo asoció con el fraude electoral local, precisamente cuando el esclarecido liderazgo de Cánovas del Castillo perseguía lo que uno de sus mentores Joaquín Francisco Pacheco consideraba “el hermanamiento de la libertad con el orden”²⁶, ese equilibrio siempre difícil, máxime en periodos de transición.

El diagnóstico de un hombre sabio y preocupado tenía sabor a profecía. Señalaba a dónde nos podían llevar esos caminos pedregosos y accidentados, cada vez más alejados de la vía principal del desarrollo democrático. Visto ahora, retrospectivamente, puede apreciarse hasta qué punto mutó en un modelo político nacional de pretensiones hegemónicas, con ropaje ideológico y retórica revolucionaria, aunque toca teclas muy viejas del alma nacional.

No se consideraba Enrique Pérez Olivares, educador y político, un ideólogo, sino un divulgador de la doctrina y la ideología socialcristianas. Sin embargo, aun cuando su pensamiento de fuerte influjo mariteniano, en la rica tradición aristotélico-tomista, refleja las enseñanzas de la Doctrina Social de la Iglesia Católica y los grandes pensadores del Humanismo Cristiano en general y de la Democracia Cristiana en particular, creo que su dilatada trayectoria en la comunidad partidista, como formador de activistas y dirigentes, y también en posiciones de dirección, así como su experiencia como hombre de gobierno, le permitió aportar vivencias prácticas a sus reflexiones²⁷ y así enriquecer la teoría, por lo cual considero que, no obstante su opinión, sí deberíamos apreciarlo como un ideólogo, precisamente porque fue un político educador.

Su enseñanza, teórica y práctica, fue la de la política como servicio.

V. Fuentes bibliográficas, hemerográficas y de internet

Aveledo, R.G. Libertad, conciencia y práctica. Chacao: Fondo Editorial para la Libertad, 2000.

Comellas, José Luis. Cánovas del Castillo. Barcelona: Ariel, 1997.

Fernández Heres, Rafael. La Instrucción de la Generalidad. Historia de la

²⁶ José Luis Comellas: *Cánovas del Castillo*. Ariel. Barcelona, 1997

²⁷ Así precisamente se llama un libro suyo, ampliamente citado a lo largo de este trabajo.

Educación en Venezuela 1830-1980. Caracas: Ediciones del Ministerio de Educación, 1981.

Lebret, Louis Joseph. Manifiesto para una Civilización Solidaria. Santiago: Editorial del Pacífico, 1975.

Linares Benzo, Gustavo. “Enrique Pérez Olivares.” El Universal (Caracas), 8 de julio de 2012.

Micco, Sergio, y Eduardo Saffirio. Anunciaron tu muerte. Siete respuestas comunitarias para un obituario prematuro. Santiago: CED, 2000.

Ministerio de Educación. Memoria de Cien Años. La Educación Venezolana 1830-1980. Caracas: Ediciones del Ministerio de Educación, 1981.

Montoro, André Franco. Alternativa Comunitaria. Un camino para o Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

Morfinio, Vittorio. “La Sintaxis de la Violencia entre Hegel y Marx.” Youkali.net: Revista crítica de las artes y el pensamiento. Accedido el 23 de septiembre de 2025. www.youkali.net.

Mounier, Emmanuel. “Le Personnalisme.” En El Compromiso de la Acción. Madrid: ZYX, 1967.

Mujica Amador, Vicente. Léxico Social Cristiano. Caracas: IFEDEC, 1987.

Pablo VI. Populorum Progressio Carta Encíclica del 26.03.1967. En 11 Grandes Mensajes. Madrid: BAC, 1993.

Pérez Olivares, Enrique. Introducción a la Política en Reflexiones sobre el camino (Libro Segundo: Doctrina y Política). Caracas, 1982.

Proyecto Histórico en Los Documentos del Congreso Ideológico. Caracas: COPEI, 1987.

Zañartu, Mario, y Claudio Orrego. Socialismo, Propietarismo y Liberación del Pueblo. Santiago: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

Enrique Pérez Olivares. El Abogado y el Académico

Baruj B. Rubel J.¹
pp. 35-54

Sumario

I. El Abogado | II. La educación jurídica | III. El legado académico y los reconocimientos | IV. Bibliografía

¹ Licenciado Summa Cum Laude en Estudios Liberales y Abogado. Profesor de la Facultades de Estudios Jurídicos y Políticos y Ciencias y Artes de la Universidad Metropolitana.

Enrique Pérez Olivares. El Abogado y el Académico

Resumen: El presente trabajo aborda la vida y obra de Enrique Pérez Olivares a partir de su trabajo como abogado y académico. Desde una perspectiva historiográfica estudiamos su trayectoria en el escritorio jurídico Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados. Destacamos su trabajo, la visión del derecho y el talante ético en el ejercicio de la profesión. Asimismo, exploramos su impronta como académico. En especial sus esfuerzos en la renovación de la educación jurídica desde sus funciones como docente, director y decano en la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Central de Venezuela. Por último, hacemos un balance de su legado académico en el marco de su trayectoria, obras y reconocimientos.

Palabras claves: Educación Jurídica | Derecho | Renovación.

Enrique Pérez Olivares. The Lawyer and the Academic

Abstract: This paper approach the life and work of Enrique Perez Olivares from his work as a lawyer and academic. From a historiographical perspective we studied his career in the legal desk Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados. We highlight his work, his vision of law and ethical spirit in the exercise of the profession. It also explored his mark as an academic. Especially its efforts on the renewal of legal education from his duties as a teacher, director and dean at the Faculty of Law and Political Science at The Central University of Venezuela. Finally, we take stock of his academic legacy in the context of his career, works and awards.

Keywords: Legal education | Law | Renovation.

I. *El Abogado*

La biografía es un género de investigación que nos permite estudiar la vida de una persona partiendo de la reconstrucción de su pasado, ensamblando a través de relatos, documentos y testimonios los hechos y pensamientos que lo definen y caracterizan. El análisis es una primera aproximación que busca fijar las bases para un estudio más exhaustivo del pensamiento y la trayectoria de nuestro biografiado.

El género reviste especial importancia por su carácter historiográfico que se devela en la interacción constante entre la vida del personaje y su entorno social lo que facilita su comprensión ayudando a establecer la influencia mutua entre el personaje y su entorno.

En ese sentido, abordamos la vida de Enrique Pérez Olivares² desde una aproximación biográfica con el fin de estudiar su pasado a partir de los acontecimientos y las obras que definieron su vida. En especial haremos énfasis en su labor como abogado en ejercicio de la profesión que llevó a cabo durante más de una veintena de años en el escritorio jurídico Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados. Asimismo, destacaremos sus esfuerzos en la renovación de la educación jurídica en Venezuela que impulsó como profesor, director y decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y como rector de la Universidad Monteávila.

Este notable venezolano no sólo descolló en las áreas mencionadas también lo hizo como hombre público desde las tribunas políticas ocupado importantes cargos en su dilatada trayectoria. Asimismo, su labor encomiable en la formación de valores ciudadanos desde organizaciones como el IFED-EC o el instituto Jacques Maritain dan cuenta de la amplitud de su empresa. Probablemente lo que más destaque de su pensamiento y obra es el talante ético con el cual es reconocido inequívocamente por todo aquel que da cuenta de su vida. El Abogado

Pérez Olivares comienza su tránsito en el libre ejercicio de la profesión luego de un periplo de dos exitosas décadas como docente y servidor público. A principios de los años sesenta fue Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, contando con sólo veintinueve años

² El presente trabajo está basado en la Tesis de Grado del autor: Enrique Pérez Olivares Docente, Hombre Público y Jurista Académico. Para la realización del presente artículo se incorporaron las sugerencias de los jurados con la finalidad de precisar la investigación del biografiado.

de edad. Seis años después es nombrado Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la misma casa de estudios. A principios de los setenta es nombrado Ministro de Educación, cargo que ejercerá en medio de una tribulada situación universitaria y con grandes logros para la educación del país. A finales de esa década es nombrado Gobernador de Caracas y poco tiempo después Ministro de Información y Turismo.

El paso por la política fue sembrando en el ánimo de Olivares una frustración que lo fue alejando del ejercicio de los cargos públicos y de la dinámica partidista. El desencanto tendrá su punto de inflexión al término de sus obligaciones en el Ministerio de Información y Turismo comenzado así una nueva etapa en su vida en la cual su labor docente y la práctica de su profesión como abogado tendrán la mayor preponderancia. Era el año de 1982 cuando Pérez Olivares decide unirse a una sociedad que tomará su apellido en el bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados:

Tuvimos el privilegio de tener al Doctor Pérez Olivares como socio por muchísimos años. En los años ochenta comenzó a trabajar con nosotros cuando estábamos en el Multicentro Empresarial del Este. El Doctor Tenía una amistad y una buena relación con Gabriel Trujillo, quien hasta hace poco fue nuestro socio. Él nos comentó que le encantaría que conociéramos a Enrique para incorporarlo al equipo de trabajo con la finalidad de que hiciéramos una sociedad con él. Enrique no había trabajado mucho como profesional independiente, siempre había estado en la política y Gabriel había estado con él en la Gobernación de Caracas donde fue su prefecto (Entrevista al bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

Será así como Pérez Olivares inicia el tránsito por los caminos del ejercicio profesional del derecho. La experiencia le valdrá más de dos décadas de vida en las cuales sus virtudes, acendradas por el paso del tiempo, harán descollar lo mejor de su capacidad y conocimiento al servicio de la práctica jurídica.

En el bufete trabajaría en aquellas áreas donde se especializó en sus estudios y con los cuales dio sus primeros pasos en la docencia universitaria: el derecho administrativo y el derecho mercantil. Giuseppe Rosito quien trabajó junto a nuestro biografiado en esas áreas nos relata su experiencia:

Tuve la posibilidad de ser su pupilo, su alumno y durante esos años de formación fue mi modelo a seguir. Nosotros trabajamos en el área del derecho administrativo que es todo lo que tiene que ver con la administración pública. Esa era el área que Pérez Olivares ejercía en ese momento, aunque también

manejaba muy bien el derecho mercantil. Los aprendizajes fueron excelentes. Fue un hombre caracterizado por su humildad. Era muy joven cuando comencé a trabajar en el bufete y recuerdo que me dijeron que iba a trabajar con él, no conocía mucho su trayectoria, pero luego supe que fue Gobernador de Caracas, Ministro de Educación, Ministro de Turismo, etc. Al comenzar a trabajar junto a Pérez Olivares no había terminado el postgrado. Aun así, él te hacía sentir bien, nunca imponía su conocimiento, a pesar de que tenía un conocimiento enciclopédico. Te otorgaba toda la libertad para trabajar. Con él fue un aprendizaje permanente. Sabía cómo enseñar sin imponer (Entrevista al bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

La experiencia que incorporó al escritorio no sólo se limitaba a su conocimiento en aquellas áreas. El dominio integral del derecho, de la hermenéutica jurídica, se hacía evidente a la hora de estudiar los casos y emitir opiniones concernientes a su solución. Su capacidad de análisis era proverbial. Esa cualidad que tanto caracterizan las voces de sus amigos y colegas fue una constante que lo hizo descollar en cada espacio de su dilatada vida al servicio de la docencia y de la administración pública. Su trabajo en el bufete no sería una excepción:

Él siempre tenía la palabra indicada, el consejo sabio y realmente creo que fue muy enriquecedor para todos los que compartimos con él esos años en el ejercicio profesional. Es una referencia que quedará en todos nosotros para siempre. Sin lugar a dudas. Cualquier problema que le presentaras, tenía la paciencia de razonarlo, de desmenuzarlo, de ponerse una bolsa de hielo en la cabeza para analizar las cosas fríamente. Tenía una gran capacidad de síntesis. No le gustaba dar vueltas por las ramas, sino llegar al fondo de las cosas. Una gran capacidad de síntesis jurídica y de análisis, de ir a lo que es, a la esencia de los casos, de los hechos y del derecho también. Era muy certero, pulverizaba todo lo que era tangencial y se concentraba en la médula (Entrevista al bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

Su capacidad de análisis hallaba un complemento en la facultad que tenía de zanjar las dificultades a la hora de encarar situaciones de tensión. En sus años como director y decano enfrentó con atino los conflictos que se suscitaron en la Universidad Central de Venezuela por las pugnas ideológicas. Desde el Ministerio de Educación hizo lo propio. Sabía poner de relieve lo trascendental frente a la circunstancialidad de los eventos. En aquellos escenarios la primacía de lo académico por encima de las diferencias políticas. La serenidad en medio de las vicisitudes y sus virtudes al servicio de las obligaciones lo hacía una persona calificada cuando los ánimos se caldeaban o el debate se encontraba en una encrucijada. Los protagonistas de aquellos años

en conflicto y de los eventos donde nuestro biografiado sacó a relucir esas cualidades así lo confirman. Sus socios en el escritorio jurídico dan cuenta de cómo la personalidad de Pérez Olivares, sus conocimientos y experiencias, fueron determinantes a la hora de solucionar casos conflictivos donde las tensiones del momento o las altiveces de sus actores dejan de lado el objeto del litigio. Un caso es remembrado por Carlos Rivas Kerdel quien fuera uno de sus socios:

Trabajamos junto a Pérez Olivares muchos casos complicadísimos en el ejercicio de la profesión. Recuerdo uno en particular que me tocó vivir de muy de cerca e intensamente con él y, por cierto, con Luis Eduardo Aveledo. Fue un caso de muchos años, complejo, y recuerdo que al final del mismo hubo una reunión en el Centro Comercial Paseo las Mercedes. En esa reunión había dos personas que se conocían mucho y que le pusieron fin al asunto pero de una manera tan tranquila y reposada que en otrora parecía imposible de lograr. Esas dos personas fueron el Doctor Enrique Pérez Olivares, por el lado nuestro y del otro el Doctor Pedro Tinoco. Estábamos una serie de abogados, todos pegábamos gritos y nos insultábamos y nos amenazábamos, y de repente se pararon ellos dos y dijeron con permiso y se fueron. Luego después de unos cuarenta y cinco minutos regresaron, los dos muy sonrientes y complacidos, y a todos los que estábamos allí nos dicen: por favor queremos decirles que esto está resuelto aquí no hay más nada que discutir. Pérez Olivares me dice: mira Carlos nos van a llamar para ponernos de acuerdo a los efectos de documentar la operación, con aquella tranquilidad. Yo no lo podía creer. Así es como el Doctor Pérez manejaba esas situaciones de conflictividad de la manera más pausada y tranquila, era increíble. Fueron lecciones todos los días de cómo uno debe desenvolverse en el ejercicio de la profesión y así nos tocó en innumerables casos de altísima complejidad y el resultado siempre fue el mismo (Entrevista al bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

Las cualidades en la solución de los casos que se presentaban en el escritorio tenían el respaldo de la vasta experiencia que nuestro biografiado había granjeado con el pasar del tiempo. Sus aptitudes no sería lo único que dejará como legado en aquellos años de trabajo profesional. La condición ética que resalta como uno de los aspectos cardinales y más acendrados en toda su trayectoria será también motivo de admiración en el grupo de socios con quienes compartió por varios lustros en el ejercicio profesional.

La labor en el bufete la compaginaba con sus compromisos en las diversas instituciones a las cuales prestaba sus esfuerzos cotidianos. El Instituto Jacques Maritain, el IFEDec, la Conferencia Episcopal Venezolana,

serán algunas de esas instituciones que nuestro biografiado siempre tendrá presentes como parte de su trabajo para la construcción cívica del país. A ese trabajo se sumará una nueva empresa que representará la culminación orgánica de toda su trayectoria docente. Los esfuerzos por concebir y fundar una nueva universidad que catalice su visión de la educación se hacen presentes. A finales de los años ochenta Pérez Olivares se proponía cristalizar su sueño en lo que ahora es la Universidad Monteávila. Su compromiso con la docencia y en la labor que mantenía con diversas instituciones mermó el tiempo que podía dedicarle al bufete donde tenía una sociedad en partes iguales. Habido su nuevo compromiso con la educación venezolana y los particulares esfuerzos que conllevaría la materialización de aquella empresa³ decide proponerle a sus socios reducir su participación en los beneficios que generará el bufete. Aquella decisión es recordada como una muestra de su talante ético y de la honestidad y modestia con la que se conducía en su vida:

Después de fundada la Monteávila siguió trabajando paralelamente en el escritorio pero hubo un tiempo donde ya no pudo seguir haciéndolo. Nosotros teníamos una sociedad a partes iguales, donde no importaba si un socio trabajaba más o menos, todo se repartía en igual proporción. Pérez Olivares en un momento dado nos dijo: le estoy dedicando mucho tiempo a la Monteávila quiero que me revisen mi régimen de participación de forma tal que sea acorde con el tiempo que le estoy dedicando. Lo hicimos en ese momento y con el tiempo él dejó de frecuentar el bufete pero aun así siempre regresaba (Entrevista al bufete Klempner Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

Gestos como esos eran parte de la conducta diaria de Pérez Olivares, de su conducta de vida. Algo similar ocurría a la hora de valorar su trabajo profesional. Los honorarios que se estilaba cobrar en la profesión por los servicios que prestaba los consideraba muy elevados incluso llegaba a escandalizarse por los montos. Sus socios así lo recuerdan:

No tenía sentido comercial de la profesión, porque el bufete fue su primera experiencia trabajando en el libre ejercicio, y nunca llegó a tenerla. Él era un enamorado del derecho, el derecho era su forma de vida. No lo veía como una manera de lucrarse no tenía idea de cómo cobrar o cuánto cobrar o por qué cobrar, a veces se escandalizaba (Entrevista al bufete Klempner Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

3 En la entrevista realizada al Doctor Rogelio Pérez Perdomo nos confirma la importancia del trabajo de Pérez Olivares en la fundación de la universidad: “si no hubiese sido por él la Universidad Monteávila no hubiese existido, de eso estoy seguro”.

En ese sentido, no sorprende que hiciese mucho trabajo pro bono estando en el bufete pero tampoco sorprende, habida cuenta de su ética, que no capitalizará las relaciones que tuvo en sus años de servicio en el gobierno en favor de aumentar la clientela del escritorio. El apego a sus convicciones morales, a su filosofía de vida, es un aspecto perenne en su conducta. Incluso sabía no prestar su reputación pública a otros aspectos del ejercicio de la profesión. A la hora de acudir a juicios o a audiencias buscaba ser parco y pensaba si era conveniente asistir en consonancia con lo que podía aportar desde su opinión profesional y no por sacarle algún provecho a su prestigio o a su pasado político. Sus socios así lo destacan:

(...) A veces le decía: Doctor Pérez en este caso tiene que ir usted porque necesitamos de usted, de su prestigio. Él respondía que iba en el mejor interés del cliente porque no sabíamos si por el hecho de haber sido una persona de la vida pública podría afectar la escena. Lo cual nos parece una muestra de increíble honestidad porque no era el ego el que lo motivaba. De hecho cuando hablamos de clientes el Doctor tenía algunos pero no era un proveedor no era una persona que los gestionaba. Sin duda ponía la ética por encima del derecho. Al punto que con la influencia política que tenía, porque era conocido en todos los ámbitos, jamás hizo uso de ello para que le favorecieran en algún caso. A veces le decíamos, Doctor Pérez pero vaya y hable con el Ministro y él decía: no, no, yo esos tipos de favores no los hago. Si yo tengo la razón que me la den. Eso es algo bien raro y bien valioso (Entrevista al bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

Así concebía la práctica jurídica. Su concepción del derecho seguramente era similar. Con motivo de un caso en una asociación civil que el escritorio estaba llevando a cabo se plantea la necesidad de modificar sus estatutos y ello conlleva a que Pérez Olivares defina para la asociación y sus socios el concepto de una institución. Oscar Antonio Klemprer, uno de sus socios, quien participó en el caso, guardó aquella definición:

A raíz de un trabajo para modificar un estatuto de una asociación con la finalidad de que permaneciera en el tiempo tuve la oportunidad de discutir con él lo que es una institución. Surgió la interrogante de qué es realmente una institución en un país tan joven como este donde las cosas no duran mucho tiempo, entonces él nos escribió lo siguiente: *“una asociación como esta debe comenzar por la identificación de los valores que la caracterizan y por estudiar la visión que de ella misma posee lo que ha hecho y hace en la actualidad y cuáles son sus planes hacia el futuro, esta visión contiene los valores fundamentales incorporados en la determinación de su visión esto a su vez explica por qué la organización fue creada, cuáles son sus objetivos continuados, qué beneficio in-*

tenta proveer a las personas y el por qué sus funciones tienen valor y por qué debe continuar. Esta es una acción continua para el bien público. La misión expresa más que una justificación de su existencia y más que una definición de sus metas y objetivos, ella define el sistema que guiara la estrategia, la misión es el imán que atrae y mantiene el interés de benefactores, voluntarios, personal y profesionales (...)” (Entrevista al bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

Leer la definición sobre una institución que realizó para aquella asociación es sintetizar en pocas líneas la concepción que de la institucionalidad tenía y, en ese sentido, la vital importancia que le daba para la consecución del bien común. Sabía el valor que representa esa poderosa idea en nuestra sociedad frente la mutabilidad de los valores de las estructuras del estado en orden a la práctica que los funcionarios hacen de ellas. Lo sabía por su experiencia en el tránsito de sus funciones públicas y por el desencanto que le había sembrado la evolución del sistema político en nuestro país. Seguramente su afán en el trabajo frente al Jacques Maritain, el IFEDDEC y otras tantas instituciones cobran un sentido más claro en las líneas de esa definición. Su trabajo por el bien común y la importancia que tienen las instituciones en hacer que ese bien pueda trascender a las generaciones es parte del legado que Pérez Olivares dejó con su pensamiento y su obra.

Con esa claridad interpretaba el conocimiento jurídico. Seguramente así también tendría una concepción del derecho que ha de partir fundamentalmente de su doctrina socialcristiana y de la visión de la persona humana. Uno de sus socios, Giuseppe Rosito, con quien compartió labores en el área en la que se desempeñó en el bufete, nos comenta parte de esa concepción que supo enseñarle con el ejemplo:

(...) por el conocimiento que tuve de Pérez Olivares yo pienso que para él derecho era justicia. Era un hombre que creía en la justicia en su justa dimensión. En una justicia imparcial no mediatizada. Él creía mucho en eso y parte de esa visión explica el por qué nunca quiso hacer uso de sus contactos porque él decía que la justicia debía ser transparente. La justicia, para que fuera verdadera justicia, no podía estar contaminada. Yo creo que él entendía el derecho de esa manera. Eso es lo que transmitía. Era un hombre que predicaba con el ejemplo y esa era otra de sus virtudes. Nosotros aprendimos de Pérez Olivares gracias a su ejemplo. Jamás decía algo que no hiciera o que no practicara. Cuando hablaba de ética, cuando hablaba de moral, él era el primer referente porque al verlo todos lo contemplaban como una persona cabal, moral, ética, de hecho, me atrevo a llamarlo un pro hombre porque así lo veía yo con toda la distancia de los años que teníamos. Siempre pensé que si hay algún ejemplo vivo que conozca de un pro hombre tiene que ser el Doctor

Pérez Olivares porque de verdad que fue una persona excepcional, fuera de serie (Entrevista al bufete Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados).

Su paso por el ejercicio profesional fue tan pedagógico como aquellos que diera en todos los caminos que transitó a largo de su vida. Siempre a su paso parece dejar una enseñanza y una huella en aquellos que caminaron su senda. Para sus colegas y socios hablar de Pérez Olivares es referirse a un valor ciudadano que supo descollar en todas las áreas en las que se desempeñó como docente, hombre público y abogado. Siempre comprometido con la construcción del bien común y el desarrollo del país. Seguramente por eso sentencian sus socios que nuestro biografiado es un prócer civil⁴.

II. La educación jurídica

La dilatada labor docente de nuestro biografiado encuentra una faceta más en el trabajo de innovación de los métodos de educación jurídica que logró promover durante su estancia como director y decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Central de Venezuela.

A través de seminarios e investigaciones los esfuerzos de renovación de la educación jurídica comenzaban a gestarse permeando el interés de varios docentes. El Doctor Rogelio Pérez Perdomo sería uno de ellos y con ocasión de la asistencia a uno de estos seminarios nos relata su experiencia entorno a esta iniciativa de Pérez Olivares que marcaría buena parte de su trayectoria docente:

Con ocasión de un viaje que él hizo a Colombia supo que la Fundación Ford estaba patrocinando un seminario de tres semanas sobre educación jurídica, especialmente sobre métodos de educación jurídica. Con el viaje tuvo la oportunidad de enviar a dos jóvenes profesores de la Universidad Central de Venezuela para el seminario: Alberto Arteaga y yo. Fue bastante largo. En el seminario no solo nos hacían vivir distintos métodos, especialmente el método de casos, sino que nos incitaban a preparar un caso y después a ser profesores con la finalidad de ver el asunto desde el punto de vista práctico. Ese curso estaba en manos de dos profesores fundamentalmente. Un profesor chileno, que después se hizo muy amigo mío, Andrés Cuneo y también un profesor americano, de Harvard, Lloyd Weinreb.

4 Debo la caracterización a Miguel Ángel Pérez Lavaud quien en entrevista al escritorio jurídico Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados me comentase sobre la concepción de prócer o héroe civil que destaca Tomás Polanco Alcántara en algunos de sus trabajos.

Gran parte de mi carrera académica y mi interés por la educación jurídica me la marcó Pérez Olivares. Él mismo estaba muy interesado en el tema de la educación jurídica y a nuestro regreso del seminario en Bogotá me pidió organizar un seminario sobre el mismo tema en Venezuela con la finalidad de mostrarles a los profesores de la Universidad Central los otros métodos de enseñanza diferentes a lo que uno estaba acostumbrado. (Entrevista a Rogelio Pérez Perdomo).

Los nuevos métodos de enseñanza desafiaban a la pedagogía jurídica tradicional. Las clases magistrales y el aprendizaje dogmático se complementarían con un estudio más pragmático del derecho donde el estudiante interactuase con el docente y con la realidad jurídica de los problemas que la sociedad le expone. Este modelo de aprendizaje sentaría nuevos paradigmas en la educación jurídica venezolana se conoció con el nombre de clase activa y estaba caracterizado fundamentalmente por dos aspectos:

Uno que era propiamente metodológico o formal. Es decir, la manera de trabajar a partir de la introducción de casos y una educación más centrada en los estudiantes. La manera como se llamaba en ese momento era clase activa. El objetivo es que los estudiantes no asistieran a la clase simplemente a escuchar y tomar notas, sino que participarán y que leyeran previamente los materiales para que pudieran participar adecuadamente en la clase. Era una manera distinta de enfocar la educación. No es que el profesor se encuentre frente al estudiante, realmente y técnicamente ignorante, y le explique todo, sino que el estudiante lea antes de la clase y venga con cierto conocimiento y que la clase sea una manera de discutir los temas que sean de mutuo interés. La idea es que el estudiante va a entender mejor las cosas cuando previamente lee y participa en la discusión que simplemente cuando está escuchado. En eso consistía el método formal.

El otro aspecto de la renovación de ese momento es que había mucho interés en que la educación jurídica no fuese solamente comentarios de la legislación o construcción de conceptos jurídicos, sino que los aspectos sociales y teóricos estuviesen envueltos en el estudio. Pérez Olivares era muy abierto a ese tipo de cosas. Él quería que la educación jurídica se enfocara en problemas reales y que el profesor no sólo se limitara a explicar el código, por ejemplo, sino que se discutieran asuntos lo más relevantes posibles para el país y para la vida de las personas (Entrevista a Rogelio Pérez Perdomo).

La metodología del estudio del derecho partiendo del análisis de problemas con preeminencia social donde el estudiante ejerce un rol participativo en el proceso de aprendizaje respondía a innovaciones que en la dinámica

pedagógica se venían gestando en las universidades del primer mundo. En Harvard el estudio jurídico ya no sólo se centraba en las sentencias de los tribunales, también se “usaban muchos problemas y casos que aún se toman de periódicos” (Entrevista con Rogelio Pérez Perdomo). Los cambios en los métodos de enseñanza podrían verse justificados a la luz de estos antecedentes. Seguramente nuestro biografiado así lo ponderó cuando decidió promoverlos en la Universidad Central de Venezuela. Sin embargo, no sorprendería que a esa justificación se le sumase su pensamiento humanista. La idea de libertad y su concepción de persona humana siempre permearon su labor docente en aras de la construcción del bien común. El estudio del derecho partiendo de la problemática social y centrado en el estudiante como protagonista en la construcción de su conocimiento es una idea que acerca más a los sujetos del proceso educativo con la realidad social permitiéndoles generar mayores soluciones a la problemática que plantea.

Los nuevos métodos de enseñanza encontrarían dificultades en el camino. Las corrientes tradicionalistas que privilegiaban una pedagogía más centrada en la labor del docente, en clases magistrales, y las vicisitudes propias del conflicto universitario producto de las pugnas ideológicas de esos años hicieron que los esfuerzos en la renovación de la educación jurídica en la Universidad Central tuvieren un éxito relativo:

Tuvimos un éxito relativo. Pérez Olivares como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela estaba interesado en que los cambios en la educación jurídica se difundieran, pero a pesar de su interés creo que fuimos pocos los profesores que realmente quisimos sumarnos al cambio. Encontró muchísimos obstáculos en la gran parte del profesorado salvo este grupo de jóvenes que sí estábamos interesados y que cambiamos nuestros propios métodos de enseñanza. Al margen nuestro no hubo ningún impacto en el pensum de estudio ni hubo cambios en la manera de enseñar en el resto de los profesores.

Pérez Olivares encontró mucha resistencia en la Universidad Central. Parte de la resistencia se explica porque la Universidad era un poco como la estamos viviendo en la actualidad, siempre llena de conflictos y en ese momento había un conflicto que era básicamente un conflicto de izquierda y derecha y él era como el baluarte dentro del Consejo Universitario, de la gente sería dentro de la Universidad, y en consecuencia estaba muy metido en el conflicto. Por supuesto ese clima no era tampoco muy propicio para ponerle demasiada atención a los problemas de métodos de enseñanza de la educación jurídica. (Entrevista a Rogelio Pérez Perdomo).

Los esfuerzos de aquella renovación verían un mejor provecho en la labor que los profesores hicieron de ella con la posteridad. Pérez Olivares como rector de la Universidad Monteávila y Rogelio Pérez Perdomo desde la dirección y la docencia de los estudios jurídicos en la Universidad Metropolitana promovieron aquellas iniciativas en la forma de enseñar el derecho: “yo diría que la Escuela de Derecho de la UNIMET es en buena medida una impresión de lo que Pérez Olivares proponía” (Entrevista a Rogelio Pérez Perdomo).

Como fundador y rector de la Monteávila nuestro biografiado plasmó su visión de los estudios jurídicos en el pensum de la carrera de derecho y en la pedagogía de su estudio que además replicó a otras áreas de enseñanza en la Universidad. Aun así, encontró resistencias para aplicar su metodología:

En el pensum original de la Monteávila percibí realmente la huella de Pérez Olivares, es decir, trató de hacer una especie de síntesis entre la mejor educación europea y la mejor educación americana. Los primeros años de los estudiantes de la Monteávila son para presentar la dogmática, los grandes principios del derecho, y la segunda parte de la educación jurídica es para discutir problemas. A pesar del esfuerzo de Pérez Olivares, de nuevo encontró resistencias. Yo creo que en definitiva la dificultad que tuvo fue encontrar profesores para que abordaran los temas de problemas. Si observamos el pensum uno se da cuenta que esa parte de los principios, creo que se llama instituciones, ocupaba casi todos los años del estudio jurídico reduciendo la importancia del estudio de los problemas. Me lo han confirmado las entrevistas en las que he asistido que la dificultad fue encontrar profesores dispuestos a hacer girar su enseñanza sobre problemas. La enseñanza sobre problemas es lo que fundamentalmente se estaba buscando desde la década de los setenta cuando él fue decano.

Si uno observa lo que estaba plasmado en el proyecto original concluye que sí se elabora la clase sobre materiales que provoquen la discusión, que son fundamentalmente problemas, eso hará más activa la clase. Entonces en consecuencia esa era la idea clave que venía desde la década de los setenta y que ha encontrado una gran resistencia (Entrevista a Rogelio Pérez Perdomo).

A pesar de la resistencia que ha demostrado el pensamiento tradicionalista en dejarse permear, la renovación en los métodos de educación jurídica es un hecho que se encuentra cada vez más presente en los estudios de derecho. La Universidad Metropolitana es un buen ejemplo de ello y en la medida en que sus docentes imparten esas enseñanzas en otras universidades

la metodología que impulsó Pérez Olivares comenzará seguramente a propagarse con mayores éxitos.

En la Monteávila su visión de la educación jurídica comprendía la enseñanza a partir de los métodos que impulsó en aquellos tiempos como director y decano de la Universidad Central de Venezuela pero también contemplaba una formación clásica donde se hace hincapié en el estudio del latín: “fue proponente de que se incorporará la materia de lenguas clásicas y aunque desde el principio estuvo ligada al latín, y se enseña un año de latín, la verdad es que la aspiración es que pudiera llegar también a las raíces griegas” (Entrevista a Joaquín Rodríguez).

Como rector promovió una enseñanza donde el estudiante participaba activamente en el proceso de aprendizaje. Los métodos en la pedagogía jurídica son un referente de esa visión que supo ampliar a otras áreas del conocimiento. El actual rector de la Universidad Monteávila nos habla sobre ese legado:

Pérez Olivares propuso desde el comienzo de la Universidad que las clases estuvieran enriquecidas con invitados con la finalidad de traer temas actuales, específicos y más elaborados. Recuerdo muy gráficamente que él decía que para esos momentos en los que asistiera algún invitado a la Universidad no cayésemos en la tentación de arrear a los alumnos a las charlas con el propósito de llenar el auditorio. Antes, por el contrario, decía que más bien había que tomar noticias suficientes del invitado y de su tema de exposición para que en los días anteriores a la charla o conferencia aquellos grupos que se fueran a invitar se les hablara de una manera resumida, de una manera sintética, acerca del invitado y del contenido de su exposición con la finalidad de que ellos pudieran trabajar anticipadamente algo de esa información y así disponer no solamente el ánimo sino el interés de los estudiantes para el momento de la charla.

Pérez Olivares no dejaba de decir que había que estimular en los alumnos el interés de preparar las preguntas, incluso si había que llegar al extremo de hacer esas preguntas por ellos, y asignárselas para que así se sintieran comprometidos con la actividad académica y no pasar a ser meros oyentes o durmientes sino activos porque han tomado un conocimiento previo y porque van a tener un rol participativo en el mismo (Entrevista a Joaquín Rodríguez).

Esa visión del rol del estudiante en su formación es una constante en el ejercicio docente de Pérez Olivares. Pudiéramos pensar en la mayéutica cuando se habla de la pedagogía que concibió para educar. Una de sus alumnas nos relata su experiencia:

Él establecía como un dialogo que obligaba a los estudiantes a participar y es muy interesante porque el tema lo traba con personas que éramos nosotros, los estudiantes, los sujetos del sistema público de instrucción. Entonces, por supuesto, nuestro punto de vista era muy distinto a lo que puede ser el de una persona adulta y graduada. En esa época teníamos veinte tantos años y a esa edad uno es muy crítico de las instituciones en las que se está formando. Pérez Olivares nos daba una visión más institucional de ese sistema y eso fue muy interesante. Para mí fue su metodología fue muy ilustrativa porque nosotros estudiamos en una época, en pleno años ochenta, donde todavía predominaban los profesores tradicionales y las clases magistrales. Había muy pocos profesores que rompían con ese paradigma y él era uno de esos. Entre los más jóvenes estaba René Molina que también tenía una metodología distinta. Hubo profesores mejores que otros o más divertidos que otros, pero básicamente todos impartían clases magistrales (Entrevista a Angelina Jaffé).

Los esfuerzos por renovar la educación jurídica es otra de las improntas que Pérez Olivares deja en la educación venezolana. Su labor encaminada a transformar la tradicional pedagogía de los estudios jurídicos no tuvo la mejor acogida. Sin embargo, el tiempo en el que se propuso iniciar los cambios estaba regido fundamentalmente por el tradicionalismo y la dogmática que aún permean parte de la enseñanza del derecho. En ese sentido, podríamos pensar que fue un hombre adelantado a su tiempo queriendo innovar con métodos que aún riñen con el statu quo. Su mérito radica en haber identificado una nueva manera de estudiar el derecho y exponerla para su investigación y desarrollo. Es así como en profesores como Rogelio Pérez Perdomo nace la necesidad de indagar más sobre estos temas. Publica un libro en 1974 sobre la educación jurídica y exhibe esa nueva realidad. Pérez Olivares escribiría el prólogo y en el destaca los retos que lleva consigo el estudio de esta nueva metodología. Consiente de las dificultades y la resistencia en implementarla pareciera dejar a la posteridad su ejercicio como una semilla esperando terrenos más fértiles:

Ya es un lugar común el hablar sobre la crisis de la Universidad, o en un contexto más amplio, de la educación. También comienza a serlo el de la reforma de los estudios superiores o, más concretamente, de la de los estudios jurídicos (...) El problema del método en educación jurídica es una de los

temas importantes sobre los cuales menos se ha trabajado. Puedo decirlo sin temor a lesionar famas; personalmente promoví actividades dirigidas a provocar inquietudes y, eventualmente, a levantar polémicas sobre él: casi nada sucedió de inmediato (...) Muchos e importantes temas están “puestos en causa” por estos trabajos y estoy consciente de que la reacción lógica debería ser la polémica. Espero que ella se produzca. Quizás así se despierte el interés en el seno de nuestra comunidad y como consecuencia de ello, algunas iniciativas se añadan a las del autor (Pérez Olivares, en Perdomo, 1974:7).

Años más tarde sus esfuerzos rendirían frutos en la Universidad Montevila y la Universidad Metropolitana. Aun cuando los retos del pasado se encuentran vigentes con la permanencia de la pedagogía tradicional la importancia de la innovación en los métodos de la educación jurídica ya quedo sembrada en nuestras instituciones académicas. El rol del estudiante en el proceso de aprendizaje y su vinculación con la realidad social que lo rodea cobra cada vez más importancia. La necesidad de una pedagogía que aborde esa problemática se hace más presente:

Quizás esta formulación no ayude a aclarar los elementos constitutivos del problema, pero da pie para destacar que hay importantes cuestiones, tanto de contenido como de método, que no pueden ser soslayadas, y que el avance de los conocimientos ha puesto a disposición de los interesados nuevos medios para lograr más eficazmente sus objetivos (...) Todos estos elementos permiten analizar el problema educativo desde la perspectiva de lograr una adecuada comunicación, mediante la organización de situaciones de aprendizaje, dirigidas a permitir en el hombre grados crecientes de autonomía en el juzgar y en el actuar adecuadamente, en tanto que persona que se inserta, con identidad propia y en ejercicio de su plena responsabilidad, en una sociedad (Pérez Olivares, en Perdomo, 1974:8).

III. El legado académico y los reconocimientos

Estudiar la labor académica de Pérez Olivares es una empresa que no está exenta de retos debido a su dilatada trayectoria y a la diversidad de ámbitos que abarcó. Destacar sólo los aspectos más resaltantes de su trabajo académico se hace patente en aras de realizar un análisis mesurado de aquellos elementos que juzgamos esenciales y por los cuales nuestro biografiado es considerado un jurista académico cuya obra dejó una impronta en el mundo de la educación y la política del país.

Seguramente partiendo de su legado docente lograremos trazar el marco donde encontraremos los principales elementos que caracterizaron su exitosa trayectoria.

Profesor, director, decano y rector, Pérez Olivares ocupó todos los escaños de la profesión docente. Incluso fue Ministro de Educación. Su labor resalta en todos estas funciones en las que se destacó con méritos. Sin embargo, algunos se preguntan ¿por qué no llegó a ser profesor titular? o ¿por qué publicó muy poco? ¿Cómo eso pudo influir en los reconocimientos que las instituciones académicas hicieron de su trabajo y trayectoria?

Esas interrogantes parecen hallar respuestas en la personalidad de nuestro biografiado y en la manera en la que concebía su vida: “Se dejaba retar por los afanes de cada día” (Entrevista a Joaquín Rodríguez). Su humildad y el interés cifrado en el bien común hacían que no trabajase para hacer méritos en reconocimientos sino con una genuina intención al servicio de la persona humana.

En sus cuatro décadas ininterrumpidas de trabajo docente (Entrevista a Marta Oramas de Pérez) sorprendería a muchos que no fuere profesor titular en la Universidad Central de Venezuela. La humildad con la que concebía su trabajo nos ayuda a entender estas posibles contradicciones. Su amigo, Fernando Cervigón, nos comenta al respecto:

Pérez Olivares no se jubiló como profesor titular. A pesar de que le consultaron muchas veces que por qué no se hacía titular él manifestaba que no tenía el tiempo ni la preparación adecuada para poder presentar un trabajo que pudiera ser aceptado como titular y por lo tanto eso hizo que se quedase como profesor asociado. Por supuesto, esto representaba, además para todo el mundo que lo sabía, un ejemplo excepcional de honestidad personal, es decir, no hacer nada que no fuera totalmente auténtico y respondiera a lo que debían ser las cosas (Entrevista a Fernando Cervigón).

Un sentido similar explica sus escasas publicaciones. Sin embargo, de acuerdo a muchos de sus allegados era un hombre dado a la escritura que no tuvo el suficiente tiempo de trabajar para hacer de ello una empresa. Una obra sobre el derecho mercantil, aún por corregir, reposa en los armarios de su casa junto a cientos de artículos que dan cuenta de la generosidad con la escribió en su vida: “era muy exigente también. Entonces nunca tuvo tiempo de corregir” (Entrevista a Marta Oramas de Pérez). El actual rector de la Monteávila, Joaquín Rodríguez, nos relata sus impresiones:

Puedo advertir de que el Doctor Pérez escribió mucho, pero disperso y como nunca tuvo ese tipo de proyectos tampoco estuvo en su afán compilarlos, registrarlos e identificarlos. Puedo dar testimonio de la generosidad con la que él escribió y participó en actividades académicas sin ocuparse nunca ni consentir nunca que alguien pudiera hacer elenco de su obra como para llevar registros. Y lo que manifiesto es que eso no está hecho y hacerlo será una labor muy ardua porque el nivel de dispersión de su trabajo es enorme, entre otras cosas, porque su apertura era tal que cualquier invitación cordial la asumía como propia (Entrevista a Joaquín Rodríguez).

Los reconocimientos a su trayectoria docente sin duda se ven reflejados en los cargos que ocupó por elección de sus pares en la dirección y el decanato de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Central de Venezuela. También podríamos pensar en su escogencia como Ministro de Educación donde las consideraciones políticas fueron secundarias frente a la calidad de su trabajo en la educación universitaria que determinó su elección. Su labor en el Instituto Jacques Maritain y el IFEDEC le valieron diversos reconocimientos nacionales e internacionales y su escogencia como rector de la Universidad Monteávila puede entenderse como el corolario de toda su trayectoria docente. Sin duda estos reconocimientos legitiman el trabajo de Pérez Olivares en la educación venezolana. Sin embargo, siendo un académico reconocido con una dilatada vida al servicio público muchos pudieran preguntarse por qué la Academia no le otorgó el máximo reconocimiento de ser un individuo de número. La pregunta parece hallar respuesta en la misma circunstancia por la que Pérez Olivares declinó la Presidencia del Congreso de la República en el gobierno de Luis Herrera Campins. Su esposa nos comenta al respecto:

Enrique no quiso entrar en la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Su compañera Hildegard Rondón de Sansó le comentó que lo querían nombrar, pero él se negó. Le contestó que no tenía el suficiente tiempo, que eso parecían cosas del siglo XIX. Tampoco aceptó la presidencia del Congreso que se la ofreció Luis Herrera. Decía que estaba más ocupado en otras cosas y que él no era legislador (Entrevista a Marta Oramas de Pérez).

No era un hombre dado a los reconocimientos. Su humildad es un aspecto proverbial de su personalidad que supo practicar en todos los ámbitos en los que se desarrolló a lo largo de su vida. En su carrera docente y como hombre público cosechó los más altos reconocimientos sin proponerse nunca cifrar sus esfuerzos en conseguirlos. Su esposa nos comenta esa virtud tan acendrada en la vida de Pérez Olivares:

Él evitaba los reconocimientos, evitaba mucho esas cosas. Tuvo innumerables placas y condecoraciones. Sin embargo, no le daba ninguna importancia a eso. Resistía las celebraciones con ocasión a algún reconocimiento. Incluso al recibir una condecoración del Vaticano, no asistió, y el obispo fue a la casa a llevarle la condecoración. Ese era mi marido.

Recibió la Orden de Alfonso X el Sabio, la Orden Libertador, Francisco de Miranda, Andrés Bello, Río Branco de Brasil y San Gregorio del Vaticano por destacar algunas (Entrevista a Marta Oramas de Pérez).

Dos libros homenajes también rinden méritos a la vida y obra de nuestro biografiado. El Libro de la Amistad publicado en 1992 por amigos y colegas, es una compilación de artículos y testimonios que dan cuenta de la vida y las áreas del saber por las que se interesó Pérez Olivares. Y Desafíos de la Universidad editado en 1991 por el IFEDEC rinde homenaje a su trayectoria en el instituto y a su legado docente.

Su labor en la docencia y en la vida pública fue y es aún reconocido por todos aquellos que conocieron su obra. El acuerdo unánime que hiciera el Consejo Nacional de Universidades, en reunión ordinaria del 25 de octubre de 2012, sobre su pensamiento y obra es un ejemplo de ello. Su trabajo se encuentra presente en todas las personas que formó y en aquellas instituciones que ayudó a forjar. Seguramente, la Universidad Monteávila sea el más claro ejemplo. Su visión de la educación se encuentra catalizada en ella. La lección inaugural, catalogada por Rafael Fernández Heres, como la mejor después del discurso del Maestro Andrés Bello en la apertura de la Universidad de Chile (Entrevista a Marta Oramas de Pérez y a Joaquín Rodríguez) recoge las enseñanzas de toda una vida al servicio de la educación y en él traza el camino de la universidad en medio de los retos que le impone nuestro siglo.

IV. Bibliografía

Pérez Perdomo, Rogelio. *Tres ensayos sobre métodos de la educación jurídica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 1974.

Entrevistas:

Cervigón, Fernando. Entrevista por Baruj Rubel. Caracas, 17 de septiembre de 2013.

Fernández, Eduardo. Entrevista por Baruj Rubel. Caracas, 28 de noviembre de 2013.

Jaffé, Angelina. Entrevista por Baruj Rubel. Caracas, 30 de octubre de 2013.

Klemprer Rivas Pérez Trujillo & Asociados. Entrevista por Baruj Rubel. Caracas, 14 de febrero de 2014.

Oramas de Pérez, Marta. Entrevista por Baruj Rubel. 18 de septiembre de 2014.

Pérez Perdomo, Rogelio. Entrevista por Baruj Rubel. 12 de marzo de 2013.

Rodríguez, Joaquín. Entrevista por Baruj Rubel. Caracas, 17 de septiembre de 2013.

Algunos principios sobre el régimen jurídico de la minería en Venezuela: la reserva, la concesión y la reversión

Allan R. Brewer-Carías
pp. 56-105

Sumario

I. Proemio | II. Introducción | III. Sobre la “publicatio” y las nociones de “utilidad pública,” “reserva al estado,” “servicio público” y “dominio público” en materia minera | IV. El ámbito de la publicatio en materia minera | V. El aprovechamiento de los minerales extraídos como derecho inherente a la explotación minera y la apropiabilidad de los mismos por los concesionarios | VI. La distinción entre las actividades mineras primarias y las actividades auxiliares o conexas a la minería en la legislación de minas | VII. El régimen de la reversión de bienes en las concesiones mineras.

Algunos principios sobre el régimen jurídico de la minería en Venezuela: la reserva, la concesión y la reversión

Resumen: Se estudia el régimen de la minería en Venezuela, en particular respecto de la reserva de actividades al Estado, la figura de la concesión minera, y respecto de ellas, la figura de la reversión de bienes como forma de extinción de la propiedad privada, para lo cual, se considera esencial precisar en el derecho venezolano el alcance de la publicatio o reserva de bienes y actividades y la noción de utilidad pública.

Palabras claves: Minería | Derecho | Estado | Bienes | Venezuela.

I. Proemio: Remembranza de mi relación con Enrique Pérez Olivares

Este trabajo sobre el régimen jurídico de la minería en Venezuela, que gira en torno a tres institutos fundamentales del derecho administrativo como es la reserva al Estado de bienes y actividades económicas, la concesión administrativa y la reversión como forma de extinción de la propiedad privada, lo dedico con todo afecto y cariño a la memoria de quien fue mi querido amigo, el profesor Enrique Pérez Olivares, con quien desde que nos conocimos mantuve siempre una estrecha amistad.

Lo conocí, en efecto, durante mis últimos años de la carrera de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, hacia 1960, apenas había él regresado de sus estudios en Italia. En esos años Enrique asumió la dirección de la Escuela de Derecho, y desde allí siempre fue un factor de apoyo a todas las iniciativas estudiantiles que tuvimos en aquellos convulsos años de los inicios de la democracia en el país. Ya antes de graduarme en 1962, habíamos entablado amistad, la cual progresivamente se fortaleció con la amistad entre nuestras esposas, Marta y Beatriz, de manera que desde entonces además de frecuentarnos socialmente, no dejamos de tener contacto permanente en la Facultad, donde ambos seguimos de profesores por mucho tiempo.

Enrique, por otra parte, ya para cuando yo regresé de mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, desde el derecho mercantil que comenzó a cultivar en la facultad, ya estaba en la órbita del derecho administrativo, de manera que él fue miembro del Jurado de mi Tesis Doctoral en 1964, “Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana”, que salió publicada en la Colección de Tesis de Grado de la Facultad, y luego, en 1965, prologó mi libro sobre “La expropiación por causa de utilidad pública e interés social” que salió publicado en las Colección de libros del Instituto de Derecho Público.

Posteriormente, en alguna ocasión tuvimos la oportunidad de trabajar juntos en una opinión jurídica sobre un tema de interpretación de contratos administrativos que originó un trabajo académico conjunto que se publicó en coautoría con el título de: “El recurso contenciosoadministrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano” Revista de la Facultad de Derecho. Posteriormente, de nuevo trabajamos en un estudio sobre la

1 Allan Brewer-Carías y Enrique Pérez Olivares, “El recurso contenciosoadministrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 32 (1965), 103-126.

expropiación en Venezuela en conjunto con Tomás Polanco e Hildegard Rondón de Sansó, de lo que salió un trabajo publicado con la firma de todos con el título “Expropriation in Venezuela”² en la obra colectiva coordinada y editada por A. Lowenfeld.

A pesar de que con el correr de los años tuvimos actividades académicas y profesionales diversas, permaneció entre nosotros el afecto de siempre. Por ello, me complace tener esta oportunidad de participar en esta obra colectiva en homenaje a un gran amigo y mejor persona, con este trabajo sobre temas de derecho administrativo que tanto cultivó.

A pesar de que con el correr de los años tuvimos actividades académicas y profesionales diversas, permaneció entre nosotros el afecto de siempre. Por ello, me complace tener esta oportunidad de participar en esta obra colectiva en homenaje a un gran amigo y mejor persona, con este trabajo sobre temas de derecho administrativo que tanto cultivó.

II. Introducción

El régimen de la minería en Venezuela ha estado siempre condicionado por la decisión política adoptada por el Estado de reservarse determinados bienes como son los yacimientos o minas y determinadas actividades, como es la exploración y explotación de los mismos, excluyéndolos en consecuencia del ámbito de la propiedad privada y del ámbito de la libertad económica de los particulares, produciéndose en ese caso, con dichos bienes y actividades, una auténtica publicatio.

En efecto, en cuanto a los bienes que han sido reservados al Estado, esos son las minas o yacimientos, es decir, los depósitos de minerales que se encuentren en el territorio nacional, los cuales desde comienzos del siglo XIX se han considerado como bienes del dominio público. Esa categorización ahora está expresamente declarada en la Constitución de 1999³ (art 12), en la Ley de Minas de 1999⁴ (art 2), y en la Ley Orgánica de Bienes Públicos⁵,

2 Allan Brewer-Carías et al, “Expropriation in Venezuela”, en *Expropriation in the America. A Comparative Legal Study*, ed. Andreas Lowenfeld (New York: Dunellen, 1971), 199-240.

3 La Constitución de 1999 fue la primera vez en el constitucionalismo venezolano en la que se declararon como del dominio público una serie de bienes, incluyendo los yacimientos mineros y de hidrocarburos. Véase Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 20 de diciembre de 1999, en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, de 24 de marzo de 2000, artículos 12, 304, 303 y 324.

4 Véase en Gaceta Oficial N° 5.382 Extraordinario, de 28 de septiembre de 1999.

5 Véase en Gaceta Oficial N° 6155, de 19 de noviembre de 2014, artículo 6. Véase también

quedando por tanto excluidos del ámbito de la propiedad privada, no siendo por tanto apropiables por los particulares.

Además, el Estado se ha reservado en relación con dichos bienes, determinadas actividades, que son la exploración con el objeto de identificar las zonas donde se ubican las minas o yacimientos de minerales; y la explotación de dichas minas o yacimientos, es decir, la actividad de extraer de los mismos el mineral que contienen, con el objeto de ser aprovechado, quedando dichas actividades, igualmente excluidas del ámbito de la libertad económica de los particulares. Dichas actividades fueron totalmente reservadas al Estado a partir del Decreto No 2.039 de 15 de febrero de 1977⁶ dictado en ejecución de previsiones de la Ley de Minas de 1945 (art.11)⁷, ratificándose dicha reserva posteriormente en la Ley de Minas de 1999 (arts. 1, 7, 25).

Ello implica, en consecuencia, que para que los particulares puedan realizar la actividades de explotación y exploración de minas o yacimientos, es decir, de determinados minerales en específicas áreas del territorio, el Estado tiene que concederle u otorgarle ese derecho a realizarla, que antes no tenían, mediante el otorgamiento de concesiones, las cuales le aseguran a los concesionarios el derecho de intervenir los yacimientos o minas, y extraer de los mismos los minerales concedidos, para ser aprovechados en calidad de bienes que pasan a ser propiedad privada de los concesionarios.

En el ámbito minero, dichas actividades reservadas al Estado se califican en general, siguiendo la clasificación universal de las actividades económicas, como actividades primarias o principales de minería. Estando reservadas al Estado, las cuales al término de las concesiones, pueden por supuesto continuar realizándose por el Estado o por un nuevo concesionarios, a cuyo efecto, el antiguo concesionario está obligado a traspasarle al Estado libres de todo gravamen y sin indemnización, todos los bienes afectos al objeto de las concesiones, que son los que se consideran indispensables para que pueda continuar la explotación.

Aparte de las actividades primarias o principales reservadas al Estado y que son las que los particulares pueden realizar solo mediante concesión, la Ley de Minas del 1999 identifica otras actividades relacionadas con la minería sin realizar reserva alguna, que califica como actividades auxiliares o conexas

Allan Brewer-Carías, *Código de Derecho Administrativo* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013), 115 y ss.

6 Véase en Gaceta Oficial N° 31.175, de 15 de febrero de 1977.

7 Véase en Gaceta Oficial N° 121 Extraordinario, de 18 de enero de 1945.

con la minería, (art. 86), enumerándose entre las mismas las actividades de almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales extraídos.

Se trata, por tanto, de actividades respecto de las cuales no se ha producido publicatio alguna, que no se realizan respecto de los yacimientos o minas sino solo respecto de los minerales extraídos por el concesionario de la explotación de aquellos, los cuales una vez extraídos tienen el carácter de bienes de su propiedad privada del concesionario, respecto de los cuales tiene derecho exclusivo de disponer y utilizarlos como mejor le convenga.

Por ello, en contraste con las actividades reservadas al Estado, estas actividades auxiliares o conexas con la minería las pueden realizar los concesionarios y, además, cualquier otro particular, en ejercicio de su libertad económica, estando solo sometidas a la vigilancia e inspección del Estado. Dicho carácter no reservado de estas actividades auxiliares o conexas está incluso confirmado en la propia Ley, cuando precisa, al enumerarlas (art. 86), que el Estado puede reservarse alguna de ellas, respecto de determinados minerales; reserva que debe hacerse por acto ejecutivo expreso, es decir, mediante decreto dictado a tal efecto. Y así lo ha hecho el Estado en los últimos años, incluso mediante decretos con fuerza y valor de ley dictados mediante habilitaciones legislativas, por ejemplo, en 2008, en relación con la industria del mineral de hierro⁸, y en 2011, respecto de la industria del oro⁹. Igualmente, la ausencia de publicatio respecto de estas actividades conexas o auxiliares con la minería, deriva de la previsión de la última parte del mismo artículo 87 de la Ley que dispone que cuando algunas de dichas actividades “sean prestadas a terceros como actividad lucrativa, revisten el carácter de servicio público y, en consecuencia, estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Energía y Minas.” Es decir, la Ley no las reservó al Estado ni las declaró como servicio público, sino solo que a los efectos de establecer tarifas, cuando las actividades de almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales extraídos se presten a terceros como actividad lucrativa, entonces “revisten el carácter de servicio público.”

8 Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana, Decreto Ley N° 6.058, de 30 de abril de 2008, en Gaceta Oficial N° 38.928, de 12 de mayo de 2008.

9 Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como conexas y auxiliares a esta, Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011, en Gaceta Oficial N° 39.759, de 16 de septiembre de 2011.

Por otra parte, la Ley de Minas declara en general como “de utilidad pública la materia regida por esta Ley” (art. 3) lo que abarca todas las actividades primarias o principales y auxiliares o conexas con la minería.

Nuestro propósito en estas páginas es estudiar el régimen de la minería en Venezuela, en particular respecto de la reserva de actividades al Estado, la figura de la concesión minera, y respecto de ellas, la figura de la reversión de bienes como forma de extinción de la propiedad privada, para lo cual, consideramos esencial precisar en el derecho venezolano el alcance de la publicatio o reserva de bienes y actividades y la noción de utilidad pública.

III. Sobre la “publicatio” y las nociones de “utilidad pública,” “reserva al estado,” “servicio público” y “dominio público” en materia minera

1. Sobre la “publicatio” en materia de actividades económicas, y en particular de la exploración y explotación mineras

En materia económica, en Venezuela rige el principio de la libertad económica, garantizada en el artículo 112 de la Constitución que dispone el derecho de todas las personas a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y en las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. En consecuencia, el derecho al ejercicio de la libertad económica siempre puede ser limitado por el Estado mediante leyes, lo que implica que solo el legislador puede dictar las leyes limitativas (reserva legal).

Ello no excluye, sin embargo, que el Estado no pueda reservarse determinadas actividades económicas, servicio, industrias o bienes, para su exclusivo desarrollo, en cuyo caso se produce lo que se ha llamado una “publicatio” en el sentido de que la actividad reservada excluye en principio la posibilidad de que los particulares la ejerzan, excepto si se les otorga el derecho de hacerlo mediante una concesión, por ejemplo.

De ello deriva, por ejemplo, que conforme lo ha expresado José Ignacio Hernández:

Es preciso observar, en este punto, que las actividades económicas responden, en una *summa divisio*, a una distinción dual: hay actividades económicas que han sido reservadas al Estado; junto a ellas, hay también actividades que no han sido reservadas, pero cuya ordenación y limitación asume la Administración. No existen categorías intermedias: o una actividad está reservada al Estado o no lo está. Reserva entendida, en última instancia, como la técnica más drástica de intervención del Estado, a través de la cual éste

asume, para sí, la **titularidad** de determinada actividad económica, excluyendo a los particulares (Martín-Retortillo Baquer; Brewer-Carías). En las actividades reservadas, los particulares no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa: ese derecho ha de ser **concedido** por la Administración, cuando así haya sido admitido en el marco de la Ley concreta de reserva.¹⁰

Es en el contexto de las actividades reservadas al Estado entonces donde puede hablarse de que se produce una “publicatio,” término que conforme lo reseña el mismo José Ignacio Hernández fue “acuñado inicialmente por Villar Palasí, y tiene su origen en el Derecho Romano: la publicatio era el acto por el cual se sustraía a un bien del tráfico jurídico entre los particulares. La publicatio de actividades económicas equivale, entonces, a su reserva al Estado.”¹¹

La distinción se puede apreciar legalmente, por ejemplo, en las actividades mineras conforme a la Ley de Minas, en la cual se distinguen, por una parte, las actividades que se han reservado al Estado, por realizarse directamente sobre bienes declarados del dominio público como son los yacimientos o minas, como son las actividades de exploración y explotación mineras, que por estar reservadas al Estado los particulares solo pueden realizadas mediante concesión, y respecto de las cuales, por ello, se ha operado una publicatio; y por la otra, las otras actividades conexas o auxiliares con la minería, que no están reservadas al Estado, y que aun cuando estando sometidas al régimen de la ley que es de derecho público, para su realización sin embargo no se requiere concesión de parte del Estado, sino que se realizan solamente bajo la vigilancia del mismo.

10 José Ignacio Hernández G., “Disciplina jurídico Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica*, tomo I (Caracas: FUNEDA, 2004), p. 200. El mismo autor comenta que: “En las actividades reservadas al Estado, como puede anticiparse, hay una significativa atenuación de esa cobertura legal, pues la intervención opera en áreas del quehacer económico que han sido excluidas de la libre iniciativa privada. La jurisprudencia venezolana (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 26 de marzo de 1993, caso RCTV y de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso Venevisión) insistió sobre este punto, al sostener que la reserva destruye los derechos de los particulares, permitiendo a la Administración desplegar “potestades de intervención, notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano.”

11 Hernández G., “Disciplina jurídico Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social”, p. 201.

Se trata de las actividades de beneficio, almacenamiento, tenencia, circulación, transporte y comercialización, interna o externa, de las sustancias extraídas” (art. 1, Ley de Minas) o, en otras palabras, las actividades de “almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales” (art. 86, Ley de Minas), que son actividades calificadas en la ley como conexas o auxiliares de la minería, que solo están sujetas “a la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación” por el mismo, previendo la Ley sin embargo, que las mismas, por no estar reservadas al Estado, “cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto” cualquiera de dichas actividades conexas o auxiliares con respecto a determinados minerales.

Si dicha reserva al Estado se produce, podría decirse entonces que respecto de las mismas se habría producido una “publicatio.” De lo contrario, no estando reservadas al Estado, los particulares, incluidos los concesionarios, pueden realizarlas en ejercicio de su libertad económica, por supuesto, sujetos a la vigilancia del Estado.

2. Sobre la “publicatio” en materia de bienes y la noción de dominio público, y en particular de los yacimientos o minas

En materia de bienes, el Código Civil los clasifica según las personas a quienes pertenecen en bienes que “pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares” (art. 538).

Todos esos bienes, en general, de acuerdo con el Código Civil, se rigen por el régimen regulado en el mismo Código respecto de la propiedad privada, que incluso se aplica a los bienes del “dominio privado” del Estado (art. 544: “Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas”), quedando exceptuados sin embargo, aquellos bienes pertenecientes a las entidades públicas, respecto de los cuales se haya producido una “publicatio” al haber sido reservados al Estado, al declaráseles como del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles (art. 543 CC.), y en consecuencia encontrarse sometidos a un régimen de derecho público.

La enumeración clásica de bienes del dominio público en el Código Civil establecida desde finales del siglo XIX, que se refiere a “los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes” (art. 539), se complementó durante el transcurso del siglo XX con nuevas regulaciones en leyes especiales, como la Ley Orgánica de

Bienes Públicos de 2012, reformada en 2014¹² y con la previsiones constitucionales incorporadas en la Constitución de 1999, respecto de los yacimientos mineros declarados expresamente como bienes del dominio público. En esa misma línea, la Ley de Minas de 1999 estableció que “las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles.”

Todos los bienes del dominio público, por tanto están reservados al Estado, y los mismos se clasifican en el Código Civil, como de uso público o de uso privado de los entes públicos del Estado (art. 540). Los primeros abarcan aquellos bienes de uso común a los que el público en general puede acceder aun cuando existan regulaciones estatales para su ejercicio, por ejemplo, el poder circular en las vías públicas o navegar en las aguas.

Los bienes del dominio público de uso privado del Estado, por otra parte, son aquellos respecto de los cuales el Estado se ha reservado su uso y explotación, no teniendo las personas derecho de uso de los mismos, como es el caso, por ejemplo, del uso y explotación de los yacimientos mineros, salvo cuando el Estado le concede a los particulares el ejercicio exclusivo de esas actividades que se ha reservado, mediante el otorgamiento de una concesión, creando en cabeza del concesionario a través de esta figura jurídica el derecho que se le concede y que antes no tenía.

3. Sobre la noción de “servicio público” y la publicatio, en particular de los servicios de distribución de combustibles y gas para consumo colectivo en materia de hidrocarburos

La publicatio se puede producir, igualmente, por ejemplo, cuando se produce la declaratoria de alguna actividad como “servicio público,” con la característica de que por disposición de ley expresa, el Estado se reserva expresamente dicha actividad con la explícita voluntad de retirarla del área del quehacer económico de la libertad de empresa.

Volviendo al ejemplo de las actividades mineras, como antes se dijo, la publicatio sólo ha operado respecto de las minas y yacimientos y de las actividades de exploración y explotación mineras, y no respecto de las actividades auxiliares o conexas, las cuales además de no estar reservadas al Estado, tampoco han sido declaradas como servicio público reservado al Estado, lo cual, por lo demás, en ningún caso podría derivarse de lo que se establece en

12 Véase en Gaceta Oficial N° 6155, de 19 de noviembre de 2014. Véase sobre esta Ley: también Allan Brewer-Carías, Código de Derecho Administrativo, 115 ss.

el artículo 87 de la Ley cuando dispone que cuando algunas de las actividades antes indicadas (almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales) “sean prestadas a terceros como actividad lucrativa, revisten el carácter de servicio público y, en consecuencia, estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Energía y Minas”.

Esta previsión, como se ha dicho anteriormente, no declara a todas las actividades conexas o auxiliares a la minería como servicio público, sino sólo prevé que cuando alguna de ellas se realice por un particular, concesionario o no, “como actividad lucrativa,” la misma “reviste el carácter de servicio público” a los efectos de que estén “sujetas al pago de las tarifas” que establezca el Ministerio de Energía y Minas.

Ello, por supuesto, tiene un alcance limitado en el marco de las regulaciones económicas, que es el de considerar que ciertas actividades auxiliares o conexas que realicen los particulares (concesionarios o no) como actividad lucrativa “revisten el carácter de servicio público” a los efectos de sujetar su pago a una tarifa fijada por el Estado; lo que en ningún puede llevar a considerar que se trata de declaratoria general de todas las actividades conexas o auxiliares como “servicio público”, pues ello implicaría la reserva de las mismas al Estado, lo que no está previsto en la ley.

Esta noción de “servicio público,” en el derecho venezolano, como en todos los derechos latinoamericanos, se refiere solo a las actividades destinadas a para satisfacer necesidades colectivas, conforme a declaración y regulación expresa en una ley¹³, como sucede por ejemplo con la actividad de transporte ferroviario regulado como de servicio público en la Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional¹⁴, o por ejemplo, en los artículos 4 y 6o de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, o en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.

En el ámbito de estas dos últimas leyes, en las cuales se declara, en general, a las actividades que regulan como de utilidad pública o interés social¹⁵, por ejemplo, solo se declaran como “servicio público” las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los

13 Véase Allan Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, Segunda Edición (Caracas: EJV International, 2015), 209-212.

14 Véase Gaceta Oficial N° 37.313 de 30 de octubre de 2001

15 El artículo 4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos establecen, con el mismo texto, que: “Las actividades a las cuales se refiere esta Ley, así como las obras que su realización requiera, se declaran de utilidad pública y de interés social.”

productos derivados de hidrocarburos para el consumo colectivo interno, por estar destinadas a satisfacer necesidades colectivas, es decir, del público en general, a la colectividad en su conjunto, y que por tanto, requieren, por ello, de continuidad¹⁶.” Como textualmente lo indica el artículo 60 de la Ley de Hidrocarburos: “constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional (conforme al artículo 59), destinados al consumo colectivo interno.”

Esa declaración legal implica, por ejemplo, que conforme al artículo Art. 61 de la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos, los precios de dichos productos deben ser fijados por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Dichos precios pueden fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas. Además, el Ministerio debe adoptar medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción. Además, por tratarse de servicios públicos, las personas naturales o jurídicas que deseen ejercerlas deben obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas, y su cesión o traspaso requiere la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas.

Disposiciones similares se encuentran incorporadas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999, en la cual se declara, entre todas las actividades que regula, que sólo constituyen un “servicio público” aquellas relacionadas, directa o indirectamente, con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo. Por ello, también, la misma Ley establece que los almacenadores, transportistas y distribuidores de hidrocarburos gaseosos tienen la obligación de prestar el servicio en forma. Tratándose de servicios públicos, el artículo 12 de la LOHG también autoriza al Ministerio de Energía y Minas para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad. Además, los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, deben fijar las tarifas que se aplicarán a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con la Ley.

16 Esto lo ha confirmado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo en Sentencia No. 255 de 09-02-2006 (caso Estación San Luis Del Este II, C.A vs. Shell Venezuela Productos), véase Mary Ramos Fernández y Marianella Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006”, *Revista de Derecho Público* 105 (2006), p. 178.

De lo anterior resulta, por tanto, conforme a esos ejemplos regulatorios, que por voluntad expresa del legislador, en las leyes respectivas el Estado se reserva determinadas actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas de la población en general, que además, las asume como obligación prestacional, y que por tanto, los particulares no pueden realizar sino en virtud de una concesión o permiso del propio Estado. Esas son las actividades que pueden ser consideradas como “servicio público,” lo que, por tanto, siempre requiere de un texto legal expreso que las califique, estableciendo además, el sentido de la reserva al Estado de las mismas.

Es decir, “servicio público” en el derecho venezolano son las actividades prestacionales que debe asumir el Estado tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a que no pueden desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se las ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena¹⁷. Por ello, cuando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha buscado definir un contrato como “contrato administrativo,” exige que “el objeto del contrato esté vinculado a la prestación de un servicio público que tiende a la satisfacción de un interés general, como lo es la educación¹⁸,” en el sentido de necesidad colectiva, que interesa a toda la colectividad.

De esta definición sobre lo que en Venezuela es un “servicio público,” resulta entonces lo siguiente: en primer lugar, que siempre se trata de una actividad, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, colectivamente, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés público colectivo, de toda la población, es decir, de la colectividad en general, por lo que los

-
- 17 Véase Allan Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público* 6 (1981), 65-71; Allan Brewer-Carías, “El régimen constitucional de los servicios públicos”, en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”* (Caracas: FUNEDA, 2002), p. 23; y en Allan Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007), 528 ss.; y Allan Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, 209-212. Véase también, José Ramón Parada, “Los servicios públicos en España”, en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías* (Madrid: Instituto de Derecho Público, 2003), 1845-1869.
- 18 Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo No. 592 de 07-05-2009 (Caso: Universidad de Carabobo vs. Ministerio de Salud), véase en Mary Ramos Fernández y Marianella Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2009”, *Revista de Derecho Público* 118 (2009), p. 291.

sujetos a los cuales se destina son todos, al público en general, como sería por ejemplo, el servicio ferroviario de transporte, el servicio de correos, el servicio de protección a la salud, los servicios de transporte colectivo terrestre, los servicios de educación o el servicio de distribución de productos derivados del petróleo o gas. Como lo ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al referirse al servicio de agua potable y de saneamiento, los mismos “constituyen verdaderos servicios públicos, y como tales se encuentran dirigidos a satisfacer necesidades de interés general o colectivo¹⁹.”

En segundo lugar, esa actividad prestacional para ser considerada como “servicio público” por su vinculación al interés general, corresponde cumplirla obligatoriamente al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido como obligación en la Constitución o en las leyes²⁰, como la establecida en el artículo 6o de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un “servicio público,” pues hay prestaciones que no se imponen obligatoriamente al Estado, sino sólo aquellas que éstos asumen porque cumplen una obligación constitucional o legal. Por ello, precisamente es que los servicios públicos no pueden ser prestados libremente por los particulares, sino mediante concesión, licencia, permiso o autorización, como por ejemplo sucede con los servicios públicos domiciliarios y los servicios de policía, o los servicios de suministro de productos derivados en la industria petrolera, todos para satisfacer necesidades colectivas. Por ello, en las leyes que los regulan, como lo ha constatado la Sala Político Administrativa del

19 Véase sentencia de la Sala Político Administrativa No. 224 de 07-02-2007 (Caso: *Armando Casal Casal*; Interpretación del Art. 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.568 de fecha 31-12-2001. Véase, además, en Mary Ramos Fernández y Marianella Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2007”, *Revista de Derecho Público* 109 (2007), 135 ss. En esta sentencia, la Sala agregó que “Estos servicios públicos, pueden ser de dos tipos: i) “*uti universi*” o ii) “*uti singuli*”. En el primer caso, los gastos de organización y funcionamiento son cubiertos, en principio, mediante impuesto (*vgr.* servicios de seguridad y defensa de la nación, policía de seguridad, etc.), pues dichos servicios se encuentran directamente vinculados a la vida misma del Estado, siendo la comunidad el verdadero beneficiario. En el segundo de los casos, servicios “*uti singuli*”, excepcionalmente, dichos gastos son pagados a través del impuesto. Por lo general, son pagados por el usuario en su totalidad (gas, teléfono, agua, transporte, etc.) o en parte (correos y telégrafos); pues, de lo contrario tales gastos, mediante el impuesto, recaerían sobre la totalidad de los habitantes en perjuicio de quienes no utilizan dichos servicios. (*Vér.* Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II).

20 Por ello, en relación con la noción de servicio público, algunos autores han concluido que solo las actividades expresamente calificadas como tales en las leyes pueden ser consideradas como servicios públicos. Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo 3 (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003), 336 ss.

Tribunal Supremo, se declara expresamente que tales servicios constituyen “servicios públicos” atribuyéndose al Estado su prestación²¹.

En tercer lugar, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los usuarios, es decir, la colectividad o el público en general, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, como sucede por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud, que las personas incluso, pueden reclamar judicialmente. Por ello, el artículo 259 de la Constitución de 1999 le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para resolver los “reclamos por la prestación de los servicios públicos” (Art. 259), lo que se regula en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al considerar como sujetos a control “las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional” (Arts. 7.5; 9.5) estableciendo el procedimiento para conocer de “los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos”(Art. 65.1). Estos servicios públicos, por supuesto, no son cualquier prestación o actividad de interés general, sino las actividades prestacionales obligatorias impuestas al Estado respecto de las cuales los ciudadanos tienen derecho de percibirlos en forma regular y continua, teniendo el derecho además para reclamarlos judicialmente.

En cuarto lugar, desde el momento en el cual una actividad se configura legalmente como un servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, en el sentido que esencialmente y conforme se establezca en las leyes (reserva legal), el Estado puede limitarlas y restringirlas, exigiendo por ejemplo, para que los particulares puedan desarrollarlos, una concesión, una autorización, un permiso, un registro o cualquier tipo de autorización o habilitación²², sometiéndose entonces la actividad a un régimen de derecho público.

21 Véase en relación con el servicio público de electricidad, por ejemplo, la sentencia No. 846 de 31-05-2007 (Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de Producción y el Comercio (Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y el Comercio), véase en Mary Ramos Fernández y Marianella Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2007”, Revista de Derecho Público 110 (2007), 159-161.

22 Véase Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, 68 ss.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado asume y realiza como mero empresario pero que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de una obligación constitucional o legal alguna, y respecto de las cuales también existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente. Por ello, el servicio público así entendido, como obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley²³, como es el caso de las previsiones mencionadas, por ejemplo, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, pues sólo en los textos legales, conforme al principio de reserva legal previsto en la propia Constitución (Art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica²⁴.

Esta noción de servicio público en su sentido propio, como la actividad prestacional obligatoria del Estado destinada a satisfacer necesidades colectivas, es la que se sigue en el derecho venezolano, tanto en la doctrina de derecho administrativo²⁵ como en la jurisprudencia²⁶; y también en el derecho

23 Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, 336 ss.

24 Precisamente por ello, la Ley Orgánica de Hidrocarburos reserva la calificación como “servicio público” única y exclusivamente a las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos que señale el Ejecutivo Nacional, destinados al consumo colectivo interno (Arts. 59, 60); y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos también reserva la calificación como “servicio público” única y exclusivamente a las actividades relacionadas, directa o indirectamente, con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo (Art. 5). En ambos casos, el elemento esencial es la actividad prestacional para la satisfacción de una necesidad colectiva o de consumo colectivo.

25 Véase Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, 65-71; Brewer-Carías, “El régimen constitucional de los servicios públicos”, 19-49; José Araujo Juárez, *Derecho Administrativo General. Servicio Público* (Caracas: Ediciones Paredes, 2010), 58-79; José Araujo Juárez, “Régimen Jurídico de los servicios económicos de interés general”, en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías* (Madrid: Instituto de Derecho Público, 2003), 1969-1978; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 12a ed. (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001), 203-209; Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, 325-345; José Ignacio Hernández G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano”, *Revista de Derecho Público* 89-92 (2002), 47-75.

26 Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1811 de 10-12-2011 (Caso: Tadeo-Anzoátegui, C.A. vs. Municipio Turístico El Morro “Licenciado Diego Bautista Urbaneja” Del Estado Anzoátegui), al considerar el servicio público de aseo consideró que en el mismo “priva el interés general de la comunidad sobre el particular de la contratista, tratándose de una necesidad básica de la población que comporta la protección de derechos humanos fundamentales, tales

administrativo comparado, donde a pesar de las sucesivas crisis de la noción²⁷, la misma no llega a ser identificada con cualquier actividad desarrollada por el Estado, pues carecería de todo sentido.

Al contrario, se la vincula con una actividad prestacional para satisfacer necesidades colectivas que debe ser asegurada o asumida por el Estado; y este ha sido el sentido tradicional del término “service publique” en la doctrina francesa general de derecho administrativo²⁸, incluso la más reciente influenciada por las exigencias del derecho comunitario europeo²⁹. Igualmente ha sido el sentido tradicional en América Latina, por ejemplo, en la doctrina argentina³⁰. Igual sucede con la doctrina del derecho administrativo anglosajón, donde la expresión “servicio público” tiene precisamente el particular

como: el derecho a la salud, a la vida digna de la sociedad y a la preservación del medio ambiente, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de lo cual la autoridades deben actuar de manera celer y eficiente para garantizar la debida prestación del servicio.” Véase en: Mary Ramos Fernández y Marianella Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 2009”, *Revista de Derecho Público* 120 (2009).

27 Véase entre los más recientes ensayos en la materia: Jaime Orlando Santofimio Orlando, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso”, en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carias* (Madrid: Instituto de Derecho Público, 2003), 1882-1956; *El Servicio Público. Fundamentos* (Lima: Palestra, 2005).

28 Véase en general Guy Braibant y Bernard Stirn, *Le droit administratif français*, 5a ed. (Paris: Presses de Sciences-Po – Dalloz, 1999), 139-143; René Chapus, *Droit administratif général*, 9a ed., tomo 1 (Paris: Montchrestien, 1995), 513-525; Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*, 3a ed. (Paris: Editions Dalloz, 2014), 42-47; Jacques Moreau, *Droit administratif* (Paris: Presses Universitaires de France, 1989), 311-316; Jean Waline, *Précis de Droit administratif*, 22a ed. (Paris: Dalloz, 2008), 339-359.

29 Véase en general, Stéphane Braconnier, *Droit des services publics* (Paris: PUF, 2003), 157-184; Claudie Boiteau, “Vers une définition du service public?”, *Revue française de droit administrative*, núm. 4 (2007), 803-811; Sabine Boussard, “L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du ‘service public par nature’”, *Revue française de droit administratif*, núm. 1 (2008), 67-79; Michaël Karpenschif, “Vers une définition communautaire du service public?”, *Revue française de droit administrative*, núm. 1 (2008), 58-66; Christophe Le Berre, “La logique économique dans la définition du service public”, *Revue française de droit administrative* núm. 1 (2008), 50-57; Marceau Long, “Service public et réalités économiques du 19ème siècle au droit communautaire”, *Revue française de droit administratif*, núm. 6 (2001), 1161-1168; François Séners, “L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public”, *Revue française de droit administratif*, núm. 4 (2007), 812-820. Note Jean-Claude Nouence, 821-827.

30 Véase, por ejemplo, Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4a ed., tomo 2, La defensa del usuario y del administrado (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000), VI-33 y ss.; Juan Francisco Linares, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma, 1986), 509 y ss.; Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*, tomo III, Primera Parte General, Instituciones Fundamentales (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951), 4 y ss.

significado relativo a “public utility”,³¹ expresión que identifica a los servicios prestados al público en general por entidades o corporaciones públicas o mediante concesión de estas. En consecuencia, también en el derecho anglosajón, no toda actividad de interés público puede ser considerada como servicio público, sino sólo aquellas que consisten en una actividad de prestación de interés público destinada a satisfacer las necesidades colectivas o del público en general o de confort y conveniencia de la comunidad entendida como globalidad, como por ejemplo son los servicios de ferrocarriles, de transporte, de teléfonos, de gas, de electricidad, de agua, pueden considerarse como “servicios públicos.”

En consecuencia, por ejemplo, una actividad prestacional de un servicio de transporte por parte de una empresa privada a una empresa del Estado, para garantizarle el transporte a su personal mediante aviones ejecutivos, no se puede nunca calificar como un “servicio público,” pues es una actividad prestacional, de carácter comercial, si, ciertamente, de un “servicio,” pero no “público” sino en beneficio solo y exclusivamente de una empresa del Estado para la realización de sus actividades cualquiera que ellas sean.

El criterio anteriormente expuesto y la definición de “servicio público”, es la misma que la establecida por la Sala Político Administrativa de la anterior Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 5 de agosto de 2004 (caso DHL Fletes Aéreos C.A.), según lo indicado a continuación:

“El servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y, por tanto, sometido a un régimen de Derecho público. (José Peña Solís. “La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7, Caracas 2002. Pág. 433).

31 Véase por ejemplo Peter Strauss et al., *Gellhorn and Byse's Administrative Law, Cases and Comments*, 9a ed. (New York: University Casebooks Series, 1995), 339 y ss. Cf. Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, 381. Conforme al *Black's Law Dictionary*, el término “public service” se aplica a las actividades o entidades “que especialmente satisfacen las necesidades del público en general o que conducen al confort y conveniencia de la comunidad entera, como las compañías de ferrocarriles, de gas, de agua o de luz eléctrica; y compañías que suministran transporte público.” Si el servicio público es prestado por una empresa privada debe tener “una apropiada concesión del Estado para satisfacer la necesidad o conveniencia del público general, incapaz de ser satisfecha mediante a través de empresas privadas en competencia.” Véase Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, 210.

Los servicios públicos contienen una serie de elementos que los caracterizan, entre los que están la actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público (*publicatio*), la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público³².”

En otra sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo No. 825 de 6 de abril de 2004 (Caso: Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras) al considerar que efectivamente la actividad de intermediación financiera que realizan los bancos está “vinculada con la preservación de un interés general,” sin embargo, dijo la Sala, “no constituye una actividad de prestación de servicio público, ya que, entre otros aspectos de derecho sustantivo, no existe en la mencionada ley o en la Constitución una reserva a favor del Estado de dicha actividad económica, es decir, no existe *publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales)³³.”

En el caso de la Ley de Minas, conforme a lo anterior indicado, por tanto, no se ha declarado a ninguna actividad minera como “servicio público,” como en cambio sí ocurrió por ejemplo en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, y solo se estableció que ara el caso de que alguna de las actividades conexas que realice un particular, como por ejemplo podría ser el transporte o almacenamiento, lo preste “a terceros como actividad lucrativa,” la ley estableció no que son un servicio público, sino que “revisten el carácter de servicio público” a los efectos de la fijación de tarifas por el Estado, es decir, que por considerarse que “revisten el carácter de servicio público [...] en consecuencia, estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Energía y Minas.” Pero ello, por supuesto no significa que hayan sido reservadas al Estado ni declaradas

32 Véase Sentencia No. 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 05-08-2004 (Caso: DHL Fletes Aéreos C.A. y otros), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01002-050804-1995-11546.htm>

33 Véase Sentencia No 825 de la Sala Constitucional de 06-05-2004 (Caso: Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras), en Mary Ramos Fernández y Marianella Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2004”, *Revista de Derecho Público* 97-98 (2004), 273-274; ratificada por sentencia de la Sala Constitucional No. 266 de 16-03-2005 (Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal), en Mary Ramos Fernández y Marianella Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2005”, *Revista de Derecho Público* 101 (2005), 156.

como tales servicios públicos, como sin embargo sí ocurrió, por ejemplo, en las Leyes Orgánicas de Hidrocarburos y de Hidrocarburos Gaseosos respecto de las actividades de prestación destinadas a la satisfacción de necesidades colectivas.

4. El significado de la declaratoria legal de determinadas actividades como de “utilidad pública o interés social”

La declaratoria general en las leyes de determinadas actividades como de utilidad pública o interés social tiene el derecho administrativo venezolano tiene única y exclusivamente como razón de ser, la de permitir y, además, agilizar la iniciación del procedimiento expropiatorio por parte del Estado de determinados bienes de propiedad privada vinculados o necesarios para la realización de determinadas actividades reguladas en dichas leyes respectivas.

El fundamento de tal vínculo entre la declaración de utilidad pública o interés social y la potestad expropiatoria deriva en Venezuela, de la garantía constitucional del derecho de propiedad que impone la necesidad de que para que el Estado pueda decretar la expropiación de determinados bienes de propiedad privada, es condición constitucional y legal que la actividad específica que motive la expropiación, haya sido declarada previamente en una ley como de utilidad pública o interés social³⁴.

Así lo dispone expresamente el artículo 115 de la Constitución al exigir que para decretar la expropiación de bienes de propiedad privada se exige la previa declaración mediante Ley como acto emanado de la Asamblea Nacional (art. 202 de la Constitución), de la “causa de utilidad pública y social³⁵” que puede motivar y justificar la expropiación. Esto mismo, conforme a la Constitución, como condición previa para poder decretarse la expropiación, se ha exigido tradicionalmente la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social (Arts. 7.1 y 13)³⁶.

34 Sobre la evolución histórica del régimen de la propiedad privada y de la libertad económica, véase Allan Brewer-Carías, “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, tomo 2 (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979), 1140 y ss.

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

36 Véase la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social, en Gaceta Oficial N° 37-475 de 1 de julio de 2002. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan Brewer-Carías, “Introducción general al régimen de la expropiación”, en *Ley de*

Por ello, la propia Ley de Expropiación, para agilizar el procedimiento de expropiación de bienes, incluye en su artículo 14, una declaratoria general de antemano respecto de una serie de actividades que se consideran como de utilidad pública o interés social, exceptuándolas con ello “de la formalidad [ulterior] de declaratoria previa de utilidad pública,” incluyendo:

las construcciones de ferrocarriles, carreteras, autopistas, sistemas de transporte subterráneo o superficial, caminos, edificaciones educativas o deportivas, urbanizaciones obreras, cuarteles, hospitales, cementerios, aeropuertos, helipuertos, los terrenos necesarios para institutos de enseñanza agrícola y pecuaria, las construcciones o ensanche de estaciones inalámbricas o conductores telegráficos; así como los sitios para el establecimiento de los postes, torres y demás accesorios de las líneas conductoras de energía eléctrica; acueductos, canales y puertos; los sistemas de irrigación y conservación de bosques, aguas y cualquiera otra relativa al saneamiento, ensanche o reforma interior de las poblaciones; la colonización de terrenos incultos y la repoblación de yermos y montes.”

Respecto de otras actividades no comprendidas en esta enumeración, el requisito de que por ley se las declare como de utilidad pública y social para poderse iniciar un procedimiento expropiatorio, se ha cumplido a través de múltiples leyes especiales, de manera que sin otra ulterior declaratoria de “interés social o utilidad pública,” se pueda proceder a iniciar el procedimiento expropiatorio.

Sólo para citar unos ejemplos, la declaración de “utilidad pública o interés social” se puede encontrar, por ejemplo, en leyes de larga tradición como la Ley de Aguas³⁷ (art. 7), la Ley de Bosques³⁸ (arts. 4), la Ley de Minas³⁹ (art. 3), la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario⁴⁰ (art. 68), la Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional⁴¹ (art. 2), y la Ley Orgánica de Hidrocarburos⁴² (art. 4). Más recientemente, en otras leyes relativas a actividades más específicas, algunas incluso ya derogadas, igualmente se encuentra la declaratoria de utilidad pública a efectos expropiatorios, como fue el caso de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes

Expropiación por causa de utilidad pública o interés social (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2002), 7-100.

37 Véase en Gaceta Oficial N° 35.595, de 2 de enero de 2007.

38 Véase en Gaceta Oficial N° 40.222, de 6 de agosto de 2013.

39 Véase en Gaceta Oficial N° 40.222, de 6 de agosto de 2013.

40 Véase en Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario, de 29 de julio de 2010.

41 Véase Decreto Ley N° 6.069 de 14-05-2008, en Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario, de 31 de julio de 2008.

42 Véase Reforma Parcial del Decreto Ley Orgánica N° 1.510 de 02-11-2001, en Gaceta Oficial N° 38.493, de 4 de agosto de 2006.

y Servicios⁴³, en la cual se declararon como de utilidad pública e interés social todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad; la Ley de Salud Agrícola Integral⁴⁴, en la cual se declaran de utilidad pública, interés nacional e interés social, los bienes y servicios propios de las actividades de salud agrícola integral, por lo que cuando medien motivos de seguridad, podrá sin mediar otra formalidad, decretarse la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o de varios bienes necesarios para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de salud agrícola integral⁴⁵; la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI)⁴⁶, en la cual se declara de utilidad pública la construcción de viviendas de interés social cuya ejecución directa o indirecta corresponda al Instituto Nacional de la Vivienda; y la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria⁴⁷ en la cual se declaran de utilidad pública e interés social los bienes que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos, así como las infraestructuras necesarias⁴⁸.

En estos casos, así como en todos las demás leyes en las cuales se declare ciertas actividades como de utilidad pública o interés social, tal declaratoria simplemente tiene el propósito de permitir y agilizar los procedimientos expropiatorios, no implicando que todo lo que corresponda ser realizado en el marco de su regulación esté sometido necesariamente un régimen de derecho público, y que esa sola declaratoria pueda transformar todo el régimen jurídico de una actividad, sometiéndola al derecho público, como actividad reservada al Estado.

Es decir, la declaratoria de una actividad como de utilidad pública o interés social a los efectos de permitir y aligerar los procesos de expropiación de bienes de propiedad privada, no implica en forma alguna una publicatio de su régimen jurídico que excluya la actividad del ámbito de la libertad económica, pues con ello nada se reserva al Estado. Por ello, por ejemplo, la Sala Constitucional ha considerado que “para que haya servicio público, incluso, la ley debe haber reservado al Estado la actividad económica, de manera

43 Véase Decreto Ley N° 6.092 de 27-05-2008, en Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario, de 31 de julio de 2008.

44 Véase Decreto Ley N° 6.129 de 03-06-2008, en Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario, de fecha 31 de julio de 2008.

45 Véase en Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinaria de 31-07-2008).

46 Véase Decreto Ley N° 6.267 de 30-07-2008, en Gaceta Oficial N° 5.892 Extraordinario, de 31 de julio de 2008.

47 Véase Decreto Ley N° 6.071 de 14-05-2008, en Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario, de 31 de julio de 2008.

48 Véase en Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinaria de 31-07-2008.

que exista “publicatio de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales)”⁴⁹.”

En consecuencia, por ejemplo, en relación con las actividades conexas o auxiliares a las actividades mineras que realicen los concesionarios o en general los particulares, que en sí mismas no son actividades reservadas al Estado, aun cuando sean conexas con éstas, el hecho de que la Ley declare todas las actividades mineras como de utilidad pública, ello no implica que todo lo que se realice en relación con las actividades conexas o auxiliares (no reservadas al Estado), se haya excluido del ámbito de la libertad económica y haya pasado a estar sometido exclusivamente a un régimen de derecho público.

En consecuencia, el hecho de que la Ley de Minas, que es una ley que sin duda establece un régimen legal de derecho público, en su artículo 3 disponga que “Se declara de utilidad pública la materia regida por esta Ley,” no significa que las actividades que regula y todos los bienes relativos a las mismas sean reservadas al Estado, y respecto de todos y todas se haya producido alguna “publicatio.”

Ésta, en realidad, en el derecho venezolano sólo se produce respecto de bienes o actividades que el Estado se haya reservado, es decir, que haya excluido de las actividades que pueden realizar los particulares en ejercicio de su libertad económica, y ello no ocurre por la sola declaración de “utilidad pública” de la materia que regula de la Ley, sino de otras expresas previsiones que en materia minera están en la propia Ley, como son la consideración de las minas o yacimientos de cualquier clase existentes en el territorio nacional como bienes del dominio público, que pertenecen a la República, y que son inalienables e imprescriptibles (art. 2); o la reserva al Estado de las actividades de exploración y explotación de las sustancias minerales ubicadas en las minas o yacimientos, las cuales solo pueden realizar los particulares mediante concesión otorgada por el Estado, que “otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional” (art. 24).

49 Véase la Sentencia No 825 de la Sala Constitucional de 06-05-2004 (Caso: Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras), en Ramos Fernández y Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2004”, 273-274. Ratificada por sentencia de la Sala Constitucional No. 266 de 16-03-2005 (Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal), en Ramos Fernández y Villegas Salazar, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2005”, 156.

IV. El ámbito de la publicatio en materia minera

Conforme a las nociones anteriores, en materia minera, en Venezuela puede decirse que se ha producido una publicatio o reserva al Estado solo sobre determinados bienes, que son los yacimientos o minas y sobre determinadas actividades que se desarrollan respecto de los mismos, que son las actividades primarias de exploración y explotación de yacimientos.

1. Las minas o yacimientos mineros como bienes del dominio público

En cuanto a los bienes, en efecto, en materia minera lo primero que el Estado se ha reservado han sido las minas o yacimientos, que son bienes del dominio público.

Los bienes, en efecto, se han clasificado tradicionalmente en el Código Civil, según las personas a quienes pertenecen, distinguiéndose los bienes de propiedad de los entes públicos y los bienes de propiedad de los particulares⁵⁰; y en cuanto a los bienes de los entes públicos, el mismo Código Civil los clasifica en bienes del dominio público o del dominio privado (art. 539), estando éstos últimos sometidos al mismo régimen de la propiedad privada⁵¹. En cuanto a los bienes del dominio público, estos son inalienables (art. 543) y, por supuesto, están sometidos a un régimen de derecho público.

Estos bienes del dominio público históricamente se enumeraron en el Código Civil, comprendiendo “los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes” (art. 539), habiéndose complementado dicha enumeración, más recientemente, con nuevas regulaciones en leyes especiales y en la Constitución de 1999, entre las cuales se incluyeron expresamente los yacimientos mineros. Así, en contraste con la Ley de Minas de 1945 que solo indicaba que “todo lo concerniente a las minas, [...] depósitos o yacimientos minerales situados en Venezuela se declara de utilidad pública,” (art. 1) en la Constitución de 1999 se dispuso que “los yacimientos mineros” son bienes del dominio público.

50 Según el artículo 538 del Código Civil, “Los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares.”

51 Véase Código Civil, artículo 544: “Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas”.

En línea con ello la Ley de Minas de 1999 se declaró que “las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles⁵²”.

De acuerdo al Código Civil, los bienes del dominio público pueden ser de uso público o de uso privado de los entes públicos del Estado art. 540). Los primeros abarcan aquellos bienes de uso común a los que el público en general puede acceder aun cuando existan regulaciones estatales para su ejercicio, por ejemplo, circular en las vías públicas o navegar en las aguas. Los bienes del dominio público de uso privado del Estado, por otra parte, son aquellos respecto de los cuales el Estado se ha reservado su uso y explotación, no teniendo las personas en principio derecho de uso de los mismos, como es el caso, por ejemplo, del uso y explotación de los yacimientos mineros. En estos casos, sin embargo, el Estado puede conceder a los particulares el ejercicio exclusivo de esas actividades que se ha reservado, mediante el otorgamiento de una concesión, creando en cabeza del concesionario a través de esta figura jurídica el derecho que se le concede y que antes no tenía.

El término “yacimiento” en este contexto, como dominio público conforme al Diccionario de la Real Academia Española, es el “sitio donde se halla naturalmente una roca, un mineral o un fósil”. En sentido similar, el mismo diccionario define a la “mina” como el “criadero de minerales de útil explotación⁵³”. Conforme a estos conceptos, por tanto, lo que se ha declarado como del dominio público en Venezuela no son los minerales, sino los yacimientos o minas, es decir, los depósitos naturales de minerales⁵⁴.

52 En su Preámbulo, la Ley de Minas de 1999 indica también que “la propiedad de los yacimientos [...] es siempre de la República”. Ley de Minas de 1999, Exposición de Motivos, p. 2.

53 Véase “yacimiento”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a ed. (Madrid: Real Academia Española, 2014).

54 Véase “mina”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Véase la misma definición desde el punto de vista jurídico y económico que da Víctor Hernández Mendible: “En sentido jurídico, se considera mina al criadero o depósito de sustancias minerales determinadas, susceptibles de apropiación,” y en sentido económico, la mina es el depósito, acumulación o agrupación de sustancias minerales útiles, susceptibles de ser extraídas y aprovechadas mediante una explotación organizada.” Véase Víctor Hernández Menible, “La participación privada en la actividad minera y las cláusulas ambientales”, en *Regulación minero petrolera colombiana y comparada* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 195-270.

2. Las actividades reservadas al Estado en relación con los yacimientos o minas: la exploración y explotación de los mismos

Pero aparte de la reserva estatal de determinados bienes en materia minera que han sido declarados como del dominio público, el Estado también se ha reservado determinadas actividades que se realizan sobre los mismos, como es su exploración y explotación, produciéndose también una publicatio respecto de las mismas.

En efecto, el régimen de las actividades económicas en Venezuela debe siempre distinguirse entre aquellas actividades que pueden ser realizadas libremente por los particulares conforme al principio constitucional de libertad económica (art. 112), de aquellas que el Estado se ha reservado expresamente para sí, conforme a la misma Constitución o mediante ley (art. 302), configurándose en este último caso, una intervención estatal que implica, respecto de dichas actividades, una excepción al principio de libertad económica⁵⁵. Por ello, la primera gran división que tiene que hacerse respecto de las actividades económicas en Venezuela, es a los efectos de determinar, sin que quepan términos medios, si los particulares pueden ejercerlas libremente o si las mismas han sido reservadas al Estado⁵⁶.

Respecto de aquellas actividades reservadas al Estado, si bien en principio no existe libertad económica en cabeza de los particulares para realizarlas, dicha reserva puede no ser excluyente, en el sentido de que de acuerdo con la regulación legal que se disponga, se puede permitir su realización por los particulares, siempre que el Estado les otorgue expresamente dicho derecho a realizarlas. Ello puede ocurrir mediante las concesiones, que tienen carácter constitutivo de derecho sobre una actividad reservada, creando precisamente en cabeza del concesionario el derecho que se otorga⁵⁷.

En cambio, respecto de las actividades que no han sido reservadas al Estado, existe libertad económica y los particulares tienen pleno derecho a ejercerlas, aun cuando dicho derecho puede estar sometido a las limitaciones

55 Véase Magdalena Salomón de Padrón, “Las Exclusiones de la Libertad Económica: Nacionalización y Reserva”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica* (Caracas: FUNEDA, 2004), 309 y ss.

56 Véase Hernández G., “Disciplina jurídico Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social”, 181 ss.

57 En estos casos de actividades reservadas “los particulares no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa: ese derecho ha de ser concedido por la Administración, cuando así haya sido admitido en el marco de la Ley concreta de reserva.” Véase Hernández G., “Disciplina jurídico Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social”, 197.

que siempre deben imponerse mediante ley como exige la Constitución (art. 112). En tal sentido, con frecuencia, el ejercicio de las actividades económicas por los particulares está sujeto a la obtención de actos administrativos de autorizaciones, licencias o permisos que emite el Estado, y que tienen carácter declarativo de derechos.

El dominio público sobre los yacimientos mineros, que a pesar de su declaración reciente ha sido una tradición en Venezuela desde la constitución de la República hace doscientos años, ha implicado siempre que el Estado haya sido considerado como el “propietario de las minas”, quedando reservada al Estado su exploración y explotación⁵⁸. Al respecto, la actividad de “exploración” comprende según la definición del Diccionario de la Real Academia Española la acción y efecto de explorar, es decir, de reconocer, registrar, inquirir o averiguar con diligencia una cosa o un lugar. Por su parte, la “explotación” se refiere a la acción y efecto de explotar, es decir, de extraer de las minas la riqueza que contienen.⁵⁹

La regulación de las actividades de explotación y explotación minera ha pasado de un régimen “regalista” en la Ley de Minas de 1945 a un régimen predominantemente “dominial” establecido en la Ley de Minas de 1999. Bajo el régimen regalista de la Ley de Minas de 1945, la exploración del territorio no estaba casi restringida. En dicho régimen, el interesado en conducir exploración debía únicamente dar aviso a la autoridad a cargo de las actividades mineras, la cual debía emitir un permiso de exploración, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente (arts. 116, 117, 129 y 130). La explotación de las minas, en cambio, sí estaba sujeta a la obtención de concesiones las cuales se otorgaban después de que se presentara la notificación (denuncio) del hallazgo de un depósito mineral y de seguirse un minucioso trámite procedimental administrativo (art. 13).

Este régimen regalista para la exploración y explotación de yacimientos mineros, cambió a partir del 15 de febrero de 1977, cuando en el marco de lo establecido en la Ley de Minas de 1945, el Ejecutivo Nacional en el antes mediante el Decreto Ejecutivo N° 2.039 reservó al Estado las actividades de exploración y explotación de minerales, sujetando la realización de las mismas al otorgamiento de concesiones⁶⁰. La consecuencia de ello fue que a

58 Tal como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley de Minas de 1999, “uno de los principios fundamentales que nutren las bases de esta Proyecto de Decreto-Ley, lo constituye la declaratoria expresa que las minas son propiedad de la República.”

59 Véase “explotación”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

60 Véase Decreto N° 2.039 de 15 de febrero de 1977, en Gaceta Oficial N° 31.175, de 15 de febrero de 1977. La Ley de Minas de 1945 proveía, exclusivamente las concesiones de

partir de ese año 1977 no se permitieron nuevas notificaciones o denuncias respecto de yacimientos, y el Estado se reservó de manera general las actividades mineras de exploración y explotación, de forma tal que los particulares solamente pudieron realizarlas mediante concesiones de exploración y explotación emitidas por el Ministerio de Minas⁶¹.

En 1999, la Ley de Minas de 1999 (art. 2) y en la Constitución de 1999 (art. 12) consolidaron el sistema predominantemente dominial y de actividad reservada, en línea con lo previamente dispuesto en el Decreto N° 2.039⁶². Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo indicó:

“Todos los yacimientos minerales de cualquier clase son bienes del dominio público, propiedad de la República [...] su explotación sólo puede hacerse previa la obtención de la respectiva concesión. Al ser del dominio público, y por tanto, inalienables, no son susceptibles de ser propiedad particular⁶³.”

Tratándose las minas de recursos naturales propiedad del Estado, por tanto, su explotación como bienes del dominio público está sujeta conforme al artículo 113 de la Constitución de 1999 al “régimen de concesiones” que sólo pueden ser otorgadas por tiempo determinado, asegurándose “la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (art. 113).

Este régimen constitucional ha sido desarrollado en la Ley de Minas de 1999, en el cual la realización de actividades mineras de exploración y

exploración y explotación (artículos 174 a 189).

- 61 Véase Decreto N° 2.039, artículo 1 y Normas para el Otorgamiento de Permisos de Prospección, Concesiones y Contratos Mineros, Resolución N° 528, de 17 de diciembre de 1986, en Gaceta Oficial N° 33.729, de 1 de junio de 1987 (artículo 1). Éstas fueron sustituidas en 1990, véanse Reglas sobre Otorgar Concesiones y Contratos de Minas, Resolución N° 115, de 20 de marzo de 1990, en Gaceta Oficial N° 34.448, de 16 de abril de 1990 (artículo 1).
- 62 Así lo destacó la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo al indicar que “si bien el sistema regalista rigió durante todo el siglo pasado, el mismo ha tendido a desaparecer y da paso al sistema dominial, conforme al cual el Estado, como dueño de las Minas, puede explotarla directamente o concederla facultativamente a terceros. En efecto, el sistema dominial es el que informa las disposiciones contenidas en el vigente Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas”. Véase Sentencia N° 598 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Régulo Belloso Baptista, Daniel Belloso Baptista, Enid Belloso De Molina, Mariela Inés Belloso, José Gregorio Belloso, Beatriz Delia Belloso Y Gladys Briceño De Belloso (Registro N° 2007-0795), 10 de mayo de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00598-11511-2011-2007-0795.HTML>.
- 63 Véase sentencia N° 1.520 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Asociación Cooperativa Mixta La Salvación (Registro N° 00-1496), 6 de diciembre de 2000, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1520-061200--00-1496.HTM>.

subsiguiente explotación de yacimientos o minas del dominio público del Estado, pueden ser realizadas por los particulares mediante la obtención de “concesiones mineras”. La Ley de Minas de 1999 prevé en sus artículos 25 y 7.b que las concesiones mineras reguladas en la misma son “únicamente” de exploración y subsiguiente explotación, no previéndose ningún otro tipo de concesión minera, principio que se reafirma en varios otros artículos de dicha Ley de Minas de 1999⁶⁴.

En materia minera, por tanto, es justamente la condición de las minas o yacimientos como bienes del dominio público y la reserva al Estado de las actividades de exploración y explotación lo que define el ámbito de las concesiones mineras⁶⁵. La concesión es entonces el título mediante el cual se crea, en cabeza del particular o concesionario, el derecho concedido a realizar la actividad reservada, que es la de explorar y explotar los yacimientos que previamente dicho concesionario no tenía. Éstas son, por otra parte, las actividades que – al ser reservadas al Estado y referirse y realizarse en relación

64 En particular, artículo 1 (“Esta Ley tiene por objeto regular lo referente a las minas y a los minerales existentes en el territorio nacional, cualquiera que sea su origen o presentación, incluida su exploración y explotación”); artículo 7 (“La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades: [...] b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación.”); artículo 24 (“La concesión minera confiere a su titular el derecho exclusivo a la exploración y explotación de las sustancias minerales otorgadas”); artículo 29 (“El derecho de exploración y de explotación que se deriva de la concesión es un derecho real inmueble.”); artículo 32 (“El título de las concesiones de exploración y subsiguiente explotación deberá contener los siguientes señalamientos”); artículo 39 (“El uso de sustancias explosivas y sus accesorios, en labores de exploración y explotación minera”); artículo 49 (“La concesión de exploración y subsiguiente explotación... [...] Los artículos 48 a 57, además, se refieren a las actividades de “exploración;” y los artículos 58 a 63 a las actividades de “explotación.”) (énfasis añadido).

65 Así lo acepta el Prof. Víctor Hernández Mendible, “la Ley declaró que “las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del *dominio público* y, por tanto, inalienables e imprescriptibles” y seguidamente también declara de utilidad pública la materia minera. La intención expresa de la Ley es eliminar algunas de las tradicionales figuras del Derecho Minero en Venezuela, tal como se afirma en el texto de la exposición de motivos de la misma, al señalar que “el proyecto adopta el sistema dominial que comprende las dos modalidades mencionadas anteriormente, es decir, la explotación directa o *explotación mediante concesiones* facultativas, en consecuencia, esto provoca la eliminación del sistema regalista y desaparecen por tanto las figuras del denuncia, la exploración libre, la explotación exclusiva y el libre aprovechamiento.” (“La concesión minera es el acto jurídico unilateral expedido por el Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan a su titular los derechos exclusivos a la exploración y explotación y se le imponen obligaciones, para el aprovechamiento de los recursos o sustancias minerales, que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido.”) Véase Hernández Menible, “La participación privada en la actividad minera y las cláusulas ambientales”, 195-270

con un bien de dominio público (el yacimiento o mina) – se califican como actividades primarias en relación con la minería⁶⁶.

V. El aprovechamiento de los minerales extraídos como derecho inherente a la explotación minera y la apropiabilidad de los mismos por los concesionarios

De lo anterior resulta por tanto, que conforme a las previsiones de la Ley de Minas de 1999, el Estado se ha reservado solamente las actividades de exploración y explotación de los yacimientos mineros como bienes del dominio público, sujetándose su realización por particulares a concesiones otorgadas por el Estado⁶⁷, no pudiendo derivarse de la previsión del artículo 7 de la Ley de Minas de 1999 la supuesta existencia de una actividad adicional que pudiera estar reservada al Estado que sería la actividad de aprovechamiento de minerales extraídos como actividad distinta y ulterior de la extracción del mineral, como podría ser el procesamiento del mismo.

El artículo 7 de la Ley de Minas, en efecto dispone que

La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades: [...]

b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación.

Las dos primeras actividades mencionadas en el encabezamiento de la norma son las que ejercen sobre los yacimientos (propiedad pública) y la tercera, es la consecuencia de la explotación, que se ejerce sobre los minerales extraídos (propiedad privada), no pudiendo por tanto derivarse de la norma

66 La más precisa calificación legislativa de las actividades de exploración y explotación como “actividades primarias” en materia de minería, está en el artículo 6 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas, de 2011, reformada en 2014, al definir como actividades primarias “la exploración y explotación de minas y yacimientos de oro,” y por actividades conexas y auxiliares, “el almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercialización interna y externa del oro, en cuanto coadyuven al ejercicio de las actividades primarias.” Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como las conexas y auxiliares a éstas, Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011, en Gaceta Oficial N° 39.759, de 16 de septiembre de 2011, artículo 6.

67 Sin perjuicio de las otras modalidades previstas en el artículo 7 de la Ley de Minas de 1999, artículo 7 (“La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades: a) Directamente por el Ejecutivo Nacional; b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación; c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería; d) Mancomunidades Mineras; y, e) Minería Artesanal”).

que existan tres actividades reservadas al Estado, sino solo de dos (exploración y explotación), siendo la tercera la actividad inherente a la explotación de los yacimientos que se realiza no sobre estos, sino sobre los minerales extraídos.

Se insiste, la Ley de Minas de 1999 sólo reconoce como actividades reservadas al Estado a la exploración y explotación de los yacimientos mineros como bienes del dominio público, no existiendo en la misma en general, alguna actividad reservada al Estado que se efectúe sobre los minerales extraídos, pues la referencia en el artículo 7 de la Ley de Minas de 1999 al “aprovechamiento” en forma alguna busca describir una actividad primaria separada y adicional a la exploración y explotación mineras, sino que refiere a la necesaria consecuencia de la explotación y en particular la necesaria finalidad económica que debe tener dicha explotación de los yacimientos por el concesionario privado, quien como concesionario tiene derecho de aprovecharse de los minerales extraídos.

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, por lo demás, “aprovechamiento” refiere a la “acción y efecto de aprovechar o aprovecharse”, es decir, la utilización o extracción de bienes⁶⁸, siendo dicho sentido precisamente el empleado en la Ley de Minas de 1999, refiriéndolo a la obligación que tiene todo concesionario de explotar el yacimiento minero de forma que genere un provecho económico tanto para el concesionario como, en consecuencia, para Estado.

En tal sentido el artículo 24 de la Ley de Minas de 1999 establece que la concesión minera “es el acto del Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de recursos minerales existentes en el territorio nacional” (art. 24). En línea con ello, el artículo 58 Ley de Minas de 1999 refiere al elemento económico que debe guiar la explotación de las minas:

Se entiende que una concesión está en explotación, cuando se estuviera extrayendo de las minas las sustancias que la integran o haciéndose lo necesario para ello, con ánimo inequívoco de aprovechamiento económico de las mismas y en proporción a la naturaleza de la sustancia y la magnitud del yacimiento.

La referencia al aprovechamiento económico en la regulación del régimen de la minería, por tanto, no es para incorporar nuevas actividades primarias sobre los yacimientos, sino lo que busca es establecer el requisito de que

68 Véase “aprovechamiento”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

la concesión sea explotada con una motivación económica, de forma tal que ello resulte eventualmente en un beneficio a la Nación⁶⁹. El mismo artículo 58, al definir la explotación, pone énfasis en la extracción y en el aprovechamiento de las sustancias minerales, de modo que únicamente cuando ello estuviese sucediendo, o se estuviesen ejecutando las actividades materiales tendientes a ello “con ánimo inequívoco de aprovechamiento”, es que puede hablarse de “explotación” en términos de la ley (art. 58). Todo ello implica que con ocasión de la explotación minera, la extracción o el desprendimiento de sustancias a realizarse debe tener como finalidad última la obtención de un beneficio económico, y no, por ejemplo, una finalidad de análisis o de investigación académica⁷⁰.

Por ello, cuando se habla de explotación de la mina, no se trata de que en el yacimiento se realice cualquier tipo de extracción para que pueda considerarse que la mina está efectivamente en explotación, sino que se exige que se trate de una extracción calificada, que es con miras al aprovechamiento económico de los minerales extraídos. Esa fue la orientación seguida por el Ministerio de Minas e Hidrocarburos al interpretar el concepto de explotación

69 En ello es que ha insistido el Tribunal Supremo de Justicia, haciendo referencia a las normas constitucionales y legales que regulan los contratos del Estado, señalando que: “el contrato de concesión minera se ubica conforme a la doctrina de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal entre los contratos de interés público nacional, vale decir, aquellos “*contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación*”. (Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 y 953 del 29 de abril de 2003).” Sentencia N° 832 de la Sala Político Administrativa, (Registro N° 2002-0464), 14 de julio de 2004]. En la misma sentencia la Sala Político Administrativa agregó: “que “[l]a importancia de la explotación de las minas en la vida económica nacional se evidencia de la lectura del propio Texto Constitucional, cuando expresamente dispone lo siguiente: “*Artículo 311.- [...] El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud. [...] Artículo 113. [...] Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.*” (destacado de la Sala).”

70 En tal sentido, pueden extraerse materiales y sustancias de la mina para conocer su calidad, cantidad, presentación, etc., sin que ello pueda considerarse explotación de la mina o yacimiento.

minera, según lo explicó Elsa Amorer al comentar un memorándum de ese Ministerio:

Se infieren dos situaciones para que una concesión se considere en *explotación*: primera, cuando de la concesión se estuvieren extrayendo las sustancias a que se refiere la Ley, y segundo, cuando se esté *haciendo lo necesario para lograr esa extracción* mediante las obras que según el caso fueren apropiadas para ello.

En lo que respecta al requisito de que la concesión se estuvieren extrayendo las sustancias a (*sic*) la que la Ley se refiere, [el Ministerio] fue del criterio de que la ley no pide cualquier tipo de extracción para que se configure la explotación; ella aspira a que se realice una *extracción en condiciones de ser económicamente aprovechable*, desprovista de las labores de análisis tendientes a conocer si un yacimiento es económicamente explotable, de las labores para ubicar el yacimiento y conocer las cantidades de mineral que encierra, o de cualquier otra actividad exploratoria, que no conlleve el ánimo de comerciar la sustancia.

Probados todos estos elementos, debe ser una extracción de mineral en cantidades suficientes para lograr un beneficio económico⁷¹.

En similares términos se ha pronunciado más recientemente el Ministerio de Energía y Minas:

Para que la extracción del mineral configure la explotación requerida por la Ley, tiene que ser una extracción con ánimo inequívoco de aprovechamiento económico, actual o futuro, desprovista ya en lo fundamental de la labor de investigación de la sustancia o el yacimiento y proporcionada a la naturaleza y magnitud de éste⁷².

De todo ello se deriva que el “derecho” de exploración y explotación dentro del ámbito espacial y temporal fijado por la concesión, es a su vez una obligación en el mismo sentido⁷³, bajo pena de caducidad de la concesión si

71 Véase Elsa Amorer, *El Régimen de la Explotación Minera en la Legislación Venezolana* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991), 84 y 85.

72 Véase dictamen de la Consultoría del Ministerio de Energía y Minas citado por Amorer, *El Régimen de la Explotación Minera en la Legislación Venezolana*, 83.

73 Los artículos 58 y 61 de la Ley de Minas de 1999 describen el contenido de la obligación de explotación del yacimiento minero, que se extiende a: extraer de la mina materiales o sustancias que la integran o hacer lo necesario para llegar a esa extracción; con ánimo inequívoco de sacar provecho económico de esas sustancias; en una cantidad proporcionada con la naturaleza de la sustancia y la magnitud del yacimiento; en un plazo no mayor a siete años contados a partir de la publicación del Certificado de Explotación; y de manera continua e ininterrumpida, salvo que medie autorización que lo permita,

se verifica que dicha exploración o explotación no están teniendo lugar (arts. 98.1, 98.3 y 98.4).

En este mismo sentido, la decisión antes citada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 1962, destacó cómo el viejo Reglamento de la Ley de Minas (art. 120)⁷⁴ incluso incorporó criterios de eficiencia que se referían al aprovechamiento racional de la mina otorgada en concesión. La Sala dijo:

[A]coge la Corte el criterio sostenido por el Procurador cuando afirma, que el concepto de explotación que se contiene en el artículo 24 de la Ley de Minas, se encuentra desarrollado en el artículo 120 del Reglamento de dicha Ley, que establece: «Las concesiones deben trabajarse en conformidad con los principios económicos, de suerte que la explotación minera se efectúe eficientemente, con el mayor rendimiento y hasta la total extracción del mineral, si fuere posible⁷⁵.

En términos similares, en la misma sentencia la Sala Político Administrativa se expresó destacando que:

El objetivo económico perseguido por el legislador al regular la *explotación minera*, no pudo ser otro que el de procurar a la Nación el mayor beneficio *a través del mayor volumen de explotación, sin dar base para que las minas concedidas permanezcan inactivas o con una extracción de mineral tan insignificante, en proporción a su reserva, que mantenga improductiva una riqueza necesaria para la evolución económica del Estado*⁷⁶.

El aprovechamiento en materia minera, por tanto, es la acción de aprovechar o aprovecharse en el sentido de sacar utilidad de algo o de sacar provecho o rendimiento económico de algo, no pudiendo considerarse el mismo como una supuesta actividad primaria y separada de la exploración y la explotación.

por un plazo que no puede ser superior a un año. Véase Ley de Minas de 1999, artículos 58 y 61.

74 Decreto N° 305 de 28 de diciembre de 1944, en Gaceta Oficial N° 121, de 18 de enero de 1945, artículo 120.

75 Véase Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 7 de noviembre de 1962, citada por Amorer, *El Régimen de la Explotación Minera en la Legislación Venezolana*, 89.

76 Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 7 de noviembre de 1962, citada por Amorer, *El Régimen de la Explotación Minera en la Legislación Venezolana*, 89.

Es por ello que la generalidad de las concesiones de explotación otorgadas conforme a la ley de Minas, el Estado le atribuyó a los concesionarios el derecho exclusivo de extraer y aprovechar el mineral concedido, en el área determinada, por un preciso de tiempo, en forma totalmente consistente con la regulación de la Ley de Minas de 1999, en la cual la actividad concedida se circunscribe a la explotación del yacimiento para extraer el mineral con finalidad de aprovechamiento económico⁷⁷.

De ello deriva, entonces que el aprovechamiento siempre se realiza sobre los minerales extraídos, puede consistir en diversas actividades mediante las cuales el concesionario se pueda “aprovechar” de las sustancias o minerales extraídos del yacimiento, conforme a las características particulares de cada concesión y a la planificación técnica y económica de cada concesionario. Y es precisamente, a tal fin, que en los artículos 1 y 86 de la Ley de Minas de 1999 se regulan una serie de actividades auxiliares o conexas que incluyen varias formas de aprovechamiento de material extraído, incluyendo el procesamiento.

La conclusión de todo lo anterior es, en consecuencia, que en el ordenamiento jurídico minero venezolano no existe base legal alguna para poder considerar que además de la exploración y explotación mineras de los yacimientos, como actividades mineras primarias que son las reservadas al Estado y que son también el objeto de las concesiones, habría adicionalmente una supuesta tercera actividad primaria que sería el “aprovechamiento” minero de minerales extraídos. Por lo contrario, el régimen minero identifica el aprovechamiento como una consecuencia de la explotación minera, pudiendo manifestarse en la más variada forma en relación con los minerales o sustancias extraídos, incluyendo actividades de beneficio, refinación o procesamiento que siempre son actividades conexas con la minería, y que no son parte del objeto de la concesión.

77 Por ello, la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de diciembre de 1967, al destacar el aspecto económico y social de la industria minera, indicó que: “cuando la Ley autoriza al Estado para que otorgue a los particulares concesiones mineras, no puede pensarse que lo hace con el fin único y exclusivo de constituir un derecho en beneficio sólo del concesionario, cualquiera sea la naturaleza jurídica de ese derecho. Es decir, no puede suponerse que el Estado entregue esa riqueza al concesionario para que sea retenida por éste, indefinidamente ociosa y estéril en su patrimonio.” Véase la cita de la sentencia en Amorser, *El Régimen de la Explotación Minera en la Legislación Venezolana*, 96.

Todo ello se ratifica, por lo demás, cuando se constata la base imponible del impuesto de “explotación” que regula la ley de Minas, y que conforme al artículo 90.2.c de la misma se calcula “sobre el valor comercial en la mina” luego de extraído el mineral, incluyendo “los costos en que se incurra hasta el momento en que el mineral extraído, triturado o no” sea transportado a los efectos de ser beneficiado, es decir, antes de que “sea depositado en el vehículo que ha de transportarlo fuera de los límites del área otorgada o a una planta de beneficio o refinación, cualquiera sea el sitio donde ésta se localice, teniendo en cuenta su riqueza y el precio del mineral entre otros factores relevantes” (art. 90.2.c).

Se trata, por tanto, y ello deriva del nombre mismo, de un impuesto que grava la explotación, y por eso se calcula por el valor de la mina, es decir, del yacimiento una vez extraído el mineral concedido, teniendo en consideración los costos – incluyendo la trituración en su caso - en que se haya incurrido hasta que el mineral extraído sea transportado fuera de los límites de la concesión a una planta de beneficio.

Dicha norma, aun haciendo referencia a la “trituración” del material, no permite extender el concepto de explotación a actividades de procesamiento, al dejar claro que el factor clave para determinar los costos de las actividades que están incluidos a los efectos de establecer el valor comercial del mineral en la mina, es que las mismas tengan lugar antes de que el mineral extraído “sea depositado en el vehículo” para su transporte “fuera de los límites del área otorgada o a una planta de procesamiento”. Por tanto, la potencial inclusión de los costos de “trituración” no significa que incluya los de “procesamiento”, “refinación” o “beneficio,” por lo cual el impuesto es efectivamente solo de explotación y se paga sólo por la misma, aunque el Reglamento de la Ley de Minas de 1999 haya establecido que, en ciertos casos, se incorpore a la estructura de costos la trituración para calcular el valor comercial en la mina⁷⁸.

Además, en cuanto a lo previsto en el artículo 91 de la Ley de Minas de 1999 sobre los criterios a tomar en cuenta por la Administración minera para calcular el “valor comercial de la mina” a los fines del pago del impuesto de explotación en aquellos casos de concesionarios que “comercialicen directamente con productos semielaborados, refinados o beneficiados del mineral explotado,” ello no implica que el impuesto de explotación comprenda actividades distintas a la extracción del mineral, y que pueda estar destinado

78 Reglamento General de la Ley de Minas N° 1.234, Gaceta Oficial N° 37.155 de 9 de marzo de 2001.

a gravar a los productos refinados o beneficiados (que no están dentro de la explotación). Dicha norma solo prevé una metodología o forma de calcular el “valor comercial de la mina” para gravar la explotación del yacimiento, precisamente porque su explotación es la actividad que se concede, y la que está sujeta al impuesto.

VI. *La distinción entre las actividades mineras primarias y las actividades auxiliares o conexas a la minería en la legislación de minas*

En efecto, la Ley de Minas de 1999 es absolutamente precisa al distinguir entre las actividades primarias de explotación y exploración de los yacimientos, que son reservadas al Estado, y las actividades auxiliares y conexas a la minería, que en general se realizan, no en relación con los yacimientos, sino en relación con los minerales extraídos en su explotación. Estas últimas se encuentran reguladas expresamente en el Título V de la Ley de Minas de 1999, titulado “De las Actividades Conexas o Auxiliares de la Minería”, cuyo artículo 86 prevé:

El almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales regidos por esta Ley, estarán sujetos a la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación y demás disposiciones que el mismo tuviera por conveniente dictar, en defensa de los intereses de la República y de la actividad minera. Cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales.

El texto del artículo 86 de la Ley de Minas de 1999 reproduce la enumeración de actividades también dispuesta en artículo 1 de la misma ley⁷⁹. Como se puede apreciar, las actividades descritas en estos artículos (almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio/comercialización de minerales), en ningún caso tienen por objeto intervenir directamente en la mina o yacimiento minero como bien del dominio público, sino que tienen lugar en relación con los “minerales” (según el artículo 86) o las “sustancias extraídas” (de acuerdo al artículo 1). Por ello, las actividades conexas y auxiliares de la minería se refieren a procesos que involucran los materiales o sustancias extraídos que resultan de la explotación del yacimiento minero y que al haber sido separado de aquél, entran en el dominio privado

79 Véase Ley de Minas de 1999, artículo 1 (“Esta Ley tiene por objeto regular lo referente a las minas y a los minerales existentes en el territorio nacional, cualquiera que sea su origen o presentación, incluida su exploración y explotación, así como el beneficio, o almacenamiento, tenencia, circulación, transporte y comercialización, interna o externa, de las sustancias extraídas, salvo lo dispuesto en otras leyes”).

del concesionario. Al no estar reservadas al Estado e involucrar bienes que no son de dominio público, la realización de estas actividades por particulares no requiere de concesión.

El artículo 86 de la Ley de 1999 es particularmente ilustrativo ya que, además de enumerar las distintas actividades conexas o auxiliares a la minería, precisa que las mismas se encuentran sujetas únicamente al régimen de “vigilancia e inspección del Estado”. Ello contrasta claramente con el régimen de las actividades primarias de exploración y explotación que, como se dijo, son actividades reservadas y se encuentran sujetas al régimen de concesión. Es interesante notar igualmente que el artículo 86 de la Ley de Minas de 1999 reconoce que las actividades conexas no son actividades reservadas al Estado, al disponer expresamente la posibilidad de que el Estado pueda decidir reservarse alguna de ellas, cambiando en tal caso su régimen legal de actividad que cae dentro de la libertad económica por uno que sería entonces de reserva al Estado y, por tanto, objeto de concesiones, como ocurrido por ejemplo, en relación con las actividades conexas o auxiliares de la industria siderúrgica y del oro.

En tal sentido, en mayo de 2008 se dictó la Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana, mediante la cual se reservó al Estado “la industria de la transformación del mineral del hierro en la región de Guayana, por ser ésta una zona en la que se concentra el mayor reservorio de hierro, cuya explotación se encuentra reservada al Estado desde 1975⁸⁰.” Igualmente, en agosto de 2011 se dictó la Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como las conexas y auxiliares a éstas, mediante la cual se reservó al Estado “las actividades primarias y las conexas y auxiliares al aprovechamiento del oro”, definiéndose expresamente como “actividades primarias, la exploración y explotación de minas y yacimientos de oro, y por actividades conexas y auxiliares, el almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercialización interna y externa del oro, en cuanto coadyuven al ejercicio de las actividades primarias”⁸¹. Ello demuestra que cuando el Estado ha querido reservarse para sí ciertas actividades auxiliares a la minería en relación con determinados minerales, así lo ha hecho.

80 Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana, Decreto Ley N° 6.058, de 30 de abril de 2008, en Gaceta Oficial N° 38.928, de 12 de mayo de 2008.

81 Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como conexas y auxiliares a esta, Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011, en Gaceta Oficial N° 39.759, de 16 de septiembre de 2011.

Como se ha dicho, entre las actividades auxiliares y conexas a la minería que enumeran los artículos 1 y 86 de la Ley de Minas de 1999 está la actividad de “beneficio” que - como término técnico de la minería y de acuerdo con el significado propio de la palabra - es equivalente al procesamiento, manufactura, transformación o refinación de los minerales extraídos. Por ello, incluso el término “beneficio” en la Ley de Minas de 1999 es utilizado como sinónimo de refinación en el lenguaje jurídico y técnico minero que emplea esta ley, lo que se confirma, por ejemplo, en el Diccionario de la Real Academia Española que explica que “beneficiar” consiste en la acción de “someter las sustancias útiles de una mina al tratamiento metalúrgico⁸².” De igual manera, el Webster New World, International Spanish Dictionary, lo traduce al inglés como “smelting, processing of ores⁸³,” todo lo cual se confirma en la jerga técnica de la minería al entenderse por “beneficiar” al mineral, el remover de los minerales extraídos las impurezas, tales como otros minerales o elementos no minerales. Es decir, desde el punto de vista etimológico y técnico minero:

El *beneficio* constituye el enlace tecnológico entre la extracción o arranque de materias primas minerales y su transformación en materiales de uso industrial. Las técnicas utilizadas sirven para concentrar el fino (material valioso) después de separarlo del material estéril que lo rodea. La gran variedad de materias primas y las grandes diferencias entre los yacimientos exigen una amplia gama de *técnicas de beneficio*, que van desde procesos simples de clasificación y lavado de arena y grava hasta sofisticadas técnicas de enriquecimiento de metales finamente interestratificados, pasando por los métodos relativamente complejos empleados en el procesamiento de la hulla⁸⁴.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Inglés-Español de Mc Graw Hill, traduce al inglés la palabra “beneficio” en el ámbito de la “minería” como:

Benefaction, mining. Works for the preparation, treatment, first hand smelting and refining of mineral products, at any of their stages, with the purpose of recovering or obtaining minerals or substances, as well as to increase the concentration and purity of their contents⁸⁵.

Es precisamente este significado etimológico y técnico-minero de la palabra beneficio el que se recoge en los artículos 1 y 86 de la Ley de Minas

82 Véase “beneficiar”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

83 Véase “beneficiar” en Roger J. Steiner, ed., *Webster’s New World International Spanish Dictionary*, 2a ed. (New York: Wiley Publishing, Inc., 2004), 980.

84 Véase “Impactos Ambientales y Actividades Productivas. Minería” Beneficio y Transporte,” Descripción del ámbito de actividad, en *Estrucplan on line*, 1 de agosto de 2003.

85 Henry Saint Dahl, *McGraw-Hill’s Spanish and English Legal Dictionary: Diccionario Jurídico Inglés-Español* (New York: McGraw-Hill, 2004), p. 22.

de 1999 (además de los artículos 66, 90.2.c y 113) como equivalente a procesamiento, tratamiento, transformación, refinación o manufactura de minerales. Debe destacarse además, que el propio artículo 90.2.c de la Ley de Minas de 1999 se refiere a beneficio como equivalente a “refinación”⁸⁶.

En definitiva, queda claro que la Ley de Minas de 1999 distingue con precisión entre las actividades primarias o reservadas y las actividades conexas o auxiliares. Dentro de estas últimas, se incluye bajo el concepto de “beneficio” a la actividad de procesamiento, transformación o refinación de los minerales extraídos de una explotación.

VII. *El régimen de la reversión de bienes en las concesiones mineras*

1. La reversión como figura exclusiva derivada de la concesión y la determinación de los bienes reversibles

La importancia de la relación que existe en el régimen minero entre la reserva al Estado de determinadas actividades y el otorgamiento de las mismas mediante concesión para su realización por los particulares, es que la misma condiciona la figura de la reversión de bienes en las concesiones, cuya determinación en consecuencia, al igual que la reserva y la concesión es ante todo una cuestión reglada, regulada en la Ley de Minas, y sobre lo cual la Administración no tiene ningún poder discrecional para decidir al término de una concesión, cuáles son bienes reversibles y cuáles no.

La determinación de los bienes reversibles en una concesión, por otra parte, siendo una cuestión estrictamente de orden legal, no puede estar condicionada por elementos fácticos ni técnico-minero, sino sólo por la explotación minera objeto de la concesión, no abarcando los bienes que puedan haberse destinado por los concesionarios a realizar actividades auxiliares o conexas, como puede ser por ejemplo, la actividad de beneficio o refinación del mineral extraído mediante una planta de procesamiento metalúrgica. En consecuencia, los bienes reversibles en las concesiones no son todos los que puedan estar vinculados con las actividades mineras (principales, accesorias o conexas) desarrolladas por el concesionario, ni aquellos respecto de cuya

86 Véase Ley de Minas de 1999, artículo 90 (“Los titulares de derechos mineros pagarán los siguientes impuestos: [...] 2) El impuesto de explotación [...] c) El tres por ciento (3%) calculado sobre su valor comercial en la mina, para otros minerales, el cual incluye los costos en que se incurra hasta el momento en que el mineral extraído, triturado o no, sea depositado en el vehículo que ha de transportarlo fuera de los límites del área otorgada o a una planta de beneficio o refinación, cualquiera sea el sitio donde ésta se localice, teniendo en cuenta su riqueza y el precio del mineral en el mercado comprador entre otros factores relevantes”) (énfasis añadido).

importación el concesionario haya podido obtener exoneración de impuestos de exportación. Al contrario, la figura de la reversión de bienes en Venezuela responde a un análisis eminentemente legal, que es lo que permite distinguir claramente las distintas categorías de bienes de una concesión.

Tal como lo hemos expresado en otro lugar⁸⁷, la reversión de bienes en el derecho venezolano es una de las formas de extinción de la propiedad privada, esencialmente vinculada a las concesiones administrativas⁸⁸. A través de las mismas, como se ha dicho, el Estado otorga a los particulares el derecho para la realización de actividades que se han reservado al mismo, como son la exploración y explotación mineras, y que conllevan la explotación de bienes del dominio público, como son los yacimientos mineros.

Por tanto, la figura de la reversión de bienes como forma de extinción de la propiedad privada, tiene aplicación en un contexto en el que exista una reserva de actividades al Estado o bienes declarados como del dominio público, y concesiones de explotación de dichas actividades reservadas o de los bienes del dominio público cuya explotación o uso es otorgada a un concesionario.

Al constituir la reversión una forma de extinción de la propiedad privada del concesionario, en la misma incide la garantía constitucional de la propiedad, y en consecuencia, su necesaria regulación mediante ley (principio de reserva legal), con la posibilidad expresa de su inclusión en las cláusulas del contrato de concesión. De ello se deriva, además, que la reversión tiene que ser objeto de una interpretación restrictiva en su aplicación práctica, abarcando únicamente los bienes sin los cuales los derechos otorgados en concesión no pueden ser ejercidos por el Estado que los retoma.

87 Allan Brewer-Carías, “El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en Venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras”, *Revista de Derecho Tributario* 147 (2015), 19-58.

88 La reversión en las concesiones administrativas consiste en que “una vez terminada la concesión, el concesionario debe traspasar los bienes afectados a la concesión al Estado, sin indemnización; y el fundamento de esta institución se considera que está en la naturaleza misma de la concesión: mediante ella, el Estado traspasa al particular concesionario, un privilegio para realizar una actividad de que aquél generalmente se ha reservado para sí, y la compensación por haber ejercido ese privilegio en base a un acto del Estado es que al concluir la concesión, reviertan a él todos los bienes afectos a la concesión.” Véase Allan Brewer-Carías, “Adquisición de la propiedad privada por el Estado en el derecho venezolano”, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo VI: Propiedad y expropiación (Caracas: Instituto de Derecho Público UCV, 1979), 26.

De lo anterior resulta⁸⁹, que la reserva al Estado de una actividad es el elemento primordial en la comprensión del alcance del principio de la reversión, siendo la causa misma de su existencia. Por ello, al extinguirse la concesión, el derecho otorgado al particular para ejercerla también se extingue, y nuevamente es el Estado quien, en virtud de la reserva, ostenta el derecho de ejecutar la actividad, el que puede realizarla. En tal sentido, la reversión supone el traslado de todos aquellos bienes que son imprescindibles para que, en caso de que sea factible, se pueda continuar llevando a cabo la actividad reservada, ya sea directamente por el Estado o mediante el otorgamiento de una nueva concesión a un particular.

En toda concesión, por tanto, al extinguirse la misma se plantea la necesidad de distinguir cuáles son los bienes reversibles y cuáles son los bienes no reversibles que quedan en la propiedad del concesionario saliente, y por ello los esfuerzos de la doctrina administrativa para poder establecer la distinción. En tal sentido es clásica la distinción establecida por André de Laubadère en materia de concesiones administrativas, en relación con el tema de la reversión, entre los siguientes bienes: “1) biens demeurant la propriété du concessionnaire, 2) biens de retour, y 3) biens de reprise⁹⁰.”

Conforme a esta clasificación, en general seguida por toda la doctrina francesa, los primeros (bienes propios) son los bienes no reversibles, que son los adquiridos por el concesionario, que “no son parte integral de la explotación”, es decir, que no están afectados al objeto de la concesión. Los segundos (biens de retour) son los bienes reversibles, que son todos aquellos que son “parte integral de la concesión”, afectados por el concesionario a la realización del objeto de la misma, y que son los bienes necesarios o imprescindibles para la continuación de la actividad concedida. La tercera categoría (biens de reprise), son aquellos bienes de propiedad del concesionario, que no son reversibles, pero que, por su utilidad relacionada con la actividad concedida, la Administración puede decidir adquirir, mediando una indemnización.

De acuerdo con lo anterior, el signo común de todas las clasificaciones es que los bienes reversibles en las concesiones administrativas son los bienes que, al concluir el plazo de la concesión, están afectos al objeto de la misma, es decir, a las actividades que constituyen el objeto del derecho reservado y concedido por la Administración al concesionario. En el caso de las

89 Allan Brewer-Carías, “El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en Venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras”. 19-58.

90 Véase André de Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, tomo III (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956), 211-222.

concesiones mineras que conceden el derecho de exploración y explotación de yacimientos, los bienes que revierten al Estado a título gratuito sólo son aquellos que se encuentran afectados a dichas tareas de exploración y explotación de los yacimientos. En ningún caso, por tanto, la reversión gratuita puede abarcar bienes que no estén afectos al objeto de la concesión otorgada o estén destinados a actividades distintas a las que son objeto de la concesión.

Este es el sentido, además, de lo establecido, por ejemplo, en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999 que regula las concesiones de obras públicas o de servicios públicos, al disponer en el artículo 48, el principio de que la reversión opera respecto de los bienes “afectos a la obra o al servicio”; y en el artículo 60, al distinguir entre los bienes reversibles y no reversibles, en dichas concesiones de obra pública o de servicios públicos, siendo los bienes reversibles los “que por cualquier título adquiera el concesionario para ser destinados a la concesión” o que se “incorporen o sean afectados a las obras”; mientras que los bienes no reversibles son “las obras, instalaciones o bienes que por no estar afectados a la concesión permanecerán en el patrimonio del concesionario⁹¹.”

En definitiva, lo que revierte al Estado son los bienes afectados específicamente a la actividad que se otorgó inicialmente mediante el contrato de concesión, es decir la actividad reservada al Estado. Por ello, en Venezuela en forma alguna podría sostenerse que el artículo 60 de la Ley Orgánica sobre Inversión Privada habría establecido una presunción de que todos los bienes que se puedan encontrar en el área de la concesión o que pudieran estar vinculados con la ejecución de las actividades mineras que realice el concesionario estarían sujetos a reversión.

Al contrario, conforme a los principios recogidos en la Ley Orgánica sobre Inversión Privada, que si bien rigen básicamente para las concesiones de explotación de obra pública o de servicio público, conforme al artículo 4 de la misma ley, se aplican supletoriamente a “los contratos de concesión cuyo otorgamiento, administración o gestión se encuentre regulados por leyes especiales”; como es el caso, precisamente, de las concesiones mineras, las cuales se rigen preferentemente por lo dispuesto en la Ley de Minas de 1999, la reversión está condicionada por la afectación de los mismos al objeto de la concesión.

91 Véase Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, en Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario, de 25 de octubre de 1999, artículos 48 y 60.

Como antes hemos indicado, en la Ley de Minas, desde su sanción en 1945 se reguló un sólo tipo de concesión minera de exploración y explotación de minas o yacimientos mineros como bienes del dominio público. Siguiendo la misma orientación de Ley de Minas de 1945, en la Ley de Minas de 1999 se reguló igualmente un sólo tipo de concesión de exploración y subsiguiente explotación de yacimientos. La consecuencia de ello es que las otras actividades conexas o auxiliares con la minería, como el “almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales” (art. 86) no se reservaron al Estado, ni son objeto de concesiones mineras. Por tanto, en el ámbito de las concesiones mineras, la reversión opera solamente respecto de los bienes afectados específicamente al desarrollo de las actividades reservadas de exploración y explotación de los yacimientos o minas.

Así surge del artículo 102 de esta la Ley de Minas de 1999 que dispone que las tierras y obras permanentes, y los bienes “adquiridos con destino a las actividades mineras” que realice el concesionario, se entiende, en ejercicio de los “derechos mineros” que le confiere la concesión de exploración o explotación, es decir, los bienes utilizados con destino al objeto de la concesión y que formen parte integral de ella, “pasarán en plena propiedad a la República, libres de gravámenes y cargas, sin indemnización alguna, a la extinción de dichos derechos” (art. 102). En el ámbito minero, éstos son los bienes reversibles, que forman parte de la concesión de explotación, por lo que todos los otros bienes adquiridos por el concesionario y no destinados a las actividades mineras otorgadas en la concesión, incluyendo las actividades auxiliares o conexas que no son parte del objeto de la concesión, no pueden considerarse como bienes reversibles. Dichos bienes, sin embargo, pueden ser adquiridos por el Estado pero siempre mediando el pago de una compensación.

Por ejemplo, respecto de las concesiones otorgadas conforme a la derogada Ley de Hidrocarburos de 1943,⁹² conforme lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia, al extinguirse las concesiones de hidrocarburos, la reversión de bienes en dichas concesiones partía del supuesto de que la finalidad de la misma era “mantener sin interrupción la explotación” y operaba respecto de “los bienes integrantes de la concesión” o de “los bienes empleados en la explotación⁹³.” En dicha ley, el Estado no sólo se había reservado las

92 De allí los diferentes tipos de concesión, según su objeto, que reguló la Ley de Hidrocarburos de 1943: además de las concesiones cuyo objeto fue la exploración y explotación de los hidrocarburos, se regularon otras con otros objetos distintos, como fueron, las concesiones de manufactura y refinación, y las concesiones de transporte. Véase Ley Orgánica de Hidrocarburos de 1943, Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 31 Extraordinario, de 13 de marzo de 1943, artículos 12 a 27, 28 a 31, 32 a 37.

93 Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Gaceta Oficial N° 1.718

actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos, sino también las actividades de transporte, manufactura y refinación de los hidrocarburos. Conforme a ello, los particulares no podían realizar ninguna de estas actividades sino mediante concesión.⁹⁴ En esos casos, claro está, los bienes integrantes o afectos a cada uno de esos tipos de concesión debían revertir al Estado al extinguirse las mismas.

Por último, debe observarse que en la Ley Orgánica sobre Inversión Privada que rige supletoriamente para todas las concesiones, se prevé que la reversión gratuita de los bienes efectivamente afectos a la concesión sólo tiene lugar cuando dichos bienes han sido totalmente amortizados. Así se establece en sus artículos 4 y 48, los cuales prevén que “[e]l contrato establecerá [...] los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán al ente concedente, a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el mencionado plazo.”

De esta norma resulta, al igual que de otras de la ley, que el régimen de las concesiones no sólo se estableció en beneficio del ente concedente, sino también del concesionario⁹⁵, de manera que si bien se prevé la reversión de los bienes afectos a la obra o servicios concedidos, se dispone que la misma no procede respecto de aquellos bienes que, aun cuando fueran considerados reversibles, no hayan sido amortizados, es decir, cuyo valor no se haya podido depreciar completamente durante el tiempo de la concesión⁹⁶. Por ello existe en el ámbito del derecho de concesiones una estrecha vinculación entre los conceptos de reversión y de amortización. Tal como lo ha establecido la jurisprudencia venezolana, “la cláusula de reversión se basa de un lado en el hecho de que durante la ejecución del contrato la parte contratista pueda amortizar

-
- 94 Extraordinario, de 20 de enero de 1975, 24.
De allí los diferentes tipos de concesión, según su objeto, que reguló la Ley de Hidrocarburos de 1943: además de las concesiones cuyo objeto fue la exploración y explotación de los hidrocarburos, se regularon otras con otros objetos distintos, como fueron, las concesiones de manufactura y refinación, y las concesiones de transporte. Véase Ley Orgánica de Hidrocarburos de 1943, artículos 12 a 27, 28 a 31, 32 a 37.
- 95 Véase por ejemplo, como lo ha observado Manuel Rachadell, con la Ley “se persigue no es ya el beneficio del ente concedente sino el del concesionario,” y por ello se pauta en el último aparte de la Disposición Transitoria Decimioctava que “La ley establecerá en las concesiones de servicios públicos, la utilidad para el concesionario o concesionaria y el financiamiento de las inversiones estrictamente vinculadas a la prestación del servicio, incluyendo las mejoras y ampliaciones que la autoridad competente considere razonables y apruebe en cada caso.” Véase Alfredo Romero, “Aspectos financieros de las concesiones”, en *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2000), 71.
- 96 Sobre el concepto de amortización véase, por ejemplo, Carlos Rodríguez, *Diccionario de Economía*, 2009.

su inversión, y del otro lado, en el propósito de asegurar al ente contratante la posibilidad de continuar la explotación con los bienes revertidos⁹⁷.”

Por tanto, a pesar de que en el artículo 2 de la Ley se indica que la duración de la concesión deberá fijarse “durante un tiempo determinado, suficiente para recuperar la inversión”, la ley no asume en forma automática que dicha amortización habrá necesariamente tenido lugar al finalizar la concesión de que se trate, y por eso precisa que si por cualquier causa los bienes afectos al objeto de la concesión no hubieren podido ser totalmente amortizados durante el mencionado plazo, entonces los mismos no revierten al Estado. Con ello, el Estado asegura que el concesionario, para asegurar la regular ejecución de una obra o prestación de un servicio hasta el final de la concesión, continúe haciendo las inversiones necesarias hasta ese momento y que el transcurso del tiempo o la proximidad a la terminación de una concesión no sean motivo de desinversión. Ello además, en el espíritu de la previsión de la Ley Orgánica Sobre Inversión Privada, podría entenderse que busca disipar toda posibilidad de enriquecimiento sin causa para el Estado, en caso de que la amortización de la inversión no se haya podido lograr en el término fijado. Tal como explica María Amparo Grau, en los casos en que el concesionario demuestre que el bien a revertir no se encuentre totalmente amortizado, “la consecuencia sería la de que sobre la base de su consideración de utilidad o interés público pudiesen ser igualmente revertidos, previo el pago de la correspondiente indemnización⁹⁸.”

De lo anterior resulta que en el caso de las concesiones mineras, si bien se rigen primeramente por lo dispuesto en la Ley de Minas de 1999, las disposiciones de la Ley Orgánica sobre Inversión Privada son “de aplicación supletoria,” como lo indica su artículo 4, lo que implica que los principios establecidos en dicha Ley de 1999, que no están regulados en la Ley de Minas, como el previsto en el artículo 48 sobre amortización, se aplican a las concesiones mineras. Ello es el caso de la no reversibilidad de los bienes que aun estando afectos al objeto de la concesión, no hayan podido ser amortizados en el plazo de la misma, en cuyo caso para ser transferidos al Estado en concesionario tendría derecho a ser compensado por la parte no amortizada⁹⁹.

97 Sentencia la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda vs. Parcelamiento Chacao, (Registro N° AW42-X-2008-000022), abril de 2009, 6.

98 María Amparo Grau, “Extinción de las Concesiones” (Régimen Jurídico de la Contratación Administrativa, Caracas, el 23 de junio de 2000).

99 Véase por ejemplo sobre la aplicación supletoria de la Ley a concesiones municipales regidas por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, incluso haciendo referencia al tema de los bienes no amortizados como no reversibles, en la sentencia del Juzgado

2. Los bienes destinados a las actividades auxiliares o conexas con la minería como bienes no reversibles

De todo lo anterior resulta, por tanto, que solo los bienes afectos al objeto de las concesiones, es decir, a la exploración y explotación de determinados minerales en determinadas áreas del territorio nacional son bienes reversibles conforme a la legislación minera, siendo por tanto, bienes no reversibles, los que hubiera podido destinar un concesionario para actividades conexas o auxiliares de la minería, que se realizan sobre el mineral extraído con ocasión de las concesiones de explotación, como podría ser, por ejemplo, la actividad de beneficio, procesamiento, transformación o refinación que pueda realizar un concesionario como parte de un proyecto minero que integre dichas actividades en adición a la explotación.

Sin duda, la incorporación de esas actividades auxiliares a la minería como es el beneficio, no son otra cosa que formas que tiene el concesionario y otros particulares para aprovecharse del mineral extraído. Es muy común, incluso, que respecto de los concesionarios, los mismos ofrezcan desarrollar algunas de dichas actividades en forma de ventajas especiales en el propio texto de las concesiones.

Para la realización de esas ventajas especiales, como actividades auxiliares o conexas de la minería, como podría ser por ejemplo el beneficio del mineral extraído, el concesionario podría construir e instalar una planta de metalurgia para producir un material derivado del mineral extraído, caso en el cual dicho bien no podría considerarse como bien reversible conforme a lo establecido en la Ley de Minas de 1999 y en los títulos de las Concesiones, pues no se encuentra afectada al objeto de la concesión. Como hemos dicho, la reversibilidad de los bienes en una concesión no se determina por su afectación a las actividades mineras que en general realice el concesionario y que puedan por ejemplo formar parte de un Proyecto Minero, o por su ubicación física en el perímetro de una concesión, sino a la actividad minera específica y primaria objeto de la concesión que es la explotación del yacimiento. Así, una planta de procesamiento metalúrgico, aun cuando pueda formar parte de un proyecto minero-metalúrgico específico, no está afectada al objeto de la concesión (explotación), sino a una actividad minera conexas o auxiliar como es el procesamiento o beneficio del mineral, no siendo en ese caso, un bien reversible, sino un bien de propiedad de la empresa concesionaria. Por lo

Superior Estatal de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, Carmen Victoria Carrasco contra el Concejo Municipal del Municipio Alberto Adriani Del Estado Mérida (Registro N° LE41-G-2012-000056) de 16 de noviembre de 2014.

tanto, es completamente irrelevante para determinar su reversibilidad (o no) conforme a la ley, que se pueda considerar desde el punto de vista técnico, que el proyecto minero que pudo haber definido el concesionario comprendía la construcción de una planta, y que desde el punto de vista económico la sola extracción del mineral no fuera tan productiva económicamente sin la transformación o refinación del mineral. En definitiva, en esta materia, lo que no se puede es confundir un proyecto minero-metalúrgico con una concesión de explotación minera. Por ello, puede perfectamente existir una concesión de explotación minera de un yacimiento o mina sin que el concesionario tenga que construir e instalar una planta de procesamiento metalúrgico del mineral extraído. En esos casos, el concesionario puede decidir, por ejemplo, que en un momento determinado es más rentable exportar el mineral extraído, o venderlo para que otra empresa lo procese o beneficie; incluso, en caso de decidir procesarlo o beneficiarlo, puede hacerlo con una planta localizada fuera del área de la concesión, de su propiedad o de un tercero, lo que confirma que procesamiento y explotación minera son dos actividades enteramente distintas a los efectos de la regulación.

En esos casos, conforme al ordenamiento jurídico venezolano, la planta de beneficio, refinación o procesamiento de mineral extraído del yacimiento que el concesionario pudiera haber instalado sería un bien propio del mismo para llevar a cabo un proceso ulterior de industrialización del mineral minado de las varias Concesiones que le fueron otorgadas. Esta actividad en ese caso sería realizada como una actividad auxiliar o conexas a la minería en los términos de los artículos 1 y 86 de la Ley de Minas de 1999 que tanto el concesionario, como cualquier otro particular, podrían ejercer libremente sometidos a la vigilancia del Estado. En tal sentido, una planta de ese tipo no sería un bien reversible, y en caso de ser considerado un bien útil a efectos de las actividades del Estado, tendría que ser adquirido por el Estado mediando el pago del precio respectivo, o expropiándolo mediante los mecanismos legales adecuados, pagando la indemnización correspondiente.

En el mismo sentido, por ejemplo, los minerales procesados como resultado del beneficio que de los mismos haya realizado el concesionario, y que hubieren podido haber quedado en el área de una concesión al término de la misma, también serían propiedad del concesionario y no serían bienes reversibles.

Debe tenerse en cuenta que si bien las minas o yacimientos son bienes del dominio público, impide al propietario del suelo y el concesionario minero pretender derechos de propiedad sobre el subsuelo¹⁰⁰, una vez otorgada una concesión de explotación a un concesionario, el mineral extraído de las mismas, y por supuesto los productos y subproductos de los procesos de refinación o beneficio del mismo, son propiedad del concesionario. Es decir, en el derecho venezolano, los minerales extraídos de los yacimientos en ejecución de una concesión de explotación minera, no son bienes del dominio público, y mucho menos, el material o sustancias minerales una vez beneficiados, procesados y transformados. Lo contrario sería equivalente al absurdo de considerar que como la “mina” es un bien inmueble (art. 547 Código Civil), entonces el material extraído de la misma e incluso el material procesado, seguiría siendo un “bien inmueble” por extensión.

Como hemos indicado, cuando se otorga una concesión de explotación de un yacimiento minero, se le confiere al concesionario el derecho exclusivo de extraer y aprovechar el mineral extraído, incluyendo el derecho de comercializarlo para obtener un beneficio económico del mismo, lo que el concesionario puede hacer a título de propietario del mineral extraído. Dicho mineral extraído y por supuesto, el producto de su transformación posterior, son bienes muebles de la propiedad privada del concesionario y por ello la Ley le permite aprovecharse de ellos. Ello deriva además del artículo 546 del Código Civil que dispone que los bienes que sean producto del trabajo y de una industria lícita como las reguladas en la legislación de minas, son de propiedad de la persona que los produce; y además, de lo previsto en el artículo 522 del mismo Código, que como producto que proviene de las minas se considera como un fruto natural del titular del derecho real inmueble de explorar y explotar un yacimiento, y por tanto – nuevamente - propiedad del concesionario¹⁰¹.

100 Véase Código Civil, artículo 549. Por ello, en la Exposición de Motivos de la Ley de Minas de 1999, se expresó: “Es bueno recordar que en ningún caso, los propietarios del suelo ni del subsuelo pueden reclamar la propiedad de los yacimientos que es siempre de la República.”

101 Conforme al artículo 552 del Código Civil, en efecto, el concesionario también adquiere la propiedad por accesión de los minerales producidos en la concesión en ejercicio de sus derechos mineros. Dicha norma establece que “los frutos naturales” pertenecen “por derecho de accesión al propietario de la cosa que los produce” definiéndose como “frutos naturales” a “los que provienen directamente de la cosa, con o sin industria del hombre” como son precisamente “los productos de las minas o canteras.” En tal sentido, todos los minerales extraídos de la explotación de las concesiones, en ejercicio de los derechos mineros, son bienes que pertenecen al titular de los derechos mineros derivados de la concesión.

En fin, una vez extraído el mineral de la mina o yacimiento, el concesionario tiene como consecuencia de su derecho a explotar la mina, el derecho de aprovecharse de ese fruto. Por tal razón, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, el fruto producto del trabajo del concesionario por la explotación del yacimiento o mina es, por accesión, de su propiedad privada; todo lo cual lo confirmó la Procuraduría General de la República en dictamen de 20 de octubre de 1971, al calificar a la concesión minera como un contrato especial “con una característica principal” que es:

que quien contrate con la República, esto es, el concesionario, *se aprovecha y apropia de los minerales extraídos* pagando una determinada suma (royalty) a la entidad pública propietaria de la mina objeto de convenio [...]. A nuestro juicio, en la definición de la concesión minera se debe hacer resaltar el carácter particular de éstas, es decir, que *el concesionario se apropia de las sustancias extraídas de la mina*, y ese criterio nos lleva a sostener que los principios acerca de la concesión en general y de la gestión administrativa directa, aplicables para otros sectores de derecho público [...] son aceptables en el derecho minero, pero con las adaptaciones necesarias¹⁰².

O sea, como ya se explicó, la Ley de Minas de 1999 y el Código Civil garantizan al concesionario de explotación de un yacimiento minero, el derecho exclusivo de extraer y aprovechar el mineral extraído en carácter de propietario del mismo, de manera que solo es dominio público minero el yacimiento o la mina, pero no el material extraído como producto de la explotación de la mina, del que se “hacen dueños” los concesionarios, porque “el mineral extraído es distinto de la mina, es solamente su fruto¹⁰³.” En consecuencia, el mineral producto del procesamiento metalúrgica de materiales extraídos de un yacimiento por el concesionario, como bien de propiedad privada del mismo, no estando afecto al objeto de la concesión que es la explotación de determinados minerales en un área específica, n todo caso es un bien no reversible, propiedad de la empresa concesionaria y que no podía ser apropiado por el Estado sin compensación.

Nueva York, enero 2017

102 Véase Amorér, *El Régimen de la Explotación Minera en la Legislación Venezolana*, 144 (énfasis añadido).

103 Véase Miguel Basile Urizar, “Consideraciones sobre la declaración de caducidad de las concesiones por no iniciar la explotación de la mina en la ley de Minas”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 5 (2015). (citando a la vez a Ezequiel Monsalve Casado).

La reforma del Estado. Una tarea pendiente

Résmil Eduardo Chacón Santana¹
pp. 107-138

Sumario

I. La modernización del Estado | II. La consolidación del modelo democrático | III. La república hipotecada y el viernes negro | IV. La Comisión Presidencial para la Reforma del Estado | V. Reformas, conmoción social e intentos de golpe de Estado | VI. La transición | VII. La crisis financiera y la Agenda Venezuela | VIII. De la revolución bolivariana al socialismo del siglo XXI | IX. Fuentes

¹ Licenciado en Educación Ciencias Sociales Mención de Honor Cum Laude (UCAB), Magíster Scientiarum en Historia de Venezuela Mención de Honor Cum Laude (UCAB), Abogado. Mención de Honor Suma Cum Laude (UCV), Especialidad en Derecho Mercantil (UCV), Profesor de Derecho Mercantil I e Historia de Iberoamérica en la Universidad Monteávila, Gerente General de la Fundación ICREA. Abogado litigante en materia civil y mercantil.

En la década de los ochenta del siglo XX venezolano era evidente la necesidad de una reforma del Estado. El modelo que se había adoptado con el advenimiento de la democracia, después de la caída de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, debía ser remozado desde la misma democracia, con la finalidad de evitar perturbaciones que llevaran a cambios precipitados o al quiebre del sistema.

Conviene recordar que el Estado Nacional venezolano se consolida en los primeros treinta y cinco años del siglo XX. El modelo que se asumió fue el de la centralización, como única manera de acabar con la fragmentación del poder propia del caudillismo decimonónico². A través de la estructuración de un ejército del alcance nacional³ y de la consolidación de la hacienda pública⁴, la famosa trilogía Jefe-Ejército-Administración, los gobiernos personalistas de Cipriano Castro, pero sobre todo de Juan Vicente Gómez, lograron el control del país. Sin embargo, desde el punto de vista social, Venezuela seguía viviendo en el siglo XIX, mostrando altos índices de analfabetismo, azotada por enfermedades endémicas que diezaban a la población, entre otros muchos males⁵.

I. La modernización del Estado

Con la muerte de Juan Vicente Gómez en 1935, se inicia un proceso de modernización del Estado, adquiriendo una mayor complejidad en cuanto a sus funciones. De la defensa de la soberanía nacional y de la construcción de grandes obras de infraestructura estratégicas, se pasa a un Estado, que sin descuidar estos aspectos, comienza a ocuparse de los problemas de la población. Por otra parte, asistimos a una apertura democrática, que se irá profundizando hasta llegar a la legalización de los partidos políticos. En este sentido, bajo el gobierno de Isaías Medina Angarita, la discusión se centra en torno a dos modelos democráticos, uno gradual, el del gobierno, que amplía los derechos de los venezolanos en la reforma constitucional de 1945 y el otro, más radical, liderado por el partido Acción Democrática, que aspiraba a que el voto universal, directo y secreto para la elección del presidente de la república fuera una realidad inmediata en el país. El fracaso de los intentos de concertación, unidos al malestar dentro del seno de las fuerzas armadas, llevaron a un golpe de Estado el 18 de octubre de 1945⁶. El nuevo gobierno, en manos de una Junta

2 Cfr.: Diego Bautista Urbaneja, El Sistema Político Gomecista, Pág. 60 y 62

3 Cfr.: Ángel Ziems, Un Ejército de alcance Nacional, Pág. 139.

4 Cfr.: Rosalba Méndez, Gómez ¿Un periodo histórico?, Pág. 52. Cfr.: Diego Bautista Urbaneja, El Sistema Político Gomecista, Pág. 77

5 Cfr.: Rafael Caldera, De Carabobo a Punto Fijo. Los Causahabientes, Pág. 80-81

6 Cfr.: Ibid, Pág. 94-95

presidida por Rómulo Betancourt, aspiraba a abreviar los lapsos para el establecimiento de la democracia plena. Sin embargo, Acción Democrática, quizá sobreestimando sus capacidades, y deslumbrada por los buenos resultados obtenidos en la elección de diputados a la Asamblea Nacional Constituyente (1946-1947), llevó adelante un gobierno calificado de sectario, ignorando a una oposición que se había organizado en torno a los partidos URD, COPEI y el ya legalizado PCV. El temor a un régimen de partido único a la mexicana y a la entrada de las masas en el juego político sin cortapisas, encendieron las alarmas de algunos sectores, entre ellos el empresarial. “El partido Acción Democrática se embriagó con el triunfo y se enfermó de un sectarismo militante. Cuando los que empezamos a organizar partidos de oposición salíamos a las calles a convocar a las masas, dirá Rafael Caldera, nos encontrábamos frecuentemente con brigadas adecas decididas a impedir por la fuerza el ejercicio de nuestros derechos. Las autoridades policiales eran militantes del partido de Gobierno. Se fue estableciendo la rutina de que cada vez que se presentaba un atropello por el ejercicio de la lucha política, eran las Fuerzas Armadas las que en último momento acudían para restablecer la calma y para garantizar el derecho de los injuriados. Con ello fueron ganando simpatía en el ánimo de la colectividad⁷.”

El triunfo de Rómulo Gallegos como primer presidente electo por voto universal, directo y secreto (14-12-1947), y el ambiente de júbilo en torno a este acontecimiento, abrieron las esperanzas a una rectificación del rumbo, pero no fue así. Por mencionar un aspecto, todos los ministros nombrados por Gallegos o eran adecos o eran independientes simpatizantes de Acción Democrática. Por otra parte, el malestar militar y las aspiraciones de poder de algunos de ellos, se hacían cada vez más palpables. Los rumores de un nuevo golpe de Estado discurrían por doquier. En estas circunstancias, los militares elevaron al gobierno un conjunto de exigencias, entre ellas, el nombramiento de un nuevo gabinete ministerial más plural y la salida del país de Rómulo Betancourt. Ante este escenario, Gallegos, brillante escritor, hombre de sólidos principios, pero falto de astucia política, cerró las puertas a cualquier negociación, lo que se asumió como excusa para la precipitación del golpe de Estado. Surgía así un gobierno estrictamente militar, pero no unívoco en cuanto a su visión de lo que había que hacer. Por un lado, el presidente de la Junta Militar de Gobierno, Carlos Delgado Chalbaud, parecía inclinado al llamamiento de un proceso electoral que permitiera regresar el gobierno a los civiles. Por su parte, los otros dos integrantes de la Junta, Luis Felipe Llovera Páez, pero sobre todo Marcos Pérez Jiménez, se decantaban por mantener el

7 Ibid, Pág. 99

gobierno en manos de los militares⁸. El dilema se resuelve de la manera más inesperada con el asesinato de Carlos Delgado Chalbaud el 13 noviembre de 1950⁹. “El asesinato del Comandante Delgado Chalbaud (...) sirvió para borrar toda ilusión de que el régimen pudiera evolucionar hacia la democracia¹⁰.” La magnitud de los acontecimientos y las sospechas que inmediatamente se entretejieron en torno a una posible participación de uno de los miembros de la Junta como autor intelectual, desaconsejaban la continuación del gobierno militar. Se le dio una fachada civil con el nombramiento del abogado German Suárez Flamerich como presidente de la Junta, no obstante, todos, a partir de ese momento, aseguraban que el verdadero poder detrás del trono era Marcos Pérez Jiménez.

En estos avatares políticos, el modelo de Estado nacido en las primeras décadas del siglo XX seguía siendo el mismo. Se trataba de un Estado altamente centralizado, en el cual el poder público nacional y, en particular, el presidente de la república, gozaban de amplias facultades. Si alguna diferencia se puede destacar, es el aumento de su complejidad, debido a la multiplicación de sus funciones y a su intervención cada vez más determinante en el juego económico gracias a los recursos producidos por la explotación petrolera. De un Estado insolvente y dependiente de los impuestos al comercio exterior y de los empréstitos nacionales e internacionales, siglo XIX¹¹, se pasa a un estado, el del siglo XX y sobre todo a partir de 1917, que contaba con grandes recursos para intervenir decisivamente en lo económico y en lo social.

Bajo el liderazgo aparente de Suárez Flamerich, la Junta decide convocar a una nueva asamblea nacional constituyente. Desde su óptica, resultaba necesaria la sanción de una constitución nacional más ajustada a los objetivos del gobierno. Recordemos que a raíz del golpe de Estado contra Gallegos, el gobierno militar se había limitado a poner en vigencia la Constitución de 1936, reformada en 1945, reservándose la facultad de tomar de la constitución de 1947, aquellas disposiciones a su juicio progresistas¹². La Junta muestra una imagen de democracia al participar con su propio partido, el Frente Electoral Independiente (FEI)¹³, y someterse a una lucha equitativa por ganar las elecciones, entendiendo que quien resultara triunfador, siendo mayoría, podría

8 Cfr.: Ibid, Pág. 104

9 Cfr.: Simón Alberto Consalvi, El año que los venezolanos perdieron el miedo, Pág. 9-10

10 Cfr.: Rafael Caldera, De Carabobo a Punto Fijo. Los Causahabientes, Pág. 104

11 Cfr.: Irene Rodríguez Gallad, Perfil de la economía venezolana durante el régimen gomecista, Pág. 85

12 Simón Alberto Consalvi, El año que los venezolanos perdieron el miedo, Pág. 14

13 La Junta había constituido el partido Frente Electoral Independiente el 20 de junio de 1951.

tener una incidencia determinante en la refundación del Estado que se pretendía hacer. Sin embargo, todo era ilusión. El gobierno no contaba con la organización los partidos opositores que decidieron participar pese a las limitaciones que se impusieron a la campaña electoral. COPEI, pero sobre todo URD, se alza como el virtual ganador de las elecciones, quizá con el apoyo de los partidos en la clandestinidad, AD y el PCV. Pero los militares no estaban dispuestos a ceder el poder y le dan un zarpazo al proceso electoral, lo cual fue catalogado por la oposición como un nuevo golpe de Estado. Se inicia así un gobierno militar encabezado por Marcos Pérez Jiménez, quien después de asumir como presidente provisional por decisión de las fuerzas armadas, será nombrado por la Asamblea Nacional Constituyente, una vez aprobada la constitución, presidente para el período 1953-1958. Lo que se inicia como un gobierno de las fuerzas armadas evoluciona hacia un régimen cada vez más personalista. Pérez Jiménez se distancia de su base de sustentación y se apoya en la represión de la seguridad nacional, que excediendo sus facultades, investiga incluso a los propios miembros de las fuerzas armadas. "... el sistema dictatorial y, particularmente, su personero más importante, Pérez Jiménez, comprendió desde el inicio de su gobierno que no habría términos de conciliación entre sus ambiciones personales de poder y el sentimiento democrático de los venezolanos¹⁴." A partir de 1957, algunos sectores que en principio habían apoyado al régimen, se distancian de él, como es el caso del empresariado. La Iglesia, sustentada en su doctrina social, reclama en nombre de los que se privan de hacerlo por temor a las represalias. La carta pastoral de Monseñor Arias Blanco, en el marco del día del trabajador del año 1957, significó un duro golpe para un gobierno, en el cual su presidente se había aislado hasta de sus propios asesores y ministros. El año 1957 era además electoral. La constitución vigente (1953), aunque había sido diseñada a la medida de los intereses de Marcos Pérez Jiménez, consagraba en su artículo 104¹⁵, el voto universal, directo y secreto para la elección del presidente de la república. Las fuerzas opositoras que hasta la fecha no habían logrado la salida del régimen por otros medios, ven en la previsión constitucional, la posibilidad de una transición por medio del voto, aspiración que se estrellará contra la realidad de un presidente dispuesto a hacer cualquier cosa para permanecer en

14 Simón Alberto Consalvi, El año que los venezolanos perdieron el miedo, Pág. 9
15 Artículo 104.- El Presidente de la República será elegido por votación universal, directa y secreta, con tres meses de anticipación, por lo menos, al 19 de abril del año en que comience periodo constitucional, en la fecha que determine el Congreso Nacional en sus sesiones ordinarias del año inmediatamente anterior al del comienzo del respectivo periodo. Se proclamará electo Presidente de la República al ciudadano que haya obtenido mayor número de votos (Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1953. Texto sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas, el 11 de abril de 1953, y mandado ejecutar por el presidente Marcos Pérez Jiménez el 15 de abril de 1953)

el poder¹⁶. El anuncio de un plebiscito, en el cual se decidiría la aprobación de la gestión presidencial y su continuación en el poder, en flagrante violación de la constitución vigente, significó un duro golpe a la posibilidad de una salida pacífica a la crisis. De nuevo surgen rumores de golpe de Estado¹⁷. La realización del plebiscito con los resultados esperados por el gobierno, había generado una división profunda en las fuerzas armadas, entre los que apoyaban al régimen y los contrarios a su continuación¹⁸. Además, los partidos políticos, articulados en la junta patriótica (junio de 1957), venían haciendo un trabajo clandestino que daba sus frutos, ayudando así al debilitamiento del régimen. Habría que agregar, que para la fecha, América Latina se venía deslastrando de los gobiernos dictatoriales. Sólo quedaban las dictaduras de Fulgencio Batista en Cuba, de Rafael Leonidas Trujillo en República Dominicana, Alfredo Stroessner en Paraguay y, por supuesto, la de Marcos Pérez Jiménez en Venezuela.

II. *La consolidación del modelo democrático*

Después de intentos fallidos, que hicieron evidente la crisis dentro de las fuerzas armadas, todo confluyó en un nuevo golpe de Estado el 23 de enero de 1958. Se conforma un gobierno estrictamente militar, que a poco integra a dos connotados civiles. A diferencia del golpe de 1948, se aprecia en la Junta de Gobierno, la clara intención de restablecer la democracia a través de la convocatoria a elecciones libres para la escogencia del presidente de la república y demás cuerpos deliberantes. El propio presidente de la Junta, Wolfgang Larrazábal, aprovechando la popularidad que los acontecimientos le han dado, renunciará al cargo y se incorporará al juego político apoyado por URD y el PCV. Por su parte, los partidos AD, COPEI y el propio URD, suscriben el pacto de Punto Fijo, cuya novedad estriba en que se trata de un pacto para gobernar¹⁹. Los suscriptores, sabían que el restablecimiento de la democracia no iba a estar exento de reacciones de aquellos que dentro del sector militar aspiraban a continuar ejerciendo el poder político. A esto se le sumarán los embates de la izquierda radical, una vez se produzca el triunfo de la revolución cubana liderada por Fidel Castro²⁰.

16 Cfr.: Mirella Quero de Trinca, *La Resistencia*, Pág. 72

17 “El elector diría solamente sí o no, votando con una tarjeta azul por el sí y con una tarjeta roja por el no (insinuando que los que votaran por el no simpatizaban con el comunismo, cuyo color siempre había sido el rojo).” Rafael Caldera, *De Carabobo a Punto Fijo. Los Causahabientes*, Pág. 110

18 Cfr.: Elena Plaza, *El 23 de enero de 1958*, Pág. 78

19 Cfr.: Rafael Caldera, *De Carabobo a Punto Fijo. Los Causahabientes*, Pág. 121-127

20 Cfr.: *Ibid*, Pág. 118

Acción Democrática triunfa en las elecciones de 1958, y quizá aprendiendo de los errores del pasado, se muestra dispuesta a respetar lo acordado en el pacto de Punto Fijo, de manera que COPEI y URD también pasan a ser gobierno. “... las enseñanzas de los ocurrido con la Revolución de Octubre y el Gobierno que la sucedió, fueron base y lección que sirvieron de fundamento, diez años después al Pacto de Punto Fijo²¹.”

La necesidad de afianzar la democracia como prioridad, impide que se le puedan hacer grandes reformas al modelo de Estado vigente. Ahora nos encontrábamos ante un Estado democrático, que es mucho decir, pero un Estado democrático centralizado. En lo económico continuaba siendo un Estado interventor, protector de la industria nacional y distribuidor de la renta, fundamentalmente petrolera. Esto, desde el punto de vista estrictamente técnico, quizá era cuestionable, pero era el costo que había que pagar para consolidar la democracia y, se pudo hacer, gracias a la bondad de la renta petrolera, que permitió que los sucesivos gobiernos no tuvieran entre sus prioridades la recaudación de impuestos internos. Esto generó en el ciudadano común, la percepción de que el Estado era un proveedor de bienes y servicios por las cuales no había que entregar nada a cambio²². No obstante, se lograba en la mayoría de la población un cierto nivel de bienestar que influyó, por poner un ejemplo, en que movimientos como la guerrilla no tuvieran el arraigo esperado por sus promotores ni en territorios rurales, ni en zonas urbanas. Los ingentes ingresos petroleros impedían que afloraran las falencias del modelo económico. Así, la democracia avanzó por tres lustros, primero con gobiernos de coalición (Punto Fijo y Amplia Base) y posteriormente con gobiernos del partido ganador, el primero de los cuales fue el de COPEI, que con Rafael Caldera triunfa en las elecciones de 1968. Sin embargo, se mantuvieron acuerdos mínimos con el principal partido opositor, Acción Democrática, al momento de encarar los grandes problemas nacionales, más cuando el gobierno de Rafael Caldera, en una situación inédita para la democracia venezolana, adolecía de la mayoría en el seno del Congreso.

Ahora bien, para finales de la década de los setenta se hacía impostergable una reflexión profunda sobre el modelo de Estado democrático. Se requería avanzar en una mayor democratización del poder. Los peligros a los que se exponía el sistema nacido en 1958 parecían cosa del pasado. En consecuencia, lo que en un momento se asumió como fortaleza imprescindible para la consolidación de la democracia, la centralización del poder, debía ser replanteado. No podía continuarse con un presidente de la república que,

21 Ibid, Pág. 102

22 Carlos Sabino, El sistema político venezolano: estabilidad, crisis e incertidumbre, Pág. 4

entre muchas otras cosas, nombraba a todos los gobernadores y a los integrantes de las asambleas legislativas de los estados. Por su parte, desde el punto de vista económico, los costos del modelo asumido parecían insostenibles. Los precios petroleros que iniciaron un alza constante desde 1970, pero sobre todo a partir del primer gobierno de Carlos Andrés Pérez (1973), como consecuencia del cuarto conflicto árabe-israelí (Guerra del Yom Kippur), unido a la nacionalización de la industria petrolera, impedían que se apreciaran las grietas del modelo. Sin embargo, ya para 1978, se produce un estancamiento de la economía, debido a la sobreoferta de petróleo existente y al debilitamiento del mercado energético internacional. Se genera así una situación en la cual confluye una disminución de los precios del petróleo con la caída de los volúmenes de exportación. Para Venezuela, esta circunstancia era especialmente grave, debido a su alta dependencia de los ingresos petroleros, que sumado a los desequilibrios internos presagiaban un panorama crítico para el país²³. Urgía avanzar hacia una industria nacional más eficiente, hacia la privatización de algunas empresas del Estado y hacia el rescate del trabajo productivo como verdadera fuente de riqueza. No podemos negar que durante los primeros años de la democracia, impulsado por el Estado, se produjo un crecimiento industrial y comercial en el país, lo cual permitió la conformación de una clase capitalista criolla. Sin embargo, en la misma medida que los ingresos petroleros se hicieron cada vez mayores, el Estado comenzó a ocuparse directamente de la actividad económica nacional, razón por la cual para inicios de los ochenta la inversión pública había sustituido casi en su totalidad a la inversión privada como fuente de crecimiento²⁴.

En este ambiente, la reforma del Estado siempre quedaba soslayada por la reticencia de algunos actores clave, entre ellos los partidos políticos, y por circunstancias ajenas al país, que desencadenaban bonanzas petroleras transitorias que alejaban la urgencia de atacar los problemas de fondo con una visión de largo plazo. Costaba entender la ecuación de que a períodos de bonanza en materia petrolera seguían, indefectiblemente, períodos de depresión en materia de precios.

III. La república hipotecada y el viernes negro

Luis Herrera Campins, vencedor en las elecciones de 1978, asume la presidencia con la bandera de la austeridad frente a lo que consideraba una república hipotecada. La crisis desencadenada a finales del gobierno de su

23 Cfr.: Pedro A. Palma, *La economía venezolana en el periodo (1974-1988)*, Pág. 176

24 Carlos Sabino, *el Sistema Político Venezolano: Estabilidad, Crisis e Incertidumbre*, Pág. 5

predecesor, arrojaban un panorama sombrío sobre el país. Se requerían reformas de fondo que permitieran sacar a Venezuela adelante. Sin embargo, un nuevo conflicto internacional disparó los precios del petróleo, en este caso la guerra entre Irán-Irak, que se inicia en 1980 y que significó un respiro para el gobierno, que no cumplió a plenitud con la anunciada austeridad. Pero en la segunda mitad del año 1981, se produce un nuevo debilitamiento del mercado petrolero, que adquirirá un carácter sostenido en la medida que los países consumidores hacían esfuerzos para reducir la demanda de petróleo y sus derivados y por desarrollar energías alternativas. A esto se suma la crisis de la deuda, que se hizo patente por la moratoria de pagos mexicana y que despertó la alarma del mercado financiero internacional ante las economías más endeudadas, entre las cuales se encontraba, sin ser de las primeras, la venezolana²⁵. Frente a todas estas circunstancias que anunciaban una inminente devaluación de nuestro signo monetario, los que podían, buscaron refugio en el dólar y comenzaron a comprar divisas, lo que a su vez agravaba la situación. El retraso en tomar la medida²⁶, aunado a la filtración del momento en que la misma sería tomada, hizo que para febrero de 1983 las reservas internacionales no tuvieran la capacidad de absorber la demanda. Así las cosas, el 18 de febrero de 1983, se produce lo que ha pasado a la historia como el viernes negro. Ese día, el BCV cerró de hecho la venta de divisas, decisión que fue formalizada el domingo 20 de febrero por el presidente Herrera vía decreto, suspendiéndose la venta por los días lunes 21 y martes 22 de febrero. Este último día se anunció, igualmente por decreto presidencial, el establecimiento de un Régimen de Cambio Diferencial (RECADI) que devaluaba la moneda a 7,50 por dólar y mantenía la tasa de 4,30 como preferencial y sólo para algunas operaciones que fueron consideradas prioritarias. Con todo, la medida de suspensión de venta de divisas se extendió hasta el viernes 25 de febrero²⁷. Si se tiene en cuenta que desde enero de 1964 el dólar se cotizaba a una tasa libre de 4,30 bolívares, entenderemos que la medida tomada por el gobierno del presidente Herrera causara un impacto gigantesco²⁸. Nuestra moneda que a finales de los setenta estaba sobrevaluada, lo que permitió que en la cultura popular se acuñara la expresión “ta barato dame dos” para referirse a los que viajaban a Miami de compras y que no eran exclusivamente las clases acomodadas, hizo que muchos venezolanos vivieran en un profundo sueño del que tuvieron que despertar frente a las medidas adoptadas por el

25 Cfr.: Pedro A. Palma, *La economía venezolana en el periodo (1974-1988)*, Pág. 182. Cfr.: Manuel Caballero, *La Crisis de la Venezuela Contemporánea*, Pág. 164

26 Desde finales de 1982 venía produciéndose en el país una fuga de divisas creciente. Cfr.: Manuel Caballero, *La Crisis de la Venezuela Contemporánea*, Pág. 165

27 <https://www.venelogia.com/archivos/4308/>

28 Fundación Empresas Polar, *Diccionario de Historia de Venezuela (versión en línea)*, voz Crisis Económicas

gobierno²⁹. El año 1983 era además un año electoral. El gobierno luchaba por recomponer la situación sin que ello afectara al candidato de su partido en las elecciones. De nuevo se ignoraba el problema de fondo. Enrumbar al país no dependía de que se tomaran una serie de medidas para resolver la grave crisis que atravesaba. Requería que se hiciese un cambio del modelo de Estado. Es cierto que circunstancias externas, en muchos casos ajenas al control de los gobiernos de turno, impactaron en la profundización de las crisis, pero justamente esos graves impactos se producían debido a la fragilidad del modelo de Estado. Seguíamos con un Estado centralizado, interventor en lo económico y en lo social. A partir de 1973, con la multiplicación de los ingresos petroleros, esta tendencia se había exacerbado. El Estado era el agente crediticio de la industria nacional, el Estado era el principal empleador de forma directa o indirecta, ya que los ingresos petroleros eran utilizados para el desarrollo de grandes obras públicas. A este sobredimensionamiento del Estado se le suma el tema social. El Estado era el gran benefactor y era bueno en la medida que se orientara a resolver todas las demandas de los ciudadanos³⁰.

IV. La Comisión Presidencial para la Reforma del Estado

Con el ascenso de Jaime Lusinchi a la presidencia de la república en 1984 y su ofrecimiento de rectificar los errores del pasado, pareció llegado el momento para la reforma del modelo de Estado adoptado a partir de 1958. De hecho, en su campaña electoral la prometió en todos sus discursos.³¹ Las dudas quedaron zanjadas cuando anunció la estructuración de una Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, mejor conocida como la COPRE, por decreto de 17 de diciembre de 1984, al frente de la cual estaría el doctor Ramón J. Velásquez. De inmediato la comisión inició sus trabajos, nombró una serie de subcomisiones, lideró un amplio proceso de consultas, trabajo que para 1986 mostraba resultados. Diversos documentos apuntaban hacia la necesidad de una descentralización del poder, la superación del modelo rentista y una mayor democratización de los partidos políticos, entre otras. Incluso, se descendió a cosas concretas como la necesidad de elección por voto universal, directo y secreto de los gobernadores de los Estados, el establecimiento de la figura del alcalde de elección popular, la elección de los miembros del Congreso de manera uninominal y la privatización de las empresas públicas ineficientes.

29 Cfr.: Ramón Hernández, Carlos Andrés Pérez, Pág. 64

30 Manuel Caballero, La Crisis de la Venezuela Contemporánea, Pág. 174

31 Cfr.: Allan Brewer Carías, El Presidente y Acción Democrática se oponen a la Reforma del Estado. En. El Nacional, D-2 Información, 20 de octubre de 1986.

Estas reformas, sobre todo las políticas, sin duda tan necesarias, eran un misil a la línea de flotación de los partidos. Mucho de su apoyo dependía del clientelismo político como forma de pagar favores o dispensar prebendas. Si la escogencia de los gobernadores salía de la esfera del presidente de la república, si se privatizaban las empresas públicas, se le restaba un importante espacio a lo clientelar.³² Por esta y muchas otras razones, los “cogollos” de los partidos políticos, sobre todo en Acción Democrática, que para ese momento era gobierno y contaba con la mayoría en el Congreso, no apoyaron la reforma del Estado, empezando por el propio presidente Lusinchi, quien se opuso frontalmente a las propuestas de reformas políticas inmediatas.³³

La COPRE, ya sin Velásquez en la presidencia, quien ejerció esta responsabilidad hasta 1986, continuó sus labores, a pesar de no contar con el apoyo político de los partidos. Sin embargo, se abría una esperanza con la elección presidencial que se avecinaba en diciembre de 1988. Por influencia de la COPRE, de una parte de la sociedad civil que demandaba una reforma del Estado y de los medios de comunicación social, los principales candidatos presidenciales la asumieron como parte de sus programas de gobierno. Tanto Eduardo Fernández como Carlos Andrés Pérez, se presentaban como adalides de la reforma y se comprometían a impulsar algunas medidas como la elección de los gobernadores de los estados.³⁴ Tenían en común, el haber salido de procesos internos controversiales dentro de sus propios partidos. Fernández había resultado vencedor en una contienda, en la cual había desplazado a su principal contrincante y fundador del partido COPEI, Rafael Caldera y, Carlos Andrés Pérez, liderando el ala reformista dentro de Acción Democrática, había vencido al candidato del Comité Ejecutivo Nacional del partido, Octavio Lepage.³⁵

A pesar de la crisis que atravesaba el país, ante los menos entendidos, parecía como si la prosperidad de los años anteriores no se había disipado del todo. Sin embargo, se apreciaba “... un paulatino deterioro de los servicios básicos -agua, teléfonos, vías de comunicación, etc.- y de las importantes áreas de la salud y la educación, pero el venezolano, en términos generales, no vivió estas dificultades como el inicio de una nueva etapa sino más bien como problemas puntuales, que podían ser resueltos sin mayores modificaciones estructurales. La creciente ineficiencia del Estado no fue percibida como una

32 Cfr.: Mirtha Rivero, *La Rebelión de los Náufragos*, Pág. 46-48; 144; 157

33 Cfr.: Allan Brewer Carías, *El Presidente y Acción Democrática se oponen a la Reforma del Estado*. En. *El Nacional*, D-2 Información, 20 de octubre de 1986.

34 Cfr.: Mirtha Rivero, *La Rebelión de los Náufragos*, Pág. 159

35 Cfr.: *Ibid*, Pág. 39

consecuencia de la crisis del modelo seguido hasta entonces sino que se achacó a deficiencias concretas de los gobiernos de turno, especialmente al mal manejo de los dineros públicos.³⁶

V. *Reformas, conmoción social e intentos de golpe de Estado*

Las elecciones de 1988 dieron el triunfo a Carlos Andrés Pérez. Gana apoyado por muchos que aspiraban que con su ascenso al poder se volviera a la bonanza que habían disfrutado durante su primer mandato. A esto se agregaba la percepción generalizada de que Jaime Lusinchi había hecho un buen gobierno, percepción que respondía sobre todo a la eficiente campaña desarrollada por el aparato de propaganda articulado por Carlos Croes desde la Oficina Central de Información, pero que no coincidía con la realidad de un país sumido en una grave crisis económica.³⁷ Estas dos circunstancias contribuyeron a que los anuncios realizados por el presidente Pérez a los pocos días de asumir la presidencia, dejaran a la mayoría de la población en shock. Hoy en día a la vista de los acontecimientos, nadie duda que las medidas planteadas por el presidente eran necesarias para enrumbar el país, pero ese cambio de un estado democrático centralizado y rentista a un estado democrático descentralizado, participativo y eficiente en lo económico, a pesar de la urgencia, requería de un gran acuerdo nacional, que comprometiera a las todas fuerzas vivas del país.³⁸ Frente a la ausencia de un compromiso de todos los sectores, muchos que de buena fe no entendían lo que estaba ocurriendo, y otros que si lo entendían, pero pretendían sacar rédito político de la situación, comenzaron a atacar al presidente en particular y a los partidos políticos en general como los únicos culpables de la situación del país.³⁹ No estaban del todo equivocados, porque sin duda tenían una cuota importante de responsabilidad. El problema fue que tomó cuerpo la idea, pregonada por algunos sectores, de que la superación de la crisis pasaba por la eliminación de los partidos. Los acontecimientos del 27 de febrero de 1989, que hoy sabemos no fueron tan espontáneos como se creyó en aquel momento, vinieron a agravar la crisis.⁴⁰ “No fue una rebelión social como superficialmente fue asumida por gobiernos posteriores. Desde años atrás se venían registrando desórdenes aislados pero que vistos en su conjunto reflejaban un generalizado descontento en los sectores populares. Varios factores adicio-

36 Carlos Sabino, *El Sistema político venezolano: estabilidad, crisis e incertidumbre*, Pág. 6

37 Cfr.: Mirtha Rivero, *La Rebelión de los Náufragos*, Pág. 45-46

38 “El mayor fracaso de Pérez fue que ni la sociedad venezolana ni los empresarios fuesen ganados para el cambio, que no entendieran la necesidad de transformar el Estado.” (Ramón Hernández, *Carlos Andrés Pérez*, Pág. 90)

39 Cfr.: Mirtha Rivero, *La Rebelión de los Náufragos*, Pág. 173

40 Cfr.: *Ibid*, Pág. 101

nales confluyeron en la sangrienta conmoción: el alza del pasaje urbano y el prolongado desabastecimiento de artículos de primera necesidad durante el gobierno de Lusinchi, habían estimulado un clima de tensión que detonó aquella mañana; la cobertura televisiva de los motines desató un efecto-demonstración en barriadas caraqueñas y también en hombres y mujeres de la clase media popular, y unos y otros desvalijaron almacenes y supermercados con implacable furia.”⁴¹ La forma como se controló la revuelta, de manera tardía y con uso excesivo de la fuerza, con saldo de unos cuatrocientos muertos como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, despertó fuertes críticas.⁴² Además, fue un duro golpe para la reforma del Estado, ya que aunque Pérez insistió en seguir adelante con su paquete económico, los acontecimientos de 1992 le obligarán a dar un giro de timón. Por otra parte, los gobiernos posteriores tuvieron que lidiar con el fantasma de un nuevo Caracazo, lo que en el fondo incidía en las medidas que debían ser tomadas, muchas de las cuales no se implementaban o se postergaban en aras de evitar una reacción popular. Con todo, se concretaron algunas reformas. El 3 diciembre de 1989 se efectuaron las primeras elecciones de gobernadores, alcaldes y concejales por elección popular como parte del proceso de descentralización. El resultado continuó mostrando una fuerte influencia del bipartidismo AD-COPEI, al obtener entre ambos el triunfo en dieciocho gobernaciones, pero hubo un elemento al cual no se le dio toda la importancia, la alta abstención de la población en las elecciones (54%), justo cuando se abrían nuevos espacios de participación, era un mensaje sobre el descontento hacia los partidos y el avance de la anti política, en una población que tradicionalmente mostraba una participación entusiasta en los procesos electorales.

Durante los años 1991 y 1992 el alza de los precios del petróleo junto con los efectos de las políticas liberalizadoras, generaron cierta bonanza económica, que no incidió en los niveles de bienestar de la población, como pudiera haberse esperado, debido a los efectos de la inflación. Las altas tasas de inflación liquidaban cualquier ganancia o ahorro, lo que trajo como consecuencia que las mejoras en los indicadores económicos no se tradujeran en ganancias políticas. Asistíamos al “...agotamiento del modelo económico proteccionista, rentista y de crecimiento hacia dentro, basado en el petróleo y en su Estado derrochador, que terminó por arrojar sobre aquel complejo proceso de transformaciones, el combustible de la inflación, el deterioro de los servicios y la inseguridad.”⁴³ El venezolano promedio percibía la situación

41 Manuel Felipe Sierra, *El Caracazo*, S/P. Cfr.: Cfr.: Mirtha Rivero, *La Rebelión de los Náufragos*, Pág. 75

42 Cfr.: Margarita López Maya, *La crisis del chavismo en la Venezuela actual*, Pág. 163

43 Ramón J. Velásquez, *Alocución en el Congreso de la República*, 28 de enero de 1994

como negativa y acusaba un grave deterioro de los servicios públicos.⁴⁴ Los intentos de golpes de Estado del 4 de febrero y del 27 de noviembre de 1992, aunque no lograron sus objetivos, evidenciaron la profundización del malestar de una población que no salió a defender al gobierno, al contrario, algunos sectores justificaron y hasta se identificaron con el actuar de los golpistas.

VI. La transición

La crisis desatada con las asonadas golpistas hizo que renaciera el interés por una reforma constitucional. Para el momento, ya se encontraba en el Congreso un proyecto liderado por el doctor Rafael Caldera, que planteaba una reforma integral de la constitución de 1961. Sin embargo, la discusión se desvió hacia la propuesta de un sector que pregonaba las bondades de la convocatoria de una asamblea nacional constituyente, que aunque no encontraba soporte en la carta magna, constituiría un mecanismo más expedito para encarar las reformas, en contraste con las largas discusiones en el seno del Congreso. La salida anticipada de Carlos Andrés Pérez del poder, faltando pocos meses para concluir su período constitucional, además de representar una situación inédita para la democracia venezolana, fue vista como un triunfo de la anti política y, en la práctica, hizo que perdiera impulso el tema de la reforma constitucional. Con Octavio Lepage a la cabeza del país como encargado de la primera magistratura en su condición del Presidente del Congreso, el poder legislativo se abocó a la elección de un personaje que reuniera el consenso suficiente de los partidos, de la sociedad civil y cuya responsabilidad sería liderar la transición, culminando el período de Carlos Andrés Pérez. La responsabilidad recayó en el doctor Ramón J. Velásquez⁴⁵, hasta ese momento senador por el Estado Táchira, quien desde un comienzo entendió que su deber sería guiar al país hacia unas elecciones democráticas y superar de esta manera la crisis política desatada con la salida del presidente Pérez. Igualmente, se propuso impulsar un gran acuerdo nacional y avanzar en el proceso de descentralización. El acuerdo nacional era un paso muy importante para la superación de la crisis y contó con el respaldo de importantes sectores del país como el empresariado y la Iglesia, sin embargo, los partidos políticos no le brindaron apoyo y sin su apoyo el acuerdo estaba condenado

44 Cfr.: Carlos Sabino, El sistema político venezolano: estabilidad, crisis e incertidumbre, 7-8

45 Alexander J. Duarte L., Continuidades y Rupturas de la Política Exterior de Promoción de la Democracia Venezolana durante el Gobierno de Transición del Presidente Ramón J. Velásquez (Junio 1993- Febrero 1994) Trabajo Especial presentado para optar al título de especialista en Derecho y Política Internacionales, UCV, 2013. En: http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/4285/1/T026800007540-0-Alexander_Duarte_FinalPublicacion-000.pdf

al fracaso.⁴⁶ No terminaban de entender que si la democracia se debe a los partidos, asimismo la crisis institucional era en gran medida su responsabilidad.⁴⁷ El Caracazo, los intentos del golpe de Estado, la abstención electoral, la salida del presidente Pérez, además de las responsabilidades propias de los actores de esos procesos, eran signos de una realidad, la crisis del modelo de Estado democrático que se inició con la caída de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez y que los partidos no querían ver. Como diría el propio Ramón J. Velásquez en Alocución ante el Congreso de la República el 28 de enero de 1994: “Lo peculiar del tiempo que estamos viviendo es que las posibles soluciones entrañan una transformación significativa del sistema mismo que adoptó nuestra democracia como la fórmula que pudiera superar el atraso y la injusticia. Esto se debe a que han transcurrido más de treinta años desde que se inició una experiencia sin antecedentes en la historia nacional, dentro de un escenario de escasa población, manejable situación fiscal, ausencia de grandes reclamos sociales y con un cuadro de participación política de dimensiones claramente definidas. Ese panorama ha desaparecido para dar paso a otra realidad, traumática e impredecible en su desarrollo. Como todo comienzo, este nuevo tiempo está caracterizado por los reclamos y urgencias de la nueva sociedad y en consecuencia por una redistribución del poder. Ninguna dictadura hubiera podido soportar la crisis del género de las que ha venido sorteando nuestra democracia en los últimos años.”⁴⁸

Ante este escenario sombrío, los partidos políticos estaban más preocupados por las venideras elecciones presidenciales del 5 de diciembre de 1993 y, frente a la cercanía de ese escenario, apoyar la difícil transición liderada por el presidente Velásquez, podría significar un costo político que les restaría votos en el proceso electoral.⁴⁹ En consecuencia, su compromiso se limitó a apoyar la salida de Pérez, la elección de Velásquez, pero no fueron más allá. Ni siquiera permitieron que personeros de sus filas integraran el gabinete ministeri-

46 “... el 3 de junio de 1993, AD y Copei firmaron un acuerdo en la sede de Pro Venezuela, donde pactaron otorgarle el total y absoluto respaldo, aunque terminaron advirtiéndole que no podría contar con militantes de ninguno de los dos partidos para conformar su Gabinete. No obstante, debieron acceder a una solicitud del futuro Presidente: que el Congreso de la República le otorgara plenos poderes para legislar mediante una Ley Habilitante (Alexander J. Duarte L., Continuidades y Rupturas de la Política Exterior de Promoción de la Democracia Venezolana durante el Gobierno de Transición del Presidente Ramón J. Velásquez, Pág. 40). Cfr.: Ramón J. Velásquez, Alocución en el Congreso de la República, 28 de enero de 1994

47 Cfr.: Allan Brewer Carías, El Presidente y Acción Democrática se oponen a la Reforma del Estado. En. El Nacional, D-2 Información, 20 de octubre de 1986.

48 Ramón J. Velásquez, Alocución en el Congreso de la República, 28 de enero de 1994

49 Cfr.: Alexander J. Duarte L., Continuidades y Rupturas de la Política Exterior de Promoción de la Democracia Venezolana durante el Gobierno de Transición del Presidente Ramón J. Velásquez Pág. 42

al del nuevo gobierno. Entendemos que la búsqueda del poder por los cauces legales establecidos es inherente a los partidos políticos, pero en el caso venezolano se había convertido en un objetivo en sí mismo, para el beneficio de sus propias filas, más que en un medio a través del cual lograr el bienestar de los ciudadanos. En cuanto a la descentralización, con la designación de Allan Brewer Carías, se evidenciaba la importancia que desde la presidencia se le daba a ese proceso. Dirá Velásquez: “Designé un Ministro de Estado para la Descentralización, para que en nombre del Gobierno dirigiera el proceso; propusiera las decisiones político-gubernamentales necesarias y estableciera las nuevas bases de la relación intergubernamental que exigía el nuevo estado ya en acción; donde el Gobierno de la República no es sólo el Gobierno Nacional, sino que lo es conjuntamente con los Gobiernos Estadales y los Gobiernos Municipales, como parte de un Poder Público único e integral, pero ya no vertical, sino distribuido constitucionalmente en forma horizontal en el territorio de la República.”⁵⁰ Igualmente, a través de la Ley Habilitante, se aprobaron en consejo de ministros quince reglamentos que desarrollaban la Ley Orgánica de Descentralización de 1989. Indudablemente, el corto período de Velásquez impedía un avance mayor, pero sentaba las bases para el futuro.⁵¹

VII. *La crisis financiera y la Agenda Venezuela*

En las elecciones de 1993 resultó vencedor Rafael Caldera, quien expulsado del partido que había fundado, por decisión del 7 de junio de 1993, triunfaba con el apoyo de una nueva organización, Convergencia, y con los votos de dieciséis partidos, fundamentalmente de izquierda, el famoso “chiripero” como se le llamó en el argot popular. Por otra parte, las elecciones revelaron el ascenso de un pequeño partido, la Causa Radical (Causa R), que con su candidato Andrés Velásquez, obtuvo una votación nada despreciable. La sumatoria de los votos de Caldera y Velásquez superaba a los obtenidos por Claudio Fermín y Oswaldo Álvarez Paz, representantes de los partidos Acción Democrática y COPEI, respectivamente. “El país, dirá Ramón J. Velásquez, ha cambiado considerablemente en todos los órdenes de su vida. Sustancial transformación que pudo reflejarse en sus aspectos políticos en las recientes elecciones. El doctor Rafael Caldera recogió un sentimiento significativo fuera de los partidos tradicionalmente mayoritarios y en el Congreso hay un equilibrio de cuatro y ya no de dos corrientes.”⁵² Era un mensaje directo al bipartidismo tradicional, que se hacía más relevante si agregamos que la abstención fue de por lo menos un 40%, con una incidencia mayor en el sec-

50 Ramón J. Velásquez, Alocución en el Congreso de la República, 28 de enero de 1994

51 Ibidem

52 Ibidem

tor de las nuevas generaciones⁵³ Podríamos añadir, que Caldera, además del aporte de los partidos que le apoyaron, triunfaba por la posición por él asumida frente a los golpes de Estado de 1992 y por la confianza que inspiraba su figura por su honradez, frente a casos palpables de corrupción administrativa.

La realización de las elecciones era un triunfo importante en ese proceso de recomposición del país, pero resultaban "... impostergables la descentralización, la evolución de la institución del voto, la mayor democratización de partidos y gremios, la drástica reducción de las dimensiones del Estado y la plena honestidad en los procedimientos administrativos y judiciales."⁵⁴

Caldera en su campaña electoral se había mostrado contrario a las políticas económicas encabezadas por el expresidente Pérez, a las cuales acusaba de neoliberales.⁵⁵ Por otra parte, insistía en la refundación del Estado a través de una reforma integral de la Constitución de 1961, inspirada en el proyecto elaborado bajo su liderazgo a partir de 1989 y que había presentado al Congreso el 27 de marzo de 1992, para su aprobación. Pensaba que de esta manera, se le restaba impulso a los que se inclinaban por la reforma a través de una asamblea nacional constituyente.⁵⁶ Ese proyecto proponía avanzar de una democracia representativa a una democracia participativa, se establecían los referendos en todas sus modalidades y otros cambios significativos. Sin embargo, eran tales los problemas estructurales de la sociedad, que parecía imposible acometer la tarea sin la existencia de un gran acuerdo nacional.⁵⁷ Nos dirá Velásquez: "Hay que olvidarse de que un hombre o un partido puedan realizar una obra de la envergadura y de los desafíos exigidos hoy por Venezuela. Sólo un acuerdo que tenga capacidad de reunir voluntades diversas y dispersas puede hacerlo. Es una disposición programática pero ante todo es una disposición a reconocer que el odio, la retaliación, la aniquilación del adversario sólo conducen al desplome de la República."⁵⁸

El propio Velásquez nos ilustra sobre cuál debe ser el hilo conductor de ese gran acuerdo nacional: "En el centro del acuerdo debe estar el proceso de reforma del Estado. Esta reforma ha comenzado y ha logrado conquistas fundamentales para la sociedad, pero las tareas que están pendientes tienen

53 Cfr.: Ramón J. Velásquez, Alocución en el Congreso de la República, 28 de enero de 1994. Cfr.: Heinz R. Sonntag, Venezuela. El difícil curso de la transición, Pág. 1. Cfr.: Andrés Caldera Pietri, La Muerte de la Democracia, S/P

54 Ramón J. Velásquez, Alocución en el Congreso de la República, 28 de enero de 1994

55 Recordemos su famosa Carta de Intención al Pueblo Venezolano.

56 Cfr.: Andrés Caldera Pietri, La Muerte de la Democracia, S/P

57 Ramón J. Velásquez, Alocución en el Congreso de la República, 28 de enero de 1994

58 Ibidem

una entidad que las hace inaplazables”⁵⁹ y dentro de ese proceso de reforma, destaca: “La reforma constitucional es el elemento clave de ese proceso. No se trata de todos los cambios a los que podría aspirarse en este terreno sino aquéllos que logren crear una plataforma para la modernización irreversible de la Nación.”⁶⁰

Sin embargo, la enorme crisis financiera, que en el corto plazo se inicia con la caída del Banco Latino, todavía en el gobierno de Velásquez, pero que en el largo plazo era la consecuencia de no haberse tomado las medidas que debieron ser tomadas desde finales de la década de los setenta, llevó a que el proyecto de reforma constitucional quedase archivado, en parte por la necesidad del gobierno de lograr el apoyo político de Acción Democrática, no muy ganada al proyecto de reforma, en un momento tan necesario para superar la nueva crisis que se sumaba a los ya graves problemas que atravesaba el país. Por otra parte, alejándose de sus compromisos electorales, Caldera asume un programa de gobierno que en lo sustancial era muy similar al del presidente Pérez en su segundo mandato. Igualmente, impulsa una apertura petrolera en 1997 que implicaba la participación del sector privado nacional e internacional en la exploración, explotación y refinación del petróleo y el gas natural con especial atención en la Faja Petrolífera del Orinoco.

Sin desconocer los problemas de su gobierno, con Caldera en el poder se generó cierta tranquilidad en el país, que no se vio afectada por las medidas de control de cambios, administración de divisas y control de precios. Parecía como si la población comenzaba a comprender la necesidad de estas decisiones. Igualmente, se percibía un mayor control del sector militar por parte del gobierno. Pero se había pagado un costo, la reforma del Estado y la reforma constitucional desaparecieron del escenario político. Sólo cuando se percibió que las medidas tomadas por el gobierno no daban los resultados esperados, reaparecieron las protestas. El gobierno les hizo frente con el anuncio de la llamada Agenda Venezuela (1996) y la incorporación de figuras como Teodoro Petkoff en el Ministerio de Planificación y Freddy Rojas Parra en el Ministerio de Industria y Comercio.⁶¹ En 1997 presentó la Agenda Venezuela II, que no tuvo el mismo impacto que la primera, pese a que se orientaba a la reactivación del aparato productivo y a un fortalecimiento de la política social. De nuevo aparecieron voces que exigían la salida de presidente a través de elecciones anticipadas.⁶²

59 Ibidem

60 Ibidem

61 Heinz R. Sonntag, Venezuela. El difícil curso de la transición, Pág. 5

62 Heinz R. Sonntag, Venezuela. El difícil curso de la transición, Pág. 5

Otro hecho importante y polémico del gobierno de Caldera fue el sobreseimiento de la causa de Hugo Chávez Frías, uno de los cabecillas del fallido golpe de Estado del 4 de febrero de 1992.⁶³ La decisión tomada el 26 de marzo de 1994, era continuación de la labor iniciada por el gobierno de Ramón J. Velásquez, quien había sobreseído la causa de más de doscientos setenta partícipes de los alzamientos militares del año 1992.

Desde su salida de la prisión, Hugo Chávez se dedicó a defender la tesis de la abstención electoral, incluso en perjuicio de su compañero de andanzas Francisco Arias Cárdenas, quien se había postulado como candidato a la gobernación del estado Zulia en las elecciones regionales de 1995. Con una preferencia en las intenciones de voto que no superaba el 4%, su mensaje continuaba siendo el de la desobediencia civil y la rebelión militar, postura que cambiará en 1997 cuando decide participar en la contienda presidencial prevista para el año siguiente.⁶⁴ Sin embargo, hasta inicios de 1998, Chávez no era un aspirante con posibilidades de ganar la presidencia de la república.

Las elecciones regionales de 1995, mostraron una inclinación hacia el bipartidismo tradicional por parte de los votantes. Acción Democrática, no obstante, los contratiempos que había atravesado en tiempos recientes, obtuvo el triunfo en doce de las veintidós gobernaciones en disputa. Por su parte COPEI, ganaba en seis gobernaciones, cuatro con candidatos propios y dos en las que había brindado su apoyo. No obstante, el punto clave era el descontento de la población votante, que se reveló en la alta abstención que alcanzó a un 53%.

VIII. De la revolución bolivariana al socialismo del siglo XXI

El descalabro llegará en el marco de las elecciones presidenciales previstas para diciembre de 1998. El deterioro de los ingresos familiares y de la calidad de vida de los venezolanos era evidente, a lo cual se sumaba la desmejora acelerada de los servicios públicos. Se generaba una situación en la cual el desencanto y la desesperanza preparaban el escenario para la irrupción de un líder ajeno y anti sistema que capitalizara las frustraciones de los ciudadanos.

63 Sobre el particular léase “El sobreseimiento de Chávez” escrito por Juan José Caldera. En: Rafael Caldera, De Carabobo a Punto Fijo. Los Causahabientes, Pág. 162-174

64 Andrés Caldera Pietri, La Muerte de la Democracia, S/P

Como si nada ocurriera, los partidos se encontraban enfrascados en la elección de los candidatos presidenciales de sus respectivas toldas políticas. La dirigencia de Acción Democrática, a través del Comité Directivo Nacional, se inclinó por la candidatura de Luis Alfaro Ucero, para ese momento Secretario General del partido. Desconociendo el sentimiento de su militancia, imponía un candidato que no contaba ni con el respaldo, ni con las condiciones para ocupar esa posición y desplazaba a Claudio Fermín, quien por el contrario, tenía el apoyo de las bases y presentaba mayores probabilidades de triunfo. La crisis interna se zanjó con la renuncia de Fermín al partido y la conformación de una organización política propia.⁶⁵

Por su parte, COPEI se decantó por la candidatura de Irene Sáez (14-05-1998), una ex reina de belleza, quien no provenía de las filas del partido y que inicialmente punteaba en todos los sondeos de opinión, pero pronto su candidatura irá perdiendo fuerza, lo que trajo como consecuencia que algunos empresarios y jerarcas de los medios de comunicación, interesados en cuadrarse con el ganador, le restaran su patrocinio y se cuadraran con la candidatura de Hugo Chávez Frías, a quien las encuestas mostraban con una tendencia ascendente. Chávez era apoyado por militares, por grupos de la izquierda tradicional, por sectores empobrecidos por la crisis, sectores de clase media y algunos movimientos sociales e intelectuales. Su programa se centraba fundamentalmente en el antipartidismo y en la negativa a las reformas pro mercado.⁶⁶

En todo este ambiente de campaña electoral, se echaba de menos un gran acuerdo nacional, que entendiendo la crisis que desde adentro se había generado en la democracia venezolana, se orientara al impulso de la reforma del Estado. Sólo al final, y por meras conveniencias electorales, cuando la candidatura de Hugo Chávez y su “proyecto” parecían indetenibles, los partidos tradicionales, buscaron unir fuerzas en torno a la candidatura de Henrique Salas Römer, de Proyecto Venezuela. Lo paradójico del asunto es que Acción Democrática en general y en particular su candidato Luis Alfaro Ucero, se habían dedicado sistemáticamente a atacar a Salas durante toda la campaña, con una intensidad que no se apreciaba frente al candidato Hugo Chávez Frías, quien capitalizaba las verdaderas posibilidades de triunfo. Al final, Alfaro se niega a retirar su candidatura y AD decide expulsarlo del partido, para sin candidato, poder brindarle su apoyo a Salas, a quien los sondeos colocaban como segunda opción en las elecciones presidenciales, aunque

65 Ibidem

66 Cfr.: Manuel Hidalgo Trenado, Venezuela: De la crisis del modelo de Punto Fijo al régimen Chavista, Pág. 20

algo distante de Hugo Chávez, quien encabezaba las encuestas. “Como una irónica evidencia del error garrafal que cometíamos, dirá Paulina Gamus, mientras AD decidía apoyar a Henrique Salas Römer, aún se transmitían en la radio y en la TV las cuñas adecas de nuestros creativos brasileros, que se burlaban de ese aspirante presidencial valenciano y de su caballo Frijolito.”⁶⁷

En un dejo de desesperación, AD y COPEI, valiéndose de su mayoría en el Congreso, deciden adelantar las elecciones parlamentarias para el 8 de noviembre de 1998. Estaban inicialmente previstas para el mes de diciembre del mismo año junto con las presidenciales. Acción Democrática resultó ser la fuerza más votada con 21 senadores y 61 diputados, pero ya el Movimiento V República del comandante Hugo Chávez se posicionaba como la segunda opción, desplazando al partido social cristiano COPEI. Con todo, los partidos adversos a la izquierda conservaban el control en ambas cámaras. Daban por descontado el triunfo de Chávez, pero pensaban que con mayoría en el parlamento podrían controlarlo.⁶⁸ “En el origen del ascenso al poder de Chávez se encontraba la crisis del Estado rentista, la crisis de representatividad de los partidos históricos y el debilitamiento de las instituciones democráticas, absolutamente descuidadas por dichos partidos, incluyendo la reforma constitucional, siempre relegada desde que se planteara su necesidad, finalizando la década de los ochenta.”⁶⁹

Ante toda esta tragedia, muchos decepcionados con el comportamiento de los partidos tradicionales y que no terminaban de entender ese apoyo de última hora a Salas Römer, decidieron sumar su voto a Hugo Chávez.⁷⁰ De hecho, Salas Römer obtuvo el 40% de los votos en las elecciones, y de ese total, el aporte de AD fue del 9,05% y el de COPEI, del 2,15%. Alfaro obtiene un 0,42% de los votos e Irene Sáez, quien como Alfaro había decidido mantener su candidatura, se hace con el 2,82%. Por otra parte, en la mente de algunos electores que votaron por Chávez, rondaba la idea de que sólo en dictadura se podían tomar las grandes decisiones tan necesarias para provocar los cambios que requería el país, y aunque Chávez triunfaba en el marco del sistema democrático, su condición de militar retirado y de ser el cabecilla más visible de la insurgencia militar de febrero de 1992, alimentaba esa especie. “El sistema electoral que se había consolidado en la democracia fue lo que permitió el triunfo de Hugo Chávez en las elecciones de 1998. Dicho triunfo fue reconocido sin ambages y este pudo asumir pacíficamente el poder, para

67 Paulina Gamus, *Permítanme Contarles*, Pág. 233

68 Cfr.: *Ibid*, Pág.226

69 Andrés Stambouli. *La República Extraviada*, Pág. 220

70 Cfr.: Andrés Caldera Pietri, *La Muerte de la Democracia*, S/P

de inmediato jurar ante 'la moribunda' Constitución. Como consecuencia de ello, la izquierda radical estalinista-castrista con su dogmatismo y prejuicios, sobre los lomos del militarismo logró lo impensable: conquistar el poder por la vía electoral en la que no había creído en la década de los sesenta."⁷¹

Para 1998, Venezuela atravesaba una situación muy complicada. A la crisis institucional, y en parte como consecuencia de ella, se agregaba la situación económica y social. El desempleo rondaba el 15% y el empleo informal el 50%. El salario real se había depreciado a niveles de 1984.⁷² La pobreza y la desigualdad se habían profundizado.⁷³ Ante ese panorama resultaba hasta entendible que la asunción del poder por parte de Hugo Chávez Frías se recibiera con optimismo, no sólo en los estratos más deprimidos de la población, sino en algunos sectores pertenecientes a la clase media. Chávez audazmente se había desmarcado de los últimos gobiernos que le precedieron acusándolos de neoliberales.⁷⁴ Igualmente, se había comprometido a impulsar la democracia participativa, que no era una idea original, pues como señalamos, estaba contemplada en el proyecto de reforma constitucional planteado desde 1989, pero supo explotar hábilmente este concepto desde una perspectiva populista.

Estimulados por el nuevo gobierno, y enmarcados en la democracia participativa, de inmediato se conformaron comités y mesas de trabajo en torno a diversos temas de interés como la propiedad de la tierra o el funcionamiento de algunos servicios públicos como el agua, el gas, por mencionar algunos ejemplos. Esto fue complementado con una serie de programas sociales focalizados y de carácter asistencialista⁷⁵, que se implementarán pese a las restricciones económicas resultantes de los bajos precios petroleros, que para 1998 habían caído a 9 o 10 dólares por barril, situación que se extenderá hasta el año 2003. Por esta razón, las políticas sociales inicialmente no tuvieron todo el alcance esperado.⁷⁶ No obstante, le permitieron al gobierno avanzar en el fortalecimiento del su proyecto político (Revolución, Proceso) y del liderazgo de Hugo Chávez, circunstancia que le será de utilidad para enfrentar con éxito los conflictos que se le presentarán entre los años 2001 y 2005.⁷⁷

71 Ramón Escovar León, El adelanto de las elecciones parlamentarias. En: El Nacional, Sección Opinión Columnista, 22 de febrero de 2018.

72 Cfr.: David Hernández-Martínez y Elena Pérez-Lagüela, Análisis de la sostenibilidad del modelo económico venezolano: chavismo, petróleo y distribución de la renta. Pág. 155-156

73 Cfr.: Ibid, Pág. 156

74 Cfr.: Leonardo Vera, Venezuela 1999-2007, S/P

75 Cfr.: Ibidem

76 Cfr.: Ibidem

77 Cfr.: Margarita López Maya, La crisis del chavismo en la Venezuela actual, Pág. 166

Con la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, ampliamente controlada por el chavismo mediante la manipulación del principio de proporcionalidad del voto, no sólo se sancionará una nueva constitución (1999) orientada al fortalecimiento del poder ejecutivo, sino que aprovechando la relegitimación de los poderes, la autonomía relativa de que estos gozaban durante la época democrática, desaparecerá para dar paso a unos órganos cuyos titulares se limitan a cumplir obedientemente las órdenes presidenciales.

Ese proceso de control de los poderes será continuado por la Asamblea Nacional, en la cual la “revolución” contó con mayoría simple hasta el año 2005. Así tenemos la escogencia del Consejo Nacional Electoral, sobre todo a partir de 2003 o la designación de los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente cuando se decidió ampliar el número de magistrados en el año 2004. A partir del 2005, la mayoría simple de que gozaba el chavismo en el poder legislativo se transformará en mayoría absoluta, con el retiro de la oposición del proceso electoral para la escogencia de los diputados, alegando fraude.

A esto debemos sumar que desde un primer momento, Chávez se negó a establecer contacto con los partidos tradicionales a los que responsabilizaba de todos los males del país. Como líder de la anti política, hizo creer que los partidos políticos podían ser sustituidos por otras organizaciones y así quedó plasmado en la constitución de 1999.⁷⁸ Explotó muy bien la sinonimia corrupción-partidos políticos que estaba anclada en el imaginario colectivo y muchos creyeron que concentrando el poder en la figura presidencial, los males del pasado serían erradicados. En ese ambiente resultaba fácil para

78 Artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado (Constitución de la República Boliviana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 5.908 de fecha 19 febrero 2009)
La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización. Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público.

Chávez hacer y deshacer sin ningún contrapeso y avanzar en la imposición de un “nuevo modelo” de Estado.⁷⁹ La propia constitución nacional, que a pesar de todo era de corte liberal, pronto se convertirá en un obstáculo a los objetivos presidenciales. Poco a poco se va conformando un gobierno híbrido, que combina características democráticas con formas propias de modelos de corte autoritario⁸⁰.

En todo este proceso de concentración de poder, merece especial mención el referéndum revocatorio. La oposición, aprovechando el cumplimiento de la mitad del período presidencial y tratando de capitalizar los eventos de los años 2000, promulgación de la Ley Habilitante, 2001 paquete de leyes y 2002, intento de golpe de Estado y paro petrolero, que habían impactado negativamente en la popularidad del régimen, como reflejaban las encuestas, impulsó un referéndum revocatorio presidencial (2003). El proceso estuvo plagado de todos los obstáculos posibles, demorándose prácticamente un año. El Consejo Nacional Electoral, liderado por uno de sus rectores, quien después ocupará la vicepresidencia de la república, lo retrasó convenientemente hasta agosto de 2004, para permitir no sólo la recuperación del gobierno, sino el desarrollo de una intensa campaña a favor del NO, que terminó favoreciendo la victoria presidencial. El gobierno aprovechó muy bien el incremento acelerado de los precios del petróleo que se produce a partir del 2003, contando así con los recursos suficientes para impulsar las misiones, un conjunto de programas sociales de mayor cobertura que los aplicados inicialmente, cuya rápida implementación, a través de mecanismos extra institucionales, cambió la percepción que se tenía sobre el régimen.⁸¹ Además, después del fracaso del paro petrolero (2002-2003), PDVSA pasa a estar bajo el control presidencial, lo que le permitía desviar recursos hacia los proyectos sociales e impulsar un nuevo modelo empresarial, a través de las cooperativas y las empresas de producción social, con las que se pretendía desplazar a las formas tradicionales de organización agrupadas en Fedecámaras.⁸² Incluso fue más allá, “expropiando” empresas productivas, algunas de las cuales fueron entregadas a sectores sindicales afectos a su proyecto y hoy quebradas en su mayoría.⁸³

79 Cfr.: Andrés Stambouli. *La República Extraviada*, Pág. 216

80 El calificativo de gobiernos híbridos fue acuñado en el marco de los debates sobre la calidad de la democracia que comenzaron a desarrollarse a partir de 1999.

81 Leonardo Vera, *Venezuela 1999-2007*, S/P

82 *Ibidem*

83 Cfr.: Manuel Rubén Trujillo, *El legado económico de Hugo Chávez: las medidas que originaron el desastre*, S/P

Fortalecido por el triunfo en el referéndum revocatorio, Chávez se convierte en el gran elector, como se puso de manifiesto en las elecciones regionales de octubre de 2004, en las cuales los candidatos de tendencia oficialista, con su apoyo, se impusieron en veintiuna de las veintitrés gobernaciones en disputa.

A medida que Chávez cosecha triunfos políticos, el personalismo y el autoritarismo se van haciendo más que evidentes y el modelo democrático se va desdibujando. La oposición, golpeada y fragmentada, es muy poco lo que puede hacer para evitarlo. Diversos organismos públicos pasan a estar controlados por sectores militares adeptos al régimen que se imponen sobre los civiles, regresando a la realidad que imperó en Venezuela desde su independencia hasta 1958, el acentuado militarismo.⁸⁴ “La llegada de Hugo Chávez al poder significó que los militares también llegaron a comandar los poderes públicos y a estar en altos cargos de gobierno. Esto derivó en que los militares dominaran instancias como el sistema aduanero, el ministerio de alimentación, ministerio de industrias y la administración de impuestos.”⁸⁵ Se hacía palpable que la actitud excluyente no era sólo frente a la oposición, sino también frente a algunos sectores civiles que le apoyaban, los cuales no eran considerados al momento de tomar las grandes decisiones.⁸⁶

El año 2005 marca un punto de inflexión importante para el modelo chavista. A partir de ese año, Chávez decide distanciarse del calificativo de revolución bolivariana con el que venía identificando al proceso bajo su liderazgo y comienza a pregonar un nuevo modelo de Estado al que denomina socialismo del siglo XXI. Para ese momento, no queda claro de que se trata y cuál es su contenido, ya que como ellos mismos señalan, es un modelo que está por definirse.⁸⁷ Lo cierto es que critican al capitalismo, pero entendido en la forma más “salvaje” y liberal que en nada coincide con los sistemas capitalistas imperantes para ese momento. Tampoco se entiende en que se diferencia o coincide con el socialismo democrático, que como una de las formas de capitalismo reformado que cobraron especial relevancia después de la caída de la URSS y de otros regímenes comunistas, mostraba resultados exitosos en algunos países. En la mente de una parte de la población y hasta el año de 2007, el socialismo del siglo XXI era percibido como “...un movimiento de lucha por una mayor igualdad, defensor de la intervención del Estado en la

84 Cfr.: Margarita López Maya, *La crisis del chavismo en la Venezuela actual*, Pág. 166

85 Cfr.: Manuel Rubén Trujillo, *El legado económico de Hugo Chávez: las medidas que originaron el desastre*

86 Cfr.: Carlos Aponte Blank; Luis Gómez Calcaño, *El Régimen Político en la Venezuela Actual*, Pág. 7

87 Cfr.: *Ibid*, Pág. 2-3.

sociedad, y una actitud solidaria hacia los más pobres, identificándose con el mayor gasto social y con las Misiones Sociales tan en auge entre el 2003 y el 2005.”⁸⁸

La amplia victoria obtenida por Chávez en la elección presidencial de 2006 frente al candidato de la oposición Manuel Rosales, fue interpretada como un plebiscito aprobatorio de la gestión presidencial y del modelo de estado socialista asumido. A partir de ese momento se incrementó el espíritu anti descentralizador de Chávez, concentrándose cada vez más el poder en torno a su persona.⁸⁹ “...el conflicto, la heterogeneidad, la contradicción, que es lo esencial en la política (...) debe evitarse por el bien de la República. Toda la red de valores políticos se articula en términos de su relación con la idea de unión: de allí la re-centralización y el juicio acerca de los peligros de la descentralización...”⁹⁰ Esto chocaba frontalmente con la constitución de 1999 que consagraba a Venezuela como un Estado federal descentralizado.

Con la seguridad que le daba la reelección, de 2007 en adelante, Chávez decide avanzar en la consolidación del socialismo del siglo XXI, que se identifica cada vez más con la izquierda tradicional, en especial con el proceso político cubano.⁹¹ Decide impulsar una reforma constitucional con la finalidad de imponer el modelo socialista, que llevada a referéndum, fue rechazada por la mayoría de la población en diciembre de 2007. Irrespetando los resultados, siguió adelante con su modelo, para lo cual se valió de la obsecuencia de los poderes públicos, en este caso del Tribunal Supremo de Justicia, que mediante maniobras jurídicas consagró un régimen que reñía y era paralelo al consagrado constitucionalmente.⁹² Esto fue complementado con la aprobación de la enmienda constitucional que permitía la reelección presidencial continua (febrero de 2009) y eliminaba los obstáculos a la reelección de Chávez para un nuevo período presidencial.⁹³

88 Colette Capriles, *La enciclopedia del chavismo o hacia una teología del populismo*, Pág. 73-92

89 Cfr.: Margarita López Maya, *La crisis del chavismo en la Venezuela actual*, Pág. 166-167

90 Colette Capriles, *La enciclopedia del chavismo o hacia una teología del populismo*, Pág. 73-92

91 Cfr.: Colette Capriles, *La enciclopedia del chavismo o hacia una teología del populismo*, Pág. 73-92. Cfr.: Carlos Aponte Blank; Luis Gómez Calcaño, *El Régimen Político en la Venezuela Actual*, Pág. 2-3. Cfr.: Margarita López Maya, *La crisis del chavismo en la Venezuela actual*, Pág. 166

92 Cfr.: Margarita López Maya, *La crisis del chavismo en la Venezuela actual*, Pág. 166-167

93 Cfr.: Carlos Aponte Blank; Luis Gómez Calcaño, *El Régimen Político en la Venezuela Actual*, Pág. 7

Ahora bien, nada de esto hubiera sido posible si la revolución, devenida en socialismo del siglo XXI, no hubiera contado con los recursos suficientes para financiar este proyecto. El precio del barril de petróleo, fuente fundamental de los ingresos del país, se incrementó de manera sostenida a partir del 2003. Sólo cuando en el año 2013 los precios petroleros comenzaron a descender sostenidamente, se comprobó que se trataba de un modelo que no podía perdurar en el tiempo. La muerte de Chávez el 5 de marzo de ese año, ocasionó que los rigores de la crisis que su modelo había incubado, se produjeran en el gobierno de su sucesor, quedando en la mente de muchos la idea de que Chávez había sido un buen gobernante, cuyo legado no estaba siendo mantenido. La crisis puso en evidencia, además, que el modelo chavista no era más que un petroestado neopopulista y autoritario que desde el punto de vista económico se había enfocado en el consumo más que en la producción, orientando los grandes recursos petroleros a las importaciones en desmedro de la industria nacional. Las cooperativas y las empresas de producción social, de forma directa o indirecta quedaron vinculadas a la industria petrolera y, en consecuencia, atadas a la renta que esta generaba más que al esfuerzo de sus promotores.⁹⁴ Además, el hecho de que las cooperativas no pagaban impuestos y recibían créditos blandos del Estado, llevó a que muchos disfrazaran como cooperativas lo que en el fondo eran verdaderas sociedades mercantiles⁹⁵

Otra parte importante de esos ingresos petroleros se orientaron al gasto social, generando así una situación de cierto bienestar que alcanza fundamentalmente a los más desposeídos, que pasan a constituir el sector privilegiado del clientelismo político chavista. Sin embargo, se trata de una situación que sólo podía mantenerse en la medida que los precios del barril de petróleo siguieran incrementándose indefinidamente. La exacerbación del rentismo petrolero llevaba implícito el germen de una crisis futura más profunda, en la cual la simple estabilización de los precios a niveles que para cualquier economía deberían resultar satisfactorios, generaba dificultades para un gobierno que debía acudir a los empréstitos para cubrir el déficit fiscal. El gobierno bolivariano mientras más ingresos recibía, más se endeudaba, aspecto en el que coincidía con algunos de los últimos gobiernos del período democráticos, pero, en general, con el chavismo la situación era mucho más grave “...pues la destrucción de instituciones de la democracia representativa ha profundizado la endémica ineficiencia y corrupción administrativa, mientras la polarización política y la falta de reconocimiento del oficialismo de sus

94 Cfr.: Leonardo Vera, Venezuela 1999-2007, S/P

95 Cfr.: *Ibidem*

adversarios políticos –que descalifica y considera ‘enemigos’– ha contribuido con el quiebre creciente de las normas de convivencia social.”⁹⁶

En todo este ambiente, el tema de la reforma del Estado, como venía planteado antes del triunfo de Chávez Frías, es cosa del pasado. Se retrocede en temas como la descentralización y aunque los gobernadores siguen siendo electos, los resultados son desconocidos o sus facultades le son conculcadas. En consecuencia, muchos de los problemas que se le atribuían a la democracia venezolana se han multiplicado, a pesar de los inmensos recursos recibidos entre 2003 y 2013. El control de cambios impuesto desde 2002, con varias tasas oficiales para el dólar, ha propiciado la corrupción con el comercio de divisas, mientras los controles de precios han estimulado el contrabando hacia países vecinos. En lo social, el tema de la inseguridad que ya mostraba cifras preocupantes antes de la llegada de Chávez, se ha exacerbado, convirtiendo a Venezuela en uno de los países más violentos del mundo.⁹⁷ Mención aparte merece el tema de la inflación, que desde el 2011 supera a las de todos los países de continente americano sumadas, sin que hasta la fecha se hayan tomado los correctivos necesarios.⁹⁸ “El gobierno venezolano con el liderazgo de Hugo Chávez logró el control del Banco Central de Venezuela, que hasta ese momento gozaba de autonomía en sus decisiones, cesando la publicación de data oficial relacionada con las estadísticas macroeconómicas del país. Ante la caída de los precios del petróleo, y aprovechando el dominio sobre el Banco Central, el gobierno venezolano decidió financiar su deuda interna con una impresión desmedida de papel moneda nacional sin respaldo en sus arcas.”⁹⁹

En conclusión, más que un modelo de estado socialista democrático, se ha impuesto un modelo autoritario y radical que en mucho se distancia de la verdadera democracia. De allí, que si antes del ascenso de Hugo Chávez al poder faltaba mucho por hacer en lo que a la una mayor democratización del

96 Margarita López Maya, *La crisis del chavismo en la Venezuela actual*, Pág. 167

97 Cfr.: *Ibid*, Pág. 168

98 Cfr.: Manuel Rubén Trujillo, *El legado económico de Hugo Chávez: las medidas que originaron el desastre*, S/P

99 El principal factor que genera alta inflación de precios en Venezuela en la actualidad es la emisión de dinero para financiar déficit financiero de PDVSA y del gobierno; también, los créditos al gobierno y otras entidades públicas provocan emisión de nuevo dinero. La reducción de las reservas internacionales implica que esa emisión de dinero nuevo se hace sin respaldo; la nueva liquidez entra a la economía provocando incrementos de saldos monetarios que buscan la los mismos bienes y servicios. Los controles cambiarios, el desincentivo a la producción y la escasez resultantes acentúan el efecto inflacionario de la emisión monetaria. (Ernesto Selman; Rafael Fornet: *Venezuela: Análisis económico de un país en crisis*, Pág. 5)

Estado se refiere, ahora, con el viraje que desde el gobierno se le ha dado al país, la reforma del Estado en términos democráticos sigue siendo una tarea pendiente.

Ahora bien, no podemos llamarnos a engaños, muchas de las personas que rechazan al socialismo del siglo XXI, al gobierno y que en algún momento le apoyaron, cifran su rechazo en el sentimiento de que ya sus demandas no son satisfechas. Muchos, legítimamente, anhelan el establecimiento de un nuevo gobierno con la esperanza de colocar al país por el sendero democrático nuevamente, pero otros aspiran a un cambio con el único deseo de recibir del Estado las dádivas que venían recibiendo, que consideran un derecho adquirido y que ya no reciben y, justamente, eso es lo que hay que cambiar. Sin revanchismos, hay que ayudarles a entender, lo cual no es nada fácil, que no se trata de un problema de quien gobierne, sino del agotamiento de un modelo que ya es imposible que se pueda sostener en el tiempo y que sólo el trabajo productivo nos puede sacar adelante y colocar nuevamente al país en la senda del desarrollo.

IX. Fuentes

Aponte Blank, Carlos, y Luis Gómez Calcaño. *El Régimen Político en la Venezuela Actual*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), 2009.

Bautista Urbaneja, Diego. “El Sistema Político Gomecista.” En *Juan Vicente Gómez y su Época*, compilado por Elías Pino Iturrieta, 272. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993.

Brewer Carías, Allan. “El Presidente y Acción Democrática se oponen a la Reforma del Estado.” *El Nacional*, 20 de octubre de 1986, D-2.

Caballero, Manuel. *La Crisis de la Venezuela Contemporánea*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1998.

Caldera, Rafael. *De Punto Fijo a Carabobo. Los Causahabientes*. Caracas: Editorial Libros Marcados, 2013.

Caldera Pietri, Andrés. “La Muerte de la Democracia.” *La Patilla*, 4 de febrero de 2019. <https://www.lapatilla.com/2019/02/04/andres-caldera-pietri-la-muerte-de-una-democracia/>.

Capriles, Colette. “La enciclopedia del chavismo o hacia una teología del populismo.” *Revista Venezolana de Ciencia Política* 29, no. 1 (enero-junio 2006): 73–92.

Consalvi, Simón Alberto. *El año que los venezolanos perdieron el miedo*. Caracas: Los Libros de El Nacional, 2007.

Duarte L., Alexander J. “Continuidades y Rupturas de la Política Exterior de Promoción de la Democracia Venezolana durante el Gobierno de Transición del Presidente Ramón J. Velásquez (Junio 1993- Febrero 1994).” Trabajo de especialización, Universidad Central de Venezuela, 2013. http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/4285/1/To26800007540-0-Alexander_Duarte_FinalPublicacion-000.pdf.

Escovar León, Ramón. “El adelanto de las elecciones parlamentarias.” *El Nacional*, 22 de febrero de 2018.

Fundación Empresas Polar. *Diccionario de Historia de Venezuela*, versión en línea, 1997. Consultado el 24 de septiembre de 2025. <https://www.fundacionempresaspolarg.org/diccionario>.

Gamus, Paulina. *Permítanme Contarles*. Caracas: Editorial Libros Marcados, 2012.

Hernández-Martínez, David, y Elena Pérez-Lagüela. “Análisis de la sostenibilidad del modelo económico venezolano: chavismo, petróleo y distribución de la renta.” *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo* 6, n.º 2 (2017): 148–174.

Hernández, Ramón. *Carlos Andrés Pérez*. Caracas: El Nacional-Fundación Bancaribe, 2012.

Hidalgo Trenado, Manuel. “Venezuela: De la crisis del modelo de Punto Fijo al régimen Chavista.” *Revista Nuestra América*, n.º 4 (2007): 13–35.

López Maya, Margarita. “La crisis del chavismo en la Venezuela actual.” *Estudios Latinoamericanos, Nueva Época*, n.º 38 (2016): 159–185.

Méndez, Rosalba Gómez. “¿Un período histórico?” En *Juan Vicente Gómez y su Época*, compilado por Elías Pino Iturrieta, 272. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993.

Pérez, Francisco Javier. “Rómulo Gallegos.” *El Desafío de la Historia* 6, n.º 44: 34-69.

Plaza, Elena. “El 23 de enero de 1958.” *El Desafío de la Historia* 3, n.º 16: 76-80.

Quero de Trinca, Mirella. “La Resistencia.” *El Desafío de la Historia* 3, n.º 16: 70-73.

Rivero, Mirtha. *La Rebelión de los Náufragos*. Caracas: Editorial Alfa, 2012.

Rodríguez Gallad, Irene. “Perfil de la economía venezolana durante el régimen gomecista.” En *Juan Vicente Gómez y su Época*, compilado por Elías Pino Iturrieta, 272. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993.

Sabino, Carlos. “El sistema político venezolano: estabilidad, crisis e incertidumbre.” Consultado el 24 de septiembre de 2025. http://paginas.ufm.edu/Sabino/word/Articulos_capitulos_de_libros_monografias_ensayos/sistema_politico_venezolano.pdf.

Selman, Ernesto, y Rafael Fornet. “Venezuela: Análisis económico de un país en crisis.” Cato Institute, 2014. <https://www.elcato.org/venezuela-analisis-economico-de-un-pais-en-crisis>.

Sierra, Manuel Felipe. “El Caracazo.” *ABC de la Semana*, 27 de febrero de 2010. <http://www.abcdelasemana.com/2010/02/27/%E2%80%99Cel-caracazo%E2%80%99D/>.

Sonntag, Heinz R. “Venezuela. El difícil curso de la transición.” *Nueva Sociedad*, n.º 151 (septiembre-octubre 1997): 17-26. https://nuso.org/media/articles/downloads/2621_1.pdf.

Stambouli, Andrés. *La República Extraviada, Una historia de Medina a Chávez*. Caracas: Fundación para la Cultura Urbana, 2009.

Suniaga, Francisco. *El pasajero de Truman*. Caracas: Cyngular Asesoría 357, 2014.

Trujillo, Manuel Rubén. “El legado económico de Hugo Chávez: las medidas que originaron el desastre.” *Diario Las Américas*, 5 de marzo de 2017. <https://www.diariolasamericas.com/america-latina/el-legado-economico-hugo-chavez-las-medidas-que-originaron-el-desastre-n4116392>.

Velásquez, Ramón J. Alocución en el Congreso de la República, 28 de enero de 1994. Transcripción digital.

Venezuela. *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela* (1953).

Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta Oficial n.º 5.908 Extraordinaria, 19 de febrero de 2009.

Venezuela 1914-2014: Cien años de la industria petrolera. Memoria de las XIII Jornadas de Historia y Religión. Caracas: Fundación Konrad Adenauer-UCAB, 2014.

Vera, Leonardo. “Venezuela 1999-2007.” *Nueva Sociedad*, n.º 215 (mayo-junio 2008). <https://nuso.org/articulo/venezuela-1999-2007/>.

VVAA. *Venezuela Contemporánea 1974-1989*. Caracas: Grijalbo, 1993.

VVAA. *Venezuela Moderna. Medio siglo de historia 1926-1976*. Caracas: Grijalbo, 1993.

Ziems, Ángel. “Un Ejército de alcance Nacional.” En *Juan Vicente Gómez y su Época*, compilado por Elías Pino Iturrieta, 272. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993.

La Iglesia Católica venezolana vista a la luz de los aportes de los obispos venezolanos a la Comisión preparatoria del Concilio Vaticano II

Francisco Febres-Cordero Carrillo¹

pp. 140-149

¹ El autor es abogado y doctor en historia. Fue rector de la Universidad Monteávila (2015-2022).

I. *Preámbulo*

El 25 de enero de 1959, el Papa Juan XXIII anunció la convocatoria a un concilio ecuménico de la Iglesia Católica. Poco después, el 17 de mayo se dio inicio a la fase antepreparatorio del Concilio y se nombró al cardenal Domenico Tardini como presidente de la Comisión encargada de los trabajos de convocatoria y organización de la Asamblea de obispos convocada. El 18 de junio de 1959, a través de un comunicado formal, la Comisión preparatoria solicitó a todos los obispos venezolanos que enviaran a Roma los temas que juzgaran convenientes para tratar en el Concilio. Pocos fueron los obispos que respondieron. La visita ad limina que el cuerpo de obispos hizo a Roma el mismo año 59, y un inesperado accidente automovilístico en donde perdieron la vida dos obispos y un sacerdote, interrumpió las reuniones previstas para estudiar la petición vaticana. En 1960 se reanudaron los trabajos en torno a la petición y se realizaron reuniones de obispos distribuidos por regiones. Luego, cada prelado envió sus propias notas, comentarios y sugerencias a la Comisión preparatoria².

A Roma llegaron 17 comunicaciones. Los obispos que escribieron fueron: Crispulo Benítez, obispo de Barquisimeto. Domingo Roa Pérez, obispo de Calabozo. Rafael Arias Blanco, arzobispo de Caracas. Juan José Bernal Ortiz, obispo de Ciudad Bolívar. Crisanto Mata Cova, obispo de Cumaná. Pedro Tenreiro, obispo de Guanare. José Pulido Méndez, obispo de Maracaibo. José Lebrún Moratinos, obispo de Maracay, quien sería arzobispo de Caracas y segundo cardenal de Venezuela. Antonio Ramírez Salavarría, obispo de Maturín. Acacio Chacón, arzobispo emérito de Mérida. Alejandro Fernández-Feo, obispo de San Cristóbal. Antonio Camargo, obispo de Trujillo. Gregorio Adam, obispo de Venezuela. Constantino Gómez Vila, vicario apostólico de Caroní. Miguel Aurrecoechea Palacio, vicario apostólico de Machiques. José Humberto Quintero, arzobispo coadjutor de la diócesis de Mérida, quien llegaría a ser arzobispo de Caracas y primer cardenal venezolano. Y Nicolás Navarro, reconocido por Pío XII como obispo titular de Usula en 1943 en virtud de sus altos méritos; luego, arzobispo titular de Cárpatos en 1952 y con motivo de su cumpleaños en 1957, prelado asistente al Sacro Pontificio y Conde Romano³.

2 La fuente de información de esta monografía está en <http://www.vaticano2.com/>. Es un portal web que contiene digitalizados recursos para el estudio del Concilio Vaticano II. El portal contiene ciento de fuentes primarias de muchos aspectos sobre el Concilio. Para este trabajo utilizamos la sección “Consilio et vota, curia, obispos y universidades”; esta sección contiene una carpeta con las misivas que enviaron a los obispos venezolanos a la Comisión preparatorio.

3 *Idem*. En adelante, cuando nos refiramos a algún obispo lo haremos señalando el

Al hacer una valoración del conjunto de misivas enviadas por los obispos venezolanos a Roma, en primer lugar, se observa que los prelados recibieron con cierto entusiasmo la convocatoria al Concilio. Las sugerencias que hicieron tenían un tono más normativo que teológico y reflejaban las preocupaciones propias de las iglesias locales. Muchas son recomendaciones y peticiones sobre asuntos relativos a problemas inter eclesiales de interés del gobierno local y de la idiosincrasia del pueblo y del clero venezolano. Pocas proposiciones fueron de envergadura teológica. Mas hay que reconocer que algunas de estas propuestas estuvieron en sintonía con importantes conclusiones que aparecerían en varios documentos conciliares, tales como *Lumen Gentium*, *Gaudium et Spes*, *Gravissimum Educationis* y la *Presbyterorum Ordinis*.

Del conjunto de las 17 comunicaciones, se pueden identificar hasta catorces temas o asuntos distintos. El asunto sobre el sacerdocio, el diaconado y la situación social del clero es el tema que más preocupa a los obispos venezolanos; el tema aparece 19 veces. En segundo lugar, encontramos los temas litúrgicos; aparecen 15 solicitudes distintas. Luego los temas de la cuestión social y el apostolado seglar a través de la acción católica, con 8 menciones cada uno. La relación de los obispos con el clero regular, la coordinación de los trabajos apostólicos de las congregaciones religiosas y la situación en general de los religiosos ocupa también un lugar importante en las preocupaciones de los obispos. La formación de los seminaristas y la estructura y dotación de los seminarios aparece hasta 6 veces nombrado en las proposiciones al concilio. Luego aparecen temas y asuntos de la más amplia variedad tales como los asuntos relativos a la catequesis, la educación en general, el comunismo, el protestantismo, la reforma del Código de derecho canónico, la virgen María y los temas dogmáticos tratados en el Concilio Vaticano I.

¿Qué decían en específico cada una de estas proposiciones? ¿Cómo se concretan los temas que ocupan y preocupan a los obispos? ¿Qué realidad subyacente manifiestan o reflejan estos temas?

Para responder a estas preguntas es necesario un poco de contextualización histórica para entender la situación de la Iglesia venezolana y la preocupación de sus obispos.

En la primera mitad del siglo XX, durante 27 años, Venezuela sufrió la férrea dictadura de Juan Vicente Gómez. En este período (1908-1935), a lo

apellido del Obispo y su respectiva diócesis, sabiendo que la información está contenida en "Consilio et vota, curia, obispos y universidades" del portal indicado en la Nota No. 1.

sombra de un autoritarismo personal y militar, el país fue unificado política y administrativa a través de la construcción de carreteras y diversas vías de penetración. Se logró la pacificación del país con la eliminación progresiva de los caudillos regionales. Comenzó la explotación de la industria petrolera y con ella la transformación urbana del país. Las principales ciudades se consolidaron. El campo progresivamente fue abandonado por la inmigración de la población hacia Caracas, y las otras ciudades que iban creciendo en torno a la industria petrolera y la incipiente industrialización manufacturera del país. Desde el punto de vista político, se forjaron en la clandestinidad los partidos políticos que liderarían los procesos democráticos.

Durante su gobierno, Gómez respetó y mantuvo a una prudente distancia con la Iglesia Católica. Se creó la Conferencia episcopal venezolana y se realizó el primer congreso eucarístico a nivel continental. La Iglesia fue reconocida en su labor educativa, y se permitió la entrada de congregaciones religiosas ocupadas en la fundación de colegios y centros de formación. Se fundaron algunas congregaciones venezolanas. Crecieron las vocaciones religiosas y del clero religioso, mientras que el clero secular sufrió un empobrecimiento económico y cultural progresivo. Los obispos se preocuparon de la restauración y la disciplina sacerdotal. Se fundó un seminario interdiocesano. “Uno de los problemas más graves que se presentó a la Iglesia en este periodo fue su pobreza y, por consiguiente, su imposibilidad en emprender obras de colaboración material para aliviar la penuria de las mayorías.⁴”

Con la muerte del dictador, a partir de 1936, en Venezuela comienza un complejo proceso político caracterizado por convocatoria a elecciones, golpes de estados, alianzas militares y partidistas, asambleas constituyentes y la consolidación de partidos políticos socialdemócratas, democratacristianos y comunistas. Estos vaivenes de la política no fueron óbice para el crecimiento de la incipiente industria petrolera y con ella el afianzamiento de la monoproducción petrolera; la transformación urbana del país; la progresiva modernización de un sector de la sociedad; el posicionamiento venezolano en la geopolítica continental; y la aparición de nuevos hábitos de consumo. Y junto a estos signos de crecimiento se aprecian otros procesos menos distintivos pero que a la postre configurarán el rostro social del país: el abandono del campo, y por tanto de la producción agrícola y pecuaria; el empobrecimiento de grandes extensiones del interior del país; la llegada de ingentes olas de inmigrantes europeos escapando de los estragos de la primera y segunda guerra

4 William Rodríguez Campos, *La Iglesia Venezolana entre los siglos XIX-XX*. Misceláneas Comillas, Vol. 67 (2009), núm. 131, pp. 579-585. De este pequeño ensayo es de donde se toman los datos generales de la situación de la Iglesia Venezolana en el siglo XX.

mundial; la llegada de las misiones protestantes; y la aparición en escena del comunismo, infiltrado en la asociaciones gremiales; entre otras.

Durante este período la Iglesia Católica gozó de una particular libertad de acción y tuvo un renacimiento institucional como protagonista del desarrollo nacional. Se nombraron nuevos obispos, los colegios fundados por las congregaciones religiosas se fueron consolidando, se impulsaron los trabajos apostólicos de la Acción Católica, se fundó la Asociación venezolana de Colegios Católicos y Caritas de Venezuela, se realizó el Congreso catequético nacional, y varios sacerdotes y prelados intelectuales participaron en la Asamblea Constituyente de 1947. Es notorio que durante esta época el clero regular tiene más presencia y crecimiento con respecto al clero secular.

“El periodo cierra con la Carta Pastoral de Mons. Arias del 1 de mayo de 1957 considerada por [el dictador Marcos] Pérez Jiménez como subversiva. A Mons. Arias se debe su catecismo popular, la difusión de los cursillos de cristiandad y del movimiento de

Apostolado Seglar, y la fundación de colegios católicos. De todos modos, la imagen que quedó de la Iglesia antes del golpe de estado a Pérez Jiménez fue la de una iglesia muy relacionada con las élites militares y políticas.⁵”

Este breve esbozo de la situación y el contexto histórico, político, social y eclesial de Venezuela en el momento de la convocatoria del Concilio Vaticano II nos permite acercarnos y comprender a los obispos venezolanos. Como se ha visto, quizá uno de los principales problemas de la Iglesia era la escasez de clero y su situación social. De ahí que los obispos vieran en el Concilio un espacio propicio para que se estudiara y se propusieran soluciones organizativas, pastorales y canónicas que ayudaran a paliar la indigencia del clero diocesano. Pedían que se estudiara lo relativo a la seguridad social del clero, previendo su retiro y a una justa repartición de los beneficios que se obtuvieran de un fondo destinado para tal fin⁶. El tema fue considerado de tanta importancia que se solicitó su regulación en el Código de derecho canónico o que se promulgase una ley específica sobre la previsión social de los sacerdotes.

En general, todos los obispos estaban de acuerdo que parte de la disciplina de la Iglesia era lograr organizar “una común administración diocesana

5 *Idem.*

6 Benítez Fonturvel, Barquisimeto.

para que no encontremos esas conocidas diferencias entre parroquias ricas y parroquias necesitadas; entre los clérigos ricos y pobres; y extensos números de fieles sin asistencia espiritual porque el Obispo no puede asignarles un sacerdote.” También se pedía considerar la provisión económica para aquellos sacerdotes incapaces de ejercer el ministerio⁸, y la posibilidad de que el ordinario tuviera derecho de solicitar a las parroquias más pudientes los recursos necesarios para la asistencia social de los sacerdotes pobres y necesitados⁹. Tanta importancia tenía este asunto, que los obispos consideraban un pecado contra la justicia social la falta de distribución equitativa de los bienes eclesiásticos destinados al mantenimiento de los sacerdotes, las parroquias y los seminarios: “Esto no puede ser mirado con la mayor indiferencia, ni admite justificación alguna, porque constituye un grave problema y es como una herejía contra el Cuerpo Místico de Cristo.”¹⁰

Junto a las necesidades materiales de los sacerdotes mayores o incapacitados, estaba el problema, nada menor, de la falta del clero competente. Para solventar la situación se solicitó la restauración del diaconado “con todo el derecho, responsabilidades y obligaciones; especialmente para que tengan la capacidad de contraer matrimonio.”¹¹ Mas no era unánime la opinión de que se instaurase el diaconado para hombres casados. Alguno solicitó más bien la instauración del voto de castidad para los diáconos, como medio útil para preservar la integridad de la Iglesia y el celibato de los diáconos y de los sacerdotes¹².

También se recomendaba la promulgación de normas claras para lograr conciliar un verdadero espíritu sacerdotal con las exigencias propias de la vida moderna¹³. En este sentido se solicitaba la regulación del traje talar (algunos solicitaban la eliminación de la sotana y se permitiera el uso del *clerigman*¹⁴; otros en cambio solicitaban afirmar el estricto uso de la sotana; y otros pedían una condena a aquellos sacerdotes que vistieran de civil¹⁵). Se recomendó la celeridad de los procesos de secularización de los clérigos apartados del sacerdocio y casados por la vía civil¹⁶; la promoción de la vida

7 Mata Cova, Cumaná.

8 Camargo, Trujillo.

9 Adam, Valencia.

10 Mata Cova, Cumaná.

11 Bernal Ortiz, Ciudad Bolívar; Ramírez Salavarría, Maturín;

12 Aurrecoechea Palacios, Machiques.

13 Pulido Méndez, Maracaibo.

14 Benítez Fonturvel, Barquisimeto.

15 Navarro, Cárpatos.

16 Roa Pérez, Calabozo.

en común del clero diocesano¹⁷; la promoción del estudio de los seminaristas y sacerdotes para que todos obtuvieran un grado académico de filosofía, teología, derecho canónico, economía o pedagogía, erigiéndose facultades eclesiásticas en el país¹⁸; la prescripción canónica de que los curas hicieran todos los años retiros espirituales de al menos cinco días¹⁹; legislar en torno a la facilidad del proceso de excardinación para el traslado de sacerdotes a aquellos lugares donde hubiera poco clero secular²⁰; la dispensa del celibato y de todas las obligaciones clericales de aquellos sacerdotes que vivía públicamente con una mujer, aun luego de haber sido reducidos al estado laical²¹; y por último la regulación de la participación política de los sacerdotes así como la prohibición de opiniones políticas de los sacerdotes en las publicaciones de la prensa dirigida por la Iglesia Católica²².

Y si para los obispos el principal asunto era la disciplina sacerdotal, no menos importante era la regulación de los seminarios y de los contenidos que allí se impartían, aspecto muy relacionado con el asunto sacerdotal. Para los obispos venezolanos era necesario revisar las formas y materias que se tenían como base para la formación de los seminaristas²³. Se veía necesario preparar un programa de formación que incluyera la enseñanza de asuntos agrícolas, industriales y comerciales como parte de una integra formación pastoral. A esta habría que incluirle los asuntos relativos a la doctrina social de la Iglesia²⁴. Además, era importante lograr la debida articulación entre los seminarios mayores y menores y trabajar en la promoción de seminarios interdiocesanos²⁵. Y se recomendó la creación de facultades eclesiásticas para la formación del clero y así evitar la ignorancia generalizada que adolecían muchos sacerdotes diocesanos²⁶.

Los obispos eran conscientes que el Concilio convocado debía afirmar la presencia de la Iglesia en el mundo moderno y fomentar la unidad de los cristianos contra las amenazas del ateísmo moderno. Ateísmo que amenazaba no solo a los Iglesia, sino a cada uno de los cristianos, a la sociedad civil y a las instituciones de Occidente. Para lograr esto, pidieron la condena formal del comunismo “ya que es contrario al sagrado deber de rendir culto a Dios,

17 Ramírez Salavarría, Maturín.

18 Adam, Valencia; Navarro, Cárpatos.

19 Villa, Caroní.

20 Aurrecoechea Palacio, Machiques.

21 *Idem.*

22 Navarro, Cárpatos.

23 Benítez Fonturvel, Barquisimeto.

24 Pulido Méndez, Maracaibo.

25 Lebrún Moratino, Maracay.

26 Benítez Fonturvel, Barquisimeto; Adam, Valencia; Navarro, Cárpatos.

el creador de todas las cosas, y también por ser pernicioso para la sociedad humana y para la libertad de los hombres mismos”. La Iglesia debía mostrar su posición en torno a los temas relativos al origen del mundo, de la vida, de la materia, y de la energía²⁷. El Concilio se debía aprovechar para dejar claro que la doctrina de la Iglesia era una sola, y que obligaba tanto a la jerarquía como a los sacerdotes, y a todo el pueblo fiel; no podía haber escisiones doctrinales entre los diferentes miembros de la Iglesia. En este sentido era importante potenciar el trabajo de las parroquias más allá del templo para poder llegar a todos los estamentos de la sociedad²⁸; afirmar la unidad de toda la Iglesia dando vida y agilidad a las dinámicas parroquiales, diseñando un método catequético para llegar al mundo moderno²⁹.

Para los obispos, la presencia evangelizadora de la Iglesia en el mundo moderno debía hacerse a través de dos vías concurrentes. En primer lugar, como vimos, a través del trabajo pastoral de las parroquias. Y en segundo lugar a través del trabajo seglar organizado desde el apostolado planificado y dirigido por la jerarquía por medio de la Acción Católica, promocionando de manera general los asuntos relativos de lo que llamaban la cuestión social. La Acción católica debía ser incluida dentro del Código de derecho canónico y se debía establecer como un deber o una obligación que todos los laicos pertenecieran y trabajaran apostólicamente en y desde ella. Se pedía la redacción de una especie de guía práctica de actuación sobre los trabajos de la Acción Católica de manera que se organizara de manera centralizada el trabajo de los laicos. Y se recomendó la promulgación de directrices hechas por “hombres expertos en apostolado” y temas sociales, que sirvieran para el diseño e impulso del apostolado seglar³⁰.

Un aspecto interesante en las propuestas episcopales es el asunto litúrgico y sacramental. El tema aparece más de veinte veces citado, pero sin el desarrollo que recibieron los temas relativos a los sacerdotes, los seminarios, la Iglesia y el apostolado laico. Se solicitó la posibilidad de celebrar la Santa Misa en español, aduciendo la debida comprensibilidad de los textos, la ignorancia del pueblo y la piedad. También se aconsejó la reforma y abreviación de la liturgia de las horas; la agilización del rito sacramental del bautismo y la unción de los enfermos; la búsqueda de soluciones procesales expeditas para lograr una pronta resolución de las nulidades matrimoniales; la simplifi-

27 Aria Blanco, Caracas.

28 Pulido Méndez, Maracaibo.

29 Lebrún Moratinos, Maracay.

30 Benítez Fonturvel, Barquisimeto; Arias Blanco, Caracas; Bernal Ortiz, Ciudad Bolívar; Lebrún Moratinos, Maracay; Ramírez Salavarría, Maturín; Chacón, Mérida; Fernández Feo, San Cristóbal; Camargo, Trujillo; Quintero, Mérida.

cación de las vestiduras litúrgicas; la promulgación de un derecho litúrgico; la abolición del precepto de no trabajar los días festivos; aumentar la posibilidad de celebrar Misa por las tardes; y el cambio del régimen del ayuno eucarístico y la abstinencia³¹.

Una cuestión curiosa que se encuentra en las cartas episcopales es lo relativo a la coordinación de las relaciones entre el obispo diocesano y las congregaciones religiosas, así como el apoyo del clero religioso al trabajo que hacían los sacerdotes seculares, como una manera de paliar la falta de atención en las parroquias y las distintas diócesis debido a la escasez de clero. Algunos obispos se quejaban ante la Comisión preparatoria del Concilio porque las congregaciones religiosas se establecían y crecían en las principales capitales del país, descuidando el trabajo evangelizador en los pueblos pobres y más apartados de las ciudades. Estas congregaciones florecían en tamaño, bienes y vocaciones y dejaban vacíos los seminarios diocesanos. Algún obispo llegó a decir que los sacerdotes religiosos no trabajaban y despreciaban trabajar en aquellos lugares necesitados de atención y medios materiales. Otro se quejó porque las congregaciones no obedecían a los obispos y no participaban de forma articulada en los trabajos de la diócesis respectiva. Con este marco, los obispos solicitaron al Concilio la regulación de la relación y el trabajo de las congregaciones siguiendo las directrices del ordinario y que no trabajaran sin concierto y en detrimento del trabajo diocesano y parroquial³².

Por último, hay que anotar, como ya se indicó, que junto a estos temas hasta aquí reseñados se encuentran otras materias dispersas de forma desordenada y sin desarrollo suficiente que solo nos limitamos a mencionar. Así, se solicitó la promulgación del dogma de la mediación universal de la Virgen María³³; la reforma del Código de derecho canónico³⁴; la planificación de una catequesis más eficaz³⁵; el seguimiento de los temas abordados en el Concilio Vaticano I³⁶; la atención a la penetración protestante en América latina³⁷; y el estudio universitario de las mujeres³⁸.

31 Benítez Fonturvel, Barquisimeto; Roa Pérez, Calabozo; Bernal Ortiz, Ciudad Bolívar; Mata Cova, Cumaná; Lebrún Moratinos, Maracay; Ramírez Salavarría, Maturín; Camargo, Trujillo; Adam, Valencia; Gómez Villa, Caroní; Aurrecoechea Palacios, Machiques.

32 Arias Blanco, Caracas; Tenreiro, Guanare; Ramírez Salavarría, Maturín; Quintero, Mérida; Bernal Ortiz, Ciudad Bolívar; Mata Cova, Cumaná.

33 Bernal Ortiz, Ciudad Bolívar.

34 Camargo, Trujillo; Adam, Valencia.

35 Pulido Méndez, Maracaibo,

36 Fernández Feo, San Cristóbal.

37 Tenreiro, Guanare; Navarro, Cárpatos.

38 Navarro, Cárpatos.

II. *Una breve conclusión*

El Concilio Vaticano II fue un punto de llegada y un punto de salida en la historia de la Iglesia Católica. Precedido por una renovación litúrgica, un florecimiento teológico, una nueva concepción del papel del apostolado laical en el mundo y nuevas formas de evangelización —dentro de un marco histórico particular—, el Concilio impulsó una reflexión sobre la Iglesia y su papel y relación con el mundo contemporáneo. Cuando Juan XXIII convocó a esta magna reunión de la Iglesia nadie se imaginó las repercusiones y giros eclesiales, dogmáticos, evangelizadores, morales, litúrgicos y disciplinares que el Concilio traería. La letra y el espíritu de los documentos y propuestas del Vaticano II a la Iglesia y al mundo serían causa de una grave crisis disciplinar, y sería el impulso de un renovado espíritu evangelizador que apenas hoy se está comenzando a notar y que necesitará, además del paso del tiempo, de mucha reflexión, mucha obediencia a la fe, y mucha iniciativa eclesial y personal para llevar el mensaje de Cristo a todos los rincones del orbe.

Los obispos venezolanos del Concilio conocían y vivían las aspiraciones, preocupaciones y anhelos de la porción del pueblo de Dios que presidían. Los obispos participaban de *los gozos y las esperanzas, las tristezas y las angustias de los hombres de su tiempo* y de toda la Iglesia Universal. Los textos que hemos visto en este breve ensayo nos permiten conocer los afanes y preocupaciones de estos preladados. Sus aportaciones a la Comisión preparatoria tienen el valor de ser una rendija documental que nos permite observar la situación de la Iglesia venezolana a finales de la década de los años 50 del siglo XX. Situación que refleja una gran escasez de clero, una pobre preparación en los seminarios, tensiones entre el clero religioso y el clero secular, poca formación doctrinal, y el alejamiento de la fe de un importante sector de la feligresía. Pero también muestran un genuino deseo evangelizador, el compromiso con los postulados de la doctrina social de la Iglesia, la esperanza en el apostolado laical, anhelos de renovación litúrgica y un compromiso institucional con el país. Con la revisión de estos documentos se abren posibilidades investigativas que amplíen la historiografía sobre la historia de la Iglesia de Venezuela en el siglo XX. Esto ameritará la búsqueda de documentos en los archivos personales de los obispos, de las diócesis, de la Conferencia episcopal venezolana, el Celam, así como de las actas que recogen las intervenciones de los obispos en las sesiones del Concilio. Será un trabajo enriquecedor que seguro abrirá nuevos espacios y nuevas perspectivas para la historia de la Iglesia Católica del país.

Venezuela: Integración Nacional y Democracia en el siglo XXI

Juan Garrido Rovira

pp. 151-164

Sumario

I. Los fundamentos de la integración nacional | II. La persona humana | III. Los valores | IV. Las instituciones | V. La economía al servicio de la persona humana | VI. Necesidad de una socialidad integradora | VII. ¿Cómo lograr un cambio, una mutación de la conciencia colectiva en lo político, económico y social?

I. Los fundamentos de la integración nacional

Los fundamentos de la integración nacional comprenden aspectos ontológicos, axiológicos e institucionales. Como puede observarse en el gráfico que aparece al final de este escrito, la ontología está referida a los seres concretos (Personas) y al conjunto y grupos de éstas (Sociedad-Comunidad) que son actores y receptores de la acción política y de cuyos valores y conductas depende la realización efectiva de un Proyecto Integrador de carácter nacional. Así, la voluntad de convivir en democracia y el tener un impulso moral suficiente para pensar y actuar en función del bien común, sin perjuicio de los bienes e intereses legítimos individuales, son indispensables para alcanzar tal realización. Junto a ello, resulta absolutamente necesario diseñar y operar instituciones políticas, económicas y sociales mediante las cuales se puedan alcanzar los fines de una integración nacional.

II. La persona humana

El concepto de persona tiene una triple fuente histórica: religiosa, moral y jurídica. Desde el momento de la concepción, cuerpo y alma forman la persona humana. Esta, siguiendo la ley de la evolución, se somete, como embrión unicelular, a múltiples divisiones celulares y procesos de diferenciación a fin de formar los órganos y tejidos del cuerpo humano. Luego, a partir del nacimiento, se va viendo “a sí mismo como alguien inconfundible, no

«algo», un «quién» distinto de todo «qué», con nombre propio creado y amado por Dios, no solo y aislado, sino en convivencia con los que, por ser hijos del mismo Padre, son hermanos. Se siente libre y, por tanto, responsable, capaz de elección y decisión con una realidad recibida, de la que no es autor, pero propia. Se sabe capaz de arrepentimiento, de volver sobre la propia realidad, aceptarla o rechazarla y corregirla. Y esa realidad es proyectiva, consiste en anticipación del futuro, de lo que va a hacer, de quién pretende ser, y es amorosa, definida por la afección hacia algunas personas y el deber de que se extienda a las demás. Y aspira a la pervivencia, a seguir viviendo después de la muerte inevitable, no aislada sino con los demás –reza su creencia en la «comunidad de los santos»-. Vive por su condición amorosa la posibilidad de la interpenetración de otras personas,

de ser «habitado» por algunas... Si esto se piensa, se hace una antropología de la persona humana; si se lo vive, se es simplemente cristiano”¹.

Por otra parte, jurídicamente, la noción de persona, entendida como respeto y dignidad de la humanidad en cada hombre, es hoy central de la filosofía moral de Occidente y tiende a ser reconocida universalmente. De allí los derechos humanos y, correlativamente, los deberes hacia el prójimo y hacia la sociedad. De allí también, el binomio libertad-responsabilidad personal y la necesidad de gobiernos democráticos que, real y efectivamente, gobiernen para todos y respeten los derechos humanos de los cuales:

“Vamos a intentar una síntesis telegráfica de sus contenidos (entre paréntesis figura el número del artículo): igualdad de todos los seres humanos (1); no discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o nacimiento (2); derecho a la vida, libertad y seguridad (3); prohibición de la esclavitud (4); prohibición de torturas (5); reconocimiento de la personalidad jurídica (6); protección igual ante la ley (7); amparo ante los tribunales (8); prohibición de detención arbitraria (9); derecho a ser oído por un tribunal imparcial (10); presunción de inocencia (11); respeto a la intimidad: vida privada, domicilio y correspondencia (12); libertad de residencia y circulación (13); derecho de asilo (14); derecho a contraer matrimonio (16); derecho a la propiedad (17); libertad de pensamiento, conciencia y religión (18); libertad de opinión y expresión, sin límites a su difusión (19); libertad de reunión y asociación pacíficas (20); derecho a participar en el gobierno y en la función pública, y derecho a expresar la voluntad a través de elecciones auténticas, secretas y periódicas (21); seguridad social (22); derecho al trabajo (23); derecho al descanso (24); derecho a un nivel de vida que asegure el bienestar familiar (25); educación para quienes estén en edad escolar, gratuita y obligatoria (26); derecho a gozar de la vida cultural y el progreso científico (27); orden social internacional que garantice estos derechos y libertades (28); deber de respeto de estos derechos, y de colaboración a la comunidad (29); prohibición de que se interpreten torcidamente o se realicen actos tendentes a la supresión de cualquiera de estos derechos”³.

-
- 1 Julián Marías, *La perspectiva cristiana*, (Madrid: Alianza Editorial, 2000), 120.
 - 2 Louis-Marie Morfaux, *Diccionario de Ciencias Humanas*, (Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1985), 264.
 - 3 Ramón Nieto, *Diccionario de Términos Políticos* (Madrid: Editorial Acento, 1999), 39

III. *Los valores*

Por su parte, en el gráfico antes referido la axiología comprende, de una parte, los valores morales relacionados con lo político, lo económico y lo social y, de otra parte, lo que en cada ámbito resulta verdadero, bello o bueno.

IV. *Las instituciones*

Ahora bien, la organización y ejercicio democráticos del Poder requiere la existencia de instituciones que hagan realidad la axiología en beneficio de todas las personas singulares que integran el cuerpo social y comunitario. En este sentido se ha de tener presente que “una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos... Estos movimientos de comunión no pueden analizarse completamente en las manifestaciones de una conciencia colectiva; son las conciencias individuales las que se conmueven al contacto con una idea común y las que, por un fenómeno de interpsicología, adquieren el sentimiento de su emoción común. El centro de este movimiento reside en la idea que se refracta en conceptos similares en millares de conciencias provocando en ellas la tendencia a la acción. La idea pasa momentáneamente al estado subjetivo en los millares de conciencias individuales que se unifican en ella; las conciencias individuales invocan su nombre y ella desciende en medio de ellas, que se la apropian en estado subjetivo. He aquí la realidad exacta”⁴.

Estas razones expuestas por Hauriou nos hacen percibir la necesidad de institucionalizar la democracia y el progreso porque no estamos en presencia de conceptos etéreos sino de realidades que han de ser operativas.

4 Maurice Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación: ensayo de vitalismo social* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968), 39, 40, 50, 51.

V. *La economía al servicio de la persona humana*

Como ha expresado Jean Tirole, Premio Nobel de Economía:

“La economía no está ni al servicio de la propiedad privada y los intereses individuales, ni al de los que querían utilizar al Estado para imponer sus valores o hacer que sus intereses prevalezcan. Rechaza tanto la supremacía del mercado como la supremacía del Estado. La economía está al servicio del bien común; su objetivo es lograr un mundo mejor. Para ello, su tarea es identificar las instituciones y las políticas que van a favorecer el interés general. En su búsqueda del bienestar para la comunidad, la economía engloba la dimensión individual y la colectiva del sujeto. Analiza las situaciones en las que el interés individual es compatible con esa búsqueda del bienestar colectivo y aquellas en las que, por el contrario, constituye un obstáculo”⁵.

Desde el punto de vista económico, es preciso afirmar que obviamente la economía está al servicio del ser humano y así “al concebir la economía y el mercado como medios y no como fines, estamos poniendo por delante la satisfacción de las necesidades del ser humano por encima de ellas, lo cual coloca la discusión en el terreno de cómo resolver las divergencias entre uno y otro, sin caer en la “trampa maniquea” de querer reducir todo a una posición extrema de “blanco y negro”, tal como podrían abogar las ideologías liberales o socialistas extremas ⁶. De un lado, objetar la intervención al mercado en los casos en que éste no aporte la solución a lo que llamamos un problema humano, al supeditar este último a unas reglas fuera del alcance de sus fines y alcances. Tan sencillo como decir “el mercado no lo puede todo”. En el otro, el extremo más peligroso aún, está la tesis de la abolición del mercado y su sustitución por el Estado, caso que estamos viviendo actualmente en Venezuela”⁶.

Evidentemente, para superar, como se ha expresado, los retos del siglo XXI son indispensable la cooperación y comunicación entre el Estado y la Sociedad para lo cual es necesario establecer una cierta relación sistémica, orgánica y funcional, entre la política, la sociedad y la economía que permita asumir el compromiso socio-político de satisfacer las necesidades básicas de todos los ciudadanos.

⁵ Jean Tirole, *La economía del bien común* (Madrid: Editorial Taurus, 2017), 17.
⁶ Necesidad de un Proyecto Integrador, ob. cit., p. 49.

VI. Necesidad de una socialidad integradora

“En términos políticos generales, puede afirmarse que entre el último tercio del siglo XVIII y el del XIX la sociedad occidental, en el contexto de la época, cambió para afirmar los principios de libertad política y de igualdad política y civil, y, paralela- mente, el Estado también cambió para adaptarse a esos principios. Sin embargo, desde el último tercio del siglo XIX hasta el presente, los inventos realiza- dos en todos los órdenes de la ciencia y de la técnica han cambiado la sociedad y la vida cotidiana de las personas en términos de generar legítimas aspiraciones de desarrollo colectivo y de realización individual mediante la satisfacción de las necesidades fundamentales, materiales y morales, de todas las personas. Pero, el Estado, y en general la organización y el ejercicio del poder político, económico y social no han cambiado para lograr tal satisfacción, siendo entonces necesario institucionalizar relaciones de sinergia entra la política, la sociedad y la economía sobre la base de principios y valores ético-políticos capaces de darle a las personas y a las instituciones el impulso moral necesario”⁷.

Desde este punto de vista, el principio básico sería que el Estado pueda atender debidamente la legítima presión de las comunidades para determinar y satisfacer la demanda de necesidades y oportunidades de todos, particularmente de quienes menos tienen. Para ello, es preciso relacionar sistémicamente los elementos sociales, económicos y políticos mediante, por ejemplo, un rediseño orgánico y funcional del Poder Deliberativo o Legislativo y de la Administración Pública a fin de que la formación de políticas públicas para la solución efectiva de problemas concretos de satisfacción de necesidades fundamentales a nivel nacional, regional y local sea el resultado, cuando así fuere necesario, de compartir el Gobierno con la sociedad (personas, comunidades, asociaciones, organizaciones políticas, cuerpos intermedios en general, etc.), mediante relaciones institucionales de sinergia (concurso activo, concertado y sujeto a normas y procedimientos), mediando un alto sentido y contenido éticos. Así, para la solución de problemas socio- económicos, podría haber una participación-representativa y una representación-participativa de la población.

7 Juan Garrido Rovira, *La relación democrática Estado-Sociedad* (Caracas: Universidad Monteávila, 2015), 53.

Al respecto, es preciso tener muy en cuenta que, aparte de la tendencia a la alfabetización masiva de la población desde hace ya décadas, y al advenimiento de la así llamada sociedad del conocimiento, es sabido, de una parte, que:

“El cambio es el elemento más estable de nuestro tiempo” (Véase Peña Álvarez, Rafael A; “Notas Gerenciales” Caracas, 2015 p. 63) y, de otra parte, que las diversas tecnologías de la información, unidas a la educación de la población, permiten que ésta deje de ser un mero espectador de la gestión pública y pueda ser un cierto actor mediante lo que podría denominarse, como hemos dicho, una representación-participativa y una participación-representativa. Estas “fórmulas” pueden tomar cuerpo si se observa que, independientemente de cuál sea el futuro de la economía en el mundo, ciertamente nos encontramos ante lo que se ha llamado la cuarta revolución industrial. En este sentido, cabe indicar que “Drucker divide la historia del capitalismo industrial en cuatro fases: una revolución mecánica que duró la mayor parte del siglo XIX; una revolución de la productividad con la llegada de la gestión científica allá por la década de 1890; una revolución gerencial tras 1945, impulsada por la aplicación del conocimiento a los procesos empresariales y de negocios y, por último, una revolución de la información, basada en la «aplicación del conocimiento al conocimiento»” (Véase Mason, Paul “Postcapitalismo Hacia Un Nuevo Futuro” PAIDÓS, 2016, pp. 64 y 65).

Ante esta realidad ineludible, debemos tener presente que después de casi ciento treinta (130) años de esforzarnos de lanzar a Venezuela hacia el progreso, encontramos la explotación del petróleo del cual hemos vivido en los últimos setenta y cinco (75) años y, a pesar de haber tenido dos (2) grandes épocas de bonanza, tenemos ya treinta (30) de devaluación e inflación, de rentismo y monoproducción sin ni siquiera haber ahorrado una parte de la renta petrolera y en la actual circunstancia todo agravado por la hiperinflación.

Tenemos también doscientos (200) años luchando por la igualdad de acceso, de oportunidades y de puntos de partida y tratando de vivir en paz y, sin embargo, luego de la era petrolera tenemos un grado de violencia y criminalidad nunca vista fuera de los tiempos de guerra.

Sin duda, es absolutamente necesario una mutación, un cambio de la conciencia colectiva que, sobre un fuerte fundamento ético, individual y colectivo, lance el país hacia la organización y funcionamiento democráticos del poder y el compromiso de empleadores y trabajadores para un crecimiento sostenible en una economía diversificada y en un entorno de justicia, equidad y solidaridad sociales.

VII. ¿Cómo lograr un cambio, una mutación de la conciencia colectiva en lo político, económico y social?

El cambio de la conciencia colectiva en los aspectos antes mencionados solo parece posible mediante un Acuerdo Nacional que, en un marco de modernidad, nos permita crear un círculo virtuoso de progreso y de paz. Así, el progreso político, económico y social nos dará la paz y, a su vez, ésta se convertirá en una palanca segura de progreso continuo⁸.

En la Presentación del documento intitulado “Necesidad de un Proyecto Integrador para Venezuela”, publicado, en edición digital, a finales del 2016, por la Universidad Monteávila, se hace referencia a “la necesidad de formular un proyecto integrador en los diversos aspectos políticos, económicos y sociales que permita crear un futuro de progreso sostenido, material y moral, para todos los venezolanos”. La gravísima crisis del año 2017: política (conflictividad política muy cruenta), económica (hiperinflación) y social (carencia aguda de bienes y servicios y aumento de los niveles de pobreza crítica) ha convertido la mencionada necesidad en una ineludible obligación histórica, para todos los venezolanos, de lograr una

-
- 8 Véase, por ejemplo, el Acuerdo Nacional para el progreso y la paz de Venezuela, suscrito por las siguientes instituciones: Asociación Integral de Políticas Públicas; ASOPRO-DEM, Alianza para la Defensa de los Derechos Humanos, la Ecología y el Medio Ambiente; Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad. CEDICE; Centro de Estudios de la Economía Venezolana. Universidad Monteávila; Centro de Orientación en Energía, COENER; Centro Internacional de Formación y Políticas Públicas Aristides Calvani-IFEDEC; Confederación Venezolana de Industriales-CONINDUSTRIA; Consejo Nacional del Comercio y los Servicios. CONSECOMERCIO; Directivo de SIPUCAB, Secretario Ejecutivo CTV; Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela. FEDECAMARAS; Fundación Alberto Adriani; Fundación Venezuela Positiva; FVM. Federación Venezolana de Maestros; Grupo La Colina A.C.; La Venezuela que queremos todos. Iniciativa Democrática. Su texto en: Cuadernos Adrianistas, Año II, N° 2, Caracas 2017, pp. 103 a 113. Internet: www.albertoadriani.org
- 9 Maxim Ross, Julieta Lares de Molina y Juan Garrido Rovira, Necesidad de un Proyecto Integrador para Venezuela (Caracas: Universidad Monteávila, 2016), 5.

integración nacional que nos lleve al progreso y la paz, vale decir, a acceder a formas y estadios superiores de organización política, económica y social que nos permitan a todos alcanzar un nivel de vida y una calidad de vida satisfactorios, en un marco de convivencia política democrática y en un entorno de justicia, equidad y solidaridad sociales. Para crear ese futuro, cabe recordar una certera afirmación de Ortega y Gasset cuando expresaba que “Quedarse en el pasado es haberse ya muerto” y que “El pasado confina con el futuro porque el presente que idealmente los separa es una línea tan sutil que solo sirve para juntarlos y articularlos”.

Sin ánimo de visión única, y mucho menos de dogmatismos, se expresa en el citado documento que:

“...entendemos el concepto de proyecto integrador como un conjunto de elementos políticos, económicos y sociales que forman un todo y llevan a determinados resultados positivos y, al mismo tiempo, consideramos que integrar es justamente lo contrario de separar, y que su significado implica construir un proyecto que permita lograr la satisfacción de las necesidades fundamentales, materiales y morales de todos los venezolanos. De ahí que resulte necesario identificar y convenir los cambios y correctivos institucionales que, en el plano político, económico y social, deberán hacerse para alcanzar tal satisfacción”.

De esta forma, podemos afirmar que un proyecto integrador es aquel mediante el cual se logran de manera simultánea resultados positivos económicos, sociales, institucionales y políticos en una sociedad, tales como:

a. En lo económico, un crecimiento sostenido, no inflacionario, unos puntos por encima del aumento de la población (aumento sostenido del PIB per cápita) y del empleo productivo (el asociado a las actividades creadoras de valor agregado), sumado a un proceso distributivo que mejora sustancialmente la equidad social, medida está por un mejor coeficiente GINI (mejora la desigualdad) y un mejor índice de pobreza (medido este por el ingreso o las NBI).

b. En lo social, por una reducción sustancial de los dos elementos anteriores (desigualdad y pobreza), además de un alto índice de movilidad social, donde las capas bajas de ingreso suben la escala de ingreso y empleo para crear un estrato amplio de ingreso medio, equivalente a la creación de un modelo amplio, realmente equitativo de clase media. Ese estrato

medio, a su vez, es receptor de una creciente oferta educativa en cantidad y calidad, compatible con las necesidades del empleo productivo y de una creciente oferta de seguridad social en sus respectivos componentes de salud y pensionado.

c. En lo institucional, por un sistema legislativo y judicial que garantice y proteja la seguridad jurídica y la igualdad para todos, así como un modelo institucional de balance de poderes entre los órdenes ejecutivo, legislativo y judicial de forma tal que se evite el poder de uno sobre otro. También por un orden institucional que valore los poderes regionales y locales por encima del poder central.

El modelo institucional garantiza la integridad del territorio nacional que representa la unidad de la República como nación.

d. En lo político, primero y principal por un modelo que garantice y soporte la integración política, medida está por una participación y representación efectiva de los partidos políticos y la sociedad civil en los asuntos de interés público y por la existencia de un acuerdo de convivencia política entre los partidos políticos, cualquiera sea su ideología y doctrina., expresada libremente en los eventos electorales, y cuyo componente instrumental fundamental sea un poder electoral que garantice plenamente la igualdad de oportunidades en los eventos electorales, de tal forma que exista un mejoramiento progresivo del desempeño democrático de todos los estratosociales a lo largo del tiempo¹⁰.

A los fines antes expresados, deberíamos pensar entre otros aspectos, en un cierto acuerdo socio-laboral¹¹. Un Acuerdo novedoso entre empresarios y trabajadores, los cuales son, en definitiva, los factores y actores fundamentales de las actividades de producción y comercialización de bienes y servicios necesarios para el logro de la referida prosperidad. Además, es necesario, que, sin excluir la acción empresarial del Estado o la cooperación público - privada allí donde así resulte lo más conveniente para el bien social, es evidente que solo una gran acción concertada de los empresarios entre sí y con los trabajadores y de éstos entre sí puede, en un plazo prudencial, cambiar la conciencia económica colectiva y enrumbar el país

10 Necesidad de un Proyecto Integrador para Venezuela, ob. cit. pp. 14 y 15

11 Propuestas sugeridas conjuntamente con el Profesor Maxim Ross.

hacia una economía productiva sostenible que sea el verdadero garante de los derechos sociales. Por tanto, es preciso que empresarios y trabajadores tomen clara conciencia de que pueden y deben convertirse en promotores y motores del cambio económico-social que necesita Venezuela en términos de mejoramiento del nivel de vida y de la calidad de vida de todos.

En este sentido, en el documento intitulado “Necesidad de un Acuerdo Nacional para el progreso y la paz de Venezuela” se expresa:

“Las relaciones laborales deben basarse primordialmente en el diálogo Social y el Acuerdo entre trabajadores y empleadores, con el fin de preservar el empleo, las remuneraciones de los trabajadores y el poder adquisitivo, las contrataciones colectivas y la seguridad social, según los convenios que ha firmado el Estado venezolano en el contexto de la OIT. A fin de lograr establecer un sistema de relaciones laborales estable es fundamental el reconocimiento de los sindicatos y organizaciones gremiales, en igual término las organizaciones de empleadores, con la participación fundamental del Estado en el contexto del diálogo tripartito orientado a la promoción del trabajo digno como política pública”.

En este sentido, la experiencia internacional dice que la creación de empleos productivos bien remunerados y el desarrollo de una vigorosa clase media son concordantes.

Por otra parte, la prosperidad, el crecimiento y el desarrollo económicos sostenibles implican una concepción ética de la naturaleza, de la persona y de la sociedad, y, al mismo tiempo, están directamente vinculados con el marco político democrático necesario para que empresarios y trabajadores puedan actuar, mediante fórmulas jurídicas diversas, no solo como simples receptores de un determinado marco regulatorio sino también como promotores de actividades económico-sociales que permitan crear en todo el país una economía social productiva y descentralizada.

En este sentido, los empresarios y trabajadores, agremiados o no, en representación del capital y del trabajo, deberían asumir la iniciativa del desarrollo de la economía productiva de Venezuela como genuinos y principales actores que son de la actividad económica y como integrantes de la sociedad civil organizada.

La iniciativa antes referida debería realizarse en el marco de una nueva relación entre el capital y el trabajo que no solo tome en cuenta las relaciones convencionales y tradicionales al respecto, sino que pueda también sentar nuevas bases de cooperación entre ambos. Ello exige, por una parte, el desarrollo conjunto de capacidades productivas mediante una activa participación de las principales instituciones educativas venezolanas, y, por otra parte, tener en cuenta las experiencias internacionales que han originado nuevas formas de asociación donde el capital y el trabajo se integran y participan en formas diferentes a las tradicionales, teniendo particularmente en cuenta los retos económicos y tecnológicos del siglo XXI.

Por todo lo anteriormente expuesto en este ensayo, estimamos que el gran reto de Venezuela es lograr formar una sociedad democrática, plural y solidaria para el crecimiento económico sostenible y la nivelación relativa de las diferencias de propiedad, educación y poder, la cual sólo podrá lograrse –sobre la base de un cierto nivel ético de las personas y de las instituciones– mediante una interrelación sistémica de lo económico, lo fiscal, lo social y lo político, que, a su vez, permita diseñar una organización de gobierno democrático donde los derechos humanos, el esfuerzo individual y el cumplimiento del deber de cada uno, unidos a una cierta acción comunitaria y a la equidad social en el capital, sean el sustento permanente de las libertades públicas.

Sirvan estas palabras de Briceño Iragorry como un llamado a buscar y a encontrar la Integración Nacional:

“Tener glorias comunes en la Historia: poseer una voluntad común en la hora presente; haber realizado juntos grandes cosas; esperar hacer otras más; he aquí las condiciones fundamentales para ser un pueblo”. Esto enseñaba Renán y esto he pretendido aplicar al examen de nuestra situación social venezolana. Entre nosotros se ha estimado como elemento formativo del pueblo común la posesión de una gloria pretérita. En razón de ello, hemos resultado poseedores en común de una mera gloria de resplandores mortecinos. Nos hemos limitado a mirar hacia el pasado para sentirnos satisfechos de lo que hicieron los muertos. Carecemos, en cambio, de una voluntad común para las cosas presentes. Tampoco nos hemos uniformado respecto a lo que debe ser Venezuela. Mientras algunos la queremos independiente y altiva, otros se acomodan a una Venezuela intervenida y semicolonial. El propio pasado no lo hemos asimilado de manera lógica y sincera y, lejos de buscar las razones que le den unidad, abultamos los motivos superficiales que pueden dividirlo.

Ni conocemos la integridad de nuestras posibilidades ni buscamos la manera de conocer nuestra propia realidad de pueblo. Nos ha faltado para ello voluntad de dialogar con nosotros mismos. No miramos hacia nuestros problemas nacionales, porque es más cómodo tomar el camino de la evasión, aconsejado por quienes huyen su propio deber y se avienen a las explicaciones cómodas. Para dialogar con el pueblo se ha recurrido a levantar únicamente el tono de la voz, a fin de que los demás oigan el soliloquio de quien pretende aparecer con las manos cargadas de fórmulas mágicas, mientras en el secreto de su laboratorio invoca los espíritus contrarios. Dialogar con el pueblo es tomar su propia voz y hacer sentir la angustia que vive en su múltiple conciencia. Unos lo hacen de una manera. Otros lo hacen de otra. De diversos modos se llega al mismo fin¹².

12 Briceño-Iragorry, Mario, “La unidad de lo diverso”, en Mensaje con destino, Fundación Bancaribe, Caracas 2011, p.553 y 554

Fundamentos para una integración política-económica-social		
Ontología	Axiología	Institucionalidad
Personas y grupos	Ideas y valores	Organización y ejercicio del poder
<p>Personas ↓ Sociedad - Comunidad</p> <p>Valores</p> <p>Conductas ↓ Voluntad de convivir en democracia ↓ Impulso moral → Voluntad de compartir</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Progreso y paz • Solidaridad (Ética) • Cooperación Estado - Sociedad • Que la Sociedad tenga un Estado y no que el Estado tenga una Sociedad • Democracia representativa y participativa • Sinergia de lo político, lo económico y lo social. • Estabilidad política democrática. • Crecimiento económico para todos. • Nivelación de las diferencias de propiedad, educación y poder. 	<p>Poder - Estado ↓ Sistemas ↓ Normas ↓ Estructuras ↓ Organización del poder para satisfacer necesidades de todos ↓ Sistemas eficientes y eficaces ↓ Ejercicio democrático del poder</p>

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución” ¿Seguro o fianza?¹

Jorge I. González Carvajal²

pp. 166-190

-
- 1 Es un honor participar en este número Homenaje al Profesor Dr. Enrique Pérez Olivares, Rector Fundador de la Universidad Monteávila. La pertinencia de esta contribución creemos radica en que el Profesor Pérez Olivares, además de sus credenciales humanistas, políticas y profesionales, fue un destacado académico, especializado en derecho mercantil y derecho administrativo, siendo el tema que se presenta uno recurrente en ambas de sus disciplinas de estudio y enseñanza. Este trabajo es parte del merecido Homenaje a un gran ser humano que hace la Universidad Monteávila y la Revista Derecho y Sociedad, recogiendo y reelaborando parte de la exposición presentada el 23 de julio de 2020 en el Webinar “Temas sobre Derecho de Garantías” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.
 - 2 Abogado en Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), y en México, revalidación CENEVAL sobresaliente. Especialista en Derecho Procesal (UCAB) y Profesor de obligaciones, contratos y garantías (UCAB). Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Doctor en Derecho sobresaliente y Magíster en Derecho Procesal. Universidad de Padua, Italia, visiting scholar. Universidad Central de Venezuela, Profesor de Procedimiento Marítimo. Árbitro incorporado a las listas de árbitros de diversas instituciones arbitrales.

Sumario

I. Introducción | 1. Noción de fianza | 1.1. El contrato de fianza | 1.2. La fianza dentro de la clasificación general de los contratos | 1.3. Conclusión preliminar | 2. El contrato de seguro | 2.1. El contrato de seguro dentro de la clasificación general de los contratos | 2.2. Conclusión preliminar: diferencia entre la fianza y el seguro | 3. Los llamados “seguros de fianza o de caución” | 3.1. El ejemplo de uno de los seguros de fianza o de caución: La fianza de anticipo | Conclusiones.

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución” ¿Seguro o fianza?

Resumen: La intervención tendrá el propósito definir el llamado contrato de “seguro de caución o de fianza” (cautionnement d’assurance), que en la práctica se ha generalizado bajo deferentes formas, y confundido en cuanto a su naturaleza jurídica con el contrato de seguro.

Palabras claves: Contrato fianza | Contrato de Seguro | Seguro de fianza

The “surety bond” contract : insurance or surety bond?

Abstract: The purpose of the paper will be to define the so-called “guarantee insurance” agreement, which in practice has been generalized under different forms and confused as to its legal nature with the contract of insurance.

Keywords: Contract of guarantee | Insurance | Guarantee insurance.

I. Introducción

Una de las formas que tiene el acreedor de asegurar el cumplimiento de la obligación de su deudor es mediante la obtención de garantías. Entendemos por “garantía”, la situación jurídica de ventaja que permite al acreedor asegurar el cumplimiento de una obligación.

Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico encontramos, en su orden, una definición amplia y una definición estricta del término garantía; en una primera derivación se entiende por garantía: “Aseguramiento de un derecho o una obligación”³, mientras que, en una segunda derivación, el mismo diccionario define a la garantía como el “instrumento jurídico que se emplea para asegurar el cumplimiento de una obligación, como la fianza, la prenda o la hipoteca”⁴.

En el esquema o estructura de la relación de garantía, tendremos a un acreedor, un deudor y un garante (o una situación de garantía, en el caso que las entendamos en sentido amplio). Naturalmente, que en el esquema participen o figuren tres o más personas, no implicará que todos deben estar presentes o celebrar el acto jurídico que da vida a la garantía de forma simultánea.

Los ejemplos paradigmáticos de garantías son la hipoteca, la prenda, la fianza y la anticresis, que representan las garantías típicas y tradicionales que regulan los códigos civiles de tradición continental europeos, como el Código Civil venezolano; también en el Código de Comercio venezolano, el aval cambiario, la fianza, la prenda y, para algunos, el derecho de retención mercantil; para otros la Ley de Ventas con Reserva de Dominio de Venezuela, la reserva de dominio; y, sin lugar a dudas, en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de Venezuela, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión; en la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras de Venezuela, el arrendamiento financiero con opción de compra o leasing; en la Ley de Comercio Marítimo de Venezuela⁵, la hipoteca naval; en la Ley de Aeronáutica Civil de Venezuela, la hipoteca de aeronaves; sin perjuicio de otras garantías (innominadas, según normas

3 Cf. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española: Definición de garantía - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE.

4 Cf. Ídem.

5 V. Cova Arria, Luis, *Las garantías marítimas: el nuevo convenio internacional sobre hipotecas y privilegios marítimos*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 97, Caracas, Universidad Central de Venezuela, pp. 89 ss.

domésticas, pero con tipicidad social en el ámbito del comercio internacional), que existen conforme a las necesidades del tráfico jurídico⁶.

Las garantías tradicionales presentan ciertas notas que las distinguen de otras relaciones patrimoniales u obligacionales, siendo la más característica su accesoriedad y funcionalidad.

El legislador, doctrina y jurisprudencia suelen utilizar la expresión “garantía” para describir ciertos fenómenos, p.ej., cuando el legislador se refiere a “garantía del crédito cedido”, o “garantía de la cabida”, a la “garantía por evicción inminente”; o en el caso de otras instituciones que cumplen funciones de garantía, como el derecho de retención como “garantía prendaria”.

También cumplen una función de garantía, aquellas cláusulas o acuerdos contractuales que agravan la responsabilidad⁷, o aquellas que liquidan convencionalmente la responsabilidad, como la cláusula penal⁸, las arras⁹ y/o las multas penitenciales¹⁰.

-
- 6 Véase por todos Otis Rodner, James, *Garantías independientes a primer requerimiento*, Barcelona, Cámara de Comercio Internacional-Comité Español, 2018, pp. 25 ss., especialmente pp. 45., respecto a la diferencia de la garantía independiente respecto de la fianza. Véase Morles Hernández, Alfredo, *La garantía a primer requerimiento: Garantías a primera demanda en Venezuela*, en *Garantías a primer requerimiento: Garantías a primera demanda*, Madrid, Civitas, 1996, p. 245 ss., así como Morles Hernández, Alfredo, *Nuevos desarrollos del régimen de las garantías de las obligaciones mercantiles*, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 143, Caracas, Acienpol, 2005, pp. 209 ss.
- 7 Véase por todos Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de derecho civil III. Obligaciones*, RVLJ, Caracas, 2016, pp. 291 ss., y la doctrina ahí mencionada.
- 8 V. Urdaneta Fontiveros, Enrique, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano*, Acienpol, Caracas, 2011, *passim*. Véase asimismo DIAZ ALABART, Silvia, *La cláusula penal*, Reus, Madrid, 2011, *passim*.
- 9 Las arras se encuentran previstas en el artículo 1.263 del C. civ. Ven., así: “A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como *garantía* de los daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras”. Así, se entiende por arras “la suma de dinero u otras cosas fungibles que una de las partes contratantes da a la otra o a un tercero en señal del contrato que se celebra, o para regular sus efectos en caso de incumplimiento, o con el objeto de conceder a una de las partes o a ambas la facultad de desistir lícitamente de él” *Cf.* Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Las arras en la contratación. Discurso y trabajo de incorporación*, Acienpol, Caracas, 2011, p. 44. Véase asimismo Kummerow, Gert, *La función resarcitoria de las arras*, en *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo*, 11, Caracas, Editorial Sucre, 1961, pp. 9 ss.
- 10 Dentro de la regulación convencional de la responsabilidad entran en juego las llamadas cláusulas o multas penitenciales, que se diferencian técnicamente de la cláusula penal y de las arras o señas (aunque suelen confundirse con las arras penitenciales).

Por otra parte, los privilegios¹¹, que en rigor son causas de preferencia que tienen como función, en principio, romper, en fase de ejecución forzosa de las obligaciones, la regla o principio de la ley de concurso al momento de la venta en subasta pública¹², ofrecen, además, seguridades adicionales al acreedor antes o durante el proceso que deba iniciar para reclamar la responsabilidad del deudor¹³.

Los privilegios, están generalmente relacionados con el momento de ejecución forzosa del derecho de crédito del acreedor, pues es ese momento donde, según opinión generalizada, se hacen efectivos y por su supuesto, como se dijo, al momento de que acreedor agrede por vía de ejecución al patrimonio del deudor para satisfacer su acreencia. Esto, desde una perspectiva funcional, las convierte en una garantía de ejecución forzosa del crédito.

En este sentido, señala la doctrina que “se conoce como cláusula penitencial, o multa penitencial, cuando una de las partes se reserva el derecho de revocar el contrato por su sola voluntad, mediante el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de una prestación de hacer. La cláusula penitencial es más bien una contraprestación a la facultad de revocar el contrato”. Cf. Maduro Luyando, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13^a ed., II, UCAB, Caracas, 2002, p. 943. Siguiendo con la doctrina es menester señalar que “No hay que confundir las arras penitenciales con la multa penitencial (*multa pœnitentialis, pactum displicentiæ, faculté de dédit*). Se dice que hay multa penitencial cuando en un contrato se establece determinada prestación que una de las partes se obliga a dar a la otra en caso de que quiera desistir del contrato. La multa penitencial se configura pues como una promesa: es la cantidad de dinero que debe pagar o la prestación que debe cumplir quien desiste del contrato de acuerdo con lo convenido por las partes... Las arras penitenciales, en cambio, constituyen el precio que se paga por anticipado como contraprestación por la facultad de poder desistir libremente del contrato” Cf. Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Las arras en la contratación. Discurso y trabajo de incorporación*, cit., p. 54, nota n° 22.

11 Por ejemplo, Varela Cáceres, Edison Lucio, *Los créditos privilegiados en el ordenamiento venezolano*, en *Revista venezolana de legislación y jurisprudencia*, 16, Caracas, 2021, p. 470, señala que: “... un privilegio es la garantía de que disfrutan ciertos acreedores de que se les cancelará su crédito con preferencia en razón de la causa que originó el mismo y que llevó al legislador a concederle prioridad en relación con los demás acreedores hipotecarios o quirografarios...”.

12 Y que tienen una connotación que las hace particularmente relevantes respecto a los remedios cautelares o ejecutivos que tiene el acreedor para satisfacer por vía forzosa o jurisdiccional su crédito.

13 La doctrina describe los derechos del acreedor sobre el patrimonio del deudor, p. ej., Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 11^a ed., t. I, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 240, de donde es necesario colegir que las acciones (*rectius*: pretensiones) cautelares deben ser interpretadas de acuerdo con la naturaleza del derecho de crédito que se discuta. Esta perspectiva ha sido desarrollada especialmente en el derecho marítimo. V. Cova Arria, Luis, *Las garantías marítimas: el nuevo convenio internacional sobre hipotecas y privilegios marítimos*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 97, Caracas, Universidad Central de Venezuela, pp. 89 ss.

Los privilegios tienen o pueden cumplir, además, una función preventiva de garantía, cuando la existencia de una obligación privilegiada sirve de fundamento al acreedor, mucho antes de que se dicte una sentencia que permita atacar el patrimonio del deudor (*ex art. 1.929 C. Civ. Ven.*), para la obtención de una medida cautelar que asegure que los bienes sobre los que recae el privilegio no sean deteriorados por el deudor o no salgan de su patrimonio, dando a los privilegios auténtica efectividad y eficacia, como causas legítimas de preferencias¹⁴.

En otras palabras, una de las características de un crédito privilegiado es otorgar al acreedor una mejor posición sustancial para proceder en vía procesal y eventualmente obtener una medida cautelar o preventiva respecto a los bienes sobre los que recaiga el privilegio, para asegurar así su preferencia al momento de la venta o subasta de dichos bienes.

Ahora bien, la idea de estas líneas tiene el propósito de definir el llamado contrato de “seguro de caución o de fianza”, que en la práctica se ha generalizado bajo las formas de fianzas de anticipo, fianzas de fiel cumplimiento u otras figuras similares, y confundido en cuanto a su naturaleza jurídica con el contrato de seguro.

Comenzaremos analizando la noción de fianza, a partir de lo cual podemos tener una idea clara de la figura; pasando a la noción de seguro, con los mismos propósitos. Simultáneamente a ambas actividades, iremos señalando los rasgos que hacen del llamado “seguro de fianza o seguro caución” en Venezuela, una figura que pertenece a la fianza como garantía personal. Luego concluimos propiamente al estudiar de manera breve la figura, el “seguro de fianza o seguro caución”, confirmando la hipótesis propuesta acá, a saber, que los seguros de fianza o de caución no son en Venezuela figuras afines al contrato de seguro sino afines a la fianza.

1. Noción de fianza

Encontramos definiciones en diccionarios jurídicos, que señalan que la fianza: “... es toda obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero”¹⁵.

14 Véanse los artículos 97, 103 y 115 de la Ley de Comercio Marítimo de Venezuela (G.O. N° 38.351 del 5 de mayo de 2001).

15 Cf. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, 11^a ed., t. II, Buenos Aires, Heliasta, 1977, p. 191.

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución”
¿Seguro o fianza?

Para Aguilar Gorrondona el contrato de fianza “... es el contrato por el cual una persona llamada fiador se obliga frente al acreedor de otra a cumplir la obligación de esta si el deudor no la satisface”¹⁶.

La fianza¹⁷ es la garantía personal por excelencia, que comprometiendo el patrimonio de un tercero no deudor (fiador), amplía el radio o poder de agresión que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor¹⁸ para exigir la responsabilidad civil por el incumplimiento de la obligación que deba este último frente a aquel.

Precisamente por eso es una garantía personal, y no real, pues no recae sobre bienes ni derechos reales, sino sobre el patrimonio del fiador, ampliando, como se dijo, la prenda común del acreedor, que es el patrimonio del deudor afianzado.

El Código Civil venezolano no define a la fianza¹⁹.

El artículo 1.804 del C. civ. Ven., establece que: “Quien se constituye fiador de una obligación queda obligado para con el acreedor a cumplirla, si el deudor no la cumple”²⁰.

-
- 16 V. Aguilar Gorrondona, José Luís, *Contratos y garantías*, 12^a, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, p. 20. Véase también Bernad Mainar, Rafael, *Contratación civil en el Derecho venezolano*, t. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, pp. 210
- 17 Véase por todos Zambrano Velazco, José Alberto, *El contrato de fianza en el derecho venezolano*, Caracas, Tesis presentada ante Universidad Central de Venezuela, para obtener el grado de Doctor en Ciencias Políticas s.e., 1955, *passim*.
- 18 Establecen los artículos 1.863 y 1.864 C. Civ. Ven. Art. 1.863: “El obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber”. Art. 1.864: “Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual; si no hay causas legítimas de preferencia. Las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas”.
- 19 Otros ordenamientos jurídicos sí definen a la fianza, por ejemplo, el Código Civil Federal de México, en su artículo 2.794 establece: “La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace”, o el artículo 1.474 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, establece: “Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento”.
- 20 Tampoco el Código de Comercio de Venezuela define a la fianza, el artículo 544 establece: “La fianza es mercantil, aunque el fiador no sea comerciante, si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil”

De la norma transcrita se desprenden sus características más resaltantes, que permiten, precisamente, definirla como una situación jurídica donde un sujeto denominado fiador, se obliga frente al acreedor a cumplir la obligación del deudor, si éste no la cumple²¹.

El equivalente en algunos sistemas de *common law* de la fianza es el llamado contrato de garantía, definido como el contrato mediante el cual un garante (G) (*guarantor*) promete al acreedor (A) responder por la deuda/reponsabilidad del deudor (D), en caso de que éste no cumpla²².

El contrato de garantía es un contrato que involucra a tres (3) partes²³, acreedor (A), deudor (D) y garante (G), donde el garante promete al acreedor pagar si el deudor no lo hace, con la particularidad, que en la relación entre acreedor y garante debe existir la correspondiente *consideration*²⁴.

21 El artículo 1.804 del C. civ. Ven., vigente, es prácticamente la traducción del artículo 2.011 del *Code Napoleon* de 1804, que establecía: “*Celui qui se rend caution d’une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n’y satisfait pas lui-même*”. Esta norma ha sido recientemente modificada en la reforma de 2021 de las garantías del Código Civil francés, quedando redactada, en su art. 2288 así: “*Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s’oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Il peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu*”. V. BLANDIN, Yannick, *Reforme du droit des sûretés, Table de concordance commentée*, Paris, LGDJ, 2022, p. 23. El *Codice civile* de Italia de 1865, acogió la definición del *Code Napoleon* en su art. 1898, así: “*Quegli che si costituisce fideiussore per un’obbligazione, si vincola verso il creditore a soddisfare allà stessa obbligazione, qualora il debitore non vi sodisfaccia*”. Hoy día el Código Civil italiano establece en su artículo 1.936: “*E’ fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l’adempimento di un’obbligazione altrui. La fideiussione e’ efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza*”.

22 Así lo define Duxbury, Robert, *Contract Law*, 2^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2011, p. 107, al señalar: “*In a contract of guarantee properly so-called there are three parties, the principal debtor, the creditor and the guarantor. For example, suppose that A (the principal debtor) owes money under a contract to B (the creditor) and a third party C (the guarantor) promises B that C will pay the debt if A fails to pay, there is a contract of guarantee which must be evidenced in writing in order to be enforceable. If, however, C makes the promise to the principal debtor A, the transaction will not be a contract of guarantee.*”

23 V. Duxbury, Robert, *Contract Law*, 2^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2011, p. 107.

24 V. Brownsword, Roger, *Smith&Thomas: A case book on contract*, 13^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2015, p. 3. Además del acuerdo (oferta y aceptación) y la intención de crear un vínculo legal, el tercer requisito contractual en sistemas de *common law* es la *consideration*. Y consiste en que la promesa de dar o hacer algo a favor de otra persona tenga como contrapartida o contraprestación una promesa de la persona que reciba, haga o dé. V. DUXBURY, Robert, *Contract Law*, 2^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2011, p. 65.

Al ser la *guarantee* la obligación de pagar la deuda de otro si éste no paga²⁵, la obligación del deudor principal es primaria mientras que la obligación del *guarantor* es secundaria (o como diríamos acá, subsidiaria).

Es importante señalar que a pesar de que esta figura se asemeja a la *fianza*, existe otra figura del *common law* como lo es la *indemnity*²⁶ o indemnidad que es afín a la fianza solidaria (o más aun, de la garantía autónoma o independiente), como ha sido entendida por algunos, que conocemos en nuestro medio, creando responsabilidad independiente de quien promete responder por la deuda de otro²⁷.

Otros ordenamientos jurídicos se han adaptado a la realidad moderna, incluyendo figuras inicialmente no presentes en los códigos civiles decimonónicos, tal es el caso del *Code civil* francés, que, dentro del catálogo de las garantías personales, no sólo define la fianza en su artículo 2288 (*cautionnement*²⁸), sino que regula expresamente la garantía autónoma en su artículo 2321 (*garantie autonome*²⁹) y la *lettre d'intention* en su artículo 2322³⁰.

1.1. El contrato de fianza

-
- 25 V. Peel, Edwin, *Treitel. The Law of Contract*, 15^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2020, p. 210.
- 26 Indemnity “... is an agreement by one person (X) to pay to another (Y) sums that are owed, or may become owed, to him by a third person (Z). It is not conditional on the third person defaulting on the payment, i.e., Y can sue X without first demanding payment from Z. If it is conditional on the third person's default (i.e., if Z remains the principal debtor and must be sued for the money first) it is not an indemnity but a guarantee.” Cf. Oxford Dictionary of Law, 7^a ed., Oxford University Press, Londres, 2013, p. 278.
- 27 V. Peel, Edwin, *Treitel. The Law of Contract*, 15^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2020, p. 210. Sobre las diferencias entre *guarantee* y *indemnity* véase la crítica del autor en p. 211. Véase asimismo BROWNSWORD, Roger, *Smith&Thomas: A case book on contract*, 13^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2015, p. 55, y Duxbury, Robert, *Contract Law*, 2^a ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2011, p. 108.
- 28 Definido en diccionarios jurídicos, así: “*Cautionnement. Dér. du v. cautionner. V. caution. Contrat en vertu duquel une personne, se portant caution de l'obligation d'autrui, s'engage envers le créancier à payer la dette du débiteur, pour le cas où celui-ci n'y satisferait pas lui-même (C. civ., a. 2288), obligation subsidiaire relativement à celle du débiteur principal qui caractérise le cautionnement pur et simple (modalités: v. caution solidaire, réelle, conjointe)*”. Cf. Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige, 2018.
- 29 Establece el art. 2321 de Código Civil francés vigente: “*La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.*”
- 30 Establece el art. 2322 de Código Civil francés vigente: “*La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.*”

La fianza puede nacer de al menos tres fuentes, del acuerdo/voluntad, de la ley o de la decisión del juez. Se dice así que la fianza se clasifica en convencional, legal y judicial.

Tanto la fianza legal como la judicial nacen de la ley, sin embargo, lo que parece distinguirlas para parte de la doctrina es que la primera nace de normas sustanciales mientras que la segunda nace de normas procesales³¹, o como señala parte de la doctrina, la diferencia radica en que la fianza judicial es impuesta u ordenada por un órgano jurisdiccional dentro de un proceso³².

En ambos casos, en la fianza judicial y la legal, además del mandato legal que impone u ordena en determinados casos el otorgamiento de la garantía, es necesario, por supuesto el acto que dé vida a la fianza, que, en estos casos, es un acto jurídico (que no necesariamente un contrato)³³.

Cuando es la voluntad de las partes la que genera la fianza, estamos en presencia de un contrato de fianza (fianza convencional o voluntaria).

El contrato de fianza se celebra entre dos sujetos necesarios: el acreedor y el fiador, aunque en la práctica es común que se instrumente en el mismo contrato que contiene la obligación afianzada, estando presente por tanto tres sujetos: acreedor, deudor y fiador; e, incluso, es posible y muy común que las voluntades de acreedor y fiador no coincidan en un mismo instrumento, por ejemplo, cuando la fianza se exterioriza mediante una declaración unilateral de la voluntad del fiador.

El elemento subjetivo en el contrato de fianza, tal como se señaló, esté lejos de presentar dudas desde la configuración la dogmática civilista. Desde esta perspectiva, el contrato de fianza sería p. ej., un instrumento privado o documento autenticado -aunque puede ser verbal en materia civil- donde acreedor A celebra con el fiador F, un contrato mediante el cual este último se obliga a indemnizar o pagar una suma de dinero a aquel, en el supuesto que el deudor D, no cumpla el débito que tiene frente al acreedor A.

31 V. Aguilar Gorrondona, José Luis, *Contratos y garantías*, 12^a, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, p. 52.

32 V. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 17^a ed., México, Porrúa, 2021, p. 346.

33 La observación es pertinente, pues como señala Aguilar Gorrondona, José Luis, *op. ult. cit.*, p. 20, si bien toda fianza proviene de un acto jurídico, no toda fianza proviene de un contrato. Y es que, en efecto, parte de la doctrina al explicar la fianza, clasifican como especies del contrato de fianza: a la legal, a la judicial y a la convencional. V. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 17^a ed., México, Porrúa, 2021, p. 346.

En este sentido, señala Aguilar Gorrondonga que “... las partes del contrato de fianza son sólo acreedor y el fiador”³⁴, y en el mismo sentido Bernad Mainar señala que “... el contrato se lleva a cabo entre acreedor y fiador”³⁵, y Pérez Fernández del Castillo en México opina que el contrato “... se celebra entre el acreedor y un tercero, independientemente de que el deudor esté o no de acuerdo”³⁶, mientras que BORDA en Argentina señala: “... la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de voluntades entre fiador y acreedor, cuyo crédito es garantido”³⁷.

En la práctica es común que la fianza se constituya, en principio, como un acto o declaración unilateral emitida por el fiador, en la que se identifican los elementos de la obligación afianzada, demás términos y condiciones, sin figurar en dicho instrumento la manifestación expresa de voluntad del acreedor afianzado³⁸.

Esto no significa que esté ausente la voluntad del acreedor, como puede sugerir el artículo 1.807 del C. civ. Ven.³⁹, sino que inicialmente puede nacer

34 Cf. Aguilar Gorrondonga, José Luis, *op. ult. cit.*, p. 20.

35 Cf. Bernad Mainar, Rafael, *Contratación civil en el Derecho venezolano*, cit., p. 216.

36 Cf. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, cit., p. 345.

37 Cf. Borda, Guillermo, *Manual de derecho civil*, 21ª ed., Actualizada por A. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 751.

38 Al respecto véase Salaverria Lander, José Getulio y Yannuzzi Rodríguez, Salvador R., “El Dr. Alfredo Morles Hernández y su visión sobre: Las garantías personales típicas de las obligaciones mercantiles. Glosas al enfoque del doctor Morles sobre ese tema”, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Edición Especial*, Caracas, Sovedem, 2021, pp. 152 ss.

39 Establece el artículo 1.807 C. Civ. Ven: “Se puede constituir la fianza sin orden del obligado por quien se constituye, y aun ignorándola éste. Se puede también constituir no sólo por el deudor principal sino por otro fiador”. Véase Dominici, Aníbal, *Comentarios al Código Civil de Venezuela*. T. 4, Librería Destino, Caracas, 1982, pp. 237 ss., quien señala: “Por lo general, la fianza emana del mandato expreso o tácito del deudor, que la solicita de la persona que se constituye fiadora, y crea oír tanto entrambos los derechos y obligaciones de ese contrato. Fórmese otra vez ignorándolo el deudor, y el fiador en ese caso es un gestor de negocios...”. Comentario éste que puede inducir a la confusión de que en la fianza contractual no participa el acreedor, sin embargo, más adelante el autor señala: “Lo que el artículo quiere decir es, en suma, que no se necesita el consentimiento del deudor para constituir la fianza, aunque esta sea una obligación accesoria”. Como explicación adicional, en disposiciones similares de derecho comparado, se ha explicado que normas de este tipo tienen la finalidad de arropar supuestos como los de la fianza legal y judicial. Al respecto, p. ej., véase Borda, Guillermo, *Manual de derecho civil*, 21ª ed., Actualizada por A. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 752, señala: “Esta aparente contradicción, que ha motivado la perplejidad de los tratadistas, ha sido explicada por Acuña Anzorena, recurriendo a la fuente, que es Freitas. El jurista brasileño, luego de definir la fianza contractual en el artículo 3285 de su *Esboço*, agrega en el artículo siguiente que habrá fianza como acto unilateral, antes de su aceptación por el acreedor, cuando fuere *legal o judicial*. La idea queda así en claro. La fianza exige siempre el consentimiento del acreedor, a menos que ella sea legal o judicial, en cuyo

como negocio jurídico imperfecto (manifestación unilateral del fiador) que se perfeccionará con el consentimiento implícito/presunto o expreso del acreedor.

Las consideraciones que hemos expuesto hasta ahora reflejan el tratamiento de la fianza civil, cuya motivación o móvil generalmente es la solidaridad y afecto familiar o de amistad del fiador para con el afianzado, lo que hace que su estructura y funcionamiento esté enmarcado dentro de los confines de un contrato gratuito (y unilateral).

Naturalmente la situación cambia cuando la fianza es mercantil. Por lo tanto, algunos de los argumentos o características que explican a la fianza civil difícilmente puedan explicar a la fianza mercantil.

1.2. La fianza dentro de la clasificación general de los contratos

Dentro de la clasificación general de los contratos, el contrato de fianza es:

- Un contrato, en principio, unilateral⁴⁰, aunque, cuando el acreedor remunera o promete remunerar al fiador es bilateral. Esto es poco común en materia civil.

Incluso cuando se habla de “seguros de fianza”, donde es el deudor quien busca al fiador y paga una “prima” o “premio” para que el fiador se obligue frente a su acreedor, en rigor el contrato de fianza no se convierte en bilateral; lo que ocurre -como veremos *infra*- es que entre el deudor y el fiador existe una relación contractual preparatoria de la relación de garantía (o, en otras palabras, de la fianza propiamente dicha). La relación entre el deudor que paga al fiador (profesional - empresa de seguro o al banco) es, al menos, independiente conceptualmente de aquella relación entre fiador y acreedor.

Acá, hay una de las más características diferencias que existe entre la fianza que conocemos según el Código Civil de Venezuela, y los llamados de “seguros de fianza o de caución”, donde generalmente no hay participación aparente y expresa del acreedor en la celebración del contrato de seguro de

40 caso ese consentimiento es innecesario”.
V. Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, v. I, trad. J. Guerrero R., Temis, Bogotá, 1999, pp. 149 ss. Así como Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^a ed., Temis, Bogotá, 2018, pp. 45 ss. y 66.

fianza entre fiador y el deudor⁴¹. Y esta ausencia para nada afecta la validez del acto jurídico.

Esto permite identificar al seguro de fianza como un contrato, celebrado entre deudor y fiador, que tiene como finalidad la creación de una situación jurídica de garantía (una fianza).

- El contrato de fianza es un contrato generalmente gratuito. El acreedor no paga, por lo general, al fiador alguna contraprestación para que este sea fiador de la obligación de su deudor. Y, que éste pague una prima a un fiador (p. ej., profesional - banco o empresa de seguros), no convierte a la relación entre acreedor y fiador (profesional) en una relación onerosa⁴²;
- Conmutativo⁴³, pues las prestaciones se conocen de manera precisa⁴⁴ y de antemano⁴⁵;
- Es un contrato, en la generalidad de los casos, consensual, aunque en materia mercantil es formal⁴⁶, lo mismo que en materia de obras públicas, de acuerdo con lo que se deduce de la Ley de Contrataciones Públicas⁴⁷, pues se requiere que la expresión de voluntad conste por escrito.
- Es un contrato accesorio⁴⁸, corre la suerte de la obligación principal que garantiza⁴⁹, pues supone su existencia⁵⁰.

41 V. Radovich M., Jorge, *Curso de seguros en el comercio exterior*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 366.

42 V. Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, 4^a ed., Acienpol, Caracas, 2006, p. 35 ss., también Maduro Luyando, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones*, cit., p. 544, asimismo Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos*, cit., p. 175, Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, cit., p. 142 y Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., pp. 52 y 62.

43 V. Ospina Fernández, Guillermo y Óspina Acosta, Eduardo, *op. cit.*, p. 64.

44 V. Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 21^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 20 a 21.

45 V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *op. cit.*, p. 547.

46 Rg. Art. 544 C. Com. Ven. V. Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos... op. cit.*, pp. 234 ss. Al respecto véase Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, cit., p. 43 ss., Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, cit., pp. 171 ss. y Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., pp. 45 y 66.

47 G.O N° 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014, arts. 122 y ss.

48 De hecho, un contrato accesorio depende lógica y jurídicamente de una obligación principal, p. ej., la prenda, la hipoteca o la fianza. Véase al respecto Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, 4^a ed., Acienpol, Caracas, 2006, p. 49.

49 V. Gómez Blanes, Pablo, *La accesoriedad de la fianza*, en *Vniversitas: Revista de Derecho*, 118, Bogotá, Universidad Javeriana, 2009, pp. 15 ss.

50 V. Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 21^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 752.

- Es un contrato paritario⁵¹ por regla, sin embargo, cuando es otorgada en el contexto de un “seguro de fianza o de caución” toma contornos del contrato de adhesión⁵², debiendo quedar sometido a reglas particulares.
- Es un contrato que genera una obligación subsidiaria, respecto del fiador. Quiere decir, que sólo puede hacerse efectiva una vez que se haya hecho excusión de los bienes del deudor, salvo que el fiador haya renunciado a este beneficio o que se trate de una fianza mercantil.

1.3. Conclusión preliminar

De las líneas anteriores, podemos ir extrayendo algunas ideas que servirán a las conclusiones de este trabajo.

Una de ellas es que el contrato de fianza tiene características propias, que lo distinguen, como fuente de una garantía típica personal por excelencia.

Sin embargo, la distorsión que presenta la forma en cómo se teoriza al contrato -desde la dogmática civil- versus cómo es implementado en la práctica comercial, especialmente cuando está presente un fiador profesional (banco o empresa aseguradora), exige poner cuidado para no dejar pasar situaciones de injusticia contractual que puedan afectar al acreedor afianzado.

2. El contrato de seguro

Establece la derogada Ley del Contrato de Seguro de Venezuela de 2001 en su artículo 5: “El Contrato de seguro es aquél en virtud del cual una empresa de seguros, a cambio de una prima, asume las consecuencias de riesgos ajenos, que no se produzcan por acontecimientos que dependan enteramente de la voluntad del beneficiario, comprometiéndose a indemnizar, dentro de los límites pactados el daño producido al tomador, al asegurado o al beneficiario, o a pagar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, todo subordinado a la ocurrencia de un evento denominado siniestro, cubierto por una póliza. Las disposiciones del contrato de seguro se aplicarán a los convenios mediante los cuales una persona se obliga a prestar un servido o a pagar una cantidad de dinero en caso de que ocurra un acontecimiento futuro e incierto y que no dependa exclusivamente de la voluntad del beneficiario a

51 V. Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, cit., 2006, p. 51 ss., véase también Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones...* cit., p. 569.

52 V. Acedo Sucre, Carlos Eduardo, *Cláusulas abusivas y contratos de adhesión. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Aciempol-MENPA, 2018, pp. 387 ss.

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución”
¿Seguro o fianza?

cambio de una contraprestación, siempre que no exista una ley especial que los regule”⁵³.

Definición similar la encontramos en el artículo 6 de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora: “El contrato de seguro es aquel en virtud del cual una empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, a cambio de una prima, asume las consecuencias de riesgos ajenos que no se produzcan por acontecimientos que dependan enteramente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, comprometiéndose a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a pagar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, todo subordinado a la ocurrencia del evento cubierto por la póliza. Las disposiciones del contrato de seguro se aplicarán a los convenios mediante los cuales una persona se obliga a prestar un servicio o a pagar una cantidad de dinero en caso de que ocurra un acontecimiento futuro e incierto, y que no dependa exclusivamente de la voluntad del beneficiario a cambio de una contraprestación”⁵⁴.

Morles Hernández afirma que “en el contrato de seguro, mediando el pago de una prima, el asegurador se obliga a cumplir en favor del beneficiario la prestación prometida si se produce el acontecimiento previsto”⁵⁵.

Vale rescatar desde ya que el contrato de seguro cumple una función indemnizatoria. Esto lo contrastaremos con la función de garantía de la fianza, incluso cuando es solidaria.

53 Sobre la crítica a la parte final de esta norma, respecto a los paraseguros véase Morles Hernández, Alfredo, *Curso de derecho mercantil. Los contratos mercantiles*, t. IV, UCAB, Caracas, 2005, p. 2457 ss. Cabe preguntar si con la derogatoria de la Ley del Contrato de Seguros que hiciera la Ley de la Actividad Aseguradora 2016 han revivido los art. 548 al 611 C. Com. Ven.

54 G.O N° 40.973 de fecha 24 de agosto de 2016. La Ley de Comercio Marítimo establece en su artículo 375: “Se entiende por contrato de seguro marítimo, aquel mediante el cual el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado mediante el pago de una prima, en la forma y medida convenida en la póliza, contra las pérdidas marítimas; entendiéndose por estas las pérdidas ocurridas a la expedición marítima, extendiéndose por sus términos o por uso de comercio a cubrir las pérdidas sufridas en aguas interiores, o durante las operaciones terrestres que fueren accesorias. Cuando el viaje comprenda la modalidad multimodal o trayectos combinados por agua, tierra o aire, se aplica, salvo pacto en contrario, las normas del seguro marítimo”.

55 Cf. Morles Hernández, Alfredo, *Derecho de seguros*, UCAB, Caracas, 2013, p. 324.

2.1. El contrato de seguro dentro de la clasificación general de los contratos⁵⁶

Dentro de la clasificación general de los contratos, el contrato de seguros es:

- Un contrato bilateral. El asegurador se obliga a indemnizar al asegurado y/o beneficiario frente a la ocurrencia de un siniestro⁵⁷. Mientras que el tomador y/o asegurado a cambio se obliga a pagar una contraprestación (prima) por la cobertura del riesgo⁵⁸ y el consecuente pago de indemnización frente a eventual ocurrencia del siniestro⁵⁹. Estas prestaciones son correlativas (sinalagmáticas⁶⁰).
- Es un contrato consensual. Teóricamente significa que se perfecciona con el mero consentimiento, sin embargo, ha señalado la doctrina que esto parece ser más bien una consensualidad ficticia⁶¹, pues se requieren una serie de pasos o requisitos previos para su perfeccionamiento.

Más allá de la razón que exista para sostener esta afirmación, que sea clasificado el contrato de seguro como consensual tiene una repercusión práctica en cuanto a cómo puede demostrarse su existencia, vale decir, que para demostrar su existencia no es necesaria una forma o solemnidad específica⁶².

56 Sobre este tema véase por todos Mármol Marquis, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestre*, 5^a ed., Liber, Caracas, 2001, pp. 106 ss.

57 Establece el artículo 41 las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora: “El siniestro es la materialización del riesgo que da origen a la obligación de indemnizar por parte de la empresa se seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, que corresponde conforme al contrato suscrito”.

58 De acuerdo con lo previsto en el artículo 35 de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora: “El riesgo es la posible ocurrencia por azar de un acontecimiento que no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, que ocasione una necesidad económica, y cuya aparición real o existencia previene y garantiza la póliza. Los hechos ciertos, salvo la muerte y los de ocurrencia imposible, no constituyen riesgo, ni son susceptibles de ser asegurados, Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto a determinado hecho que se haya cumplido o no”.

59 Sobre la interconexión de los conceptos riesgo y siniestro, véase Mármol Marquis, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestres*, 5^a ed., Liber, Caracas, 2001, pp. 187 ss.

60 Al respecto véase por todos Mármol Marquis, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestres*, op. cit., p. 110 ss.

61 V. Acedo Mendoza, Manuel y ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *Temas sobre derecho de seguros*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 330.

62 Siendo admisible la prueba de testigos para probar su existencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del Código de Comercio venezolano. Recordemos que la actividad aseguradora es considerada actividad comercial *ex art. 2. 12° C. com. Ven y arts. 374 ss. de la Ley de Comercio Marítimo de Venezuela*. Sin embargo, véase la lim-

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución”
¿Seguro o fianza?

- El contrato de seguro es un contrato oneroso. Al respecto señala Mármol Marqués “es oneroso, porque cada parte quiere procurarse una ventaja mediante un equivalente. El asegurador, ganar la prima. El tomador, librarse de las consecuencias de un riesgo”⁶³.
- Es un contrato de buena fe. Al respecto es clásica la mención al respecto de Mármol Marqués quien señala que en rigor lo es, como todo contrato⁶⁴.
- Es de ejecución de duración o ejecución continuada, vale decir, no se agota o ejecuta en un solo momento sino por el contrario se extiende necesariamente en el tiempo.
- Y es un contrato aleatorio. Esto en cuanto al siniestro, vale decir, que este debe ser necesariamente un acontecimiento que escapa de la voluntad de las partes, especialmente del asegurado, tomador o beneficiario. Como situación condicional al verificarse genera la obligación del asegurador. Esto significa que el contrato seguro es unilateralmente aleatorio, respecto del asegurador⁶⁵.

Acá vale la pena detenerse, a pesar de que sobre esto volveremos, y es que la fianza es un contrato conmutativo, o lo que es lo mismo, para el fiador se genera una prestación que es conocida y esperada de antemano, también cuando hablamos de “seguro de fianza o de caución”.

Por otra parte, cuando se dice que hay un hecho sujeto al alea (siniestro) que escapa de la voluntad de las partes, quiere decirse que ellas, especialmente el asegurado, el tomador o el beneficiario, no deben por hechos, actos u omisiones incidir en la producción del siniestro, ni directa ni indirectamente. En otras palabras, ni por dolo (intención) ni por culpa (negligencia o imprudencia).

itación prevista en el art. 18 de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, que establece: “... Los interesados en demostrar la existencia de un contrato de seguro pueden acudir a todos los medios de pruebas idóneos con la naturaleza del contrato, con excepción de la prueba de testigos”, limitación prevista en una disposición normativa de rango sub-legal (V. art. 7 C. Civ. Ven). Recientemente se ha cuestionado la limitación probatoria (prueba de testigos) prevista en el artículo 1.387 C. Civ. Ven, desaplicado por control difuso, por ser contraria a garantías procesales constitucionales, ver sentencia n° 511/2023 dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 13 de junio de 2023, ponencia de la Magistrada Barbara Gabriela César Siero, caso: Asociación Cooperativa Somos El Pueblo, R.L., c. CorpoMiranda.

63 Cf. Mármol Marqués, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestres*, op. cit., p. 112 ss.

64 Señala Mármol Marqués, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestres*, op. cit., p. 115, “que al decir que el contrato de seguro es de buena fe en realidad no se dice nada, porque tal cosa parece suceder con todos los contratos...”.

65 V. Mármol Marqués, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestres*, op. cit., p. 113 ss.

Lo anterior es fundamental para entender la diferencia entre el seguro y los llamados seguros de fianza o de caución, donde estos últimos en rigor cubren la responsabilidad del deudor (afianzado) incluso cuando por intención (dolo) o culpa, incumple la obligación que tienen frente al acreedor.

En otras palabras, el seguro de fianza o de caución, está sujeto, como el contrato de fianza, al régimen de responsabilidad contractual que se deduce del artículo 1.271 C. Civ. Ven:

“El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de obligación como por retardo en la ejecución, sino prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.

Como es sostenido por la doctrina, en la responsabilidad contractual (o derivada de un acto jurídico voluntario), a diferencia de la responsabilidad extracontractual, como regla, se presume el incumplimiento del deudor, así como su culpa⁶⁶.

Esta doble presunción pone al acreedor en una situación de ventaja al reclamar la responsabilidad del deudor y de su garante (fiador), debiendo el deudor (o su fiador) probar “que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable”⁶⁷, para liberarse de responsabilidad.

Si se compara este régimen contractual con el del contrato de seguro, vemos con relativa facilidad que en el último el asegurado (demandante) debe demostrar no sólo la existencia del contrato sino además la ocurrencia del siniestro, caso que no ocurre en el primero, como hemos mencionado.

Lo anterior no es baladí, pues si se califica al “seguro de caución o seguro de fianza” como contrato de seguro, la situación procesal del acreedor será más difícil frente aquella que tendría si se calificara a esta situación como lo que es, a saber, una situación de garantía.

66 V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, T. I, UCAB, Caracas, 2002, p. 143.

67 Hay que recordar que la causa extraña no imputable, para liberar al deudor debe cumplir ciertos requisitos que el demandado tiene la carga de demostrar. V. Ochoa E., Oscar G., *Teoría general de las obligaciones. Derecho civil III*, t. I, UCAB, Caracas, 2009, pp. 208 ss.

Téngase en cuenta que el seguro de fianza es un contrato celebrado entre deudor y fiador, que tiene como finalidad la creación de una situación jurídica de garantía, a favor del acreedor.

En realidad, lo que ocurre y produce confusión es que el llamado de “seguro de fianza o seguro de caución” nace de manera similar al contrato de seguro, en cuanto respecta al deudor y al fiador profesional, generando aparentemente una estipulación a favor de un tercero (acreedor)⁶⁸, que es propiamente una situación de garantía (fianza).

Esta situación de garantía adquiere independencia respecto de aquella relación entre deudor y empresa aseguradora (o institución bancaria o financiera). Es decir, se consolida como una fianza una vez que el fiador profesional expresa su voluntad (que puede, y suele, ser una manifestación unilateral de voluntad).

- El contrato de seguro es un contrato principal⁶⁹, no supone la existencia de otro contrato o relación jurídica⁷⁰.
- El contrato de seguro es un contrato asimétrico⁷¹ por regla. El asegurado, el tomador o el beneficiario del seguro en raras ocasiones tienen la posibilidad de discutir los términos del contrato y las condiciones que aplican al mismo.

Como señala Mármol Marqués “el seguro, normalmente, se contrata por adhesión. Es inútil para demostrar lo contrario decir que “las discusiones son mucho más frecuentes de lo que el público se imagina, y a este respecto, el papel de los agentes y corredores es primordial. Porque, por muy frecuentes que ellas sean, nunca pueden versar sobre ciertos elementos básicos: la prima ha de ser fijada por los principios técnicos y nunca una menor; no se podrá acordar la cobertura de riesgos prohibidos por la ley, etc.”⁷².

68 Respecto a la estipulación a favor de terceros véase por todos Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, 4^a ed., Acienpol, Caracas, 2006, p. 680 ss.

69 De hecho, un contrato accesorio depende lógica y jurídicamente de una obligación principal, p. ej., la prenda, la hipoteca o la fianza. Véase al respecto Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, 4^a ed., Acienpol, Caracas, 2006, p. 49.

70 V. Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 21^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 752. Sin embargo, la situación es discutible cuando el riesgo asegurado depende de las prestaciones derivadas de otros negocios jurídicos, v. Mármol Marqués, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestres*, *op. cit.*, p. 120.

71 V. Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, *cit.*, 2006, p. 51 ss., véase también Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones... cit.*, p. 569.

72 Cf. Mármol Marqués, Hugo, *Fundamentos del seguro terrestres*, *op. cit.*, p. 120.

2.2. Conclusión preliminar: diferencia entre la fianza y el seguro

Podemos sintetizar las diferencias más relevantes que existen entre el contrato de fianza y el contrato de seguro.

El contrato de fianza es un contrato conmutativo mientras que el seguro es aleatorio. La fianza es accesoria y subsidiaria mientras que el contrato de seguro es principal. La fianza es unilateral mientras que el contrato de seguro es bilateral.

Y pudiéramos continuar...

Como conclusión preliminar, y aunque de Perogrullo, observamos las claras diferencias que existen entre la fianza y el seguro. Esta misma claridad debe ser considerada al tratar a los llamados “seguros de fianza o de caución”.

La expresión “seguro de fianza o de caución” es sin dudas poco feliz, pues en ella se utilizan palabras que, separadas, significan e implican fenómenos jurídicos contractuales diferentes (fianza ≠ seguro).

La Superintendencia de la Actividad Aseguradora en Venezuela, en Dictamen de 2004, ya se había pronunciado respecto al fenómeno de la seguro de fianza o seguro de caución, señalando:

“... considerar que el contrato de fianza emitido en forma profesional, onerosa, mercantil, masiva y técnica por una empresa aseguradora es una operación de seguros y por tanto una actividad exclusiva de éstas, es una consideración errada y alejada de la realidad, en el sentido de que existen sociedades mercantiles constituidas con el único objeto de realizar afianzamientos en forma masiva, mercantil, onerosa y profesional, e instituciones financieras que emiten fianzas en estas mismas condiciones”⁷³.

3. Los llamados seguros de fianza o de caución

Tal como lo hemos adelantado entrelineas previamente, consideramos que el llamado contrato de seguro de fianza o de caución pertenece propiamente a la naturaleza de la garantía personal por excelencia, a saber, la fianza.

Las aparentes características que presenta en el mundo comercial, bien sea por su denominación (seguro de fianza o seguro de caución), o por los

73 [V. Consideraciones-acerca-del-contrato-de-seguros-la-fianza-y-la-poliza-de-seguro.pdf \(sudeaseg.gob.ve\)](#)

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución”
¿Seguro o fianza?

sujetos que comúnmente la prestan (empresas aseguradoras y/o bancos o entidades financieras), puede generar confusión.

Los llamados seguros de fianza o caución no son otra cosa que los contratos de fianza que utilizan las empresas de seguro o instituciones financieras, como parte de los productos que ofrecen al público consumidor y usuario.

En general, dentro de este tipo de fianzas figuran, las fianzas de fiel cumplimiento⁷⁴, fianzas de anticipo, fianzas judiciales, aduaneras, aquellas previstas en los Códigos Civiles y/o cualquier otro tipo de fianza para asegurar el cumplimiento de obligación contractual, legal o judicial.

A pesar de que son productos que en países como Venezuela son ofrecidos generalmente por empresas aseguradoras, insistimos, no son contratos de seguro.

Tomemos el ejemplo de uno de los más comunes en la contratación de obras públicas o privadas: La fianza de anticipo.

3.1. El ejemplo de uno de los seguros de fianza o de caución: La fianza de anticipo

La llamada fianza de anticipo⁷⁵ es la garantía mediante la cual el fiador “garantiza el reintegro del anticipo de dinero que otorga el acreedor al deudor a fin de que este disponga de capital para comenzar el trabajo que le ha sido encomendado”⁷⁶.

La fianza de anticipo (y en general las fianzas) prestada por empresas (aseguradoras en Venezuela), como negocio jurídico, es entendida por la doctrina como una figura especial, que en muchas regulaciones se acerca al contrato de seguro, por ser parte de la actividad aseguradora⁷⁷.

74 En Venezuela véase Providencia N° 40.023 de 05 de octubre de 2012 sobre Normas para condiciones generales y particulares de fianza de fiel cumplimiento y Providencia 4220 de 30 diciembre 2013, sobre Fianza de Fiel Cumplimiento para Operaciones Cambiarias.

75 Sobre el anticipo véase Belloso Guzmán, Rodolfo y Jáuregui Beyluone, Arturo, *Notas breves sobre la naturaleza jurídica del anticipo contractual*, en *Blog Derecho y Sociedad*, Universidad Monteávila, agosto, 2023, Notas breves sobre la naturaleza jurídica del anticipo contractual | Derecho y Sociedad (derysoc.com).

76 V. Ávila M. Luis, *La fianza en el objeto social de las compañías de seguro*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, 44, UCAB, Caracas, 1992, p. 28

77 V. arts. 2, 8. 29°, 11. 1° y 5°, 35, 37 y 130 de la Ley de la Actividad Aseguradora de 2015. Artículo 2. La actividad aseguradora es toda relación u operación relativa o conexas al contrato de seguro, al de reaseguro y al contrato de administración de riesgos, en los términos establecidos en las normas que regulen la materia. De igual manera, forman

Esta es la razón por las que se les suele denominar seguro de caución, pero que conservan la función caucional típica del contrato de fianza. Es decir, a pesar de formar parte de la actividad aseguradora, son propiamente fianzas.

Así, a este tipo de negocio jurídico resulta aplicable el método de interpretación *contra proferentem*⁷⁸ o *interpretatio contra stipolatorum*⁷⁹ aplicable a las relaciones jurídicas asimétricas conforme al principio de buena fe contractual *ex* artículo 1.160 del Código Civil venezolano y artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano, pues al ser redactada por el fiador (un fiador profesional), su interpretación no debe desfavorecer a la parte que no participó en su redacción⁸⁰.

Insistimos, a los efectos técnicos de aplicación normativa, es claro que estamos en presencia de una fianza mercantil.

En este sentido, señala la doctrina que “la fianza de fiel de cumplimiento [agregamos: la fianza de anticipo y cualquier otro seguro de caución], no es un contrato de seguros pues lo propio de la póliza de responsabilidad es, justamente, que el asegurador no tiene acción contra el asegurado, salvo dolo –y quizás culpa grave– de éste”⁸¹.

Sobre la fianza de anticipo señala la doctrina que “estrictamente hablando, esta figura es una garantía, y no un contrato de seguros; por lo que

parte de la actividad aseguradora la intermediación, la inspección de riesgos, el peritaje evaluador, el ajuste de pérdidas, los servicios de medicina prepagada, las *fianzas*, el financiamiento de primas o cuotas, el fideicomiso relacionado en materia de seguro y los fondos administrados.

78 V. Morles Hernández, Alfredo, *Garantías mercantiles*, UCAB, Caracas, 1992, p. 234.

79 Véanse sentencias dictadas por el la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, n° 798/2017 de 03 de mayo de 2017 y n° 275/2019 de julio de 2019.

80 Por ejemplo, pudiera cuestionarse la validez e incorporación de cláusulas que establezcan caducidades contractuales. Véase sentencia N° 1175/2004, caso: Alfredo Machado, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en fecha 16 junio 2005, así como sentencia N° 65/2016 caso: Juan Diego León Ferrer dictada en fecha 02 de marzo de 2016 por la misma Sala. También cabría incorporar a la discusión la invalidez de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas, contenidas en el acto de fianza, en las condiciones generales o particulares de contratación. Sobre las cláusulas abusivas véase Acedo Sucre, Carlos Eduardo, *Cláusulas abusivas y contratos de adhesión. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, Aciropol-MENPA, 2018, pp. 387 ss.

81 V. Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Sucre, Carlos Eduardo, *Temas sobre derecho de seguros*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 330

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución”
¿Seguro o fianza?

como en toda garantía, el incumplimiento voluntario está cubierto, sin que se apliquen las restricciones propias del contrato de seguros”⁸².

En el mismo sentido señala MORLES “... en el caso de seguro de caución se está frente a una derogatoria expresa de la prohibición general de asegurar el comportamiento voluntario del deudor, argumento perfectamente trasladable a la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico...”⁸³.

Esto trae como consecuencia, una conclusión evidente, y es que el comportamiento voluntario del deudor-afianzado no exime ni excluye la vigencia, eficacia o aplicación de la garantía. En otras palabras, las empresas aseguradoras o instituciones financieras que ofrecen este tipo de productos, están obligada a cumplir y/o indemnizar debido a la obligación incumplida por el afianzado, salvo que éste (o aquellas) demuestre(n) alguna causa eximente de responsabilidad.

Pero, además, hay que tener presente que muchas veces estas fianzas, al estipular que la obligación de fiador es pagar determinadas cantidades de dinero, incluso frente a hechos o causas que generalmente serían consideradas como eximentes de responsabilidad, estos hechos o causas o eximentes no afectan o eximen el incumplimiento del fiador. Cuestión que ocurriría en el caso de fianzas de anticipo.

Pongamos un ejemplo: Imaginemos que la empresa A, contrata a la empresa B, para que lleve a cabo una obra de ingeniería. El contratista B, exigirá, como es común, el anticipo del precio para iniciar la obra, generalmente una parte del precio total de obra. La empresa A, comitente, entregará la suma exigida por B, siempre que cuente con una garantía en términos satisfactorios.

El producto disponible en el mercado es la fianza de anticipo que una empresa aseguradora C ofrece. La fianza tiene una finalidad específica, a saber, responder frente al comitente o dueño de la obra A, por el uso o mal uso por parte de B, del precio que recibe en anticipo.

Supongamos que la empresa B, por un hecho del príncipe no puede seguir o continuar con la obra, y desiste de la misma alegando, precisamente

82 V. Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Sucre, Carlos Eduardo, *Temas sobre derecho de seguros*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 329

83 V. Morles Hernández, Alfredo, *Derecho de seguros*, UCAB, Caracas, 2013, p. 438

la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Imaginemos que de la obra no se hizo ni en un 5%.

Preguntamos ¿Tendrá el comitente/dueño de la obra derecho a la restitución del anticipo del precio?

La respuesta dependerá de si el comitente puede sacar provecho a ese 5% por ciento, en cuyo caso, la empresa aseguradora estará obligada a devolver una suma proporcional del precio que se corresponda con la deducción en proporción del 5% por ciento de ejecución de la obra.

Pero en todo caso, como cuestión de principio, sí existirá la obligación de restituir el precio por parte la empresa aseguradora⁸⁴.

II. Conclusiones

En Venezuela el llamado contrato de “seguro de fianza o de caución” es propiamente una situación de garantía que se identifica con la fianza.

A pesar de que los “seguro de fianza o de caución” pertenecen a la actividad comercial que desarrollan las empresas de seguro (y entidades bancarias), no se identifican con el contrato de seguro.

Decir lo anterior parece ser una obviedad, y en este sentido quizá el lector iniciado o experto en el tema puede considerarlo una banalidad.

Sin embargo, decirlo y repetirlo, no lo es.

Hay elementos que generan confusión. Comenzando, como hemos visto, por el *nomen iuris*: seguro de fianza o seguro de caución.

Para el no iniciado esta ambigüedad debe generar una perplejidad tremenda. Perplejidad que puede redundar en el riesgo de aplicación e interpretación errónea por los órganos jurisdiccionales, quienes pueden ser tentados a aplicar parámetros propios del contrato de seguro a una situación de garantía (fianza).

84 V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, T. II, UCAB, Caracas, 2002, p. 951 y Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, T. I, UCAB, Caracas, 2002, p. 230; asimismo Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, RVLJ, Caracas, 2017, p. 179 y Alterini, Atilio Anibal, *Contratos. Civiles-Comerciales-de Consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 522.

El contrato de “seguro de fianza o seguro de caución”
¿Seguro o fianza?

Con estas ideas, presentamos nuestra aspiración de que el mercado afianzador en Venezuela y los conflictos que de sus relaciones se deriven, se orienten por una aplicación adecuada de este producto (seguro de fianza o de caución) -que, insistimos, es propiamente una fianza- importante para dar seguridad jurídica y económica al gran número de relaciones jurídicas que se aprovechan de la fianza como instrumento para garantizar el cumplimiento de un sinnúmero de obligaciones.

Los derechos de las personas en el procedimiento administrativo de nueva generación

Víctor Rafael Hernández-Mendible¹

pp. 192-215

Sumario

I. Introducción | II. El procedimiento administrativo de nueva generación | III. Los derechos que las personas en el procedimiento administrativo de nueva generación | IV. Consideraciones finales.

¹ Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), Post-Doctor por el Mediterranea International Centre for Human Rights Research (MICHR), di Reggio Calabria (Italia). Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Venezuela y Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE) y Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). www.hernandezmendible.com

I. Introducción

Comienzo por manifestar agradecimiento y felicitación al profesor Carlos García Soto. Lo primero, por la invitación a participar en esta publicación jubilar; y lo segundo, por haber organizado este merecido homenaje *in memoriam* al doctor Enrique Pérez Olivares, primer Rector de la Universidad Monteávila.

En mi caso concreto, además constituye un honor participar en un reconocimiento a una vida pública como la del doctor Pérez Olivares, con quien se tiene una deuda impagable, pues en vida no se le hizo el reconocimiento académico que merecía, por haberse dedicado al servicio del país.

Hace dieciséis años manifesté que el doctor Pérez Olivares, por su trayectoria era acreedor a ocupar un sillón en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales²; lamentablemente cinco años después falleció, sin que esa corporación le hubiese hecho justicia³.

No obstante, este trabajo de júbilo no es para recordar lo que no se le reconoció estando vivo, sino para celebrar lo que él hizo y que permite reunirnos a honrar una trayectoria de vida constructiva, cuyo ejemplo permanente puede ser imitado para contribuir tanto al crecimiento institucional de la Universidad Monteávila –uno de sus principales legados-, como al progreso del país cuando se retome el sendero democrático y se restablezca el Estado de Derecho.

El tema que he seleccionado para testimoniar el reconocimiento al académico –sin sillón y sin número- Enrique Pérez Olivares, quien fue ejemplo de buen venezolano, comprometido en la construcción de un mejor país a través de la educación y de la práctica del humanismo cristiano, siempre preocupado por la persona humana y el respecto a su dignidad, se encuentra relacionado con las garantías para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, ante las autoridades públicas que deben tramitar los procedimientos administrativos para adoptar las decisiones que les corresponden a su esfera de competencia.

2 Hernández-Mendible, Víctor R., Presentación, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo I, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, p. 4.

3 Hernández-Mendible, Víctor R., In Memoriam, *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Caracas, 2012, p. 7.

La doctrina científica ha advertido la existencia de varias generaciones de procedimientos administrativos⁴, que han sido identificados por su similitud con las fuentes que le sirven de inspiración.

Es así como se considera que el procedimiento administrativo de primera generación que tiene como fuente de inspiración el proceso judicial, fue establecido por el legislador para garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa en el ámbito administrativo, regulando las relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los particulares, en virtud de los cuales se tramitaban los distintos y consecutivos actos procedimentales de la autoridad pública y de las personas, para que aquella en ejercicio de la función administrativa finalice dicho procedimiento con la expedición de una resolución administrativa individual, que materializa la aplicación de la ley a un asunto concreto.

La insuficiencia o déficits del procedimiento administrativo de primera generación para brindar respuesta satisfactoria a todos los casos en que se encuentra presente el interés general y el ejercicio de derechos fundamentales de la persona, planteo la necesidad de construir nuevos procedimientos. Es así como surgirá el procedimiento administrativo de segunda generación cuya fuente de inspiración es el proceso legislativo, que vino a establecer la ley para garantizar el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos, frente al ejercicio de las potestades normativas y regulatorias que tiene atribuida la Administración Pública. La finalidad de estos procedimientos es la expedición de los reglamentos y demás actos administrativos generales, que presentan un contenido normativo de rango sublegal, estableciendo mandatos y prohibiciones, que se deben expedir en desarrollo y complemento del espíritu, propósito y razón de la ley como norma de superior jerarquía, sin invadir los espacios que constitucionalmente se encuentran reservados a ésta.

Más recientemente se ha advertido la necesidad de la construcción de una tercera generación de procedimiento administrativo, que tiene como modelo a seguir el procedimiento administrativo en red, en cuanto regula las relaciones entre distintas Administraciones Públicas y las personas. Se considera que constituye un procedimiento moderno, diseñado con el objeto de que la Administración actúe de manera cooperativa (público-privado) o en red (inter-administrativa vertical-horizontal u horizontal-horizontal) y formule políticas públicas, determine las prioridades, así como el desarrollo,

4 Barnes, Javier, Tres generaciones de procedimiento administrativo, *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, (Coords. Aberastury, P. y Blanke, H-J.), Eudeba-KAS, Buenos Aires, 2012, pp. 119-161.

diseño y aplicación material. Por ello se dice que las distintas fases de procedimiento administrativo tienen una mayor integración, dado que éstas abarcan desde la normación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa y resolución de los conflictos, generando una nueva forma de regulación y de gobernanza administrativa, que se constituye en un instrumento tanto de creación como de aplicación de normas jurídicas.

De este análisis se considera que el procedimiento administrativo tradicional, ha sido el instrumento para la aplicación de un Derecho rígido, imperativo, permanente y excesivamente formal -dentro de la informalidad que caracteriza a este procedimiento frente al jurisdiccional-, coercitivo y sujeto a controles *ex post*; que como consecuencia de los cambios jurídicos, políticos, tecnológicos, culturales y sociales ha dado paso a un procedimiento administrativo moderno, guiado por un Derecho evolutivo, indicativo, de intensa adaptación, en permanente cambio y de carácter persuasivo, sometido a controles *ex ante*, que coloca la hoja de ruta en la búsqueda de la *buena administración*, en su triple dimensión: como principio rector de la actividad administrativa, como deber de la Administración Pública y como derecho de las personas⁵.

Estas reformas de tercera generación en el procedimiento administrativo promovidas por la doctrina científica, para algunos significa poner el acento en la evolución que ha supuesto pasar de la transformación cuantitativa, a la cualitativa y a la tecnológica de la Administración Pública contemporánea⁶; y para otros, se sustenta en una profunda y real reformulación del procedimiento administrativo, basada en la colaboración, la interrelación y el intercambio de información, comunicación y conocimiento⁷, planteamien-

-
- 5 Galli Basualdo, Martín, *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019; Matilla Correa, Andry, *La buena administración como noción jurídico-administrativa*, Unión Iberoamericana de Municipalistas, Diputación de Jaen y Dykinson, Madrid, 2020, pp. 197-300.
 - 6 Delpiazzo, Carlos E., *Hacia dónde va el Derecho Administrativo, El Derecho Público en Iberoamérica. Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, Tomo I, (Coords. Molina, C. M. y Rodríguez Rodríguez, L.), Universidad de Medellín-Temis, Bogotá, 2010, p. 391; y del mismo autor, *Acto y Procedimiento Administrativo Electrónicos, Derecho Administrativo Iberoamericano (contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimiento administrativo, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad)*, Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza, 2010, pp. 628-629.
 - 7 Barnes, Javier, *Reforma e Innovación del Procedimiento Administrativo, La Transformación del procedimiento administrativo*, (Ed. Javier Barnes), Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 15-69; *Towards a third generation of administrative procedure, Comparative Administrative Law*, (Coord. S. Rose-Ackerman and P. L. Lindseth), Ed. Edgard Elgar,

tos que se complementan perfectamente para avanzar hacia una auténtica gobernanza⁸, realizable en la medida que el ordenamiento jurídico que regule el ejercicio de las potestades administrativas, se encuentre guiado a la consecución de los objetivos de interés general que persigue el arte de gobernar, es decir, la eficiencia, la eficacia y la austeridad en la gestión pública orientada al desarrollo sostenible, que es el único capaz de garantizar las condiciones que hagan posible la remoción de los obstáculos que impiden el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad humana.

En este orden de ideas, los países iberoamericanos han venido trabajando en la adopción de un conjunto de instrumentos que persiguen mejorar tanto la Administración Pública como los servicios que ésta presta, es decir, a partir de lo normativo y formal, introducir mejoras orgánicas o subjetivas y materiales u objetivas en la gestión pública administrativa.

Al respecto luce pertinente recordar el compromiso de incorporar en los ordenamientos jurídicos de los respectivos países, el **Código Iberoamericano de Buen Gobierno**, asumido en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en Montevideo, los días 21 al 23 de junio de 2006.

La **Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico**, aprobada en la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en Pucón, Chile, los días 31 de mayo y 1° de junio de 2007.

La **Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública**, aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en San Salvador, El Salvador, los días 26 y 27 de junio de 2008.

Massachusetts, 2010, pp. 336-356; también de este autor, *Procedimiento administrativo de tercera generación. Derecho administrativo Iberoamericano (contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimiento administrativo, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad*, Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza, 2010, pp. 322-344.

8 La voz Gobernanza ha sido definida como “el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a ed., Espasa, Madrid, 2001, p. 1141.

La **Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública**, aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, efectuada en Lisboa, Portugal, los días 25 y 26 de junio de 2009.

La **Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública**, elaborada a instancia de la XV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, efectuada en Ciudad de Panamá, Panamá, los días 27 y 28 de junio de 2013, aprobada por el CLAD el día 10 de octubre de 2013.

La **Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto**, elaborada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, efectuada en Bogotá, los días 7 y 8 de julio de 2016, adoptada por la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en Cartagena de Indias, Colombia, los días 28 y 29 de octubre de 2016.

La Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública, aprobada en la LIII Reunión del Consejo Directivo del CLAD, en Varadero, Cuba, el día 20 de noviembre de 2023.

La incorporación de estos compromisos en el ordenamiento jurídico nacional y en concreto, al procedimiento administrativo moderno, tiene la virtud de materializar y garantizar la Buena Administración en su triple dimensión, lo que encuentra anclaje positivo en los artículos 69 y 138 de la Constitución⁹.

Es en tales términos constitucionales, que se impuso una revisión cualitativa y de la dispersa legislación en materia de procedimientos administrativos, para abordar las recientes transformaciones institucionales del Estado constitucional y democrático de Derecho (del modelo prestacional al modelo de garantía de prestaciones¹⁰), como del nivel de progreso tecnológico y la complejidad de las relaciones e informaciones que se generan entre distintas Administraciones Públicas (internacionales, supranacionales, nacionales y locales) y las personas, que exigen una manera de actuación distinta a la im-

9 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, El derecho fundamental al buen gobierno y a una buena administración de instituciones públicas, *Revista de Derecho Público N° 113*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 40-41.

10 Hernández-Mendible, Víctor R., La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, (Dir. De la Cuétara, J.M., Martínez López-Muñiz, J. L. y Villar, J.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 1159-1177.

posición y la coerción; mediante el diálogo, la comunicación, la cooperación, el encuentro, el consenso, lo que demanda una nueva filosofía en la regulación del procedimiento administrativo, que le brinde mayor calidad democrática.

Todo este proceso de modernización institucional que cobra mayor fuerza en 2010, con la constitucionalización de la Administración Pública y el procedimiento administrativo, llevará a que el Congreso Nacional expida la Ley 247-12, Orgánica de la Administración Pública y la Ley 107-13, de Derecho de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo¹¹, que han venido a darle cobertura de derecho positivo a algunas de las propuestas de la doctrina científica en materia de procedimientos administrativos.

Esta última Ley mencionada además de regular el procedimiento administrativo de primera generación, estableció el procedimiento administrativo de segunda generación, aunque cabe señalar qué sin dejar de introducir en éste rasgos del procedimiento administrativo de tercera generación.

No obstante, dada la brevedad del presente espacio, no se va a tratar de desentrañar aquello que del nuevo procedimiento administrativo especial establecido en la Ley, encuadra en lo que la doctrina científica identifica con la segunda o tercera generación, sino que por razones meramente pragmáticas, se denominará procedimiento administrativo de nueva generación, al que se va a pretender distinguir del tradicional, hasta ahora regulado en diversas leyes y ahora definido al menos en los principios generales, en la Ley 107-13.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas se dividirá el presente trabajo en las siguientes partes a saber: El procedimiento administrativo de nueva generación (II); Los derechos que las personas en el procedimiento administrativo de nueva generación (III); y las consideraciones finales (IV).

II. El procedimiento administrativo de nueva generación

Antes de la expedición y vigencia de la Ley 107-13, de derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y el procedimiento administrativo, no existía un texto jurídico general que garantizase el procedimiento administrativo de nueva generación, lo que se traducía en la consecuente afectación de derechos fundamentales, que debían garantizarse a las personas antes de la expedición de los reglamentos, normas, planes y programas.

11 Gaceta Oficial de 6 de agosto de 2013.

El mencionado texto legal vino a introducir en el ordenamiento jurídico un procedimiento administrativo especial, el procedimiento para la elaboración y aprobación de reglamentos, normas administrativas, planes y programas, previa audiencia pública.

Tal procedimiento debe aplicarse en todos los supuestos, en los cuales corresponda a las autoridades públicas en ejercicio de la función administrativa, expedir los reglamentos, normas, planes y programas, en el ámbito nacional y municipal.

Ello así, debe analizarse sucintamente este procedimiento administrativo de nueva generación, bajo el prisma de la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Ley 107-13, que actualmente rige este procedimiento.

2.1. La potestad normativa de las autoridades administrativas

La potestad normativa es ejercida de forma primigenia por el Congreso Nacional, mediante la expedición de leyes de aquellos asuntos que no sean competencia de otro poder del Estado¹².

Sin embargo, la propia Constitución reconoce que el Ejecutivo Nacional tiene potestad normativa, mediante la expedición de reglamentos, que deben sujetarse al espíritu, propósito y razón de la Ley¹³ y que en ningún caso puede inmiscuirse en aquellos aspectos que son de reserva legal, ni menoscabar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales¹⁴.

Con los reglamentos se crean normas de carácter general, que reconocen derechos o amplían las modalidades de ejercicio de los mismos¹⁵ y establecen obligaciones, a las que quedan sometidas todas las personas que interactúan con la Administración Pública.

El marco del ejercicio de la potestad normativa lo complementa cada Ministerio, que en virtud de los asuntos atribuidos a su competencia, como órgano rector en una actividad concreta debe formular, planificar, dirigir, coordinar, evaluar y controlar las políticas, planes, programas, proyectos y

12 Artículo 93.1.q) de la Constitución.

13 Artículo 128.1.b) de la Constitución.

14 Artículo 30 Párrafo II de la Ley 107-13.

15 Artículo 8 de la Constitución.

expedir las normas generales que han de aplicarse para la consecución de los objetivos de interés general.

En efecto, cada Ministerio tiene atribuida la competencia para dictar actos administrativos individuales, es decir, con eficacia jurídica plena frente a determinadas personas¹⁶ y también pueden expedir actos administrativos generales, planes y programas que supongan el ejercicio de la competencia normativa¹⁷, de rango sublegal y en consecuencia, en ejecución de la ley, que tienen incidencia sobre la esfera jurídica de las personas.

La potestad normativa debe ser ejercida con estricta sujeción al Principio de Juridicidad¹⁸, en consecuencia, solo se tiene competencia normativa en los casos expresamente establecidos en la Ley¹⁹, tal como lo señala la doctrina científica al precisar que “la dotación de las Administraciones independientes con poder normativo precisa inexcusablemente una habilitación legal (formal) expresa y determinada (en el sentido de delimitadora del ámbito, carácter y alcance de la correspondiente potestad normativa)”²⁰. Además, se deben respetar los principios de transparencia, eficacia, jerarquía, economía, publicidad, objetividad y coordinación, que informan la actividad administrativa, según lo reconoce la Constitución²¹.

El ejercicio de las competencias normativas, supone la realización de un procedimiento administrativo que comprende dos fases: Una, de consultas públicas, de la cual se dará oportuna información a los interesados y se garantizará la posibilidad de aportar propuestas, opiniones, sugerencias o recomendaciones, a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública²² (garantía de la audiencia y participación en los asuntos públicos); y la otra, consiste en la expedición de actos jurídicos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, los cuales deberán ser publicados en la Gaceta Oficial o en un diario de circulación nacional o local²³ (garantía del conocimiento de las decisiones).

16 Artículos 12.14 de la Ley 247-12 y 8 de la Ley 107-13.

17 Artículo 30 de la Ley 107-13.

18 Artículos 138 de la Constitución, 12.2 de la Ley 247-12 y 3.1 de la Ley 107-13.

19 Artículos 12.14 y 55 de la Ley 247-12.

20 Parejo Alfonso, Luciano, La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno. *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1994, p. 651.

21 Artículos 138 de la Constitución.

22 Artículos 14.13 de la Ley 247-12 y 31.1 de la Ley 107-13.

23 Artículos 14.12 de la Ley 247-12 y 31.8 de la Ley 107-13.

Estas garantías llevan a que las autoridades administrativas adopten una forma de actuación, distinta de la tradicional, pues estas no lo hacen exclusivamente imponiendo su decisión de manera unilateral, en ejercicio de la potestad de imperio; sino que convocan a los agentes económicos y sociales, a los todos interesados, sean las personas individualmente consideradas o las organizaciones a través de las que se agrupa la comunidad, para que realicen propuestas, hagan observaciones, expongan sus argumentos, en fin, las autoridades administrativas actúan con ánimo de concertación, con la finalidad de lograr que las decisiones que se adopten, sean el producto del consenso entre estas y las personas sujetas o potencialmente destinatarias de su regulación.

Esto lo ha sostenido la doctrina científica al expresar que la autoridad administrativa “no dispone, como se predicaba en el pasado, de absolutos poderes cuya aplicación depende sólo de la valoración que de los intereses públicos relevantes realice el grupo político en el poder”, lo que permite apreciar que “tras la ardua literatura legal que aparece en los Boletines Oficiales, subyace una compleja urdimbre de actos, acuerdos y negociaciones precedentes. El Estado aparece así, más que como un Leviatán, como un modesto componedor entre grupos contrapuestos, algo así como un árbitro, en caso de necesidad, entre poderes recíprocamente moderados o crónicamente en litigio, según se mire”²⁴.

Lo anterior permite afirmar que las autoridades administrativas cuando tienen la competencia normativa pueden crear preceptos de derecho objetivo, dentro de su esfera de competencias y estos actos son válidos y productores de plenos efectos jurídicos, en el contexto del ordenamiento jurídico del Estado.

2.2. La garantía del derecho a la participación en los asuntos públicos

El régimen democrático contemplado en la Constitución tiene como uno de sus postulados fundamentales, que la soberanía reside en el pueblo y este la ejerce a través de sus representantes o directamente en ejercicio de derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho²⁵.

²⁴ Martín Mateo, Ramón, *Derecho Público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985, p. 24.
²⁵ Artículo 2 de la Constitución y 12.13 de la Ley 247-12.

Lo anterior tiene pleno reconocimiento en la norma suprema²⁶, que declara el principio-derecho subjetivo de toda persona a participar libremente en los asuntos públicos²⁷, que se puede ejercer a través de los medios que establezca la ley²⁸.

Es así como la Ley 107-13 de obligatoria observancia por toda la Administración Pública, dedica el capítulo segundo, del Título IV, bajo el epígrafe “*Normas comunes de procedimiento administrativo para la elaboración de normas administrativas y planes*”, a promocionar y garantizar el ejercicio de la participación en la proposición y toma de decisiones en los asuntos públicos.

a) La justificación del establecimiento de este especial procedimiento administrativo

La Ley establece los estándares mínimos y obligatorios que debe cumplir la Administración Pública al tramitar los procedimientos administrativos dirigidos a la aprobación y expedición de los reglamentos, normas administrativas, planes y programas de alcance general. Es importante destacar que al ser obligatorios no pueden dejar de cumplirse y al considerarse mínimos, conforme a los principios racionalidad y ponderación pueden ser aplicados de manera flexible y abierta, para introducir incluso el empleo de las nuevas tecnologías que contribuyan a garantizar los fines que justifican este procedimiento administrativo.

La tramitación de estos procedimientos administrativos por la Administración Pública persigue varias finalidades:

1. Obtener la información necesaria para la aprobación de los reglamentos, normas administrativas, planes y programas.
2. Lograr el encauzamiento del diálogo con otros órganos y entes públicos, con los particulares (interesados) y con los terceros (público en general).

26 Artículos 74.1 y 74.3 de la Constitución, así como artículo 23.1.a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

27 López Olvera, Miguel Alejandro, La participación ciudadana en la elaboración de normas administrativas de carácter general, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo I, (Coord. Hernández-Mendible, V. R.), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 791-818; Hernández-Mendible, Víctor R., La participación ciudadana: pasado, presente y futuro, *Derecho Municipal Comparado*, Ediciones Liber, Caracas, 2009, pp. 807-841.

28 Artículo 2 de la Constitución y 12.13 de la Ley 247-12.

3. Garantizar la adecuada ponderación de las políticas sectoriales y los derechos involucrados, mediante la promoción del derecho fundamental a la participación ciudadana, como sustento de la buena gobernanza democrática.

La Administración Pública tiene la obligación de aplicar los principios y criterios establecidos en el ordenamiento jurídico durante la tramitación del procedimiento administrativo, como mayor rigor y amplitud de cumplimiento de su finalidad, en la medida que la regulación legislativa previa sea mínima en la configuración de los estándares para la aprobación de los reglamentos, normas administrativas, planes y programas.

En consecuencia, en tanto exista una mayor libertad de configuración administrativa otorgada por la ley respectiva, se torna más intensa la obligación de la Administración Pública de actuar con sujeción estricta a los principios y criterios mínimos que establece la Ley 107-13.

Los instrumentos de carácter general que no posean fuerza normativa o vinculante como las recomendaciones, manuales, interpretaciones, directrices o medidas similares deberán ser elaborados y aprobados por la Administración Pública, con sujeción a los principios de transparencia, participación y motivación.

b) La obligación de realizar el procedimiento administrativo

La Administración competente para elaborar reglamentos, normas administrativas, planes y programas de alcance general, debe actuar con sometimiento a los principios y criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

La Ley 247-12 señala que los órganos y entes públicos deben promover la participación ciudadana en la gestión y decisión pública, sin perjuicio de lo que dispongan la Constitución y las leyes especiales²⁹.

En consecuencia, no se trata de una competencia discrecional de las autoridades administrativas, que les permite a su arbitrio decidir si tramitan el procedimiento administrativo o si permiten la participación de las personas, sino que se trata de una obligación que les impone la ley, cuyo incumplimiento puede afectar lo decidido por dichas autoridades, produciendo la invalidez de las decisiones adoptadas.

29 Artículo 12.13 de la Ley 247-12.

c) Los sujetos que pueden intervenir en el procedimiento administrativo

Al constituir la participación en los asuntos públicos un derecho fundamental, este puede ejercerlo todas las personas naturales y jurídicas, de modo directo, es decir, a título individual; a través de las asociaciones en que se agrupan o de las comunidades organizadas³⁰, mediante la presentación de propuestas y la formulación de opiniones sobre el anteproyecto de texto que constituye el objeto del procedimiento administrativo.

d) La obligación de registrar a los participantes

Con el fin de garantizar la participación en el procedimiento administrativo dirigido a la toma de decisiones para la expedición de los reglamentos, las normas administrativas, los planes, las políticas y los programas, las autoridades públicas deben llevar un registro de las personas individuales, de las asociaciones en que se agrupen y de la comunidad organizada, cuyo objeto social esté relacionado con el sector, para que todos ellos sean convocados a presentar propuestas y formular opiniones sobre la consulta pública dirigida a adoptar las decisiones correspondientes.

Es importante destacar que no existe obligación de las personas de inscribirse en el registro creado por la Administración, la solicitud de inscripción es totalmente voluntaria³¹; lo que existe es la obligación de la Administración de registrar a las personas que cumpliendo los requisitos legales, soliciten la inscripción a los fines de ser llamados o convocados a participar en los respectivos procedimientos administrativos.

e) El inicio del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se inicia con la elaboración por la Administración competente, de un documento que constituirá el objeto de la consulta y que la Ley 107-13 califica de “anteproyecto” o “borrador” de los reglamentos, normas, planes y programas de carácter general.

Siempre que la legislación sectorial así lo contemple, los particulares en ejercicio del derecho a la participación en los asuntos públicos pueden ejercer su iniciativa privada para elaborar y presentar a la Administración competente, el correspondiente anteproyecto de reglamento, norma, plan o

³⁰ Artículo 12.13 de la Ley 247-12.

³¹ Artículo 12.13 de la Ley 247-12.

programa, a los fines de que sea sometido a la tramitación y consulta prevista en la ley.

En cualquier caso, el anteproyecto para la adopción de reglamentos, normas, planes o programas debe comunicarse a las personas, organizaciones que las agrupan y grupos de la comunidad organizada, que estén inscritos en el registro de participantes de la respectiva Administración.

f) El deber de publicitar el inicio del procedimiento administrativo

Con la finalidad de lograr la mayor difusión posible sobre el objeto de la consulta pública y para garantizar de la manera más amplia y transparente la participación de todos los interesados en el procedimiento administrativo, concomitantemente a las comunicaciones escritas dirigidas a los inscritos en el registro, la autoridad administrativa debe difundir a través de cualquier medio de comunicación nacional o local, la oportunidad en que se dará inicio a la recepción de los planteamientos de los interesados en participar en la consulta pública y deberá indicar la duración de la misma. Así mismo, deberá publicarlo en la página web del órgano o ente, en la cual deberá señalar el anteproyecto sobre el cual versará la consulta que se convoca.

Una de las consecuencias de la publicidad del procedimiento administrativo consiste en el deber de permitir la participación del público en general, con independencia de que se pueda ver afectado o no directamente por el proyecto de texto reglamentario, norma, plan o programa, debiendo garantizarse tal participación antes de la aprobación definitiva, salvo que exista una norma legal que disponga lo contrario.

g) El plazo para la tramitación del procedimiento administrativo

Se debe advertir que la Ley no preestableció un plazo rígido, sino que le otorga una competencia discrecional a la Administración para que actuando con la debida racionalidad y ponderación, establezca el plazo mínimo para intervenir los interesados y el máximo para realizar la tramitación del procedimiento administrativo y resolver el asunto planteado.

En tal sentido se establece que se deberá otorgar un plazo razonable y suficiente, teniendo en consideración la complejidad del asunto a resolver, la materia de que se trate y las circunstancias concurrentes, para que esa participación resulte real y efectiva.

De allí que cuando la Administración haya identificado a los potenciales interesados en participar en el procedimiento administrativo debe informarles del texto íntegro del documento que contiene el proyecto y además les deberá indicar el lapso del cuál dispondrán para presentar ante la autoridad administrativa sus observaciones o comentarios escritos, así como los medios probatorios que consideren necesarios aportar.

Conforme a la dificultad del asunto, la Administración deberá contar igualmente con un plazo razonable y suficiente para procesar y analizar los alegatos realizados por todos los interesados, que hayan participado en la tramitación del procedimiento administrativo.

h) La realización de las audiencias

Durante el desarrollo del procedimiento administrativo se dará audiencia a las personas directamente o a través de las asociaciones que representen sus derechos e intereses y a la comunidad organizada, para escuchar sus alegatos y recibir sus medios probatorios antes de la aprobación final del texto reglamentario, norma, plan o programa.

Es así como una vez que finaliza el lapso de presentación de las observaciones, propuestas y recomendaciones escritas, la Administración competente debe establecer el lugar, día y hora en el cual los representantes de la misma, los técnicos que sean convocados, los sujetos inscritos en el registro y aquellos no inscritos que hayan manifestado algún tipo de interés en participar, así como el público en general puedan asistir a las audiencias con el objeto de intercambiar opiniones diferentes, efectuar preguntas y formular observaciones, sugerencias y comentarios destinados a que se adopte, modifique o no se apruebe el proyecto como instrumento final e incluso a que la Administración competente abandone ese texto y considere la elaboración de un nuevo anteproyecto.

i) La no preclusividad para intervenir en el procedimiento administrativo

Tanto los interesados como el público general que participen en las audiencias y las autoridades administrativas que colaboran en el desarrollo del procedimiento administrativo, también podrán ser convocados a las fases previas de elaboración del anteproyecto o borrador y se podrá extender la convocatoria a la posibilidad de contar con su presencia en la etapa posterior a la aprobación de los reglamentos, las normas administrativas, los planes, las políticas y los programas, a los fines de que hagan seguimiento y supervisión de su cumplimiento, en ejercicio del derecho a la participación en los asuntos públicos.

j) El conocimiento global del asunto a resolver

El procedimiento administrativo en el que se tramita la aprobación del proyecto debe servir para obtener y procesar toda la información necesaria, a fin de garantizar el acierto de la versión que en definitiva se constituirá en el texto reglamentario, norma, plan o programa.

La Administración competente para tal fin deberá recabar los estudios, evaluaciones e informes de naturaleza legal, económica, medioambiental, técnica o científica que sean pertinentes, así como las alegaciones realizadas por las personas, con la finalidad de adoptar una decisión que comprenda todos los aspectos relevantes para la expedición del reglamento, norma, plan o programa.

k) La colaboración entre órganos y entes administrativos

La Administración a quien compete la aprobación del proyecto de reglamento, norma, plan o programa deberá efectuar la consulta de la información que sea necesaria y además requerir la coordinación, la colaboración³² y la cooperación de los demás órganos y entes públicos, para que les suministren informes y opiniones que sean pertinentes y oportunos, en la medida que ellos sean necesarios o convenientes, en virtud de los trascendentales efectos que pueda producir la decisión a adoptar.

l) La obligación de motivación de las decisiones

La Administración competente que ha elaborado los proyectos de reglamentos, normas, planes y programas, así como que ha tramitado el procedimiento administrativo tiene que elaborar la propuesta de texto final, teniendo en consideración tanto los alegatos presentados por los interesados y el público en general, inicialmente y durante el desarrollo del procedimiento, debiendo ponderar los derechos e intereses en conflicto; como todos los estudios, informes y evaluaciones que hayan aportado los demás órganos y entes públicos, durante la tramitación del procedimiento administrativo.

Es importante tener presente que en virtud del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la Administración competente deberá motivar adecuadamente las razones de las opciones que resulten elegidas³³, a la vista de las distintas alternativas, antes de la aprobación definitiva.

32 Artículo 12.4 de la Ley 247-12.

33 Artículo 4.2 de la Ley 107-13.

m) El deber de publicar lo resuelto

La Ley 247-12, dispone expresamente que “Todos los reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos de carácter normativo o general dictados por la Administración Pública deberán ser publicados, sin excepción, en el medio que determine la ley, y se les dará la más amplia difusión posible”³⁴.

Es así como de manera coherente, la Ley 107-13 dispone que la entrada en vigor de los reglamentos, normas, planes o programas requerirán su previa e íntegra publicación en la Gaceta Oficial o en un diario de circulación nacional o local, según sea el caso³⁵.

n) La consecuencia de la omisión del procedimiento administrativo

La Ley establece la prohibición de aprobar reglamentos, normas, planes y programas de carácter general que no hayan sido objeto del preceptivo procedimiento administrativo legalmente establecido para ello.

En consecuencia, la expedición de los mencionados actos jurídicos sin la previa tramitación del procedimiento administrativo conduce a que se consideren inválidos los reglamentos, normas, planes y programas de carácter general que así hayan sido aprobados, por haber incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho³⁶.

ñ) La consecuencia de la aprobación de los textos en contravención al ordenamiento jurídico

El legislador al regular este procedimiento administrativo especial estableció un supuesto de nulidad de pleno derecho por disposición expresa de la Ley³⁷, al considerar que podría ser afectados por ese tipo de invalidez, tantos los reglamentos como las normas administrativas, los planes y los programas que sean aprobados:

1. En contravención a la Constitución³⁸, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior³⁹.

34 Artículo 12.12 de la Ley 247-12.

35 Artículo 31.8 de la Ley 107-13.

36 Artículo 30 párrafo II de Ley 107-13.

37 Artículo 14 de la Ley 107-13.

38 Artículos 6 y 73 de la Constitución.

39 Artículo 9 párrafo tercero de la Ley 107-13.

2. Los que regulen materias reservadas a la ley⁴⁰.
3. Los que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales⁴¹.
4. Los que infrinjan o desconozcan los principios o reglas de este procedimiento administrativo especial⁴².

Estos concretos supuestos de nulidad de pleno derecho, no excluyen la potencial materialización de los otros vicios de pleno derecho establecidos de manera general, que de constatarse también podrían afectar la validez los reglamentos, normas, planes y programas⁴³.

2.3. Las ventajas de garantizar la participación en los procedimientos administrativos de nueva generación

Tal como se puede observar, el procedimiento administrativo para la expedición reglamentos, normas, planes y programas tiene varias finalidades.

En primer lugar, garantizar el derecho a la efectiva y directa participación de las personas en la toma de decisiones atribuidas a las autoridades competentes en general y a los entes reguladores de las actividades económicas y sociales conforme a las previsiones de la legislación sectorial⁴⁴.

En segundo lugar, la garantía de participación de las personas constituye un mecanismo para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones, legitimidad que se ve reforzada al existir otros mecanismos que la garantizan como lo constituyen tanto la obligación de sujeción a la Ley y al Derecho, como el control del orden jurisdiccional administrativo, al que se encuentra sometida⁴⁵⁻⁴⁶.

40 Artículo 69.7 de la Constitución.

41 Artículos 40.13 y 110 de la Constitución.

42 Artículo 31 de la Ley 107-13.

43 Artículo 14 de la Ley 107-13.

44 Artículos 30 y 31.1 de la Ley 107-13.

45 Artículos 139 y 165.2 de la Constitución.

46 Hernández-Mendible, Víctor R., La regulación económica. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, Tomo II, UCAB, Caracas, 2004, pp. 738-741; Ariño Ortíz, Gaspar, El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública N° 182*, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 9-37.

En tercer lugar, la garantía de participación en la actividad administrativa normativa permite una mayor transparencia en la función normativa y de regulación y disminuye el riesgo de captura de las autoridades administrativas por los destinatarios de las normas⁴⁷.

En cuarto lugar, la garantía de participación permite la adopción de decisiones consensuadas entre la Administración Pública y los agentes económicos y sociales, que en muchas ocasiones pueden acudir al procedimiento administrativo en representación de intereses legítimos, pero contrapuestos⁴⁸.

En quinto lugar, la garantía de la participación contribuye a la eficiencia y eficacia en la actividad normativa, pues la autoridad pública al gozar no solo de *potestas*, sino de *auctoritas* va a lograr que sus decisiones sean recibidas y ejecutadas voluntariamente por sus destinatarios, quienes al ser coparticipes de su adopción se sentirán más motivados a darle pleno cumplimiento.

En sexto lugar, la garantía de la participación contribuye a fomentar la seguridad jurídica⁴⁹ y la confianza legítima⁵⁰ entre los destinatarios de las normas, quienes al no tener reticencia hacia la regulación y en consecuencia no proceder a cuestionarlas jurisdiccionalmente, por ende, no van a temer por una decisión contraria o modificatoria de la adoptada por la autoridad administrativa por parte del órgano jurisdiccional, generalmente carente de los medios adecuados para obtener los conocimientos técnicos, económicos y sociales de los asuntos que les corresponde resolver.

Todo lo antes expuesto lleva a que el ordenamiento jurídico indeclinablemente garantice dentro de los derechos de las personas, el derecho a la participación en los procedimientos administrativos de nueva generación, conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, la propia Constitución –bloque de la constitucionalidad– y las leyes⁵¹.

47 Artículos 138 de la Constitución y 12.11 de la Ley 247-12.

48 Artículo 30 de la Ley 107-13.

49 Artículo 3.8 de la Ley 107-13.

50 Artículo 3.15 de la Ley 107-13.

51 Hernández-Mendible, Víctor R., El ente regulador de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional, A & C, N° 14*, out/diez., Fórum, Belo Horizonte, 2003, pp. 11-164; del mismo autor sobre el sector eléctrico, La regulación del servicio eléctrico, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Fundación del Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783; en el sector telecomunicaciones, *Telecomunicaciones, Regulación y Competencia*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 185-189; y más recientemente, también en el sector eléctrico, Hernández-Mendible, Víctor R. y Orjuela Córdoba, Sandra Patricia, *Energía Eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, CERECO, Caracas, 2016, pp. 59-67.

Dicho esto, corresponde analizar seguidamente, los otros derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas en el procedimiento administrativo que se analiza.

III. Los derechos de las personas en el procedimiento administrativo de nueva generación

Se debe tener presente que los derechos humanos al ser inherentes a la persona humana, no requieren de ningún reconocimiento expreso para admitir su existencia, siendo incluso considerados irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de carácter progresivo; en tanto que los derechos fundamentales que son reconocidos por la Constitución y el resto del ordenamiento también resultan exigibles y de protección obligatoria por todos los órganos que ejercen el Poder Público.

Así las cosas, cabe mencionar que conforme a la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto los derechos fundamentales reconocidos en aquella, como los derechos humanos reconocidos en ésta son reivindicables por las personas en sus relaciones con la Administración Pública.

En tal sentido, el denominado derecho de las personas a una Buena Administración, constituye un supraderecho que comprende un catálogo de derechos subjetivos que han aparecido como producto de las conquistas que han venido alcanzando las personas frente a la Administración Pública, a lo largo de los dos últimos siglos.

Este concepto tiene su antecedente remoto en nuestro continente en materia de procedimientos administrativos, en la exposición de motivos del anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de Venezuela en 1965, que redactaron los profesores Allan R. Brewer-Carías, Sebastián Martín-Retortillo Baquer y Francisco Rubio Llorente⁵²

52 Los antecedentes en España se habían establecido en la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, que redactaron los profesores Jesús González Pérez y Manuel Ballbé i Prunés, que luego el primero de los mencionados desarrolló en González Pérez, Jesús, El método en el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública N° 22, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 24; y posteriormente, García de Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos), Revista de Administración Pública N° 38, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 161 y 166. En América, Brewer-Carías, Allan R., El procedimiento administrativo en Venezuela. El Proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, Editorial

Este supraderecho que tiene sus raíces más modernas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en América encuentra su fundamento en las cartas y códigos elaborados en el seno de las reuniones del CLAD, mencionadas en la introducción de este trabajo y en concreto en las Conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

En el contexto nacional, la buena administración tiene un reconocimiento expreso como deber jurídico en el código tributario, como principio en el texto legal que regula al Distrito Nacional y los municipios, aunque circunscrito a la contratación pública⁵³. En tanto que se reconoce el supraderecho de las personas a la buena administración⁵⁴, en la legislación de procedimientos administrativos.

Es así como se advierte que el supraderecho de las personas a la buena administración lo integran los derechos subjetivos de origen constitucional, internacional y legal que se mencionarán más adelante.

Hay que tener presente que tal supraderecho se está analizando con relación a los procedimientos administrativos de nueva generación, pero que realmente se aplica a todas las relaciones entre la Administración Pública y las personas.

Así las cosas, en lo referente al origen constitucional expreso de los derechos de las personas en el procedimiento administrativo de nueva generación, se pueden destacar los siguientes:

1. Derecho a la tutela administrativa efectiva⁵⁵.
2. Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable⁵⁶.

Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, p. 29; Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, *La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y sus antecedentes normativos: Estudio comparativo con el Proyecto de 1965 y la Ley de procedimiento Administrativo española de 1958*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2025, p. 132; Hernández-Mendible, Víctor R., *Décimo aniversario de la Ley N° 107-13, que regula los derechos de las personas en sus relaciones con la administración y de procedimiento administrativo*, Revista de Derecho Público N° 181-182, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2025, p. 284.

53 Artículos 35 de la Ley 92-11 y 220 de la Ley 176-07.

54 Artículo 4 de la Ley 107-13.

55 Artículo 69 de la Constitución.

56 Artículo 69.2 de la Constitución.

3. Derecho a ser oído siempre, antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente⁵⁷.
4. Derecho a elegir y acceder en condiciones de universalidad y calidad a los servicios de interés general de su preferencia⁵⁸.
5. Derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo⁵⁹.
6. Derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial⁶⁰, sin necesidad de agotar la vía administrativa previa⁶¹.
7. Derecho de acceso a la información de la Administración, en los términos establecidos en la ley que regula la materia⁶².
8. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general⁶³.
9. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas.⁶⁴
10. Derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta⁶⁵.

Por otra parte, en lo que concierne a los derechos que tienen origen en los tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos, se pueden ubicar los siguientes:

1. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas⁶⁶.
2. Derecho a acceder a servicios públicos en condiciones de universalidad y calidad⁶⁷, en el marco del principio de subsidiariedad.

57 Artículo 69.4 de la Constitución.

58 Artículo 147.1 de la Constitución.

59 Artículo 69.2 de la Constitución.

60 Artículos 69 y 139 de la Constitución.

61 Artículo 4 de la Ley 13-07.

62 Artículos 44.2 y 49.1 de la Constitución.

63 Artículo 47 de la Constitución.

64 Artículo 148 de la Constitución.

65 Artículo 58 de la Constitución.

66 Artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

67 Artículo 11.1 del Protocolo de San Salvador.

Además, el artículo 4 de la Ley 107-13, agrupa un conjunto de derechos subjetivos que se encontraban reconocidos de manera dispersa en las leyes, en la jurisprudencia y por la doctrina científica. Estos son:

1. Derecho a presentar peticiones por escrito.
2. Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas.
3. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.
4. Derecho a una resolución administrativa justa.
5. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública o que versen sobre hechos no controvertidos o no relevantes.
6. Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos, como consecuencia de la actividad o inactividad de la Administración Pública.
7. Derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios a cargo de la Administración Pública.
8. Derecho a conocer las obligaciones y los compromisos que se deriven de los servicios a cargo de la Administración Pública.
9. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración Pública.
10. Derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente.
11. Derecho de acceso a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que en todo caso habrán de concretar el interés general al caso concreto.
12. Derecho a una ordenación racional y eficaz de los archivos, registros y bases de datos administrativos físicos o digitales.
13. Derecho a copia sellada de los documentos que se presenten a la Administración Pública.
14. Derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general.
15. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.
16. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.

17. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.
18. Derecho a ser notificado por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las resoluciones que les afecten en el más breve plazo posible, que no debe exceder de los cinco días hábiles.
19. Derecho a actuar en los procedimientos administrativos a través de representante.
20. Todos los demás derechos establecidos en las leyes.

Tal como se puede apreciar el supraderecho de las personas a la Buena Administración tiene sustento en un conjunto de derechos de distinto origen, mencionados de manera enunciativa en la Ley y ellos deben ser respetados a las personas en el desarrollo de todos los procedimientos administrativos y a los efectos que interesan a este trabajo, en los procedimientos administrativos de nueva generación.

IV. Consideraciones finales

Una vez reconocidos los derechos de las personas en el procedimiento administrativo de nueva generación, únicamente resta comentar sucintamente que siguiendo las tendencias legislativas continentales, se expidió la Ley de mejora regulatoria y simplificación de trámites⁶⁸.

Este instrumento tiene un objeto establecer las bases normativas del análisis de la calidad regulatoria, del estudio del impacto regulatorio, del ciclo regulatorio, de la mejor técnica regulatoria, de la simplificación de los procedimientos y trámites administrativos, de la ventanilla única y unas reglas de consulta pública para la expedición de los actos administrativos regulatorios, así como los supuestos de excepción a la consulta pública.

El régimen jurídico general no afecta los procedimientos administrativos de consultas públicas contenidos en las leyes especiales, para la expedición de los actos administrativos que pueden incidir en el ejercicio de los derechos fundamentales, en los distintos sectores económicos y sociales.

68 Gaceta Oficial N° 11.030, de 12 de agosto de 2021.

La formación de la administración pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez

José Ignacio Hernández G.²

pp. 217-262

Sumario

I. Introducción | II. El origen histórico de la administración pública venezolana y el régimen de Juan Vicente Gómez | 1. El problema del origen histórico de la Administración Pública y la formación del Estado venezolano | 2. El origen histórico del Estado en Venezuela: perspectivas jurídicas | 3. La formación del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) | 4. El origen académico del Derecho Administrativo en el régimen de Juan Vicente Gómez | 5. ¿Influyó el petróleo en la formación histórica de la Administración Pública en Venezuela durante el período 1899-1935? | III. Los elementos configuradores de la administración pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez | 1. El desarrollo de la organización administrativa al amparo del Estado central: la creación de figuras especiales subjetivas y los orígenes de la Administración Descentralizada | 2. La Hacienda Pública

1 Este trabajo resume significativamente, el trabajo de ascenso presentado en 2010 en la Universidad Central de Venezuela. Desde entonces he avanzado en la investigación del período gomecista. Con lo cual, solo presento aquí algunas de las principales conclusiones a las cuales he llegado en un trabajo todavía en desarrollo.

2 Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila.

y su influencia sobre la Administración | 3. La actividad administrativa: acotaciones sobre el liberalismo de Gómez | 4. Las formas de la actividad: acto, contrato y procedimiento. Especial relevancia a la concesión | 5. Justicia administrativa, separación de poderes y las “apelaciones” | IV. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando en el Derecho Administrativo venezolano se indaga sobre sus orígenes históricos, la discusión suele centrarse en si ese Derecho Administrativo surgió o no con la Revolución Francesa. Consideramos que hay en ese enfoque un error de método, pues lo que surgió con la Revolución Francesa fue una especial forma de organización del Derecho Administrativo en el Derecho Comparado, conocida como *régimen administrativo*. Esto es, el Derecho Administrativo concebido como un Derecho autónomo, especial y exorbitante del Derecho Común, caracterizado por reconocer a la Administración privilegios y prerrogativas, como la “potestad de autotutela administrativa”.

Por nuestra cuenta, preferimos un enfoque distinto. Partiendo de la estrecha relación entre Estado y Administración Pública³, hemos indagado cuándo en Venezuela se consolidó el Estado como poder “unitario y unificador”. Ello nos lleva a colocar la vista en el período iniciado en 1899, y especialmente, en el régimen de Juan Vicente Gómez (1908-1935).

En efecto, entre 1908 y 1935, el proceso de centralización del Estado iniciado en 1899 pasó por consolidar a la Administración Pública Nacional como herramienta de cohesión del Estado. Esa centralización elevó las exigencias de una Administración Pública que sirviese de instrumento para materializar los cometidos del naciente Estado nacional. Cometidos asumidos, en un claro régimen autocrático, desde los valores de “orden, paz y trabajo” y de acuerdo con un orden liberal: el Estado no debía intervenir en la sociedad civil más allá de lo estrictamente necesario, siempre y cuando, por supuesto, la permanencia en el poder del régimen no estuviese en riesgo.

El crecimiento de la Administración Pública bajo el período en estudio estuvo acompañado de *Leyes administrativas*, esto es, Leyes orientadas a regular la actividad de la Administración. Debe aquí recordarse que la Ley tuvo, en el régimen de Gómez, una importancia práctica fundamental. Así se

3 Véase nuestro libro *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

asomó en la alocución de Gómez de 20 de diciembre de 1908, en la cual se sintetizó su “programa político”. Allí se invocó como objetivo “*dejar que sólo la ley impere con su indiscutible soberanía*”⁴, y se afirmó, en la Ley, la justificación de la denominada “evolución dentro de la Causa”:

“Ya sabéis que vine a desempeñar el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud del título legal que invisto, sin ser empujado por ninguna ambición personal. La Ley me llamó al puesto, y desde el primer momento me di a conciliar las aspiraciones populares con mis deberes públicos”

Esto anuncia la importancia que la Ley tuvo en la formación del Estado central y en concreto, las Leyes administrativas dictadas durante este período. Pues lo cierto es que el estudio de tales Leyes, como ha insistido Ramón J. Velázquez⁵, resulta un dato fundamental pues permite caracterizar mejor al régimen de Juan Vicente Gómez y al Derecho Administrativo formado bajo su amparo. Como ha señalado Diego Bautista Urbaneja⁶:

“Las características formales del régimen gomecista, tal como están planteadas en las diversas Constituciones y en otros instrumentos de derecho público, tienen una cierta importancia para el conocimiento del sistema político gomecista. En primer lugar, porque permiten conocer los marcos legales formales de una actividad legislativa y administrativa que transcurría en un sentido modernizador sin sufrir por ahora mayores desvíos patrimoniales o personalistas, en tanto esa actividad cayera en el mapa mental de Juan Vicente Gómez en una zona que pudiésemos llamar de favorecimiento, de tolerancia o de indiferencia (...)”

En segundo lugar, la variabilidad del régimen constitucional y legal, al son que le toquen los deseos e intereses del General Gómez, demuestra que el régimen legal no tiene consistencia propia y sólo funciona su dinámica mientras esté en la zona de tolerancia”

4 “Manifiesto de Juan Vicente Gómez al asumir el poder”, de 20 diciembre de 1908. *Documentos que hicieron historia. Siglo y medio de vida republicana. Tomo II*, Caracas, 1962, pp. 135 y ss. Otro fiel ejemplo de ello es la carta enviada por Gómez al entonces Presidente J.B. Pérez de 22 de mayo de 1930, sobre el pago de la deuda externa. Allí se alude nuevamente a la aspiración de realizar la independencia económica “fundando la paz y organizando la hacienda pública”. *Documentos que hicieron historia. Siglo y medio de vida republicana. Tomo II*, cit., pp. 163 y ss.

5 Referencia realizada en entrevista mantenida con Ramón J. Velázquez el 14 de mayo de 2010.

6 Urbaneja, Diego Bautista, “El sistema político gomecista”, en *Juan Vicente Gómez y su época*, Monteávila, Caracas, 1993, p. 68. Sobre la relevancia de la Ley en este período, y el prestigio de los juristas involucrados en su confección, vid. Chiossone, Tulio, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1980, pp. 225 y ss.

Aquí podemos emplear la expresión *personalismo legalista*, por el apoyo de la Ley en la escuela positivista, como ya vimos, y en especial con sus cuatro principales exponentes (Arcaya, Gil Fortoul, Vallenilla y Zumeta), quienes ocuparon posiciones destacadas durante el período en estudio. Tanto desde el pensamiento como desde la acción⁷, uno de los temas fundamentales del período fue la necesaria ordenación del Estado venezolano, orientada a la “transformación del medio”⁸. Al ser el personalismo del gendarme una condición necesaria, Arcaya también postuló la conveniencia de emplear ese personalismo en pro de la estabilidad social “*mediante la sumisión del magistrado querido de las multitudes a las prescripciones de bien meditada leyes*”. Igualmente, en el pensamiento de Vallenilla, la Ley ocupa lugar destacado. En su trabajo *Por qué escribí “Cesarismo Democrático”*, puede leerse⁹:

“Yo he querido oponer lo que es orgánico a lo que es mecánico. El derecho nuestro, venezolano, criollo, al derecho importado, superpuesto, cuyo fracaso constante ha traído como consecuencia la falta de respeto y de fe en las instituciones, porque aún no hemos tenido ni la cultura ni el valor suficientes para crear aquel código de leyes venezolanas con que soñó el Libertador en Angostura”

Esto explica, por ejemplo, la importancia dada a la conformación de *Comisiones Revisoras de Leyes y Reglamentos*, como es el caso de la Comisión creada mediante Decreto de 22 de enero de 1909¹⁰. El Congreso no tendría, ciertamente, funciones políticas, pero sí de organización jurídica de la República.

Pero hay que matizar el alcance de la Ley, pues en realidad, no puede obviarse que el régimen de Gómez fue una dictadura y por ello, el dominio de la Ley no era absoluto. Había así lo que Diego Bautista Urbaneja llama “*zona de tolerancia*”. Las Leyes eran no sólo toleradas sino promovidas por Gómez, cuando ellas tenían “*implicaciones positivas para la estabilidad del régimen o sin implicaciones negativas inmediatas para dicha estabilidad, o sin significar*

7 Una posición crítica a esta aseveración en Pino Iturrieta, Elías, “Ideas sobre un pueblo inepto: la justificación del gomecismo”, en *Juan Vicente Gómez y su época*, cit pp. 200 y ss. En relación con estos cuatro personajes, escribe Elías Pino: “aunque se proclaman como escogidos por el orden de las cosas para hacer un país formidable, no son abundantes sus iniciativas sobre cambios y novedades de entidad (...) sin embargo, logran el progreso de su peculio particular”.

8 Pino Iturrieta, Elías, *Positivismismo y gomecismo*, segunda edición, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2005, p. 61

9 Vallenilla Lanz, Laureano, *Cesarismo democrático y otros textos*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1991, p. 207.

10 Documento N° 10.494. Las Leyes y Decretos se citan por la *Colección de Leyes y Decretos de Venezuela*, de acuerdo con el número del documento.

obstáculos inmanejables para la actividad patrimonialista del Jefe". Los "doctores" tenían un margen de maniobra, incluso de debate técnico¹¹. Fuera de esa zona, la Ley no tenía vigencia alguna¹².

Todo lo anterior permite comprender el auge de las Leyes administrativas, todo que impulsó la creación de la Clase de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, por Decreto de Juan Vicente Gómez en 1909. El número de Leyes había crecido tanto que su "lectura" debía efectuarse en un curso especial. De allí que, en sus orígenes, nuestro Derecho Administrativo se limitó al estudio exegético de esas Leyes¹³. Como concluyó Carlos F. Grisanti, según quedara recogido en diciembre de 1911 en la *Revista Universitaria*¹⁴:

"La legislación que tiende a descubrir y sancionar el mejor y más científico aprovechamiento de nuestras riquezas naturales, la que se propone comunicar vitalidad a las industrias, domiciliar y asegurar entre nosotros los inventos industriales y los científicos de otros países, en una palabra, la que más directamente se encamina al fomento y a la prosperidad del País, toda esa abundante y rica legislación está atribuida al Derecho administrativo"

Tomando en cuenta este contexto, el presente trabajo abordan los aspectos básicos del proceso de formación de la Administración Pública y del Derecho Administrativo en Venezuela bajo el régimen de Juan Vicente Gómez. A tal fin, la *primera parte* se orienta al estudio del origen histórico de la Administración Pública de acuerdo con la evolución del Estado entre 1908 y 1935. Luego, la *segunda parte* se orienta a caracterizar a la Administración Pública del período, de acuerdo con su organización, medios y actividad.

11 Urbaneja, Diego Bautista, "El sistema político gomecista", cit., p. 68 y 72.

12 Ramón J. Velázquez estudió en este sentido la peculiar relación entre el mando y la Ley. Permítaseme la cita directa de los monólogos imaginarios de Gómez: "(...) pues para eso está uno, para manejar las leyes y no que las leyes lo amarren a uno y el que manda debe saber cuándo es buena una ley y cuándo uno tiene que hacerse el olvidadizo y hacer como si no se acordase de la Ley (...) pues una cosa es la ley y otra es el mando". Cfr.: Velázquez, Ramón J., *Confidencias imaginarias de Juan Vicente Gómez*, Ediciones Centauro, Caracas, 1982, cit., pp. 309-310

13 Vid. *Memoria que presenta el Ministro de Instrucción Pública al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en sus sesiones de 1909*, Caracas, Empresa El Cojo, p. XXXVI.

14 *Revista Universitaria*, Año V, Mes I, diciembre de 1911, pp. 1 y ss.

II. El origen histórico de la administración pública venezolana y el régimen de Juan Vicente Gómez

1. El problema del origen histórico de la Administración Pública y la formación del Estado venezolano

Sabido es que el Derecho Administrativo, en su más sencilla definición, es **el Derecho de la Administración Pública**¹⁵. De esta premisa interesa destacar tres conclusiones: (i) sin Administración Pública no puede haber Derecho Administrativo. Además, (ii) es posible concluir que el origen histórico del Derecho Administrativo está asociado al origen histórico de la Administración Pública. Por último, (iii) el surgimiento y evolución histórica de la Administración Pública es dependiente del surgimiento y evolución histórica del Estado. De allí otra premisa fundamental: **el Derecho Administrativo es un Derecho estatal**. Esto es, es un Derecho que regula a la Administración, entendida como una institución que resume un área del quehacer del Estado¹⁶. De esta premisa podemos extraer una cuarta conclusión: (iv) no puede haber Derecho Administrativo sin Estado.

Estas cuatro conclusiones permiten comprender por qué el análisis histórico del Derecho Administrativo debe partir del análisis histórico de la Administración Pública y, por ende, del Estado. Frente a ello, en Venezuela ha predominado la tesis según la cual el Derecho Administrativo surgió como resultado del advenimiento del Estado de Derecho, típicamente como un producto de la Revolución Francesa.

No compartimos esa conclusión. Lo que surgió con el Estado de Derecho fue una especial forma de organización de la Administración Pública. Pero ésta, como instrumento del Estado, es anterior al advenimiento del Estado de Derecho. De otro lado, lo que surgió con la Revolución Francesa fue uno de los varios modelos de Derecho Administrativo existentes, a saber, el *régimen administrativo*. Junto a éste hay otros modelos distintos cuya formación histórica es, en cierto modo, independiente de la Revolución Francesa.

Es por ello que, en el caso de la Administración Pública venezolana, la discusión no puede centrarse en el origen histórico del Derecho Administrativo

15 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela-Sucesión de Eloy Lares Martínez, Caracas, 2013, p. 66.

16 Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica, Tomo I*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 28 y ss. Del autor, igualmente, vid. *Derecho administrativo. Tomo I*, Universidad Externado de Colombia/Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 185.

luego de la Revolución Francesa. Por el contrario, entendemos que la perspectiva correcta es examinar el origen histórico del Derecho Administrativo a través del origen de la Administración Pública, lo que a su vez dependerá del origen del Estado venezolano. Esta conclusión, en España, ha sido afirmada por Sebastián Martín-Retortillo Baquer¹⁷:

“(…) advertir que no puede hablarse de Derecho administrativo hasta que no existe Administración pública; y, obviamente, no cabe hablar de ella, hasta que no existe Estado e, incluso, hasta que dentro de él, aquélla no se estructura como una organización diferenciada de las que desempeñan otras funciones del propio Estado y se establece también el régimen de sus relaciones con los ciudadanos”

En tal sentido, la relación entre la Administración y el Estado es doble. Por un lado, como vimos, la Administración requiere del Estado. Pero a su vez el Estado requiere de la Administración. Dicho en otros términos: el surgimiento histórico del Estado está vinculado, entre otros condicionantes, al surgimiento de la Administración Pública como una herramienta de dominación que fomenta la cohesión social¹⁸. Aquí conviene recordar que el concepto de Estado es *nuevo*, en el sentido que esa expresión describe a una especial forma de organización social que es de reciente data¹⁹. Siguiendo a

-
- 17 *Instituciones de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 37 y ss. Véase también a Ballbé, Manuel, “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, F. Seix, Editor, Barcelona, 1985, p. 66. Para el autor, “la función administrativa, y por ende, el Derecho administrativo supone la existencia de un Estado constituido”. En Venezuela, vid. Rodríguez García, Armando, “Libertad, Estado y Derecho administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática”, *Revista de Derecho Público N° 117*, Caracas, 2009, pp. 45 y ss.
- 18 Dentro de esta misma línea encontramos a Sánchez Morón, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 44. De acuerdo con el autor, “presupuestos básicos de la existencia del Derecho administrativo son, en primer lugar, la presencia de una Administración, más o menos extensa pero articulada como organización estable y jerarquizada, encargada de la gestión cotidiana de los asuntos públicos; en segundo lugar, el sometimiento de esa organización y de quienes la dirigen a unas normas jurídicas de funcionamiento y de relación que les impongan el deber de respetar derechos de individuos y grupos sociales; por último, un sistema de garantías que permita asegurar la primacía de la normas y el respeto de los derecho frente a eventuales extralimitaciones de las autoridades públicas y sus agentes”. Si bien el autor sostiene que estos presupuestos “preexisten a la época de las revoluciones liberales”, en realidad, en estricto sentido, estos tres requisitos son propios del Estado de Derecho.
- 19 Es por ello que el presupuesto histórico de la Administración Pública no es el Estado de Derecho sino el Estado (Baena del Alcázar, Mariano, *Curso Ciencia de la Administración, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25.). De allí que el Estado absolutista contaba con una Administración, con lo cual, antes del Estado de Derecho –especialmente, antes del siglo XVII- ya existía una Administración Pública, cuyas técnicas de intervención se preservaron en parte bajo las formas del Estado de Derecho. Puede verse entre otros a Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 28.

autores como Heller y Jellinek²⁰, el concepto de Estado como *poder unitario y unificador* requiere de la Administración Pública como herramienta que permite la cohesión social y la actuación concreta del Estado. Es por ello, precisamente, que el surgimiento histórico del Estado se asocia a la existencia de la Administración Pública²¹. Es por ello, también, que la Administración Pública es una herramienta del Estado para la consecución práctica de sus cometidos²².

Todo lo anterior puede resumirse, citando a Villar Palasí, que la Administración Pública “*implica la culminación de todo un proceso –con sus retrocesos y rápidos adelantos– de concentración paulatina de poder, que abocó a una organización institucional*”²³. Con lo cual, el centro del problema histórico sobre el origen histórico de la Administración Pública en Venezuela debe trasladarse al problema del origen histórico del Estado en Venezuela.

2. El origen histórico del Estado en Venezuela: perspectivas jurídicas

Siendo que el origen histórico de la Administración Pública está asociado al origen histórico del Estado, es preciso identificar cuándo surgió el Estado en Venezuela. Una respuesta que, obviamente, por razones del enfoque de este trabajo, no podremos exponer en su sentido pleno. Basta con señalar que, desde una perspectiva jurídica, hay diversas posibles respuestas.

Una primera respuesta, muy evidente, es que el Estado venezolano surgió el 21 de diciembre de 1811, esto es, con la promulgación de nuestra primera Constitución. Ese día, sin duda, surgió el Estado venezolano como entidad jurídica. Pero es una respuesta muy relativa, pues pudiera inducir a considerar que el Estado venezolano surgió espontáneamente ese día. En realidad, como se ha observado, antes de esa fecha ya existía lo que se ha denominado la *nacionalidad venezolana*, en alusión al proceso de centralización que, desde el siglo XVIII, fue desarrollado entre nosotros, proceso que alcanzó como cota relevante la creación de la Real Audiencia. Asimismo, esta respuesta no

20 Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pp. 130 y ss., y Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, pp. 169 y ss.

21 Moles Caubet, Antonio, “Estado y Derecho (configuración jurídica del Estado)”, en *Estudios de Derecho público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, p. 104.

22 Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 170 y ss.

23 Villar Palasí, José Luis, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1972, pp. 59 y 22. En similar sentido, vid. Polanco Alcántara, Tomás, *La administración pública*, Caracas, 1952, pp. 141 y ss.

consideraría que antes de 1811 existía una Administración Colonial, algunas de cuyas técnicas se preservaron luego de ese año²⁴.

Es necesario por ello ensayar otra aproximación. Ya sabemos que en 1811 surgió el Estado venezolano como realidad jurídica, organizada como Estado de Derecho. Sabemos también que antes de esa fecha ya existía una Administración Pública, parte de cuyas técnicas se preservaron. Sin embargo, el punto que ahora debemos indagar es a partir de qué momento el Estado venezolano comenzó a actuar, *efectivamente*, como un poder unitario y unificador. Obviamente, esto no implica ubicar un momento desde el cual, instantáneamente, surgió el Estado como realidad jurídica, política y social: el Estado venezolano es resultado de una lenta evolución, caracterizada por signos de continuidad y ruptura. El interés es más bien otro: tratar de indagar a partir de qué período de nuestra historia, el Estado venezolano adquirió las cualidades que permitieron su efectivo funcionamiento como poder unitario y unificador.

Para ello, es preciso recordar que luego de 1811, la existencia jurídica del Estado fue accidentada. Como consecuencia de los conflictos no resueltos de la Independencia, el poder en Venezuela fue ejercido fragmentariamente, en lo que Elías Pino ha denominado *País Archipiélago*²⁵. Ello no quiere decir que no existieron intentos de unificación institucional del Estado. Antes por el contrario, bajos regímenes de José Antonio Páez²⁶ y Antonio Guzmán Blanco²⁷ se hicieron importantes esfuerzos por crear el entramado institucional necesario para centralizar el poder, creando así efectivamente un aparato estatal que actuase como el poder único y unificador. Distintos condicionantes impidieron, sin embargo, que ese propósito se alcanzara²⁸.

-
- 24 Sobre la *nacionalidad venezolana* anteriores a 1811, véase a Oropeza, Ambrosio, *La nueva constitución venezolana 1961*, serie estudios, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1986, pp. 1 y ss. En cuanto a la Administración Colonial, vid. Chiossone, Tulio, "Administración y Derecho administrativo en Venezuela", en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 93 y ss.
- 25 Pino Iturrieta, Elías, *País archipiélago, Venezuela, 1830-1858*, Fundación Bigott, Caracas, 2004, pp. 210-211
- 26 Entre otros, vid. Pino Iturrieta, Elías *Las ideas de los primeros venezolanos*, UCAB, Caracas, 2003, pp. 21 y ss. y Plaza, Elena, *El patriotismo ilustrado, o la organización del Estado en Venezuela. 1830-1847*, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 1 y ss.
- 27 Entre otros, vid. Rivas, Elide, *Antonio Guzmán Blanco y la realización constitucional de su régimen*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010, pp. 111 y ss.
- 28 Vid. Urbaneja, Diego Bautista, *La idea política de Venezuela: 1830-1870*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2004, pp. 14 y ss. Véase igualmente a Straka, Tomás, *Instauración de la República liberal autocrática. Claves para su interpretación*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2010, pp. 7 y ss. Carrera Damas apunta cómo el desmorono

A partir de 1899 la situación comenzaría a cambiar. El ascenso al poder de Cipriano Castro permitió la consolidación progresiva del entramado institucional necesario para la centralización del Estado. Luego, bajo el régimen de Juan Vicente Gómez, ese proceso avanzó hasta alcanzar cotas importantes. El cambio principal –como lo resumió Inés Quintero– puede enfocarse en cuanto a la forma de ejercicio del poder, pues de un régimen de dominación carismático –representado en el *caudillo*– se pasó progresivamente a un régimen de dominación institucional²⁹.

En conclusión, el análisis del surgimiento histórico de la Administración Pública en Venezuela debe prestar atención a la evolución del Estado venezolano entre 1899 y 1935, muy especialmente, a partir de los cambios introducidos, desde 1908, por el régimen de Juan Vicente Gómez. No quiere decir ello, advertimos, que el Estado venezolano surgió súbitamente en esa etapa. Ya señalamos que no es posible identificar el momento exacto de creación del Estado venezolano como realidad jurídica, política y social, ni por ello, el momento exacto del surgimiento de la Administración Pública. Al tratarse de realidades sociales, el Estado y la Administración son resultado de una evolución progresiva. Especialmente, la Administración es resultado del amalgamamiento de fases históricas, con lo cual, ella es una *categoría histórica*. Lo que queremos observar es que, entre 1899 y 1935, la evolución del Estado venezolano permitió la consolidación definitiva de las estructuras institucionales del Estado y, dentro de ellas, de su Administración Pública. Conviene entonces examinar, desde una panorámica general, cuál fue el resultado de ese proceso de consolidación o centralización del Estado nacional.

3. La formación del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935)

La llegada de Cipriano Castro al poder, en 1899, ha dado pie a lo que un sector de la historiografía ha denominado la *hegemonía andina*, representada por los regímenes de Castro, Gómez, López y Medina³⁰. No es posible,

namiento del proyecto nacional alcanzó su cénit en 1895. En este período la Administración perdió su tendencia centralizadora nacional, en consonancia con el progresivo debilitamiento del sistema político, resurgiendo férreamente el caudillismo militar, produciéndose así el estancamiento y en algunos puntos retroceso de la estructura de poder interna. El autor sitúa esta epata –advirtiendo la relatividad de los ciclos históricos– entre 1890 y 1920. Carrera Damas, Germán, *Formulación definitiva del proyecto nacional: 1870-1900*, Serie Cuatro Repúblicas, Cuadernos Lagoven, Caracas, 1988, pp. 92 y ss. Vid. también, del autor, *Una Nación llamada Venezuela*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1983, p. 133.

29 Quintero, Inés, “El sistema político guzmancista (tensiones entre el caudillismo y el poder central”, publicado originalmente en Antonio Guzmán Blanco y su época (Monteávila, Caracas, 1994), tomado de Quintero, Inés, *El ocaso de una stirpe*, Editorial Alfa, Caracas, 2006, pp. 11 y ss.

30 Vid. Rangel, Domingo Alberto, *Los andinos en el poder*, Mérida editores, Mérida, 2006.

creemos, encerrar el período que va desde 1899 y “finaliza” con la Revolución de Octubre de 1945 en un bloque homogéneo pues, como apunta Jorge Olavarría, cada uno de estos regímenes tuvo rasgos particulares³¹. Pero tampoco pueden obviarse las estrechas relaciones existentes entre quienes gobernaron durante esa época, no sólo en cuanto a su lugar de nacimiento –aun cuando Ignacio Andrade, quien nace en Mérida, no es incluido en esa hegemonía³². Muy en especial, Castro, Gómez y López Contreras participaron –con roles muy distintos– en la Revolución Liberal Restauradora. Además, Gómez formó parte importante del Gobierno de Castro, al igual que en su momento lo hizo López, respecto al régimen de Gómez.

Preferimos, por ello, aludir –en un plano general– al período comprendido entre 1899 y 1935, para referir los cambios producidos con Castro y Gómez, en lo que Germán Carrera Damas ha denominado la **consolidación del proyecto nacional** al amparo del “ideario liberal”³³:

“En el lapso comprendido entre 1909 y 1930 se produjo la consolidación de la estructura de poder interna cuyo restablecimiento se había logrado durante el Gobierno de Guzmán Blanco. La clave de este proceso fue el firme y creciente enrumbamiento de la clase dominante hacia su conformación como una burguesía moderna”

Se trata de una reflexión bastante recurrente. Entre 1899 y 1935 se perfecciona el intento de consolidación del Estado nacional. Elías Pino Iturrieta ha observado en este sentido lo siguiente:

“si el análisis parte de considerar a la Venezuela del siglo XIX como una nación desintegrada, debe concluir señalando la modificación substancial del fenómeno en el período subsiguiente. En 1899 Venezuela no es un todo compacto. Sus partes evolucionan separadamente, así en sentido político como en las relaciones de naturaleza económica (...) En 1945, sin embargo, Venezuela se hace más uniforme, cohesionada, reunida en sus ingredientes medulares”³⁴

Analiza el autor lo que él denomina el régimen andino, iniciado con el ascenso de Cipriano Castro y que culmina formalmente con la denominada Revolución de octubre, de 1945 (p. 309).

31 Olavarría, Jorge, *Gómez. Un enigma histórico*, Fundación Olavarría, Caracas, 2007, pp. 21 y ss.

32 *Diccionario de Historia de Venezuela, Tomo I*, Fundación Polar, 2010, pp. 154-155.

33 Carrera Damas, Germán, *Formulación definitiva del proyecto nacional: 1870-1900*, cit., p. 114.

34 *Venezuela metida en cintura. 1900-1945*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 89

Desde una perspectiva jurídica, Allan Brewer-Carías ha señalado que, entre 1899 y 1935, se “*consolida el Estado autocrático centralizado*”. Este período, para el autor³⁵:

“tiene la especial significación de haber consolidado al Estado nacional centralizado mediante un proceso de centralización política, militar, de los ingresos públicos, fiscal, administrativa y legislativa. El centralismo del Estado, sin duda bajo la inspiración de la idea autoritaria del gendarme necesario, fue el proyecto político que las generaciones de comienzo de siglo realizaron, y cuyo legado nos dejaron”

Este proceso de centralización fue resultado del desmoronamiento de las estructuras institucionales fundadas desde 1830, proceso que a fines del siglo XIX resultaba ya evidente³⁶. Por ello, la llegada de Castro al poder inaugura una etapa de centralismo, arraigada desde un primer momento en el ejercicio de “*un mandato autoritario*”, entendemos, pues tal centralismo era una condición necesaria para rescatar y preservar las estructuras internas del poder³⁷. En similar sentido, nos reseña Inés Quintero que Castro³⁸:

“en los primeros años de su administración adelanta una rápida centralización política que tiende a concentrar cada vez más el poder en manos del Ejecutivo y tiene como resultado el progresivo deterioro de la capacidad política de los jefes regionales”

Esta centralización supuso no sólo articular un sistema de **dominación legal civil**, sino también, y en especial, un sistema de **dominación legal militar**: la fundación de la Academia Militar tiene lugar en 1903, con el propósito de “*atender a la educación militar de las clases que han de constituir el Ejército Nacional*”³⁹. Ello suponía, por ende, la también centralización del

35 Brewer-Carías, Allan, *El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1988, p. 17.

36 En cuanto a los antecedentes de la Revolución Liberal Restauradora, y las condiciones de la llegada de Castro al poder, puede verse en general a Velásquez, Ramón J., “Cipriano Castro (1899-1908)”, *De la revolución restauradora a la revolución bolivariana*, El Universal-UCAB, Caracas, 2009, pp. 471 y ss.

37 Pino Iturrieta, Elías, “Rasgos y límites de la Restauración liberal”, en *Cipriano Castro y su época*, Monte Avila Editores, Caracas, 1991, pp. 19 y ss. Véase igualmente a Caballero, Manuel, *Gómez, el tirano liberal*, Alfadil ediciones, Caracas, 2007, pp. 73 y ss.

38 A diferencia del régimen de Guzmán, que se basó en pactos locales que preservaron el poder de los caudillos, Castro modificó las relaciones de poder a favor de un centralismo que socavó las bases de estos pactos locales. Vid. Quintero, Inés, *El ocaso de una estirpe*, cit., pp. 55 y ss.

39 Cfr.: *Documentos que hicieron historia. Siglo y medio de vida republicana. Tomo II*, cit., pp. 126 y ss. Seguimos la tesis allí defendida, es decir, que la Academia es creada en 1903, pero entra en funcionamiento en 1910, ya bajo el mando de Gómez.

parque militar, con el consecuentemente debilitamiento de la fuerza de los caudillos locales⁴⁰ y con ello, la modificación del pacto sobre el cual se venía ejerciendo el poder nacional desde 1870⁴¹. Como indica Ramón J. Velásquez, “Castro rompía el pacto mantenido por Guzmán Blanco y Crespo de reservar a los políticos y militares de cada estado la administración respectiva”⁴².

El alejamiento de Cipriano Castro del grupo de actores que lo acompañó en la revuelta de 1899; la inestabilidad derivada de su régimen que, en especial luego de 1904, devino en especialmente errático, y en fin, su acalorada relación con las potencias extranjeras –particularmente luego del bloqueo de 1902– minaron un régimen que aparecía ya agotado⁴³. El desenlace es muy conocido: el presidente Castro viaja al exterior por motivos de salud, en noviembre de 1908, quedando encargado del ejercicio de la Presidencia Juan V. Gómez, a la sazón, vicepresidente. Con ocasión de un nuevo conflicto, ahora con Holanda, comienza la reacción contra el presidente, y luego, el 19 de diciembre de 1908, invocando un supuesto plan de insurrección por parte del presidente Castro, Gómez, encargado de la Presidencia, decide asumir el poder promoviendo el enjuiciamiento del Presidente, cuya inhabilitación es reconocida, meses después, por la Corte Federal. Cuando menos, se trató del ejercicio abusivo de las formas legales para desplazar del poder al presidente titular.

Con todo, la salida de Castro no implicó ni una ruptura violenta y frontal con el orden constitucional, ni el abandono del cuadro administrativo por él estructurado: salvo algunas excepciones, ese cuadro se mantuvo, en lo que se denominó la “*evolución dentro de la misma Causa*”. Una evolución cuyo apego formal a la Ley fue muy cuidada: en todo momento, Gómez aludió al título legal por el cual había asumido provisionalmente la Presidencia, apoyándose incluso en una decisión de la Corte Federal⁴⁴.

40 Quintero, Inés, *El ocaso de una estirpe*, cit., pp. 85 y ss.

41 Tal y como refiere Carrero, Manuel, *Cipriano Castro. El imperialismo y la soberanía nacional venezolana. 1895-1908*, Biblioteca de Autores y Temas Tachirenses, Caracas, 2000, pp. 234 y ss. De acuerdo con Carrero, “Castro decidió desmontar el pacto amarillo cambiando el mosaico político para establecer su propio sistema de relaciones. Colocando sus hombres podía iniciar su proyecto centralizador”.

42 Velásquez, Ramón J., “Cipriano Castro (1899-1908)”, cit., p. 481.

43 Sobre la “crisis final del castrismo”, vid. Velásquez, Ramón J., “La política”, en *Cipriano Castro y su época*, cit., pp. 84 y ss,

44 Luego, puede asumirse que la sustitución de Castro por Gómez respondió a un golpe de Estado, pero basado en la utilización –ilegítima– de las propias instituciones jurídicas. En cierto modo, esto marcará una de las características del régimen que entonces se iniciará, a saber, su apego a las formas jurídicas. Vid. Polanco, Tomás, *Perspectiva histórica de Venezuela*, Ediciones formentor, Caracas, 1976, p. 101 y ss. El análisis detenido de este episodio, en Consalvi, Simón Alberto, *La guerra de los compadres*, Los

El proceso de centralización y, por ende, de consolidación del Estado nacional, iniciado por Castro en 1899, continuará y, en cierto modo, se consolidará bajo el largo régimen de Juan Vicente Gómez. A tal fin, Gómez se apoyó en una de las características medulares del régimen de Castro, es decir, la sustitución del poder basado en el pacto con los caudillos por el poder central fundado en el Ejército Nacional y, por extensión, en el poder basado en la Administración Pública Central. La superación del pacto local con los caudillos no fue solo política, sino militar, pues con Castro se finiquita el largo ciclo de guerras iniciadas con la Independencia⁴⁵. Es preciso subrayar esta idea: la centralización del Estado nacional tiene –citando a Quintero– su “*expresión particular durante el gobierno de Cipriano Castro y su continuación y consolidación definitiva en la administración de Juan Vicente Gómez*”⁴⁶.

Lo que fue un proceso en formación bajo el régimen de Castro, adquirirá bajo el régimen de Gómez rasgos más definitivos, al punto que según un sector, Juan Vicente Gómez es el “*fundador del Estado moderno venezolano*”, pues lleva a la Venezuela desfragmentada, anárquica e inestable del Siglo XIX, a un país ordenado, institucionalizado y con cierta cohesión social, económica e incluso político-territorial⁴⁷. Arturo Uslar Pietri, en tal sentido, ha sostenido que el papel de Juan Vicente Gómez en la historia de Venezuela “*es de una magnitud extraordinaria*”, pues permite alcanzar la integración del Estado nacional, de una “*unidad nacional*” luego de la “*anarquía*” que caracterizó al país luego de la Independencia. Un anhelo que, para Uslar, había sido pretendido antes por Páez y Guzmán Blanco, siendo Gómez quien “*completa el programa*”, al acabar con la guerra civil y el caudillismo, y organizar

Libros de El Nacional, Caracas, 2009, pp. 91 y ss., quien califica al episodio como golpe de Estado. En contra de esta calificación, al entender que el acceso de Gómez al poder se llevó a cabo por medios institucionales, vid. Olavarría, Jorge, *Gómez. Un enigma histórico*, cit., p. 19.

45 Además de lo previamente señalado sobre este punto, véanse las reflexiones que sobre lo anterior realiza Caballero, Manuel, *Historia de los venezolanos en el siglo XX*, Alfa, Caracas, 2010, pp. 31 y ss.

46 Quintero, Inés, *El ocaso de una estirpe*, cit., p. 137.

47 Una apretada pero muy convincente síntesis de esto, en Herrera Luque, Francisco, “Fundador del Estado moderno”, en *Juan Vicente Gómez ante la historia*, Biblioteca de autores y temas tachirenses, San Cristóbal, 1986, pp. 315 y ss. El autor expresa esta idea en boca de uno de sus personajes de la novela *En la casa del pez que escupe agua* (Alfaguara, Caracas, 2009): “*Juan Vicente Gómez es el fundador del Estado moderno venezolano; el héroe a quien le corresponde enterrar el feudalismo, el César Borgia de los trópicos, el Luis XI venezolano. El hombre que liquidó al caudillismo*” (p. 391). Advertimos que acudimos a esta fuente literaria para ilustrar una apreciación que, ciertamente, es generalizada.

el Ejército Nacional y la Hacienda Nacional⁴⁸. Ramón J. Velásquez ofrece, asimismo, el siguiente balance⁴⁹:

“La liquidación de la guerra civil, del caudillismo regional y de los poderosos partidos del siglo XIX, las modificaciones fundamentales de la economía ocasionadas por la presencia y predominio de la industria petrolera, y la ausencia durante la dictadura gomecista de toda empresa de adoctrinamiento ideológico o partidista abrieron el camino, al final de la década de los años treinta, al tan anhelado régimen democrático...”

Es por ello que, como se ha insistido, Gómez logra la consolidación del Estado venezolano en 1935. Como resume Caballero⁵⁰:

“En 1936, Venezuela era un Estado único y centralizado, y una nación consolidada”

Estas afirmaciones podrían ser consideradas polémicas, vista la “leyenda negra” que sobre este período se ha lanzado. A tal punto tal leyenda existe, que no abundan los estudios que sobre esta etapa debería haber, visto su duración –asombrosa no tanto hoy día, sino muy en especial en aquella época⁵¹. Hay, por lo tanto, afirmaciones en sentido contrario, que destacan el talento autoritario del régimen negando cualquier resultado favorable para el país⁵², o que subrayan las amplias carencias existentes para 1935⁵³. Es relevante tener en cuenta, en este sentido, la afirmación de Augusto Mijares⁵⁴:

48 Entrevista de Uslar Pietri en el programa *Historia Viva*, 1995. Tomado de: <http://www.youtube.com/watch?v=nww9IDVxYRA> (Consulta: 20.08.12).

49 Velásquez, Ramón J., “Balance de unas jornadas”, *Balance del siglo XX venezolano*, Grijalbo, Caracas, 1996, p. VIII

50 Caballero, Manuel, *Gómez, el tirano liberal*, cit., p. 360.

51 Sobre este sesgo negativo al régimen de Gómez, véase la introducción que hace Olavarría, Jorge *Gómez. Un enigma histórico*, cit., pp. 1 y ss.

52 Uno de los relatos de esta época, que probablemente más ha contribuido a la “leyenda negra”, o como la denominó el autor, la *vergüenza de América*, en Pocaterra, José Rafael, *Memorias de un venezolano de la decadencia*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1997. Pocaterra califica a Gómez como “el hombre más temido y más odiado que cruzó las páginas de la historia de Venezuela” (*Tomo II*, p. 471).

53 Por ejemplo, Salcedo-Bastardo subraya las carencias en materia educativas. Para el autor, “para el año final de Gómez, Venezuela posee nada más que sesenta maestros titulares; uno sólo se gradúa en la nación” (*Historia fundamental de Venezuela*, Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006, p. 444). El juicio final que expone el autor es muy gráfico: “cuando en 1936 la Patria se recobra, es mucho el tiempo malbaratado; peor todavía, el venezolano se ha cargado de un lastre negativo que entorpece de modo sustancial el proceso de civilidad” (p. 455). Una referencia similar, en cuanto a las notables carencias en educación, en Morón, Guillermo, *Breve historia de Venezuela*, Espasa, 1979, p. 226 y ss.

54 “La evolución política de Venezuela”, en *Venezuela independiente 1810-1960*, Fundación Eugenio Mendoza, Caracas, 1962, p. 151.

“En cuanto a la paz como un don del caudillo autocrático es una teoría que, precisamente al ponerla a beneficio de Gómez, exhibe mejor su simpleza y absurdo. Porque nos llevaría a la conclusión de que este ignaro jefe primitivo logró, por sí mismo, lo que no habían alcanzado ni el genio y la gloria de Bolívar, ni el valor y la sagacidad de Páez, ni el talento y la actividad de Guzmán Blanco”

Es preciso también aludir a la afirmación de Picón-Salas, en cuanto a que el siglo XX comienza, en Venezuela con la muerte de Gómez⁵⁵. Como se observa, el contraste entre estas dos visiones de la historiografía venezolana es notorio: mientras que unos señalan a Gómez como el fundador del Estado moderno, otros sostienen que poco o ningún saldo favorable puede imputarse a tal régimen. Nos atreveríamos a afirmar que, en este contraste, la mayoría de la historiografía se inclina por la segunda posición.

No es objeto de este trabajo fijar posición en cuanto a una u otra tesis. Más bien, hemos querido realizar un aporte a este debate –polémico, sin duda, por la cercanía del período en estudio– a través de una óptica distinta: estudiar cuál fue el desarrollo de la Administración Pública Central bajo el régimen de Gómez. La hipótesis de la que se parte, es que el señalado proceso de centralización del Estado Nacional tuvo que haber aparejado la consolidación de una Administración Nacional igualmente centralizada, como herramienta de dominación legal. A tal fin, es necesario considerar que el desarrollo centralizado de la Administración Pública bajo el régimen de Gómez encontró, como necesario presupuesto, las modificaciones al cuadro político y de dominación legal alcanzados durante Castro, por la superación del esquema basado en el caudillo y su sustitución por el esquema basado en instituciones políticas centrales.

¿Cuál fue, en concreto, el resultado de este proceso de centralización? En apretada síntesis, podemos resumirlo en tres grandes hitos.

En *primer* lugar, como resultado de este proceso de integración Venezuela pasó a ser un *país territorialmente unificado*. Al final el régimen de Juan Vicente Gómez, Venezuela no era más ese país archipiélago al cual aludíamos antes. No se cruzó el país de ferrocarriles, ciertamente, pero sí de carreteras. El cambio derivado de esta política fue relevante: desde el transporte de bienes, pasando por el transporte del naciente Ejército Nacional, la cohesión territorial de Venezuela logró uno de los cometidos constantes en el proyecto nacional. Muestra elocuente de ello fue el Decreto sobre vías de comuni-

55 *Suma de Venezuela*, Monteávila, Caracas, 1988, p. 13

cación, de 24 de junio de 1910, que impulsó la ejecución de contratos de obras para la construcción de carreteras.

En *segundo lugar*, destacamos la efectiva creación del Ejército Nacional, como extensión del Poder Nacional. Liquidados los caudillos locales, se liquidaron también los rudimentarios cuerpos militares regionales, iniciándose la profesionalización del Ejército, lo que permitirá la transformación del régimen de Gómez en una dictadura militar nacional⁵⁶. El propio Caballero⁵⁷ resume así esta idea:

“El ejército es la base del Estado: Gómez no hace sino exponer el fruto de su experiencia, sin saber (o sin mostrarlo) que en los hechos eso es siempre así; y también en la doctrina liberal, para la cual Estado era la palabra aglutinadora de aquellos *arms, police and justice* propuestos como sus solos atributos por Adam Smith”

Ramón J. Velásquez⁵⁸ destaca, en este sentido, que frente al binomio Partido-Ejército imperante en el Siglo XIX, Gómez consolida la relación Jefe-Ejército-Administración, cuyos primeros pasos, como vimos, fueron adelantados por Cipriano Castro, trípode que perdurará hasta 1945, como característica del régimen centralista por él consolidado.

En *tercer lugar*, destacamos el fin del caudillismo y la consolidación de la Administración Pública como herramienta de dominación legal y burocrática. Tanto el gobierno de Castro, como en mayor medida, el de Gómez, responden a una forma de gobierno personal, es decir, que su base última es el poder personal del líder, del caudillo. Lo peculiar en el caso de Gómez es que esta situación fue no sólo aceptada, sino justificada, por un destacadísimo grupo de intelectuales, partidarios de la doctrina positivista⁵⁹.

En apretada síntesis, esta doctrina positivista propugnó que las propias condiciones naturales de Venezuela no sólo condicionaron el azaroso transcurrir en el Siglo XX, sino que además, propendieron también al gendarme

56 Caballero, Manuel, Caballero, Manuel, *Instauración del Estado moderno y auge de la República Liberal Autocrática*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2010, p. 8. A ello se le agrega la formación de las jefaturas civiles, el desarme acordado en 1919 y la sanción de férreos Códigos de Policía (p. 10). En general, sobre la formación del Ejército Nacional y su impacto en el Estado central, vid. Ziemas, Angel, *El gomecismo y la formación del Ejército Nacional*, Ateneo de Caracas, 1979, pp. 201 y ss.

57 Caballero, Manuel, *Gómez, el tirano liberal*, cit., p. 204.

58 Velásquez, Ramón J., *La caída del liberalismo amarillo*, cit., pp. 53 y ss.

59 Véase las reflexiones críticas de Betancourt, en *Venezuela, política y petróleo*, Monte Avila Editores Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2001, p. 68.

necesario, al líder útil para cohesionar a Venezuela. Se trataba de un sistema no institucional, pues en Venezuela –explicó Vallenilla– “*ya no se busca en las instituciones sino en los hombres el mejoramiento de nuestra condición*”⁶⁰. Este personalismo, conforme a la corriente que se comenta, estaba arraigado en el siglo XIX, destacándose la figura de Páez, ello, a pesar del principio formal de la alternancia, calificado por Vallenilla como un fetiche⁶¹. Por lo anterior, lejos de renegar este personalismo, la propuesta fue su utilización en “pro de la estabilidad social”, de acuerdo con Arcaya⁶².

No obstante, el mecanismo de dominación carismático mutó en mecanismos de dominación legales y burocráticos, esto es, institucionales. Un rasgo distintivo de ello fueron las *Leyes administrativas*, esto es, el conjunto de Leyes dictadas para organizar y consolidar al Estado nacional como un aparato institucional y organizado⁶³. Como resume Polanco, en esta época “*algunas instituciones comienzan a adoptar formas que luego podrán prosperar en otras épocas*”⁶⁴. En especial, destaca la centralización de las finanzas públicas –con la creación de la *hacienda pública nacional*– así como el cambio monumental derivado de la irrupción del petróleo. El centralismo fiscal operado bajo el régimen de Guzmán se retoma, perfecciona y consolida, ahora, con el aliciente derivado de los ingresos petroleros.

4. El origen académico del Derecho Administrativo en el régimen de Juan Vicente Gómez

El proceso de centralización del Estado nacional, iniciado en 1899, estuvo acompañado del proceso de creación de la Administración Nacional. Se trató de un proceso jurídico, en el sentido que se expresó en diversas *Leyes administrativas* que paulatinamente organizaron al Estado central. El aumento del número de esas *Leyes administrativas*, precisamente, fue la principal causa

60 La frase corresponde a las anotaciones que Vallenilla hiciera a la proclama del 5 de julio de 1902. Cfr.: Vallenilla Lanz, Laureano, *Cesarismo democrático y otros textos*, cit., p. 5. Debe acotarse, en todo caso, que esta visión del gendarme necesario fue asumida por Vallenilla no sólo como una condición natural, sino también, transitoria.

61 Las referencias a la posición de Gil Fortoul sobre este punto en Pino Iturrieta, Elías, *Positivismo y gomecismo*, cit., p. 55.

62 Pino Iturrieta, Elías, *Positivismo y gomecismo*, cit., p. 62. Vallenilla aludía a la “vigorosa personalidad” que es como “la encarnación misma de la patria” (p. 65). Pino concluye afirmando que el régimen personalista de Gómez acabó con la disgregación de los caudillos, y en la conformación de un régimen centralista, todo lo cual permitió la “ejecución de un proyecto coherente cuyas consecuencias serían de incalculable entidad” (p. 69).

63 Brewer-Carias, Allan, *Historia constitucional de Venezuela, Tomo I*, Editorial Alfa, Caracas, 2008, p. 417.

64 Polanco Alcántara, Tomás, *Perspectiva histórica de Venezuela*, cit., p. 106.

que llevó a crear la *Clase* de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y, con ello, el estudio sistemático inicial de esa disciplina⁶⁵.

En efecto, siguiendo el informe que dirigiera el Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela al entonces Presidente de la República, General J.V. Gómez, fue creada, mediante Decreto de 4 de enero 1909, la “clase” de Derecho Administrativo. La *memoria que presenta el Ministro de Instrucción Pública al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en sus sesiones ordinarias de 1909*, da cuenta de las particularidades de la creación de esa materia, que integraba la Cátedra de “*Derecho Constitucional y Derecho administrativo*”, y que se leería en el segundo año de la carrera, bajo la denominación “*Derecho administrativo, Código de hacienda, Código de Minas y demás Leyes sueltas é historia del Derecho*” La Resolución 274 de 5 de enero de 1909, dictada por el Ministerio de Instrucción Pública, acordó que:

“por disposición del General Juan Vicente Gómez, Presidente de la República, se crea en la Universidad Central, conforme al Decreto Ejecutivo de fecha de ayer, la cátedra de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo y se nombra para desempeñarla al ciudadano Doctor Federico Urbano”

En la Universidad de los Andes (según la nómina al 22 de enero de 1909 contenida en la citada *memoria*) se impartía la clase de “Derecho Político y Administrativo”, a cargo del Doctor Marcial Hernández S.⁶⁶. Es decir, que a pesar de formar una sola cátedra junto con el Derecho Constitucional, su lectura se llevó a cabo de manera independiente, pues su “*extensión y utilidad (...) han hecho imposible hasta hoy, que ambas asignaturas puedan leerse en un solo año*”. Es por ello que J.M. Hernández-Ron, primer tratadista del Derecho

65 Seguimos aquí lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, “Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 7, Caracas, 2015, pp. 101 y ss.

66 En especial, de Hernández-Ron, véase “Historia del Derecho administrativo venezolano”, originalmente publicado en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N. 6, Caracas, 1938, pp. 95 y ss. Nuestros comentarios sobre la creación de la clase de Derecho administrativo, en Hernández G., José Ignacio, “Una mirada al Derecho Administrativo en el centenario de su enseñanza”, en *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009. Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público, Funeda, Caracas, 2011, pp. 38 y ss.

Administrativo en Venezuela⁶⁷, señaló que “*a partir de 1909, se hizo efectiva la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela*”⁶⁸.

¿Cuál era la situación del Derecho Administrativo en la Venezuela de inicios del siglo XX? Como antes referíamos, el estudio del Derecho Administrativo no era más que la lectura de las *Leyes administrativas* que, con mayor frecuencia –e impulsadas luego por el petróleo– incidían en distintos ámbitos del quehacer cotidiano. Se le denominaba a tal clase *Leyes nacionales*, lo que condujo a un pobre desarrollo del Derecho administrativo, fomentado también (lo señala así Hernández-Ron) en la ausencia de una burocracia profesional. En todo caso, la importancia que se le dio al Derecho Administrativo en 1909 era la de las citadas Leyes administrativas, a cuya glosa se limitaba su formación universitaria. No obstante, Federico Urbano, primer profesor de la asignatura, advertía en 1910 (con ocasión de las *exposiciones* que sobre el Derecho Administrativo publicara en la Revista Universitaria) que “*no comprendemos el estudio de las leyes administrativas sin el de los principios que han de ser su base y fundamento, por lo que juzgamos inseparable, a lo menos para el que haya de recibir el grado de Doctor en Ciencias Políticas, el conocimiento de las leyes administrativas, y los principios de la ciencia de la Administración*”. Empero, al examinar el *Curso de Derecho administrativo* de Federico Álvarez Feo, editado sobre la base de sus clases, comprobamos que la enseñanza del Derecho Administrativo giraba principalmente en torno a las Leyes administrativas, al punto de prestarse atención, por ejemplo, a la recolección y explotación de las plumas de garza⁶⁹.

67 Los iniciales cursos publicados por los profesores de la clase, constituyen los primeros textos –conocidos– del Derecho Administrativo venezolano, cuyo origen fue básicamente los apuntes de sus clases. El primer *Tratado*, y en realidad, el primer *Libro* –no limitado a los apuntes de clase– del Derecho administrativo venezolano, es el *Tratado de Elemental de Derecho Administrativo* de Hernández-Ron, que en dos volúmenes, fue publicado en 1937. La segunda edición, de 1943, constó de tres volúmenes. Como nuestro objeto es analizar los dos primeros textos del Derecho administrativo venezolano, los comentarios al *Tratado* serán más bien marginales.

68 Hernández-Ron, “Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit., pp. 95 y ss. Sobre la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela, véase en especial a Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo. Parte general*, Paredes, Caracas, 2007, pp. 53 y ss., y Villegas, José Luis, “La enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela. En la búsqueda de nuevos métodos y sistemas”, en *Derecho administrativo iberoamericano. Tomo III*, Paredes, Caracas, 2007, pp. 2.517 y ss.

69 El texto de Derecho Administrativo del profesor Federico Urano fue publicado en la *Revista Universidad*, a partir de los números editados desde 1910. Lamentablemente, como comprobó en su momento Hernández-Ron, luego Allan R. Brewer-Carías y, más recientemente, nosotros, estos textos están incompletos, al menos, en la Biblioteca Rojas Astudillo (Caracas). El segundo texto conocido de Derecho Administrativo es el del segundo profesor de la Clase, Federico Álvarez Feo, correspondiente a sus clases de la década de los veinte. Brewer-Carías refiere, citando a Hernández-Ron, que estos textos nunca fueron publicados. Había, en todo caso, una edición mimeografiada que recoge

Junto a este estudio exegético, el Derecho administrativo se caracterizó por la carencia de textos universitarios. La *Revista Universitaria*, en su número 54 (diciembre de 1911) dio cuenta de esta realidad, a consecuencia de la petición cursada por varios estudiantes de Ciencias Políticas en la cual exhortaron al Ministro de Relaciones Interiores a ordenar la recopilación de un volumen de las “*diversas leyes y decretos que forman el Derecho administrativo Venezolano*”. La importancia del Derecho Administrativo se justificó, de esa manera –glosando las palabras de Carlos F. Grisanti, en la reapertura de clases de la Universidad- en que él resume la legislación dictada para alcanzar “*la mayor suma de felicidad*”. A la carestía de textos, la *Revista* agregaba la dificultad en encontrar ese cuerpo de Leyes administrativas.

El vacío tardaría en ser llenado. *El Tratado Elemental de Derecho administrativo* de J.M. Hernández-Ron de 1937 (profesor, desde 1931, de la cátedra, entonces denominada *Derecho administrativo y leyes especiales*), constituye la primera obra de sistematización no exegética del Derecho Administrativo, en especial, en su primer tomo. Sucedió, así, el presupuesto que V.E. Orlando ha señalado para arraigar el estudio jurídico del Derecho administrativo como sistema. Empero, la llamada parte *especial* del Derecho Administrativa seguía el curso de las Leyes administrativas, como luego haría Tomás Polanco Alcántara en su extraordinario *Derecho administrativo Especial* de 1959⁷⁰.

5. **¿Influyó el petróleo en la formación histórica de la Administración Pública en Venezuela durante el período 1899-1935?**

Una referencia común consiste en calificar al régimen de Juan Vicente Gómez como una “dictadura petrolera”. Allan R. Brewer-Carías, al estudiar ese régimen, resalta cómo los ingresos derivados de la industria petrolera resultaron determinantes para la consolidación de la dictadura⁷¹.

el *Curso de finanzas y leyes de hacienda* y el *Curso de Derecho administrativo* del Profesor Álvarez (Caracas, 1975). Los textos de Federico Urbano y Federico Álvarez Feo, junto al artículo de Hernández-Ron, fueron luego recogidos en el libro *Textos Fundamentales del Derecho Administrativo (Cien años de la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Caracas, 2010, en el cual nos correspondió escribir el *estudio introductorio*. Un completo análisis comparativo de los programas de Urbano y Álvarez, puede ser visto en Brewer-Carías, Allan, “Una pincelada histórica sobre el sistema de enseñanza del Derecho administrativo”, en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo, Tomo I*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 23 y ss.

70 Recientemente se ha reimpresso en Venezuela el trabajo del profesor Tomás Polanco Alcántara (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012). El profesor Brewer-Carías realizó, para la ocasión, un estudio de la relevancia de esa obra (pp. IX y ss.).

71 *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica, Tomo I*, cit., p. 456.

La relación entre el régimen de Gómez y la industria petrolera es innegable⁷². Sin embargo, debe considerarse que cuando el petróleo irrumpe en Venezuela, el régimen de Gómez estaba ya asentado. De hecho, para cuando el petróleo pasa a ser una fuente fundamental de ingresos –década de los veinte- ya el régimen de Gómez había adelantado buena parte del proceso de formación del Estado centralizado que tan bien calzó con los inicios de la industria petrolera⁷³. Tal y como ha señalado Manuel Caballero⁷⁴:

“Definir a Gómez como la dictadura del petróleo serviría tan poco para explicar su esencia como referirse a algunos de los regímenes posteriores como la democracia del petróleo (...) es cierto que en 1914, al estallar el pozo Zumaque Uno, se descubre el petróleo que preña las entrañas venezolanas; que, en 1917 comienzan a llegar las inversiones extranjeras, anglo-holandesas primero, norteamericanas después; que en 1922, con el reventón de Los Barrosos, se constata su enorme potencial.

Pero se encuentra con una dictadura consolidada, en cuya implantación no han tenido las compañías aceiteras una fuerza determinante así hubiese la intención”

En sentido similar, explica Germán Carrera Damas que cuando se identifica a Gómez como una dictadura petrolera, no se considera que “*casi la mitad de los 27 años que duró esa dictadura transcurrieron en la Venezuela agraria tradicional, sin que el petróleo desempeñase un papel equiparable con el que ciertamente representó en 1928*”⁷⁵.

El principal impacto del petróleo sobre el régimen de Gómez, en nuestra opinión, lo veremos al final de ese régimen, cuando la imposibilidad de la economía venezolana de absorber los ingresos generados por la industria petrolera impulsó al Gobierno de Gómez a crear las primeras empresas públicas. El *Estado empresario* tiene su origen, así, en el régimen de Gómez, lo que

72 Un completo estudio de la política petrolera de Gómez en McBeth, B.S., *Juan Vicente Gómez and the oil companies in Venezuela, 1908-1935*, Cambridge University Press, 1983, pp. 5 y ss. Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 67 y ss.

73 Sobre el análisis fiscal del impacto del petróleo en las finanzas venezolanas, durante el régimen gomecista, vid. Komblith, Miriam y Quintana, Luken, “Gestión fiscal y centralización del poder político en los gobiernos de Cipriano Castro y de Juan Vicente Gómez”, *Revista Politeia número 10*, Caracas, 1976, pp. 143 y ss.

74 Caballero, Manuel, *Historia de los venezolanos en el siglo XX*, Editorial Alfa, Caracas, 2010, p. 81.

75 Carrera Damas, Germán, *Petróleo, modernidad y democracia*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2006, p. 15.

fuerza a matizar el calificativo de “liberal” con el cual ese régimen suele ser calificado⁷⁶.

Además, el avance de la industria petrolera produjo otro importante cambio: el Estado se vio obligado a intervenir a fin de controlar esa actividad, lo que se tradujo en una creciente actividad administrativa de limitación sobre el sector, impulsada por las reformas introducidas por Gumersindo Torres. Tal intervención, en todo caso, era cónsona con el “dogma liberal” de acuerdo con el cual el Estado no podía intervenir directamente en las actividades extractivas, pues éstas debían confiarse a la iniciativa privada. Sin embargo, tal iniciativa privada debía conducirse bajo ciertos principios englobados en la idea de “orden público”, todo lo cual justificó el mayor control de ese sector a través de la Administración Pública. Desde esta perspectiva, sin duda, el petróleo contribuyó al desarrollo de la Administración Pública en Venezuela⁷⁷.

Empero, lo anterior no modificó la relación entre Estado y petróleo. Por el contrario, el Estado actuó como propietario de los yacimientos de hidrocarburos cuyo uso confiaba a terceros a través de contratos civiles, considerados “propiedad” del concesionario, como consecuencia de la traslación al sector de los hidrocarburos de los principios del Derecho Minero. Esto explica por qué se otorgaron tantas concesiones de extensión notable, en lo que Rómulo Betancourt denominó la “danza de las concesiones”. En realidad, ello responde a los principios liberales del Derecho Minero, de acuerdo con los cuales, el Estado no podía intervenir en el aprovechamiento de los yacimientos, los cuales debían confiarse en “propiedad” al sector privado⁷⁸.

III. Los elementos configuradores de la administración pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez

Diversos historiadores –como vimos en la sección anterior– han venido señalando que la formación del Estado venezolano o del Estado moderno venezolano comienza a partir de 1899 con la Revolución Liberal Restauradora; se fortalece desde 1908 con el advenimiento de Juan Vicente Gómez y puede decirse que culmina con el fin del régimen de Gómez, aun cuando no necesariamente –acotamos– con el fin del gomecismo como sistema político. A tal fin se resaltan las cualidades del Estado en este período: (i) un Estado

76 Sobre los orígenes del Estado empresario en Venezuela, vid. Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 31 y ss.

77 Seguimos aquí lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, cit.

78 Betancourt, Rómulo, *Venezuela, política y petróleo*, cit, pp. 17 y ss.

centralizado, frente a la existencia de débiles pactos entre caudillos formados al amparo de la Constitución de 1864; (ii) un Estado con Ejército Nacional, en contraposición a las montoneras del siglo XX; (iii) un Estado con una burocracia sólida, que estructuró la relación Jefe-Ejército-Administración, en contraposición a la forma de poder basada en la relación del Jefe con el partido y (iv) un Estado con una Hacienda Nacional centralizada, frente a la dispersión de recursos, remates y medianerías del siglo XX. En fin, un país integrado y cohesionado, frente al país archipiélago del siglo XIX⁷⁹.

Asunto muy distinto es pretender derivar estos cambios a la obra personal de Juan Vicente Gómez. Sería, ciertamente, una conclusión excesiva. Por supuesto, el carisma de Gómez pudo ser factor determinante en la “pacificación del Estado”, empleando métodos de represión comunes a toda autocracia. Pero a la sombra de ese férreo mando (que no necesariamente directa conducción de la Administración, pues Gómez se separó de la conducción directa o cotidiana de la Administración en varias oportunidades), y en lo que Diego Bautista Urbaneja ha llamado la zona de tolerancia⁸⁰, la Administración pudo desarrollarse como instrumento del Estado central en formación.

En otro sentido, cierta historiografía pretende explicar los cambios alcanzados en el Estado venezolano (formación del Ejército Nacional, creación de la hacienda, entre otros) de manera sencilla: la formación del Estado central y de esa Administración, fue simplemente una herramienta para la consolidación del poder de Gómez. Las carreteras, por ejemplo, no pretendieron uniformar al país sino dotar de vías de acceso seguras para la movilización del Ejército. La creación de la Hacienda Pública no pretendió modernizar las finanzas, sino proveer al Ejército y a Gómez, de recursos para mantenerse en el poder⁸¹. Por lo cual se ha señalado –Salcedo Bastardo– que las Leyes del período gomecista carecieron de vigencia alguna, pues Gómez ejerció un poder arbitrario, déspota y no subordinado a la Ley⁸². Sin embargo, esta explicación, un tanto simplista, no se adentra en la utilidad y trascendencia de las Leyes administrativas o Leyes especiales de la época, y de la Administración

79 Vid. por todos, Caballero, Manuel, *Historia de los venezolanos en el siglo XX*, cit., pp. 31 y ss.

80 Urbaneja, Diego Bautista, “El sistema político gomecista”, cit., p. 68

81 Por ejemplo, Caraballo Perichi, Ciro, *Obras públicas, fiestas y mensajes (un puntal del régimen gomecista)*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1981, pp. 11 y ss.

82 Salcedo-Bastardo, J.L., *Historia fundamental de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, undécima edición, Caracas, 2006, p. 454

Pública que allí surge: para preservar el Poder no se requería, ciertamente, de tal desarrollo legislativo.

El análisis aparece afectado, sin duda, por la *leyenda negra* del gomecismo. Siendo Gómez un tirano, no puede concebirse que bajo su mando la Ley haya tenido alguna relevancia. Lo cierto, sin embargo, es que el estudio objetivo de las Leyes especiales que se dictan entre 1908 y 1935 (publicadas en la colección *Leyes y Decretos de Venezuela*) así como de la jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación en este período, permite visualizar la existencia de una Administración formada con técnicas de intervención que se extenderán mucho más allá de 1935, incluso hasta nuestros días. Por lo anterior, coincidimos con Rogelio Pérez Perdomo en el sentido que, al margen de la poca o mucha vigencia de esas Leyes (que vigencia plena nunca hubo: recuérdese que se trató de una dictadura) ellas crearon ciertas costumbres que trascendieron al período en estudio⁸³.

Cuando se agrega a lo anterior que la clase de Derecho Administrativo fue creada por Juan Vicente Gómez, y que los primeros textos de esa disciplina fueron elaborados bajo ese régimen (y por colaboradores directos del sistema), entonces, la relación entre la Administración, el Derecho Administrativo y Gómez es sin duda notable. Esto lo comprobamos al adentrarnos en la lectura sistemática de las Leyes especiales y la jurisprudencia de la época, de acuerdo con las conclusiones preliminares que aquí se expondrán de manera esquemática. También, al examinar los primeros textos de esta disciplina, en los cuales se realza la concepción liberal de la Administración.

Cierto sector del Derecho Administrativo (Herrera Orellana) se ha opuesto a algunas de estas conclusiones, incluso sostenidas por nosotros, al considerar que no puede calificarse de liberal al Estado formado bajo Gómez pues fue una dictadura⁸⁴. Esta posición, creemos, ignora el sentido del “*liber-*

83 Pérez Perdomo, Rogelio, “Estado y justicia en tiempos de Gómez (Venezuela 1909-1935)”, *Revista Politeia N° 39, volumen 30*, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 129 y ss.

84 Herrera Orellana, Luis Alfonso, “Defensa de las bases liberales de la Constitución de 1999 ante su negativa por la sentencia 1.049/2009 de la Sala Constitucional”, en *Del Estado social de Derecho al Estado Total*, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 28 y ss. Sorprende que para rebatir el carácter liberal de Gómez, se indique que ese carácter generaría sorpresa en “muchos ilustres venezolanos” como José Gil Fortoul y César Zumeta. No podemos entender cómo puede, al mismo tiempo, rechazarse el carácter liberal de Gómez e invocar a Gil Fortoul y Zumeta, destacadísimos actores ideológicos y políticos del positivismo y por ende, del régimen en cuestión. Sobre esto último, vid. Pino, Elías, *Positivismismo y gomecismo*, cit., pp. 11 y ss,

alismo a la venezolana”, como ha señalado Straka⁸⁵, el cual no coincide con la actual visión del liberalismo: mal podría hacerlo, además, pues nuestro liberalismo se forma en el siglo XIX, dentro de cuya concepción cobra realce la Administración de Gómez. Bajo la historiografía venezolana, Gómez sería liberal pues llevó adelante el programa liberal. Como ha señalado Carrera Damas⁸⁶, quienes critican al liberalismo autocrático dan muestras:

“(…) de la subvaloración de lo hispanoamericano, en contraste con la reconocida autenticidad de lo europeo; además de ser prueba de pobre sentido histórico el que lleva a no comprender que la realidad, históricamente válida, de una ideología, es su realización en la práctica”

Salvando esta discusión, lo cierto es que la afirmación de la historiografía venezolana no ha encontrado eco en la doctrina del Derecho Administrativo, salvo en una obra concreta del Profesor Brewer-Carías⁸⁷. Fuera de este caso, los orígenes de la Administración y del Derecho Administrativo en Venezuela bajo el período de Gómez, son eclipsados por la frecuente mención a los orígenes del Derecho Administrativo en la Revolución Francesa.

No obstante, desde una perspectiva histórica, entendemos que la “etapa fundacional” de la Administración Pública en Venezuela y por ende, del Derecho Administrativo venezolano, lo encontramos en el régimen de Juan Vicente Gómez. No quiere decir ello, por supuesto, que antes de ese régimen no existía la Administración. Lo que queremos señalar es que la Administración Pública venezolana actual, y por ende, nuestro Derecho Administrativo, son resultado directo de un largo proceso histórico que se consolida en las tres primeras décadas del siglo XX, bajo la dictadura de Gómez.

A continuación, resumimos cuáles son los principales rasgos que la Administración Pública venezolana adquirió durante este régimen.

85 Straka, Tomás, *Instauración de la República liberal autocrática. Claves para su interpretación*, cit.

86 Carrera Damas, Germán, *Colombia, 1821-1827: aprender a edificar una República moderna*, cit., p. 115.

87 Brewer-Carías, Allan, *El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas*, cit.

1. El desarrollo de la organización administrativa al amparo del Estado central: la creación de figuras especiales subjetivas y los orígenes de la Administración Descentralizada

Uno de los rasgos más destacados del período bajo examen es la formación y consolidación del Estado central, pues como Allan Brewer-Carías ha señalado, entre 1899 y 1935, se “consolida el Estado autocrático centralizado”⁸⁸.

Tal centralismo influyó en la organización administrativa mediante (i) el inicial proceso de consenso de Gobierno para pasar luego a un sistema presidencialista basado en la distinción entre la Administración civil y la militar; (ii) la ampliación de competencias de los Ministerios y (iii) la creación de figuras subjetivas especializadas para atender los nuevos cometidos de ese Estado central, incluso, con personalidad jurídica propia. En efecto:

En primer lugar, preciso es advertir cómo al comienzo del período se asume un **modelo consensuado** de Gobierno para pasar luego a un **sistema presidencialista**, pero diferenciándose la Administración civil de la militar y, también, el Gobierno (mando) de la Administración (Ley). En efecto, la figura del *Consejo de Gobierno*, creada en Constitución de 1909 como un órgano de co-gobierno⁸⁹, (que incluso podía derivar en el ejercicio de la Presidencia), puede ser explicada desde la conformación del Estado Liberal de Derecho reconocido en el Texto de 1909 y la forma federal asumida, para garantizar la participación de los Estados en el ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional, centrado en el Presidente.

Pero al mismo tiempo, esta figura puede ser vista como un instrumento que facilitó la concentración del Poder de J.V. Gómez, debilitando a los caudillos regionales y a los partidos, o más exactamente, al partido liberal⁹⁰. De hecho,

88 Brewer-Carías, Allan, *El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas*, cit., p. 17.

89 En el *mensaje del General Juan Vicente Gómez, Presidente de la República, al Congreso Nacional en 1909*, fechado el 29 de mayo, se justifica así la creación del Consejo de Gobierno: la misión del Congreso de templar “la natural tendencia del Poder” a acumular responsabilidades “llamando a compartirlas a consejeros que en cierto modo representen las autonomías federales” (*Mensajes Presidenciales, Tomo III*, p. 398). La Ley de 19 de mayo de 1913 reglamentaria de las atribuciones del Consejo de Gobierno (Documento N° 11.381, que deroga la Ley de 11 de julio de 1911), define sus funciones básicas.

90 Pino Iturrieta, Elías, *Venezuela metida en cintura 1900-1945*, cit., p. 36. Entre 1909 y 1913 se consolida, paulatinamente, el proceso de unificación en torno a Gómez, lo que pasaba por dar cobijo a los caudillos y, en especial, a aquellos partidarios de Castro. Cfr.: Caballero, Manuel, *Gómez, el tirano liberal*, cit., pp. 113 y ss., así como Velázquez, Ramón J., *La caída del liberalismo amarillo*, cit., p. 63. Alude Velázquez al llamado “banquete de las definiciones”: en el medio de una cena al inicio del régimen, se ofrece un brindis en

puede decirse que la creación de tal Consejo, hasta 1913 cuando desaparece, marca el inicio del fin del caudillismo en Venezuela y la consolidación de la centralización del Estado. Para ello, fue fundamental el ejercicio de las potestades extraordinarias que la Constitución de 1909 atribuyó al “Presidente Provisional”, y que, en la práctica, permitieron a Gómez designar a todos los órganos del Poder Público, entre ellos, a los miembros del Consejo de Gobierno⁹¹.

En todo caso, luego de 1913 desaparecerá ese sistema consensuado para iniciar un régimen presidencialista, pero con una particularidad: Gómez fue designado Presidente pero nunca asumió el cargo, mientras que Victorino Márquez Bustillos permaneció como Presidente Provisional por siete años. De acuerdo con el *Estatuto* y luego la *Constitución de 1914*, Gómez fue designado Comandante en Jefe del Ejército Nacional, cargo que sí ejerció. Bajo esta atípica división, se alcanzaron al menos dos consecuencias de las que conviene dar cuenta en este trabajo: (i) la consolidación del Ejército Nacional, bajo la conducción directa del Comandante en Jefe y a la sazón, Presidente electo, y (ii) la delegación de las tareas administrativas rutinarias en el Presidente Provisional, Victorino Márquez Bustillos, pero siempre bajo el control político último del Presidente Electo. Una fórmula que se repetirá después, en 1929, con la designación de Juan Bautista Pérez como Presidente.

En *segundo lugar*, por lo que concierne a la organización ministerial, cabe advertir que su composición ciertamente no muestra un desarrollo notable dentro del régimen de Gómez en términos numéricos. Esto se explica pues se acudió a la división de tareas dentro de cada Ministerio y por ende, a la creación de órganos con competencias sectoriales, las llamadas Direcciones, antes que a crear nuevos Ministerios, política que demuestra la eficiencia en las técnicas de la organización administrativa.

En efecto, la estructura tradicional del siglo XIX apenas si es modificada⁹², básicamente, por la refundición de los antiguos Ministerios de

nombre del partido liberal, a lo que Gómez responde con un brindis por la unión, la paz y el trabajo.

91 Todo ello de acuerdo con el artículo 156 de la Constitución de 1909. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Historia constitucional de Venezuela, Tomo I*, cit., p. 426. Véase también a Delgado, Francisco, “Procesos constituyentes y reformas constitucionales durante el régimen gomecista”, en *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la historia de Venezuela: 1811-1999*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2005, p. 515.

92 Véase Bautista Urbaneja, Diego, *Pueblo y petróleo en la política venezolana del siglo XX*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1992, p. 63. En general vid. Brewer-Carías, Allan, *Derecho Administrativo. Tomo I*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad

Agricultura, Industria y Comercio, y Correos y Telégrafos, en el Ministerio de Fomento, de acuerdo con la Ley de Ministerios de 10 de junio de 1913⁹³, que derogó a la Ley de 9 de marzo de 1898 sobre organización de Ministerios. Es decir, que lejos de incrementarse la organización ministerial, ésta se vio reducida. Ello fue así hasta 1930, cuando el Decreto de 11 de agosto de 1930 creó el Ministerio de Sanidad y de Agricultura y Cría⁹⁴. Su primer considerando, al justificar la creación de este Ministerios, resume cuál ha sido el desarrollo de la organización ministerial:

“la importancia y desarrollo que han alcanzado en la República todos los ramos de la Administración Pública, exigen la creación de un nuevo Ministerio que sirva al despacho de determinadas materias de las múltiples y variadas con que están recargadas algunos de los otros Departamentos de conformidad con lo previsto en l Ley de Ministerios”

Pero la estabilidad de la organización ministerial lejos reflejar el estancamiento de la Administración Pública, permite apreciar las técnicas de organización administrativa a las que se acudió: el desarrollo de las competencias de los Ministerios y la relevancia de la figura de la Dirección, como ya vimos. En efecto, si comparamos las competencias de los Ministerios al inicio del régimen de Gómez (1913) con las competencias existentes al final (1933), podrá apreciarse el incremento importante de competencias e incluso, de las Direcciones⁹⁵. Podemos citar como ejemplo al Ministerio de Relaciones Interiores, con la creación, en 1910, de la Dirección de Higiene y Salubridad Públicas⁹⁶.

Por último, y en *tercer lugar*, dentro de este proceso de asignación de competencias por el principio de especialidad, resalta la creación de figuras subjetivas especiales para atender específicos cometidos. Primero se acudió a figuras sin personalidad jurídica propia: por ejemplo, la Oficina de Sanidad Nacional creada mediante Decreto de 13 de noviembre de 1911⁹⁷. Pero también

Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 358.

93 Documento N° 11.395

94 Documento N° 17.349

95 La primera Ley de Ministerios dictada dentro del período en examen, es la Ley de Ministerios de 10 de junio de 1913 (Documento N° 11.395), la cual deroga la Ley de 9 de marzo de 1898 sobre organización de Ministerios, es decir, que hasta 1913 se mantuvo la organización ministerial previa a la Revolución Liberal Restauradora. La última Ley dictada fue en 1933 (Documento N° 18.562). Las competencias de las Direcciones quedaron detalladas en el *Decreto Reglamentario de la Ley de Ministerios de 31 de julio de 1933* (Documento N° 18.583).

96 Documento N° 10.805

97 Documento N° 11.171. En su primer considerando se señala que “*a fin de hacer eficaces para la salud pública las medidas de la Higiene se deben establecer con perfecto rigor*”

en este período, y a partir de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, de 1928, comienzan a surgir los primeros entes administrativos con personalidad jurídica propia. Así, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional dictada ese año⁹⁸ modificó el principio de unidad del tesoro, al disponer que:

“Por Leyes o decretos ejecutivos que creen u organicen institutos o establecimientos oficiales, dependientes de la Administración Federal, podrá conferírseles personalidad jurídica autónoma y en este caso tendrán patrimonio propio distinto e independencia del Fisco Nacional”

El Título IV de esa Ley desarrolló a los institutos y establecimientos oficiales autónomos. Esta reforma permitió crear, en 1928, dos entes con personalidad jurídica: el Banco Obrero y el Banco Agrícola y Pecuario, que tenían personalidad jurídica propia y distinta al Fisco Nacional. En efecto, el Banco Agrícola y Pecuario fue creado mediante Ley de 13 de junio de 1928⁹⁹, con personalidad jurídica y patrimonio propio independiente del Fisco Nacional, y por ende, con régimen presupuestario propio. Además, con similar naturaleza, el Banco Obrero es creado por Ley del Banco Obrero de 30 de junio de 1928¹⁰⁰. Con ello, según ya vimos, se inició la formación del *Estado empresario* en Venezuela.

2. La Hacienda Pública y su influencia sobre la Administración

El proceso de formación de la hacienda pública nacional, a través de la centralización de recursos, establecimiento del principio de unidad del tesoro y modificación de los ingresos fiscales para dar mayor predominancia a la renta interna, tuvo –como lógico es esperar– incidencia en la Administración Pública¹⁰¹. Queremos aquí establecer dos consecuencias:

En *primer lugar*, reseñar cómo la centralización de hacienda pública nacional promovió la racionalización de la actuación de la Administración en el marco del principio de legalidad¹⁰². Por ejemplo, la prohibición de hacer contribuciones sólo por Ley implicó el expreso reconocimiento de la

científico y práctico y de modo regular, estable y uniforme en todo el país”.

98 Documento N° 16.443

99 Documento N° 16.405

100 Documento N° 16.432. En general, sobre estos primeros entes descentralizados, vid. Caballero Ortiz, Jesús, *Los institutos autónomos*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 86 y ss., y Garrido Rovira, Juan, *Temas sobre la Administración Descentralizada en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 39 y ss.

101 Komblith, Miriam y Quintana, Luken, “Gestión fiscal y centralización del poder político en los gobiernos de Cipriano Castro y de Juan Vicente Gómez”, cit., pp. 143 y ss.

102 Véase la *Ley Orgánica de la Hacienda Nacional de 4 de julio de 1918* (Documento N° 12.683).

reserva legal, lo que era para entonces ciertamente excepcional. Junto a ello hay que considerar, también, cómo la regulación de la hacienda nacional implicó reconocer al Fisco prerrogativas, como la inembargabilidad de sus bienes e incluso, un procedimiento previo a las demandas patrimoniales, para preservar el principio de legalidad presupuestaria. Esto es relevante pues tales prerrogativas no se reconocieron en función al “interés general” tutelado por la Administración, sino como mecanismo de salvaguarda del principio de legalidad. La intención específica, de la mano de Román Cárdenas, fue la racionalización del gasto público y de allí la afirmación del principio de unidad del tesoro¹⁰³.

Luego, y en *segundo lugar*, la modernización de la hacienda pública implicó que tributos cuya administración se delegaba en particulares –cigarillos, alcohol, entre otros- fuesen asumidos por la Administración y, de allí, se desplegara una intensa actividad de policía¹⁰⁴. También esa actividad, a través de la inspección, se llevó a cabo para verificar el cumplimiento de los deberes tributarios¹⁰⁵. Frente al modelo del arrendamiento –la Administración delegaba a particulares la administración del tributo- se aprecia la asunción de tributos por el Estado, lo que implicó el desarrollo de la correspondiente actividad administrativa de recaudación y fiscalización tributaria.

3. La actividad administrativa: acotaciones sobre el liberalismo de Gómez

Al calificar de liberal al régimen Gómez, como ya se advirtió, debe tenerse en cuenta que tal calificativo se emplea de acuerdo con su significado histórico en Venezuela. Así, Juan Vicente Gómez apeló a los principios liberales del siglo XIX venezolano en su proclama de 20 de diciembre de 1908, llamada el “Programa de Diciembre”¹⁰⁶:

“(…) pretendo dar a mi gobierno el carácter nacional que reviste, hacer efectivas las garantías constitucionales, practicar la libertad en el seno del orden, respetar la soberanía de los Estados, amparar las industrias contra odiosas confabulaciones, buscar una decorosa y pacífica solución para todas

103 Vid. Olivar, José Alberto, *Román Cárdenas*, Biblioteca Biográfica Venezolana, El Nacional-Fundación Bancaribe, Caracas, 2009, p. 67.

104 Por ejemplo, la *Ley Orgánica de la Renta Nacional de Cigarillos* de 19 de junio de 1915 (Documento N° 11.819).

105 Entre otras, véase el *Decreto de 19 de diciembre de 1914, relativo a la administración de varios ramos de la Renta Nacional* (Documento N° 11.680).

106 “Manifiesto de Juan Vicente Gómez al asumir el poder”, de 20 diciembre de 1908. *Documentos que hicieron historia. Siglo y medio de vida republicana. Tomo II*, cit., pp. 135 y ss.

las contiendas internacionales, vivir vida de paz y armonía y dejar que sólo la ley impere con su indiscutible soberanía”

Desde sus inicios, Gómez se orientó a promover la libertad económica y libertad de trabajo, en el marco de la “paz”, es decir, en un contexto de seguridad¹⁰⁷. Es por ello que Manuel Caballero ha sostenido el carácter liberal de Gómez, pero entendido bajo la óptica del Siglo XIX. De allí el énfasis en la igualdad formal ante la Ley –no la igualdad real, propuesta más bien por los adversarios al gomecismo que comienzan a surgir en 1928–, en la seguridad, en el respeto a la propiedad y las garantías constitucionales. Todo ello por supuesto, en un régimen autocrático. Que sea ello contradictorio o no, en el plano conceptual, no es aquí relevante, pues atendemos a su manifestación histórica.

Para la Administración Pública, este “programa liberal” tuvo al menos dos consecuencias directas: el desarrollo de una minuciosa actividad de policía y el incipiente desarrollo de una actividad prestacional.

A. Rasgos de la actividad de policía: la ordenación cotidiana de la liberal

La Administración del Estado centralizado se caracterizó por una amplia **actividad de policía**. Recordamos que durante el siglo XIX correspondió a los Estados de la Federación, principalmente, a través de sus Códigos de Policía, reglamentar la acción de limitación a favor del orden público, como concluye Jacqueline Lejarza¹⁰⁸. Concepto de policía anclado en la noción de orden público en los Códigos de los Estados de la Federación. El orden público consistía, así, “*en la general sumisión a la Constitución y a las leyes y en la obediencia a las autoridades que deban cumplirla*”. Tranquilidad, seguridad, salubridad son algunos de los conceptos que conforman al orden público. José Manuel Hernández Ron¹⁰⁹ igualmente, dio cuenta de la existencia de una actividad de policía recogida en los Códigos de Policía de

107 Vid. González Deluca, María Elena, “La paradoja de la libertad escindida: el gremio mercantil de Caracas y las relaciones entre lo público y lo privado”, en *Lo público y lo privado. Definición de los ámbitos del Estado y de la sociedad*, Tomo I, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 1996, pp. 102-103.

108 Lejarza, Jaqueline, *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 23 y ss.

109 *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Las Novedades, Caracas, 1944, pp. 80 y ss.

los Estados (complementados por las Ordenanzas y Acuerdos de los Concejos Municipales, y de la *alta policía* o *policía nacional*)¹¹⁰.

Actividad de policía que en el marco del proceso de centralización adelantado, se concentró en la Administración Pública Nacional, pero siempre, anclada en la idea de orden público. Así, través de la actividad de policía el Estado Centralizado procuró corregir los efectos de las actividades que inciden sobre bienes jurídicos considerados esenciales: seguridad, libertad, propiedad. Es decir, los bienes jurídicos fundamentales de la República Liberal. Por ejemplo, el Decreto Orgánico Provisorio del Distrito Federal, de 15 de agosto de 1914¹¹¹ dispuso en su artículo 5, numeral 7, la competencia del Gobernador de velar por el mantenimiento del orden público y proteger las personas y las propiedades en el término de su jurisdicción, pudiendo a tales fines, cuando lo estimare necesario, pedir el auxilio de la fuerza pública.

Esta actividad de policía se caracterizó además por medidas amplias y muy detalladas en sectores económicos que hasta entonces, no habían ameritado la intervención del Estado para regular su actividad, como es el caso del petróleo¹¹². Otro buen ejemplo lo constituye la *Ley de Telégrafos y Teléfonos*, de 30 de junio de 1915¹¹³. La Ley acometió la regulación del contenido de las comunicaciones, disponiendo en este sentido en su artículo 8 que el Gobierno tenía la facultad “*de impedir la comunicación y la circulación y entrega de los despachos, de cualquier naturaleza que ellos sean y que a su juicio considere contrarios al orden público, a la seguridad individual y a las Leyes y buenas costumbres*”. De igual manera, el Gobierno quedó facultado para suspender, “*cuando lo juzgue conveniente, por motivos de orden público por infracción de la presente Ley y su Reglamento, la comunicación telefónica particular, en parte o en la totalidad de la red*” (artículo 8).

110 La doctrina de época no se ocupó de dar un concepto de policía, sino a esbozar muy genéricamente sus atributos. La atención se centró en la descripción de las medidas de policía contenidas en las Leyes administrativas. Cfr.: Álvarez Feo, Federico, *Curso de Finanzas y Leyes de Hacienda. Curso de Derecho Administrativa*, Caracas, cit., p. 214.

111 Documento N° 11.603

112 Gumersindo Torres promovió, desde 1920, la ampliación de la regulación sobre el petróleo, con el propósito de garantizar el orden público. De ello surgiría la primera Ley especial en la materia, así como la primera Administración Pública del sector petrolero. Vid. Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, cit.

113 Documento N° 11.928

En cuanto al detalle o casuística de la policía administrativa, podemos citar el ejemplo del *Reglamento de la Escuela de Artes y Oficios de Mujeres* aprobado por el 3 de enero de 1914¹¹⁴. En las funciones de esa Escuela, el detalle de la regulación es peculiar. Así, en cuanto al sirviente, se prevé que “*el lavado de los pisos y de los patios y corredores se hará todos los sábados, y el de los locales de clase, en el curso de cada semana*” (artículo 6). Debemos recordar que esta regulación se desarrollaba, apenas, en 1914. Que el Estado nacional intervenga para regular cómo debe efectuarse el lavado de los pisos y para prohibir la aglomeración de personas en las puertas del salón, demuestra la ampliación de los cometidos de ese Estado nacional, en vías de centralización.

La ampliación de la actividad administrativa de policía, con estos detalles, implicó un cambio en la relación entre el Estado y la sociedad civil, pues el Estado intervino en áreas hasta entonces copadas exclusivamente por la iniciativa privada. Ello explica ciertos conflictos judiciales que se presentaron. Así, la Corte Federal y de Casación anuló Leyes de policía consideradas restrictivas a la libertad. Nos referimos a la demanda nulidad que el Poder Ejecutivo Nacional –a través del Procurador, Alejandro Urbaneja– presentó contra algunas normas del Código de Instrucción Pública de 1912, al considerar que ese Código no se funda en la libertad de enseñanza sino en el monopolio de enseñanza del Estado. La Corte Federal y de Casación, en sentencia de 14 de diciembre de 1914¹¹⁵, estimó procedente la nulidad, al considerar que:

“existen en el Código de Instrucción Pública artículos que vulneran la libertad de enseñanza, al extender su radio de acción a la enseñanza privada, respecto de la cual no cabe otra reglamentación concerniente a la higiene, moralidad y orden público”

Es decir, que se admite la limitación a la libertad pero sólo por razones de orden público –aquí referido en las expresiones de “higiene y moralidad”– con lo cual, toda limitación que no atienda a esa finalidad será inconstitucional. Por ello, la sentencia estima que los poderes de vigilancia reconocidos al Ministerio sobre la enseñanza privada “*con fines restrictivo de la libertad de enseñanza y que limitan los estudios privados*”, resultan inconstitucionales¹¹⁶.

114 Documento N° 11.482

115 *Memoria*, pp. 98.

116 Esta sentencia motivó a la sanción del Decreto orgánico de la Instrucción Nacional de 19 de diciembre de 1914. Documento N° 11.672.

B. La actividad de prestación y las Leyes sociales. Las actividades “asumidas” por el Estado. Las obras públicas

Durante el período en estudio, la actividad de prestación fue objeto de un especial desarrollo. Así, la Administración de ese Estado central asumió incipientemente la realización de tareas materiales. Primero, referidas principalmente a la realización de las obras públicas necesarias para la unificación territorial. Luego, hacia el final del régimen –y concordantemente con los eventos de 1928– se aprecia también la creación de los primeros entes descentralizados y a la aprobación de Leyes también de protección social. Se trató de un preludio de la actividad prestacional que, a partir de 1936, comenzará a desplegar la Administración venezolana.

Esta actividad administrativa prestacional se apoyó en la concepción según la cual la acción administrativa es requerida para promover las transformaciones económicas y sociales necesarias. Tal concepción la encontramos plasmada tempranamente en las actas y conclusiones del *Primer Congreso de Municipales de Venezuela*, realizado en 1911¹¹⁷. César Zumeta, promotor del Congreso, había ya advertido sobre la necesidad de ampliar los cometidos del Estado en función al nuevo orden social¹¹⁸.

Otra muestra de esta acción prestacional la encontramos en las Leyes que reservaron a la Administración del Estado central la gestión de determinados servicios, como por ejemplo, correos. Esto implicó no sólo la realización de actuaciones prestacionales por la Administración sino además, la creación de figuras subjetivas propias y, muchas veces, la gestión de los recursos (incluyendo tributos) derivados de estos servicios¹¹⁹.

En suma, esta actividad administrativa prestacional fue consecuencia del cometido asumido por el Estado de transformar del orden social para asegurar condiciones adecuadas para el ejercicio de la libertad, en lo cual, por supuesto, el programa positivista fue fundamental¹²⁰. Así se afirma en el mensaje

117 *El pensamiento político venezolano del Siglo XX. Documentos para su estudio. Número 9*, Congreso de la República, Ediciones Conmemorativas del Bicentenario del Natalicio del Libertador Simón Bolívar, Caracas, 1983, pp. 3 y ss.

118 Véase la introducción de Salamanca, Luis, en *El pensamiento político venezolano del Siglo XX. Documentos para su estudio. Número 9*, cit., pp. XVI y ss.

119 Por ejemplo, Ley de Correos de 20 de junio de 1911, establece en su artículo 1 que el servicio de correos de Venezuela queda reservado única y exclusivamente a la Nación y dependerá del Ministerio de Fomento, practicándose conforme a las disposiciones de la Ley (Documento N° 11.135).

120 Urbaneja, Diego Bautista, *Pueblo y petróleo en la política venezolana del siglo XX*, cit., pp. 55 y ss.

presidencial de 1910, en el cual la actividad prestacional del Estado se conecta con el desarrollo de la Administración:

“Así, lenta y maduramente, se ha venido meditando un vasto y fecundo programa administrativo, cuya progresiva realización deberá encaminar, en lo material, las industrias nacionales hacia la prosperidad; y en lo moral, hacia el mayor desarrollo y altitud del espíritu público venezolano”

Y es que, en efecto, otro de los rasgos distintivos de la Administración fue la ejecución directa de **obras públicas**, en especial, la vialidad¹²¹. La relevancia de las vías de comunicación fue un elemento no sólo determinante, sino explícitamente concebido. El propio Juan Vicente Gómez lo resumirá en comunicación de 16 de junio de 1910¹²²:

“Las vías de comunicación necesitan ser atendidas con diligencia y eficacia porque ellas son las arterias por donde circula la riqueza nacional”

La ejecución de obras públicas se desarrolló principalmente a través de la gestión directa, lo que fue regulado en el Decreto de 14 de abril de 1909, reglamentario de las Obras Públicas¹²³. Entre las obras nacionales se citan las de necesidad pública, como carreteras y caminos; de comodidad y utilidad pública, como edificios para ramos de administración pública; de ornato público, como monumentos y estatuas (artículo 2). Tales obras serán siempre sufragadas con recursos públicos, no con recursos privados, aun mediando contrato con el Gobierno Nacional (artículo 3). De manera destacada, además, y en contraposición formal a la política de obras públicas del siglo anterior, en este caso se partió de la necesidad de fomentar las obras de vialidad e infraestructura por sobre las obras de ornamentos¹²⁴. Esto realza la visión según la cual las obras públicas –cuya ejecución fue, preponderantemente, de ejecución directa por la Administración– se vincularon con el desarrollo nacional.

Además, la Administración también adelantó la actividad de fomento, para coadyuvar a paliar los efectos de las crisis económicas sucedidas a partir de 1929¹²⁵. Esto fuerza a matizar el carácter “abstencionista” que se ha acuñado

121 Cfr.: Segnini, Yolanda, *La consolidación del régimen de Juan Vicente Gómez*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1982, p. 32.

122 Citado por Segnini, Yolanda, *La consolidación del régimen de Juan Vicente Gómez*, cit., p. 81.

123 Documento N° 10.556.

124 Arcila Fariás, Eduardo, *Centenario del Ministerio de Obras Públicas: influencia de este Ministerio en el desarrollo, 1874-1974*, Caracas, 1974, pp. 203 y ss.

125 Véase el Decreto de 24 de julio de 1934, por el cual se acuerda un crédito adicional al Presupuesto del Ministerio de Salubridad y de Agricultura y Cría, por la cantidad del Bs.

al régimen de Gómez, quien por el contrario demostró, al final, una muy acentuada faceta prestacional.

Finalmente, esta acción prestacional del Estado estuvo acompañada de las primeras Leyes sociales. Es el caso de la Ley del trabajo de 23 de julio de 1928¹²⁶, cuyo artículo 4 dispuso que corresponde al Ejecutivo Federal, por órgano el Ministerio de Relaciones Interiores, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias del trabajo, a cuyo fin podrá crearse un “*servicio especial para todo lo relativo al trabajo*”. El artículo 41, incluso, permitió a la Administración de los Estados constituirse en árbitros para resolver “*cuestiones laborales*”.

4. **Las formas de la actividad: acto, contrato y procedimiento. Especial relevancia a la concesión**

La actividad administrativa a la cual acabamos de hacer referencia fue asumida por el Estado centralizado a través de actos, procedimientos y contratos. Algunas conclusiones queremos extraer en este sentido, luego del examen de las Leyes especiales del período:

En *primer lugar*, el concepto de acto administrativo no aparece con un criterio sustantivo propio, sino como referencia al acto dictado por el Poder Ejecutivo en el marco de la separación de poderes, distinto por ello al Poder Judicial. Así, por ejemplo, la Ley de extranjeros de 24 de junio de 1919¹²⁷ señala que “*las disposiciones de la presente Ley se refieren a la expulsión de extranjeros, considerada como un acto administrativo, como medida de simple policía y en nada se opone a la expulsión que como pena trae el Código Penal*”. Pero ese concepto no está acompañado de un régimen sustantivo propio en cuanto a las condiciones de validez y eficacia del acto administrativo.

Tampoco hemos podido observar el reconocimiento de la ***potestad de autotutela*** como rasgo general de estos actos, es decir, en el sentido que tales actos pueden crear, extinguir y modificar relaciones jurídico-subjetivas; pueden ser revisados por la Administración y pueden ser ejecutados forzosamente por ésta. Hay, en todo caso, dos materias especiales en las cuales hemos podido apreciar el interés que la Ley otorgó al cumplimiento de los actos: (i) la ejecución de medidas de policía administrativa, en especial sanitarias, en las cuales se admitió incluso el uso de la fuerza pública¹²⁸ y (ii) la necesidad

10.000.000 (Documento N° 18. 847).

126 Documento N° 16.482

127 Documento N° 12.955

128 Por ejemplo, véase la *Ley de Sanidad Nacional de 10 de julio de 1923* (Documento N°

de pagar y afianzar la multa antes de ejercer, contra ella, llamado “recurso de apelación”¹²⁹. Pero se trató más bien de un desarrollo práctico, basado en la imperiosa necesidad de adelantar la ejecución de medidas de policía o de asegurar la recaudación de ingresos provenientes de multas. La ausencia de un tratamiento específico de la autotutela administrativa se explica por una consecuencia de mayor envergadura: la ausencia de un *régimen administrativo* como tal, esto es, de un régimen que atribuye al Derecho Administrativo el carácter de “Derecho exorbitante del Derecho Común”¹³⁰.

En *segundo lugar*, tampoco hemos apreciado el desarrollo del procedimiento administrativo como garantía del ciudadano frente al acto administrativo: lo común es que, incluso en materias de sanciones, las Leyes sólo hagan referencia a la imposición de la sanción y no al procedimiento previo contradictorio¹³¹. Por el contrario, el procedimiento licitatorio tuvo un desarrollo notable. El inicio de ello puede situarse en el Decreto de 14 de abril de 1909, reglamentario de las Obras Públicas¹³². Según el artículo 7, toda obra pública nacional debía someterse previamente a licitación¹³³.

En *tercer lugar*, encontramos el frecuente uso del contrato como técnica de colaboración entre la Administración y los particulares. En especial, sobresale la concesión, muy propia del dogma liberal conforme al cual no debe el Estado asumir la conducción de empresas. Podemos citar el ejemplo de la *Ley de concesiones de ferrocarriles* de 13 de junio de 1912¹³⁴, de acuerdo con la cual las “concesiones de ferrocarriles se harán por medio de contratos”, acotándose que “la propiedad ferrocarrilera adquirida de conformidad con la presente Ley es plena y perfecta” (artículo 3). Destaca también el régimen liberal

14.443). Su artículo 7 establece que la ejecución de las órdenes de reparación o reforma de inmuebles podrá ser efectuada por la Administración quedando el dueño obligado al reembolsar el valor de las obras.

129 Entre muchas otras, vid. *Ley de Bosques y Aguas de 13 de agosto de 1931* (Documento 17.668).

130 La autotutela no es sólo la ejecución de actos administrativos por el Poder Ejecutivo, como parece entender Herrera Orellana (*La potestad de autotutela administrativa*, cit., 109 y ss.) La autotutela es, para nosotros, uno de los signos del *régimen administrativo*: tan autónomo y especial es el Derecho Administrativo, y tan sustraída está la Administración de la justicia ordinaria, que ella puede tutelar sus intereses (es decir, el interés general) sin intervención de los Tribunales (Giannini, M.S., *Diritto Amministrativo*, V. I., Dott. A. Giuffré, Milan, 1970, pp. 590-591).

131 Véase, por ejemplo, la *Ley Orgánica de la Renta de Licores de 7 de julio de 1930* (Documento N° 17.319).

132 Documento N° 10.556.

133 También se reguló el procedimiento licitatorio, por ejemplo, en el remate de deuda. Vid. *Ley de crédito público de 28 de junio de 1928* (Documento N° 16.416).

134 Documento N° 11.240

de la concesión de mina¹³⁵ y, a partir de 1920, la concesión de hidrocarburos, que llegó a representar un papel destacado por la impronta del petróleo en la economía. De acuerdo con la *Ley de 30 de junio de 1920 sobre Hidrocarburos y demás Minerales combustibles*¹³⁶, el derecho a explorar se asignaba mediante permisos y el de explotar se asigna mediante contratos especiales (artículo 2), luego unificado por el régimen de la concesión¹³⁷.

Ninguno de estos contratos fue en todo caso calificado –por legislación o jurisprudencia– como contrato administrativo¹³⁸. Así, ninguno esos contratos no se sometieron exclusivamente al Derecho Administrativo, al reconocerse la aplicación del Derecho Civil. Así, el principio rector en la materia –que contó con excepciones¹³⁹– fue el del dogma de la fuerza de Ley del contrato y, como consecuencia de ello, la prohibición de la Administración de modificar o resolver el contrato unilateralmente, dogma reconocido en la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 7 de diciembre de 1907¹⁴⁰. Es decir, que la Administración no podía, con su propia voluntad, resolver el contrato: tal decisión le correspondía al Juez. Ya dentro del período examinado, este criterio llevó a la Corte a declarar la nulidad del Decreto Ejecutivo de 13 de enero de 1908, por el cual el Gobierno Nacional había reasumido la administración de salinas y demás yacimientos, otorgadas a través de contrato. Señala en este

135 Así fue desde el *Código de Minas de 16 de agosto de 1909* (Documento N° 11.240). El régimen liberal puede apreciarse en el artículo 10 del Código de Minas: la propiedad del derecho que se adquiere en virtud del título de la concesión, es plena y el concesionario puede disponer de ella conforme a los principios generales del derecho y a las disposiciones del Código.

136 Documento N° 19. 587.

137 Desde 1922, y hasta la última Ley del período (Documento N° 19.094)

138 La calificación sólo se encuentra en la doctrina. Cfr.: González Miranda, Rufino, *Estudios acerca del régimen legal del petróleo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1958, pp. 187 y ss. Acotamos que la obra termina de escribirse hacia 1938. Es por ello que hemos señalado que el contrato administrativo fue asumido por la doctrina y en especial por la jurisprudencia (en 1944) *en oposición al ordenamiento venezolano* (Hernández G., José Ignacio, “Hacia los orígenes históricos del derecho administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el derecho público y el derecho privado”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales No. 147*, Caracas, 2009, pp. 39-72).

139 Por ejemplo, en el *Decreto de 9 de octubre de 1918 reglamentario del carbón, petróleo y sustancias similares* (Documento N° 12.815). Algunos contratos celebrados también reconocieron el derecho de la Administración de resolver el contrato, pero en contra de lo sostenido por Herrera Orellana (*La potestad de autotutela administrativa*, cit., 109 y ss.) no creemos que pueda afirmarse que ello constituyó un principio general. Y menos aún que pueda hablarse de autotutela. Por el contrario, se trató de excepciones al principio general de no-intervención de la Administración sobre el contrato.

140 *Memoria*, pp. 85 y ss.

sentido la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 7 de junio de 1909¹⁴¹ que:

“entre las facultades concedidas al Ejecutivo Federal por el artículo 80 de la Constitución Nacional, no consta la de declarar por sí resueltos los contratos que se celebren en interés nacional, no obstante que la otra parte haya hecho procedente dicha resolución, por falta de cumplimiento a las obligaciones contraídas”

El principio de fuerza de Ley del contrato se interpretó conjuntamente con el principio de buena fe, a fin de sostener que el contratista debía cumplir las obligaciones de buena fe, resultando presente en todo contrato bilateral la cláusula resolutoria, que permite a las partes demandar ante el Poder Judicial la resolución del contrato¹⁴². De esa manera, el principio sostenido en este período fue que los contratos tienen fuerza de Ley entre partes y deben ser ejecutados de buena fe, por lo que obligan a cumplir no sólo lo expresado en ellos sino todas las consecuencias que se deriven de los mismos. De acuerdo con este principio, tomado del Código Civil, la condición resolutoria va siempre implícita en contratos bilaterales (sentencia de 15 de junio de 1914)¹⁴³.

Este principio fue incluso aceptado en relación con contratos disciplinados por Leyes especiales, como el contrato para la explotación de yacimientos de hidrocarburos, que son, para la Sala Federal¹⁴⁴, y a “todas luces” “*un contrato bilateral que debe regirse por la legislación civil ordinaria*”. Como puede observarse, junto al régimen derivado de las Leyes especiales, estos contratos se sometían al Derecho común y al principio civilista de la “fuerza de Ley” de los contratos.

141 *Memoria*, pp. 124 y ss. Véase en idéntico sentido la sentencia de 17 de junio de 1909, que declara nulidad del Decreto de 9 de enero de 1907 sobre fabricación, exportación y ventas de fósforos (*Memoria*, pp. 127).

142 Véase la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 13 de agosto de 1912, dictada en la demanda propuesta por el Procurador General de la Nación contra *The Orinoco Lumber Company*, intentada por incumplimiento de contrato (*Memoria*, pp. 96).

143 *Memoria*, pp. 75.

144 Sentencia de 4 de febrero de 1921, en *Memoria*, pp. y ss. Véase en este sentido similar, la sentencia de la Sala Federal de 4 de marzo de 1919 (*Memoria*, pp. 1239). El Ejecutivo interpuso demanda Estado contra la “Canadian Venezuela Ore Company Limited”, por falta de pago de cuotas del contrato de arrendamiento celebrado. La sentencia recuerda el principio conforme al cual los contratos tienen de fuerza de Ley, por lo cual, “no habiendo obtenido el Gobierno Nacional el consentimiento que solicitó de la Compañía para la resolución amigable del contrato, ha tenido que hacer valer la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales para que uno de los contratantes no cumpla con sus obligaciones”. Asimismo, vid. sentencia de la Sala Federal, 18 de diciembre de 1920 (*Memoria*, pp. 190).

5. Justicia administrativa, separación de poderes y las “apelaciones”

Se ha señalado que la jurisdicción contencioso-administrativa se consolidó dentro del período en estudio, en concreto, en la Constitución de 1925¹⁴⁵. Sin embargo, preferimos describir a grandes rasgos cuál fue el sistema de revisión judicial de la Administración en la época, para luego tratar de acotar si en efecto cabe hablar, allí, de una jurisdicción contencioso-administrativa.

En *primer lugar*, dentro del período en examen, lo único que puede apreciarse es el esfuerzo por especializar las funciones asignadas a la Corte Federal y de Casación. En efecto, reunía la Corte Federal el conocimiento de diversas acciones relacionadas con el Poder Público: nulidad de Leyes, de actos del Poder Ejecutivo, interpretación de Leyes y demandas (contractuales o no). En 1915 se optó por distribuir estas competencias entre la Sala Federal, que quedaría para asuntos contenciosos (con algunas excepciones) y una Sala dedicada a asuntos no contenciosos, de índole políticos y administrativos: la Sala Política y Administrativa¹⁴⁶. Esta tarea de especialización llevó a que luego, en la Constitución de 192, el control de constitucionalidad de la Ley se separara del control judicial del Poder Ejecutivo. Pero, se insiste, lo único que cabe desprender de estas reformas es la necesidad de especializar los Tribunales competentes para controlar judicialmente a la Administración con mayor eficacia, pues no hemos encontrado ninguna Ley o decisión judicial que asumiese la competencia de estos Tribunales en función a criterios materiales.

En *segundo lugar*, la revisión de actos administrativos (no de abstenciones)¹⁴⁷, tanto en sede administrativa como en sede judicial, se desarrolló a través de las “apelaciones”: los ciudadanos podían apelar de la decisión ante el Ministro y contra las decisiones de éste, podían apelar “*para ante la Corte*

145 Polanco Alcántara, Tomás, “Origen y evolución histórica del Contencioso-Administrativo”, *Revista de Control Fiscal* n° 129, Caracas, 1995, p. 18, así como Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, 1064, p. 299. Véase en general a Urosa Maggi, Daniela, “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 113-138.

146 Véase la *Memoria de la Corte Federal y de Casación* presentada al Congreso Constitucional de los Estados Unidos de Venezuela en su reunión de 1915, Tipografía Cosmos, Caracas, 1916, pp. V y ss. Véase también el *Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República*, de 16 de junio de 1915 (Documento N° 11.807).

147 Véase la sentencia de la Corte de 5 de mayo de 1922 (*Memoria*, p. 150), que niega el “recurso de hecho” contra una negativa de un Ministro.

*Federal y de Casación*¹⁴⁸. Incluso, la apelación de actos del Poder Ejecutivo ante la Corte era concebida e interpretada con un claro sentido procesal, es decir, como si se tratase de un recurso judicial de apelación. Ello incluso admitiéndose el principio de separación de poderes: la Corte, como “alzada”, modificaba actos administrativos, siempre y cuando el recurso de apelación estuviese expresamente reconocido¹⁴⁹.

En *tercer* lugar, el control judicial el Poder Ejecutivo se basó en una muy bien diferenciada separación de poderes, para negar la competencia del Poder Ejecutivo a fin de incidir en temas contenciosos, reservados a los Tribunales¹⁵⁰, y también, para limitar el control judicial. La sentencia de la Corte Federal y de Casación de 10 de diciembre de 1912 lo resume así¹⁵¹:

“Es de principio que en virtud de la separación constitucional de los poderes públicos los actos administrativos dictados por funcionarios competentes no pueden ser revisados por los Tribunales sino en cuanto se alegue que lesionan derechos particulares o cuando para determinados efectos los sujeta la Ley al examen judicial”

Incluso, Tomás Polanco ha llegado a sugerir que las apelaciones de actos del Poder Ejecutivo para ante la Corte Federal, implicaba que ésta actuaba como un órgano administrativo, lo que implicaría reconocer que rigió, en Venezuela, un sistema de justicia administrativa en sentido estricto, para la revisión de actos¹⁵². No obstante, no hemos encontrado ninguna evidencia que apunte a que en efecto ésa fuese la concepción, por más que sea paradójico el sistema de “apelaciones” desarrollado.

Estas son las únicas conclusiones que cabe extraer de las Leyes y sentencias referidas al control judicial del Poder Ejecutivo. Como se observa, no hay allí la conceptualización de ese control judicial a la usanza del modelo francés, por lo cual, el Derecho sustantivo aplicable no resultaba relevante. Por ello, toda pretensión deducida contra contratos celebrados por el Poder

148 Entre otros vid. *Decreto de 30 de enero de 1930 por el cual se dicta el Reglamento de la Ley de Minas* (Documento N° 17.188).

149 Véase la sentencia de 29 de marzo de 1922 (*Memoria*, pp. 144 y ss.).

150 En especial, las oposiciones ejercidas para la adjudicación de concesiones, eran resueltas por el Poder Judicial si entrañan conflictos de propiedad. Por ejemplo, véase el artículo 16 de la Ley de 16 de junio de 1921 *sobre hidrocarburos y demás minerales combustibles* (Documento N° 13.890).

151 *Memoria*, p. 152.

152 *La Administración Pública*, Caracas, 1952, pp. 290 y ss.

Ejecutivo se residenciaba en la Corte Federal y de Casación, sin necesidad de analizar el contenido sustantivo del contrato¹⁵³.

IV. Conclusiones

Las Leyes administrativas, entre 1908 y 1935, no definen contenido propio del Derecho administrativo. En el período en examen existieron, ciertamente, Leyes especiales, aplicables a la Administración, pero que no configuraron a un Derecho Administrativo como categoría autónoma y exorbitante del Derecho civil. El Derecho Administrativo bajo el régimen de Juan Vicente Gómez, en la legislación y jurisprudencia, sólo era el conjunto de Leyes administrativas que, con gran prolijidad, regularon especialmente a la Administración, la cual acudía también al Derecho Privado.

De esa manera, la formación de la Administración Pública Nacional, bajo el régimen de Juan Vicente Gómez, fue consecuencia directa del proceso de centralización iniciado en 1908, todo lo cual se tradujo en Leyes administrativas cuyo estudio motivó la creación de la clase de 1909. Ese *primer Derecho Administrativo venezolano* quedó marcado por un conjunto de principios que conviene resumir:

En *primer lugar*, destaca la relevancia dada a la Ley, lo que –adelantamos– nada tiene que ver con el concepto de reserva legal como límite a la Administración. Importancia por el número de Leyes dictadas y también por su minuciosidad. Ello, sin considerar además cómo algunas de esas Leyes han mantenido su vigencia formal hasta fecha muy cercana: la Ley de enseñanza antialcohólica, de 1910, sigue vigente, por ejemplo¹⁵⁴.

En *segundo lugar*, destacamos la progresiva acumulación de cometidos en la Administración, lo que se tradujo en el crecimiento importante de la organización administrativa, no así de Ministerios. Una técnica común en la época fue crear una organización especial para cada cometido, lo que permitió que en 1928 se crearan entes con personalidad jurídica propia. Su actuación quedaba sujeta, en todo caso, a una incipiente jerarquía de los ministros y al control directo del Presidente de la República.

153 Insistimos en que, en jurisprudencia y legislación, la figura del contrato administrativa era desconocida.

154 Esto sólo desde el ámbito del Derecho Administrativo. Pues dentro del Derecho Privado, cabría recordar el formidable proceso de codificación –cercano al de Guzmán Blanco– del cual han surgido las versiones actuales o próximas de nuestros Códigos. Una codificación, además, como apunta Rogelio Pérez Perdomo, liberal: “Estado y justicia en tiempos de Gómez (Venezuela 1909-1935), cit., p. 130.

En *tercer lugar*, apreciamos en esta época la distinción nítida entre Gobierno y Administración: Juan Vicente Gómez mantuvo siempre la conducción del Gobierno, no así de la Administración, durante los períodos en los cuales la Presidencia fue ejercida por Márquez Bustillo y Pérez. Gobierno relacionado además con el mando militar y la distinción entre la Administración Civil y la Administración Militar, traducida en el Ejército Nacional, que se consolida en la época resultando fundamental en el proceso de cohesión del Estado. El ímpetu legalista se vio aquí reflejado también, pues ese Ejército fue minuciosamente reglamentado.

En *cuarto lugar*, los recursos de la Administración fueron administrados al amparo de una nascente hacienda pública centralizada. Hay aquí una doble relación de la que conviene dar cuenta: al asumir nuevos cometidos, los requerimientos de gastos eran mayores, todo lo cual promovió a la modernización de la hacienda. Pero esa modernización a su vez, asignó a la Administración nuevos cometidos, al asumir la gestión de tributos otrora encomendada a particulares.

Estos recursos, por supuesto, sufren una drástica transformación con la aparición de los recursos petroleros. Pero no cabría simplificar este aspecto reduciendo la dictadura de Gómez a una dictadura petrolera: en realidad, cuando el petróleo irrumpe en las finanzas, ya el sistema de poder de Gómez estaba instalado y la hacienda pública estaba en vías de consolidación.

En *quinto lugar*, es posible apreciar la intervención progresiva de la Administración en la economía, ordenando y limitando la actividad de los particulares e incluso, prestando directamente actividades económicas. En especial, la actividad de policía administrativa –desarrollada por el Poder Nacional ante la reducción de competencias de los Estados de la Federación y el declive de los Códigos de Policía– es notablemente minuciosa en detalles. Lo que surge es, en realidad, una Administración encargada de promover el desarrollo del país, lo que debe forzar a matizar –en nuestra opinión– el carácter liberal del Estado moderno creado, pues es realidad, este Estado termina asumiendo actividades prestacionales, no abstencionistas.

En *sexto lugar*, encontramos un notable desarrollo del contrato como herramienta de la Administración y del procedimiento licitatorio necesario para la firma de ciertos contratos, lo que se adquirirá rasgos más relevantes todavía con el inicio de la actividad petrolera. Empero, la figura del acto administrativo no aparece conformada. Nos explicamos: muchos de los cometidos de la Administración implican, ciertamente, dictar actos que ocasionalmente se califican como actos administrativos. Pero no existe un régimen

claro y uniforme en torno a estos actos, ni tampoco hemos podido evidenciar la existencia –como principio– de la potestad de autotutela, es decir, el reconocimiento del poder de la Administración para crear, extinguir y modificar relaciones jurídico-administrativas de manera unilateral. Hay, a lo sumo, algunas dispersas disposiciones sobre la ejecución de ciertas medidas –en especial, en el ámbito sanitario– pero nada más.

De hecho, el principio general que puede apreciarse es que la Administración no podía intervenir en relaciones contractuales privadas ni tampoco en controversias sobre la propiedad: ambas cuestiones, como regla, quedaban reservadas al Poder Judicial. La excepción que confirma esa regla es el reconocimiento de la Administración del poder de resolver unilateralmente ciertos contratos, pero se insiste, como excepción a un principio admitido incluso por la jurisprudencia.

En *séptimo lugar*, no hemos encontramos una configuración específica de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ciertamente, las Constituciones y Leyes de la época atribuyeron al Poder Judicial la competencia para conocer demandas contra el Estado, e incluso, la nulidad de actos, variando en todo caso la distribución de competencias con la creación de la Sala Federal y la Sala Política y Administrativa, basada en la necesidad de racionalizar las técnicas de control judicial, lo que termina luego en un proceso de especialización de competencias. La referencia a la Constitución de 1925, por ello, no es más que una consecuencia de esta necesidad de distribuir tareas, pero no hemos apreciado la concepción según la cual existían Tribunales especiales que conocían de un Derecho también especial –el Derecho Administrativo. A lo anterior se le suma que el régimen de impugnación de actos en sede administrativa y sede judicial se uniformó con el sistema de las “apelaciones”.

Por último, y el *octavo lugar*, ni de las Leyes ni de la jurisprudencia hemos podido apreciar el reconocimiento en cuanto a la existencia de un Derecho Administrativo como Derecho especial, autónomo y exorbitante del Derecho común, con figuras propias como el contrato administrativo, y basado en la idea de la potestad administrativa de autotutela. Más bien, lo que se aprecia es un complejo de órganos de ese Estado nacional central que llevan a cabo distintas actividades a través de Leyes especiales pero, también, en ejecución del Derecho privado.

En resumen, de la investigación que hemos realizado, emerge la Administración organizada del Estado central, con múltiples cometidos que le llevan a limitar la actividad de los particulares y a prestar actividades económicas, de acuerdo con un complejo ordenado de Leyes especiales, cuya actuación se somete siempre al Poder Judicial, existiendo algunas reglas de distribución de competentes entre órganos judiciales, pensadas más en criterios de eficiencia. Esa Administración se regía por las múltiples Leyes administrativas o especiales dictadas y, también, por el Derecho común. De la existencia de un Derecho Administrativo especial y autónomo, exorbitante del Derecho común, no hemos encontrado evidencia. Administración Pública sin régimen administrativo. Su génesis por ello, deberá ubicarse después de 1935.

2008-2017

Enrique Pérez Olivares, el profesor de Derecho

Eugenio Hernández-Bretón¹
pp. 264-279

Sumario

I. Palabra Previa | II. De Estudiante a Profesor | III. De Profesor a Decano | IV. De Decano a Ministro | V. De Ministro a Profesor, y nuevamente Ministro y nuevamente Profesor | VI. Conclusión.

¹ Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

Enrique Pérez Olivares, el profesor de Derecho

Resumen: Un recuento de la vida de Enrique Pérez Olivares como profesor de Derecho, basada principalmente en la información recabada en los archivos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en donde Pérez Olivares se desempeñó como profesor de Derecho Administrativo y Derecho Mercantil, además de haber sido Decano de esa Facultad.

Palabras claves: Enrique Pérez Olivares | Derecho | Educación | Universidad | Venezuela.

Enrique Pérez Olivares, the Law professor

Abstract: A recount of the life of Enrique Pérez Olivares as law professor, told mainly based on the information gathered from the files of the School of Law and Political Sciences of Universidad Central de Venezuela, where Pérez Olivares taught Administrative Law and Commercial Law, and was Dean of that School.

Keywords: Enrique Pérez Olivares | Law | Education | University | Venezuela.

“Sé que la universidad atraviesa tiempos que no son fáciles.

Te deseo éxitos, Enrique. Que en tus manos la Facultad está bien.”

Tatiana Bogdanowsky².

I. Palabra Previa

No tuve el privilegio de ser alumno del doctor Enrique Pérez Olivares en alguno de sus cursos universitarios, pero utilicé su “Curso de Derecho Mercantil I” al prepararme para mis exámenes de Derecho Mercantil. Lo conocí de nombre, como hombre sabio, serio y universitario de convicciones irreversibles, hasta que personalmente me reuní con él con ocasión de la honrosa invitación que recibí para unirme al personal docente de esta aventura maravillosa que es la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Me recibió con la sencillez de los hombres más grandes y buenos, y me enseñó que el hombre no es más grande que la persona. He querido presentar este ensayo basado, principalmente, en documentación inédita, pero que muestra, desde los archivos de la burocracia universitaria, lo incesante del trajinar diario en la vida de la universidad, pocas veces valorado. Lo que pretendo es relatar la trayectoria universitaria de un profesor de Derecho inmerso en las angustias de Venezuela. Es para mí motivo de especial orgullo testimoniar mi admiración por este excepcional venezolano, cuya presencia ilumina los pasillos y las aulas de la universidad venezolana.

II. De estudiante a profesor

Ya antes de recibirse de Doctor en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en el año 1957³, Enrique Tomás Pérez

2 Carta de Tatiana Bogdanowsky a Enrique Pérez Olivares, 15 de junio de 1961, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 70, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

3 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 26, 194, 195, 199, 242, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Ver también *Egresados de la Universidad Central de Venezuela 1725-1995, Tomo I, 1725-1957* (Caracas: Ediciones de la Secretaría, 1996), p. 567, en donde se lista a Pérez Olivares entre los egresados en el año 1957 con el título de Doctor en Derecho, pero no se incluye entre los egresados con el título de Abogado, ver p. 566 y s. Por su parte, ElCV Stockhausen de Nieschulz, en su artículo “Los estudios jurídicos en la Universidad Central de Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 67, (1987): p. 195 y ss., p. 218, señala que “durante el año 1957 la Universidad otorgó indistintamente el Título de Abogado y Doctor en Ciencias Políticas”.

Olivares había dado inicio a su labor docente. La más remota noticia que hemos ubicado en cuanto a su actividad profesoral se refiere a las clases dictadas en el colegio San Ignacio de Loyola en Caracas entre los años 1950 y 1952⁴. Habiendo nacido en Maracay el 29 de diciembre de 1931⁵, Pérez Olivares asumió la tarea de educador, por vocación y como destino, con tan solo dieciocho años de edad.

Clausurada la Universidad Central de Venezuela⁶, Pérez Olivares se trasladó a la ciudad de Mérida para iniciar sus estudios de Derecho en la Universidad de los Andes. En esa ciudad se desempeñó como profesor en el Liceo San José de Mérida entre los años 1952 y 1953⁷. Regresa a Caracas para continuar estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela y en 1954 se incorpora como Ayudante de Pre-Seminario⁸ ad honorem en la Facultad de Derecho de esa Universidad⁹. Esta fue la primera experiencia de docencia universitaria de quien sería uno de los más destacados educadores de las próximas décadas. Siendo aún estudiante del último año de Derecho en la Universidad Central se une al personal de la recientemente fundada Universidad Católica Andrés Bello para encargarse de los Trabajos Prácticos

-
- 4 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 26, 194, 195, 242, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
 - 5 Datos tomados del Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
 - 6 Decreto No. 321 de 17 de octubre de 1951, en *Compilación Legislativa de Venezuela 1951*, (Caracas: Editorial Andrés Bello, 1951), p. 449 y ss.; Consejo de Reforma de la Universidad Central de Venezuela, Acuerdo sobre Normas para el Funcionamiento de la Universidad Central, 30 de enero de 1952, en *Compilación Legislativa de Venezuela 1952*, (Caracas: Editorial Andrés Bello 1952), p. 367 y ss.; y del mismo Consejo, “Acuerdo sobre Suspensión de Actividades en la Universidad Central”, 22 de febrero de 1952, id., p. 372. Ver al respecto, Ildefonso Leal, *Historia de la UCV* (Caracas, Ediciones del Rectorado de la UCV, 1981), p. 235; Guillermo Luque, *Educación, estado y nación. Una historia política de la educación oficial venezolana 1928-1958* (Caracas: Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 1999), p. 421 y ss.; René De Sola, *Balance inconcluso de una actitud universitaria* (Buenos Aires, Ediciones Casasola, Imprenta López, 1962), p. 264 y ss.
 - 7 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 26, 194, 195, 242, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
 - 8 En cuanto al Pre-Seminario, hoy desaparecido del programa de estudios de Derecho, ver Jesús Leopoldo Sánchez, *Un nuevo régimen de enseñanza para las facultades venezolanas de derecho*, (Mérida: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1961), p. 91 y ss.
 - 9 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 26, 194, 195, 242, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

de Derecho Civil III (Obligaciones) y de Derecho Civil IV (Contratos y Garantías) entre 1956 y 1957.¹⁰

En 1957, Pérez Olivares egresa de la Universidad Central de Venezuela con una tesis sobre derecho tributario sancionatorio¹¹, recibe la mención summa cum laude¹², contrae matrimonio con doña Marta Oramas Herrera¹³ y viaja a Italia, becado por la propia Universidad¹⁴. En la Universidad de Roma-La Sapienza realiza cursos de perfeccionamiento en Derecho Administrativo, Finanzas, Derecho Mercantil y Derecho Industrial que completa en 1958¹⁵, para luego regresar a Venezuela.

Una vez de vuelta en Caracas, en medio de un ambiente de euforia democrática, Pérez Olivares vuelve a la Universidad Central. Ingresa al personal docente de la Facultad de Derecho en fecha 16 de octubre de 1958 durante el Decanato del doctor José Melich Orsini¹⁶. Fue designado profesor a tiempo convencional de Derecho Mercantil I y de Derecho Administrativo I, “en sustitución de los Dres. René De Sola y Antonio Moles Caubet, respectivamente, y como Jefe de Trabajos Prácticos de Finanzas”¹⁷. Asimismo, el decano Melich Orsini propone el nombramiento del doctor Pérez Olivares, a tiempo convencional, para el cargo de Adjunto al Director del Instituto

-
- 10 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 26, 73, 194, 195, 242, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. En palabras del doctor José Melich Orsini, lo que hoy en día denominamos “asistente de cátedra”, recibía entonces “el extravagante nombre de Jefe de Trabajos Prácticos”, ver José Rafael Melich Orsini, *Los caminos andados* (Caracas: Miguel Angel García e hijo, 2004), p. 14.
- 11 La tesis lleva por título *Comentarios sobre derecho represivo tributario*, Caracas, pp. 112, ver “Tesis de Grado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 67, (1987), p. 500.
- 12 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 26, 194, 195, 242, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 13 Acta de matrimonio No. 147, 2 de septiembre de 1957, Tomo 1, folio 231 vto., Año 1957, Prefectura del municipio Chacao, entonces Distrito Sucre del estado Miranda.
- 14 Constancia, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 355, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 15 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 26, 194, 195, 242, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 16 Oficio No. 868, del decano José Melich Orsini al Presidente de la Comisión Universitaria de la Universidad Central de Venezuela, 30 de octubre de 1958, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 27, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 17 Oficio No. 911, del decano José Melich Orsini al Presidente de la Comisión Universitaria de la Universidad Central de Venezuela, 25 de noviembre de 1958, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 28, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

de Derecho Público¹⁸. Este fue el inicio de una prolongada carrera docente dedicada a esas dos áreas aparentemente antagónicas como lo son el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil.

Con ocasión de la renuncia del doctor Miguel Santana Mujica, entonces Director de la Escuela de Derecho, el decano Luis Villalba Villalba propuso al doctor Francisco de Venanzi, Rector de la Universidad Central, la designación del doctor Pérez Olivares para ocupar el cargo vacante, quien pasó a ocuparlo a tiempo completo a partir del 1º de septiembre de 1959¹⁹.

Como Director de la Escuela de Derecho le correspondió, entre otras tantas tareas, formar parte - junto con los profesores Rafael Pizani, Octavio Andrade Delgado, Jesús Leopoldo Sánchez y Carlos Leáñez Sievert - de la Comisión de Ingreso de la Facultad de Derecho, a fin de que realizara “un estudio imparcial, objetivo y a fondo, en relación con el número de postulantes que la escuela pueda admitir en armonía con su capacidad física y docente, de modo que en forma alguna se comprometa la actual calidad de la enseñanza”. Lo anterior vino determinado “en razón del número de alumnos inscritos para iniciar sus cursos ha superado, en mucho, las posibilidades físicas y docentes de la escuela. Angustiosa situación, que ha podido sortearse durante el presente año lectivo, en virtud de la decisiva y cordial cooperación prestada por los Señores Decanos de Farmacia, Ingeniería y Economía”. La Comisión habría “de aconsejar cuál sea lo pertinente en tan delicada materia y presentar a consideración del Consejo de Facultad las conclusiones que le dicte su claro criterio, partiendo de la base de que debe existir una correlación entre los recursos, el número de aulas, el número de docentes y los equipos indispensables²⁰.” Esta es tarea todavía pendiente.

Durante ese tiempo como Director de la Escuela, el doctor Pérez Olivares no dejó de atender a los estudiantes ni a los egresados de la Facultad, algunos de los cuales se encontraban cursando estudios de postgrado en

18 Oficio No. 910, del decano José Melich Orsini al Presidente de la Comisión Universitaria de la Universidad Central de Venezuela, 25 de noviembre de 1958, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 30, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

19 Oficio No. 423, del decano Luis Villalba Villalba al Rector de la Universidad Central de Venezuela, 4 de septiembre de 1959, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 40, 41 y 42, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

20 Oficio No. 729, del decano Luis Villalba Villalba al doctor Enrique Pérez Olivares, 2 de noviembre de 1961, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 83, 84 y 85, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

Europa, resolviendo variados problemas administrativos en la Facultad, dejándolos tranquilos, confiados en “la proverbial disposición” de Pérez Olivares a ayudar a sus amigos²¹. Sirve de tutor de la tesis doctoral que inscribió uno de los más distinguidos estudiantes que ha tenido el doctorado en Derecho de la UCV: Roberto Goldschmidt²².

En septiembre de 1962, una vez que el doctor José Guillermo Andueza tomó posesión del cargo de Decano de la Facultad de Derecho, Pérez Olivares anunció su separación del cargo de Director de la Escuela de Derecho²³. Era tiempo de asumir otras tareas. Con ocasión de la finalización de su gestión como Director, el Consejo de la Facultad de Derecho, en diciembre de 1962, emitió un Acuerdo en el que reconoció “por unanimidad, que la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela se ha enaltecido y honrado con la gestión del doctor Enrique Pérez Olivares²⁴.”

El tiempo que le tocó actuar como Director de la Escuela de Derecho junto al decano Luis Villalba Villalba fue “una de las épocas más difíciles de la Universidad, ya que el país salía de un régimen totalitario. Pero con su gran cualidad de persona amable y abierta al diálogo y a la comprensión de los problemas universitarios, (Pérez Olivares) se desempeñó con suma maestría²⁵.”

III. De profesor a decano

Durante el año 1962 Pérez Olivares continuó su actividad docente en la Universidad Central de Venezuela, pero añadió nuevas responsabilidades al

-
- 21 Carta de Hugo Mármol al doctor Enrique Pérez Olivares, fechada en París el 22 de enero de 1962, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 94, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. También las cartas de Tatiana Bogdanowsky, fechadas en La Haya el 12 de julio de 1960, id., folios 56 y 57, en Bad Homburg el 15 de julio de 1961, id., folios 70 y 71, en Bad Homburg el 16 de octubre de 1961, id., folios, 80 y 81, en Bad Homburg el 11 de enero de 1962, id., folio 89, y del Dr. Pérez Olivares a Hildegard Rondón de Sansó, fechada en Caracas el 13 de mayo de 1961, id., folio 65.
 - 22 Comunicación de Roberto Goldschmidt al doctor Enrique Pérez Olivares, 5 de febrero de 1962, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 94, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
 - 23 Carta del doctor Enrique Pérez Olivares al doctor Roberto Goldschmidt, 7 de septiembre de 1962, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 119 y 120, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
 - 24 Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 130 y 131, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
 - 25 Manuel Moisés Indriago, Prefacio de *Curso de Derecho Mercantil* 2^a. Edición, de Enrique Pérez Olivares (Caracas: Editorial MOHIMGO, 1975).

fundarse en octubre de ese mismo año el Instituto de Formación Demócrata Cristiana (IFEDEC), en Caracas, promovido y dirigido junto con el doctor Aristides Calvani²⁶. Para esa fecha el doctor Pérez Olivares tenía la categoría de profesor asistente en el escalafón universitario²⁷ y continuó muy vinculado a las más variadas tareas dentro de la Facultad de Derecho. Fue designado por el Consejo de Facultad, junto con los doctores Antonio Moles Caubet, José Melich Orsini, José Alberto Zambrano y Tomás Polanco, miembro de la Comisión encargada de dictaminar sobre los planes elaborados para los Cursos de Perfeccionamiento Profesional de la Facultad de Derecho²⁸, y propuesto para integrar, junto con el doctor Octavio Andrade Delgado, la delegación que representó a la Universidad Central de Venezuela en la Tercera Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericanas, entre los días 21 y 28 de abril de 1963²⁹.

A comienzos del año 1964, junto con los profesores Tomás Polanco y Gonzalo Pérez Luciani, fue designado para integrar el Jurado Calificador de la tesis doctoral “Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Administrativa”, elaborada bajo la dirección del doctor Moles Caubet y presentada por Allan-Randolph Brewer³⁰. Continuó dando clases de Derecho Administrativo I y de Derecho Mercantil I en la sección “C”, teniendo grupos de estudiantes de entre 66 y 74 alumnos por curso³¹. Ig-

-
- 26 Ver Rafael Tomás Caldera, “Calvani”, en *Celebración de la vida de Aristides Calvani*, (Caracas: IFEDEC Centro de Políticas Públicas, Fundación Alberto Adriani, 2018), p. 144 y ss., 146, y en la misma obra, “Aristides Calvani”, p. 2. En la puerta de entrada de la sede del IFEDEC en Boleíta Norte en Caracas, hay una placa conmemorativa del 25° aniversario de la creación del IFEDEC y está fechada 8 de octubre de 1987. Ver el Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 194,195, 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 27 Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 125, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 28 Oficio No. 8, del decano José Guillermo Andueza al doctor Enrique Pérez Olivares, 5 de enero de 1963, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 132, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 29 Oficio No. 100, del decano José Guillermo Andueza al Rector y demás Miembros del Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela, 9 de febrero de 1963, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 133, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 30 Oficio No. 90, del decano encargado Alfredo Valero García al doctor Enrique Pérez Olivares, 1 de febrero de 1964, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 147, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 31 Ficha de la Comisión de Estudio de la Dedicación del Personal Docente y de Investigación del Consejo Universitario, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 164, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

ualmente, se desempeñó en las cátedras de Derecho Mercantil I y de Trabajos Prácticos de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello³². Fue miembro del Consejo Supremo Electoral hasta 1964³³. En 1965 fue designado para que, junto con los doctores José Guillermo Andueza y Rafael Pizani, integrara la Delegación que representó a la Universidad Central de Venezuela en la Cuarta Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho, que se celebraron en Montevideo, Uruguay, entre los días 21 y 27 de abril de ese año³⁴. De este tiempo es también un artículo que publicó junto con el doctor Allan Brewer-Carías y que fue dedicado a la memoria del profesor Roberto Goldschmidt³⁵.

Fue miembro del Consejo de la Facultad de Derecho³⁶ e integró, junto con los doctores Antonio Moles Caubet y Tomás Polanco Alcántara, el Jurado Examinador del trabajo de ascenso a la categoría de Profesor Agregado que presentó la doctora Hildegard Rondón de Sansó bajo el título de “Manual Teórico Práctico de Propiedad Industrial³⁷”. En noviembre de 1966 firmó el Prólogo del libro “La expropiación por causa de utilidad pública e interés social” del profesor Brewer-Carías³⁸. Asimismo, formó parte de la Comisión encargada de dictaminar sobre los planes elaborados para los Cursos de Perfeccionamiento Profesional, “en lo que se refiere a su aplicación a la Facultad de Derecho”, junto con los doctores Antonio Moles Caubet, José Melich

32 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 194, 195, 242, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Ver también “Nómina del Personal Docente del Ciclo Profesional, Año Académico 1967-68”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 6, (1968), p. 238 y ss., p. 239.

33 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 194, 195, 242, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

34 Oficio No. CU-322, del doctor José Ramón Medina, Secretario Encargado del Vicerrectorado de la Universidad Central de Venezuela al Decano de la Facultad de Derecho, 7 de abril de 1965, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 157, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

35 Allan-Randolph. Brewer-Carías y Enrique Pérez Olivares, “El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 32, (1965), p. 103 y ss.

36 Ficha de la Comisión de Estudio de la Dedicación del Personal Docente y de Investigación del Consejo Universitario, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 164, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

37 Oficio No. 1010, del decano Gustavo Planchart Manrique al doctor Enrique Pérez Olivares, 22 de septiembre de 1966, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 168, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

38 Enrique Pérez Olivares, Prólogo de *La expropiación por causa de utilidad pública o interés social (Jurisprudencia-Doctrina Administrativa-Legislación)* de Allan-Randolph Brewer-Carías (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1966), p. 9 y ss.

Orsini, José Alberto Zambrano y Tomás Polanco³⁹. Probablemente también de esa época date una muy interesante comunicación que presentó el doctor Pérez Olivares junto con los profesores Brewer-Carías y Rondón de Sansó, como integrantes de la Comisión designada para presentar un informe sobre la ubicación de las materias Derecho Administrativo I y II en el pensum de estudios de Derecho⁴⁰.

El 16 de mayo de 1968 el doctor Pérez Olivares fue electo para ocupar el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela⁴¹, por un período de tres años de conformidad con la legislación vigente en ese momento⁴².

IV. De decano a ministro

El nuevo decano Pérez Olivares asumió el cargo el día 1º de agosto de 1968⁴³. Durante su gestión Pérez Olivares se preocupó por actualizar el material bibliográfico sobre temas entonces de primera actualidad, como lo fue y lo sigue siendo el tema de “Law and Computer Technology”⁴⁴. Su gestión se vio afectada por la intervención de la Universidad Central de Venezuela el 31 de octubre de 1969, lo que llevó al cierre de las actividades académicas durante

-
- 39 Oficio No. 8, del decano José Guillermo Andueza al doctor Enrique Pérez Olivares, 5 de enero de 1963, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 132, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 40 Informe que presentan los profesores Enrique Pérez Olivares, Allan Randolph Brewer Carías e Hildegard Rondón de Sansó a los Directores y demás miembros de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, s/f, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 219 a 223, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 41 Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 194, 242, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Ver también “Enrique Pérez Olivares, Nuevo Decano de la U.C.V.”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 7, (1969), p. 238 y ss., 239.
- 42 Artículo 54 de la Ley de Universidades, 5 de diciembre de 1958, en *Compilación Legislativa de Venezuela 1958* (Caracas: Editorial Andrés Bello, 1958), p. 209 y ss.
- 43 Oficio CJD-111-88, del Director y del Asesor Jurídico de la Oficina Central de Asesoría Jurídica de la Universidad Central de Venezuela al Dr. Alberto Arteaga Sánchez, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 30 de junio de 1988, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 393, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 44 Comunicación del doctor Pérez Olivares al Law Center Section on Law and Computer and Technology, 16 de junio de 1969, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 215, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

los meses posteriores⁴⁵. Para el período 1970-1971 fue designado Presidente de la Comisión Universitaria⁴⁶.

Mediante Decreto Presidencial de 29 de julio de 1971 el doctor Pérez Olivares fue nombrado Ministro de Educación⁴⁷. Por tal motivo, el 2 de agosto de ese mismo año solicitó a los miembros del Consejo de la Facultad de Derecho que le fuera concedido un permiso no remunerado⁴⁸ y permaneció en el cargo de Decano de la Facultad de Derecho hasta el día inmediato posterior⁴⁹. El permiso solicitado fue concedido por el Consejo Universitario “para separarse de sus actividades en esa Facultad, mientras dure el ejercicio de sus funciones de ministro de Educación”⁵⁰.

Durante su Decanato, Pérez Olivares “mantuvo siempre el principio de que los hombres deben entenderse a través del razonamiento y las relaciones humanas. Antes de irse deja fundada la Escuela de Ciencias Políticas y Administrativas⁵¹.”

-
- 45 “Operación Canguro”, en *Wikipedia, la enciclopedia libre*, el 31 de marzo de 2024, https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Operaci%C3%B3n_Canguro&oldid=159136631.
- 46 Constancia emitida por la Directora de Coordinación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 13 de octubre de 1983, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 354, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 47 Decreto No. 662 de 29 de julio de 1971, Gaceta Oficial No. 29.570 de la misma fecha.
- 48 Comunicación del doctor Enrique Pérez Olivares a los Miembros del Consejo de la Facultad de Derecho, 2 de agosto de 1971, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 235, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 49 Oficio del Director Encargado de la Facultad de Derecho al Rector Interino y demás Miembros del Consejo Rectoral, 4 de agosto de 1971, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 237; Oficio SCR-479, del Secretario del Consejo Rectoral al Director de la Escuela de Derecho, 4 de agosto de 1971, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 238; Oficio CJD-11-88, del Director y del Asesor Jurídico de la Oficina Central de Asesoría Jurídica de la Universidad Central de Venezuela al Dr. Alberto Arteaga Sánchez, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 30 de junio de 1988, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 393, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 50 Oficio No. CU-559, 10 de septiembre de 1971, transcrito en la comunicación que le dirige al Dr. Pérez Olivares el Decano Encargado de la Facultad de Derecho, 21 de septiembre de 1971, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 239, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 51 Manuel Moisés Indriago, Prefacio de *Curso de Derecho Mercantil* 2^a. Edición, de Enrique Pérez Olivares (Caracas: Editorial MOHIMGO, 1975).

V. De ministro a profesor, y nuevamente ministro y nuevamente profesor

A fines de continuar gozando de licencia respecto de sus labores docentes, el doctor Pérez Olivares solicitó que fuera declarado en situación de excedencia pasiva mientras permaneciera en el ejercicio del Ministerio de Educación⁵², lo cual le fue concedido por el Consejo Universitario⁵³. No obstante, no rechazó la convocatoria que el 21 de mayo de 1973 le hizo el decano Farías Mata para integrar la Comisión de Currícula “recientemente creada por ese Decanato⁵⁴”.

Pérez Olivares ejerció como Ministro de Educación hasta el 12 de marzo 1974, fecha en la cual entregó el cargo a su sucesor, doctor Luis Manuel Peñalver. Antes de entregar su cargo, Pérez Olivares solicitó a las autoridades de la Universidad Central de Venezuela una prórroga del permiso no remunerado que le había sido concedido “por el término que resta del presente año lectivo”. El Ministro saliente deseaba prepararse debidamente para regresar a su tarea de docente universitario, ya que la intensidad del trabajo que hubo de desarrollar durante el permiso que vencía, precisamente el 12 de marzo de 1974, le impidió “el estudio mínimo requerido para estar al corriente de los adelantos científicos y de los criterios jurisprudenciales aparecidos en las disciplinas cuya docencia imparto y por ello requiero la prórroga solicitada⁵⁵”. La prórroga solicitada fue concedida por el Consejo Universitario “por el término del año lectivo 1974⁵⁶”.

-
- 52 Comunicación del ministro de Educación doctor Enrique Pérez Olivares al Decano y demás Miembros del Consejo de la Facultad de Derecho, 28 de septiembre de 1972, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 243, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 53 Oficio CU-873, 26 de octubre de 1972, citado en el Oficio No. 255, 2 de noviembre de 1972, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 246, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 54 Oficio No. 228, 21 de mayo de 1973, citado en la comunicación que le dirige el Dr. Pérez Olivares al Decano de la Facultad de Derecho, 8 de junio de 1973, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 251, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 55 Comunicación del doctor Enrique Pérez Olivares al Decano de la Facultad de Derecho y demás miembros del Consejo de la facultad, 8 de marzo de 1974, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 253, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 56 Oficio CU-493, 4 de junio de 1974, transcrito en el Oficio No. 408 del Decano de la Facultad de Derecho al doctor Enrique Pérez Olivares, 19 de junio de 1974, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 257, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

Prontamente Pérez Olivares presentó un trabajo para ascender en el escalafón docente, bajo el título “La teoría de las sujeciones imprevistas⁵⁷”. El 4 de diciembre de 1974 defendió ese trabajo ante un jurado conformada por los profesores Eloy Lares Martínez, Rangel Crazut y Antonio Moles Caubet, quien fungió de coordinador, que de una manera particular destacó “no solo la densidad del trabajo, (...), sino además el acierto de la doctrina expuesta con maduro juicio, hasta el punto de que las opiniones del autor hayan sido adoptadas por la Procuraduría General de la República en algunos de sus dictámenes. En consecuencia, el Jurado estima que el trabajo calificado merece una elogiosa mención especial⁵⁸.” El Consejo Universitario aprobó el ascenso a la categoría de profesor agregado en sesión de 16 de abril de 1975⁵⁹.

Su reincorporación a la actividad docente se hizo efectiva el 15 de marzo de 1975⁶⁰. Durante los años inmediatos siguientes dictó clases de Derecho Mercantil I y de Derecho Administrativo I, ambas en la sección “C”⁶¹. El 15 de abril de 1977, le fue impuesta la Orden José María Vargas (categoría Corbata), que le fue otorgada por el Consejo de dicha Orden y aprobada por el Consejo Universitario en su sesión de 9 de marzo de 1977⁶². Unas semanas después, Pérez Olivares el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas lo designó para integrar, junto con los profesores Rafael Pizani y Víctor Pulido Méndez, “una Comisión que estudie las previsiones que adoptarse para la designación de profesores de la Escuela de Derecho⁶³”. Dictó también una

-
- 57 El trabajo en cuestión fue publicado en el Libro Homenaje Enrique Sayagués-Laso, Enrique Pérez Olivares, “La Teoría de las Sujeciones Imprevistas” en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, Tomo V (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969), Comunicación del doctor Enrique Pérez Olivares al Decano y demás Miembros del Consejo de la Facultad de Derecho, 27 de septiembre de 1974, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 262, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 58 Veredicto, 20 de diciembre de 1974, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 273 y 272, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 59 Oficio CCC-578, del Rector Presidente al doctor Enrique Pérez Olivares, 26 de abril de 1975, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 281, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 60 Oficio No. OCPP 309, 3 de julio de 1975, del Director de la Oficina Central de Programación y Presupuesto al Decano de la Facultad Derecho, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 293, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 61 Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 302, 314, 316, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 62 Oficio 99, del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas al doctor Enrique Pérez Olivares, 11 de abril de 1977, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 311, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- 63 Oficio 691, del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas al doctor Enrique

importante conferencia sobre el recurso de interpretación en las jornadas sobre “El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela”, organizadas por el Instituto de Derecho Público⁶⁴.

El 28 de febrero de 1978, Pérez Olivares solicitó un permiso sin remuneración “durante el lapso del año lectivo próximo a comenzar”, para las dos cátedras que ocupaba entonces⁶⁵. En marzo de 1979 fue llamado a desempeñarse como Gobernador del entonces Distrito Federal y posteriormente como Ministro de Información y Turismo hasta principios de 1984⁶⁶. En ese tiempo también se desempeñó como vicepresidente del Instituto Internacional Jacques Maritain⁶⁷. De su actividad docente quedó su “Curso de Derecho Mercantil I (edición mimeografiada)⁶⁸. En noviembre de 1980 participó, en Caracas, el “Seminario Internacional de Derecho Urbanístico” que fue coorganizado por el Instituto de Derecho Público y el Ministerio de Desarrollo Urbano, exponiendo sus comentarios sobre la propiedad del suelo y el sector público⁶⁹. También de esa época queda su conferencia sobre “El funcionario público. Una perspectiva jurídica”, dictada en las

Pérez Olivares, 17 de mayo de 1977, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 315, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

64 Enrique Pérez Olivares, “El recurso de interpretación”, en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979), p. 149 y ss.

65 Comunicación del doctor Enrique Pérez Olivares al doctor José Alberto Zambrano Velasco y demás Miembros del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 28 de febrero de 1978, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 338, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

66 Gustavo Linares Benzo, “Enrique Pérez Olivares”, *Analítica.com*, el 9 de julio de 2012, <https://www.analitica.com/opinion/opinion-nacional/enrique-perez-olivares/>.

67 Ver Oficio 490, del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas al doctor Enrique Pérez Olivares, 20 de marzo de 1984, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 369, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

68 Enrique Pérez Olivares, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª. Edición (Caracas, Editorial MOHIMGO, 1975), 322 p.; Curriculum vitae del Dr. Enrique Pérez Olivares, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folios 267 a 269, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

69 Enrique Pérez Olivares, “Comentarios sobre la propiedad del suelo y el sector público”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Derecho Urbanístico* Tomo V, (Caracas: UCV, 1983), p. 41 y ss. Aquí se lee una acotación respecto de la realidad venezolana que cada día afirmamos y que no corregimos: “... muchas de nuestras experiencias constatan que teniendo a mano mecanismos jurídicos para actuar, no hacemos el intento de usarlos; sino que proponemos inmediatamente la búsqueda de un mecanismo jurídico alternativo. Estamos permanentemente inventando fórmulas jurídicas... Y creo que buena parte de nuestra vida transcurre en esta crítica conceptual a las instituciones, sin el esfuerzo por hacerlas parte de nuestra vida” (p. 43).

Primeras Jornadas para un mejor conocimiento de la administración Pública, organizadas por la Procuraduría General de la República⁷⁰.

El 29 de marzo de 1988, Pérez Olivares solicitó su jubilación de conformidad con el artículo 62, ordinal 9 de la Ley de Universidades. En el escrito de solicitud de jubilación dijo, con la sencillez que le caracterizó: “ha sido un gran honor para mí haber podido servir a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas como auxiliar docente antes de obtener el título de Doctor en Derecho, como miembro del personal docente ordinario y como autoridad en los casos en que se me confiaron tales responsabilidades.” Y sin querer despedirse definitivamente de su casa le expresó al decano Alberto Arteaga Sánchez: “Aprovecho para reiterar ante Ud. mi disposición de continuar sirviendo a nuestra casa de estudios en la medida de mis posibilidades⁷¹”. El 26 de julio de 1988, el decano Arteaga le informó al profesor Pérez Olivares la aprobación de la jubilación por parte del Consejo de la Facultad⁷².

Ha debido ser una grata sorpresa para el doctor Pérez Olivares, ya fuera de su actividad docente, haber recibido la comunicación del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas mediante la cual, en abril de 1999, le informó que el Consejo de dicha Facultad, a proposición del Consejo de la Orden Luis Sanojo, aprobó que le fuese concedida la referida Orden, en su Primera Clase, “en público reconocimiento a los meritorios servicios que le ha prestado a la Universidad Central de Venezuela y, muy especialmente, a esta Facultad⁷⁴”.

70 Enrique Pérez Olivares, “El funcionario público. Una perspectiva jurídica”, en *Jornadas para un mejor conocimiento de la administración pública* (Caracas: Fundación Procuraduría General de la República, 1987), p. 169 y ss.

71 Comunicación del doctor Enrique Pérez Olivares al doctor Alberto Arteaga, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 29 de marzo de 1988, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 386, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

72 Comunicación del doctor Enrique Pérez Olivares al doctor Alberto Arteaga, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 29 de marzo de 1988, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 386, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

73 Oficio No. 476, del doctor Alberto Arteaga, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, al doctor Enrique Pérez Olivares, 26 de julio de 1988, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 388, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

74 Oficio No. 286/99, del doctor Boris Bunimov Parra, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, al doctor Enrique Pérez Olivares, 20 de abril de 1999, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 410, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

VI. Conclusión

Al hacer el recuento de la vida profesional de Pérez Olivares el decano Arteaga Sánchez dijo: “la Universidad Central de Venezuela resulta, sin duda alguna, destacada en primer plano. Su actividad docente, su participación en el gobierno universitario, su preocupación por la investigación y por los estudios de derecho, su labor como director y como decano de la Facultad, constituyen el más evidente testimonio de su espíritu y consecuencia con esta Casa de formación, de reflexión, de lucha y permanente búsqueda⁷⁵.” El recuerdo de la obra del doctor Enrique Pérez Olivares es testimonio de “pasión al quehacer universitario⁷⁶”.

75 Oficio No. 476, del doctor Alberto Arteaga, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, al doctor Enrique Pérez Olivares, 26 de julio de 1988, Expediente Pérez O., Dr. Enrique, 101-P, folio 388, Archivo del Departamento de Recursos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

76 Ibidem.

Educación jurídica y abogados en Venezuela revolucionaria (2000-2021): las universidades experimentales

Rogelio Pérez Perdomo²

pp. 281-297

Sumario

I. Del desarrollo a la globalización | II. La revolución y la educación jurídica | III. Educación y profesión | IV. Referencias.

-
- 1 Hace ya varios años escribí “Educación jurídica y política en Venezuela revolucionaria” en homenaje a Enrique Pérez Olivares, pero no se publicó en el libro-homenaje para el cual fue escrito. Fue publicado en 2018 en la obra compilada por el distinguido colega peruano Gorki Gonzales Mantilla: *La educación jurídica como política pública en América Latina*. Palestra Editores, Lima. Ante la posibilidad de que el libro-homenaje realmente pueda publicarse ahora he decidido no solo actualizar los datos sino escribir un nuevo artículo sobre el tema de la educación jurídica en Venezuela porque mucho ha ocurrido desde entonces. En los inicios de mi carrera como profesor Pérez Olivares era el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y fue un mentor que me incitó a plantearme el tema de la educación jurídica y cómo transformarla en una época de gran cuestionamiento. Por muchos años conservamos la amistad y nuestras conversaciones giraron siempre sobre la temática. De allí mi gratitud y mi insistencia en rendirle homenaje. El presente artículo se desarrolla gracias a un proyecto de investigación más amplio auspiciado por la Dirección de Investigaciones de la Universidad Metropolitana y agradezco también el apoyo de mis colegas Andrea Santacruz y Victoria Capriles y de la estudiante Rebeca Troncoso. Agradezco también a Sonne Lemke por la elaboración de los gráficos.
- 2 Universidad Metropolitana. Caracas. Academia Nacional de la Historia.

La educación jurídica ha tenido grandes transformaciones desde las décadas finales del siglo XX y en las dos primeras del siglo XXI tanto en el mundo como en Venezuela. La profesión de abogado también ha tenido importantes transformaciones y, sin duda, hay una relación entre estos dos temas. Ambos han concitado numerosos estudios recientes de los cuales me limito a citar unos pocos como fundamento de mi aserto (Garth & Schaffer, 2022; Heringa et al., 2022; Abel et al., 2020; Gonzales Mantilla, 2018; Pérez Perdomo, 2022).

La mayor parte de los estudios plantean la adaptación de la educación jurídica y de la profesión a una época de mayor integración internacional que generalmente se identifica como globalización porque esto es lo que está ocurriendo en casi todos los países del mundo. Venezuela siguió en la década de 1990 una cierta adaptación en el mismo sentido, pero en el siglo XXI ha tomado la vía opuesta: la anti-hegemónica o anticapitalista. También la educación jurídica ha tomado un camino que es importante analizar y comparar.

La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por una expansión de la educación jurídica profesional y de la profesión de abogado en buena parte de los países, incluyendo los de América Latina (Galanter, 2011; Pérez Perdomo, 2006). Lugares comunes frecuentes en el pasado, como el que había ‘demasiados abogados’, cayeron en desuso. Pero en una época en que se le dio gran valor al desarrollo económico surgieron dudas sobre si los abogados contribuían con éste, o al contrario, imponían costos importantes al funcionamiento de la economía. En realidad, los abogados ofrecen un servicio, y como en toda actividad económica el mecanismo regulador es el mercado. Si los servicios no son solicitados la profesión u ocupación deja de ser atractiva. Esto no obsta que se plantee la calidad de los servicios y, en consecuencia, la calidad de la formación que reciben los futuros profesionales, como veremos más adelante.

En la segunda mitad del siglo XX ocurrió este fenómeno que muchos consideraron como ‘la crisis de la educación jurídica’. Por lo fundamental, las causas de la crisis eran externas a las escuelas de derecho. La creciente urbanización y la expansión de la educación, con la incorporación de las mujeres y de personas de estratos relativamente bajos, impuso una presión a las universidades y especialmente a las escuelas de derecho. El mayor número de estudiantes impidió que una parte importante de ellos trabajaran en tareas auxiliares de la profesión o de los tribunales donde tradicionalmente los estudiantes adquirían competencias y se socializaban en la profesión. Por otra parte, la difusión de la televisión y/o la falta de lectura en las familias suprimió el bagaje cultural de buena parte de los estudiantes. La sociedad misma se

hizo más tecnocrática y se popularizaron estudios como los de economía y ciencias sociales que formaron potenciales competidores de los abogados en el liderazgo social (Dezalay & Garth, 2002).

En toda la América Latina, Venezuela incluida, hubo profesores y dirigentes de la educación jurídica que plantearon transformaciones y naturalmente hubo también otros profesores y dirigentes no veían la necesidad de las transformaciones que se proponían. Es lo que se denomina ‘resistencia al cambio’. En general, la resistencia resultó victoriosa en las décadas de 1970 y 1980, pero a partir de la década de 1990 un número creciente de instituciones optaron por una diversidad de propósitos, contenidos y métodos en la educación jurídica (Pérez Perdomo, 2004, 2022). Tal vez la mayoría mantuvieron rasgos tradicionales, pero otras hicieron esfuerzos para adaptarse a una era de globalización. Esta ha sido la tendencia también en el siglo XXI, salvo en el caso de Venezuela que inició una revolución confesadamente anti-capitalista y quiso darle a un nuevo tipo de escuelas de derecho un papel importante en la construcción de la nueva sociedad. Como el gobierno revolucionario no podía controlar la educación jurídica en las universidades de gestión privada ni en las públicas autónomas cuyos profesores y estudiantes eligen sus autoridades y organismos de cogobierno, el esfuerzo se hizo en las universidades que el gobierno controla llamadas formalmente experimentales. El gobierno parece alejado de su afán anti-capitalista, pero se ha hecho cada vez más autoritario y sus políticas han conducido a sanciones impuestas por varios países y organismos multilaterales, y a un aislamiento internacional. La economía se ha contraído. Este trabajo da cuenta de las transformaciones de la educación jurídica en el contexto brevemente descrito y los resultados obtenidos hasta ahora.

En la primera parte trataremos las políticas y cambios en las décadas finales del siglo XX, en la segunda al proyecto revolucionario. La sección conclusiva se refiere a la compleja relación entre la profesión, la educación y la sociedad que la experiencia venezolana ha puesto de manifiesto.

I. Del desarrollo a la globalización

Entre 1970 y 1999 dos ideas centrales pueden servirnos como conductoras para entender la orientación de las políticas públicas en su relación con la educación jurídica. Se trata de ideas: el título no debe entenderse que postulamos que Venezuela se haya desarrollado o globalizado, sino que hubo maneras cambiantes de entender el camino a emprender. Tampoco que fueran ideas completamente compartidas por todos, sino que eran dominantes. La idea del desarrollo nacional estuvo muy asociada con el crecimiento de la

economía y el pensamiento que debía producirse en el ámbito nacional. Las empresas transnacionales y el comercio internacional se veían como posible fuente de peligro porque podían succionar los recursos y desintegrar la nación. Las empresas nacionales debían ser protegidas (Sunkel & Paz, 1986). En la década de 1990 hubo un cambio y dominó la idea de que un mundo en que se liberaran las trabas para la producción y el comercio, y en general de los intercambios entre distintas partes del mundo, permitiría un crecimiento económico mayor y la expansión de las ideas de estado de derecho, derechos humanos y democracia a escala mundial.

La idea de desarrollo fortaleció la manera de pensar al derecho como asociado al estado nacional, pero en general, no se apreciaba la contribución que los abogados pudieran hacer al desarrollo nacional. Esto explica que fueron pocas las escuelas de derecho autorizadas a funcionar en el período. En 1960 había en el país 6 escuelas de derecho: 4 en universidades públicas autónomas y 2 en universidades de gestión privada. Tres escuelas de derecho estaban situadas en Caracas. Veinte años después, en 1980, solo se había agregado una escuela de derecho (gestión privada) a pesar de la creación de numerosas universidades tanto públicas como privadas. En 2001 había 11 universidades con escuelas de derecho. Las universidades privadas con escuelas de derecho pasaron de 2 a 7, pero éstas eran de reciente creación, excepto la Universidad Santa María, la Católica Andrés Bello y la Católica del Táchira. Este modesto crecimiento favoreció también una mejor distribución de las escuelas de derecho en el país. Todas las regiones del país contaban con una o más escuelas de derecho, con excepción de la Región de los Llanos (Ruiz et al., 2002).

Desde 1960 las universidades públicas autónomas establecieron programas para formar profesores e investigadores en centros de excelencia en el extranjero que se contrataban como profesores de tiempo completo. Se crearon institutos y centros de investigación para acoger el personal de tiempo completo y se crearon revistas para acoger sus publicaciones. También las universidades se convirtieron en las principales editoriales jurídicas del país. Hubo un desarrollo de la investigación jurídica sin precedente en Venezuela (Melich Orsini, 1976; Pérez Perdomo, 2015). Las universidades autónomas, gratuitas para los estudiantes, gozaban de un alto prestigio académico. La demanda estudiantil era mayor a su capacidad, por lo cual establecieron sistemas de admisión con un rigor variable. Por otra parte, la turbulencia política de estas universidades provocaba regularmente escenas de violencia y frecuentes suspensiones de clase. Esto hizo que las universidades privadas atrajeran también a un creciente número de estudiantes. El cuadro 1 muestra

la distribución de la población estudiantil de derecho en las últimas tres décadas del siglo XX.

Cuadro 1

Estudiantes de derecho en las universidades venezolanas 1970- 2001

Universidades	1970	%	2001	%
Autónomas	4.615	69	11.359	30
Privadas	2.104	31	25.910	70
Totales	6.719	100	37.269*	100

FUENTES: OPSU, *Boletín Estadístico* 1973 y OPSU, *Boletín Estadístico de Educación Superior* # 21, 2004.

Para 2001 la OPSU no disponía de la cifra de la Universidad Católica del Táchira, por lo cual se utilizó la contenida en Boletín Estadístico 20 (publicado en 2003) que corresponde a 2000: 370 estudiantes.

Observación: La cifra ofrecida por la OPSU como total es de 36.899 (21.627 mujeres) (pag. 55). La diferencia resulta de haber agregado 370 de la Universidad Católica del Táchira, que no entregó cifras para el informe de 2001.

El cuadro 1 fue posible por la información estadística que publicaba la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU) y corresponde al primer y último boletín publicado hasta ahora por dicha oficina. El cuadro muestra un desfase entre la voluntad de los planificadores de limitar el número de estudiantes de derecho manteniendo baja la oferta de estudios en el área y la demanda de estudios jurídicos. En 1980 el número de estudiantes en las universidades autónomas llegó a 13.266, el 70 por ciento del total (Boletín Estadístico OPSU, 8). A partir de ese año las universidades privadas colmaron el desfase y tuvieron un crecimiento significativo. El cuadro 1 muestra la inversión de las cifras: mientras en 1970 el 69 por ciento de los estudiantes de derecho estudiaban en universidades públicas autónomas, para final del período la proporción se había invertido y el 70 por ciento estudiaban derecho en universidades de gestión privada. Dos universidades privadas fueron las beneficiarias de la política básicamente admitiendo a todos los aspirantes. Es así como la Universidad Santa María contaba con 5.054 estudiantes, y la Gran Mariscal de Ayacucho, con 7.442 en 2001. Entre ambas contaban casi con la mitad de todos los estudiantes de derecho. Las universidades públicas

creadas en las décadas de 1960 y 1970, llamadas universidades experimentales por tener una estructura flexible no regulada por la Ley de Universidades y, en consecuencia, relativamente fácil de modificar, no ofrecían estudios jurídicos. Eran también universidades con menor autonomía y mayor control gubernamental.

En la segunda mitad de la década de 1980 y durante la de 1990 el gobierno flexibilizó su política y permitió la creación de escuelas de derecho en las universidades privadas algunas de muy creciente creación. Esto explica el crecimiento de la población estudiantil en derecho y, como veremos luego, del número de profesionales de derecho. Ahora podemos adelantar que la curiosa política de contención solo fue modestamente exitosa: en la década de 1970 se registró un promedio de 936 abogados por año, mientras que la de 1980 la cifra fue de 1.500. El cambio de política de la década de 1990 llevó ese promedio a 3.804 en esa década (Cálculos basados en información de INPREABOGADO).

El crecimiento de la población estudiantil en un número reducido de universidades tuvo otros efectos: el congestionamiento de las escuelas que mostraba el éxito de los estudios jurídicos atrayendo estudiantes. Desde el punto de vista de la oferta eran estudios que no requerían mayor inversión: bastaban salones de clase -con frecuencia atestados de estudiantes- con un profesor que explicaba mayormente asignaturas basadas en códigos. La disponibilidad de manuales, generalmente publicados por profesores de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello, eran suficientes para que un profesional con prestigio y buenas calificaciones, asumiera la tarea de dictar clases y corregir exámenes. No había incentivos para la innovación. Sin embargo, había voces críticas y acciones que mostraban una insatisfacción creciente.

Las voces críticas no eran nuevas. En las décadas de 1960 y 1970 hubo cinco reuniones de decanos y directores de escuelas de derecho de América Latina que veían la necesidad de clases más activas y análisis de casos que pudieran comunicar mejores habilidades para razonar jurídicamente y para resolver problemas. Enrique Pérez Olivares, decano de derecho de la Universidad Central de Venezuela, participó en esas reuniones y fue impulsor de esos cambios en Caracas. El problema no era solo latinoamericano. Damaska (1968) lo había observado para Europa comparando con los Estados Unidos: los educados con clases magistrales podían adquirir una idea de la estructura del derecho y un lenguaje, pero no estaban preparados para las tareas que exige el ejercicio profesional. Otro gran comparatista, Merryman (1973) llegó a conclusiones similares, tal vez más desfavorables. Mientras el

número de estudiantes era bajo, estos adquirían esas destrezas trabajando en los tribunales o con abogados acreditados, pero cuando aumentó el número las oportunidades de aprendizaje disminuyeron y la limitación de la educación tradicional se hizo patente.

En Venezuela Torres Arends (1997, 2002, 2004, 2006) comprobó estas observaciones analizando el razonamiento y la cultura jurídica de los estudiantes, especialmente los de la Universidad Central de Venezuela. Estos desarrollaban el razonamiento abstracto mientras los de Oxford, que estudió como grupo comparativo, desarrollaban la capacidad de resolver problemas. Tal vez más grave: comparando la cultura jurídica del primero y del último año, la educación formalista no lograba modificar las actitudes sobre el derecho.

Por otra parte, los graduados buscaron estudios de postgrado, primero en el extranjero y luego también en Venezuela en la medida en que se fueron estableciendo en el país a partir de la década de 1970. Los estudios de postgrado revelan una cierta insatisfacción con lo aprendido para obtener el título profesional. Los estudios en el extranjero fueron facilitados por programas de becas como los de Fundación Gran Mariscal de Ayacucho o programas de los propios países receptores de estudiantes. En la medida que avanzó el período que analizamos la preferencia se desplazó de Europa a los Estados Unidos, a pesar de la diferencia en la tradición jurídica y los métodos educativos.³ Esto que se veía como un obstáculo en la apreciación de Damaska (1968) parece más bien un atractivo, o en todo caso, no ha resultado en las graves tribulaciones se temía (Pérez Perdomo, 2019).

En todo el mundo, incluyendo América Latina, a partir de la década de 1990 han surgido escuelas de derecho muy conscientes del cambio de los tiempos (Garth & Schaffer, 2022; Pérez Perdomo, 2022). Preparan profesionales para que puedan trabajar con abogados y clientes de distintos países, incluso para que puedan adaptarse a trabajar en otros países. Para esto el acento ha estado en la transmisión de competencias y en la comprensión de distintas culturas jurídicas. La transmisión de información sobre el derecho nacional es todavía importante, pero el derecho comparado o el enfoque comparativo en el estudio de ramas tradicionales del derecho se ha hecho más importante. La estadía en universidades de otros países es acreditada en las universidades de origen. Temas como la negociación, los negocios internacionales, el derecho de la integración y las pasantías, incluyendo pasantías en el extranjero, tienen cabida estas escuelas renovadas. Es parte de la adaptación de la profesión a

3 Gilberto Guerrero Rocca ha avanzado un estudio en la materia, lamentablemente no publicado

los tiempos de globalización. Por supuesto, las maestrías y doctorados en el extranjero han adquirido nuevo vigor (Garth & Schaffer, 2022).

Venezuela no ha estado ausente en este movimiento. Varias escuelas de derecho han introducido el aprendizaje basado en problemas y el desarrollo de proyectos, incluyendo trabajos de grado. El derecho comparado o el enfoque comparativo en asignaturas tradicionales también se ha incorporado, pero estas innovaciones se han realizado generalmente en escuelas pequeñas y con escasos recursos. Tempranamente la Universidad Metropolitana convocó una reunión donde las escuelas de derecho innovadoras de América Latina presentaron los cambios realizados. Sin embargo, el país no ha ido en la dirección de aceptar la mayor integración a la economía mundial ni a los organismos de derechos humanos. La revolución ha ido en otro sentido.⁴

II. *La revolución y la educación jurídica*

En el siglo XXI Venezuela vivió un cambio político radical. Bajo el liderazgo y la presidencia de Hugo Chávez comenzó una revolución que se calificó a sí misma de socialismo del siglo XXI y anti-hegemónica. Multitud de empresas y propiedades tanto extranjeras como nacionales fueron estatizadas con frecuencia sin pagar la indemnización a la que obligaba el derecho venezolano y los tratados internacionales. Se forjaron estrechas alianzas con Cuba, Rusia, Irán, China, Turquía, y las relaciones con Estados Unidos y Europa se hicieron muy tensas.

El estado venezolano fue condenado en varias ocasiones por el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos hasta que en 2012-2013 el gobierno decidió retirarse de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Alta Comisionada de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han publicado informes severamente críticos de las acciones del gobierno (Capriles, 2021). Se realizaron varias purgas judiciales y, en definitiva, los jueces fueron estrechamente controlados.

Las universidades autónomas eligen sus propias autoridades y los estudiantes eligen órganos representativos y participan en la elección autoridades. Como los partidarios del gobierno fueron sistemáticamente derrotados

4 Pérez Perdomo (2018) analizó los planes de estudio de cinco escuelas de derecho en Venezuela y los cambios realizados en la educación jurídica en Venezuela hasta 2012. No se considera necesario repetir aquí el análisis. *Derecho y democracia 2 (Cuadernos Unimetanos, 2009)* publicó las ponencias presentadas en la reunión y Montoya (2009) realizó un análisis crítico de las experiencias presentadas.

en las elecciones universitarias la respuesta fue una drástica reducción del presupuesto de las universidades y apoyo presupuestario a las universidades experimentales. Las universidades privadas han sufrido sobre todo por la pobreza creciente del país y por la emigración de la población venezolana, especialmente aguda entre los jóvenes.

La educación jurídica comenzó a ofrecerse en 2003 en la universidad experimental Ezequiel Zamora y posteriormente en la Rómulo Gallegos, que existían desde finales del siglo XX, y en la Universidad Bolivariana de Venezuela que estaba recién creada en 2003. Estas universidades son controladas por el gobierno y la creación de los estudios jurídicos en estas universidades tuvo el expreso propósito de formar profesionales para que operaran dentro en una sociedad socialista que ellos mismos debían ayudar a construir. Como lo expresa el *Proyecto Curricular de la Universidad Experimental de los Llanos Occidentales Ezequiel Zamora (UNELLEZ)* de marzo de 2006, el propósito es formar abogados como líderes sociales conscientes de las necesidades colectivas y críticos de la realidad. “Formará abogados que verdaderamente trabajarán en armonía con la realidad social, dejando de lado los criterios netamente capitalistas...que persisten en casi todas las universidades a nivel mundial” (pag 7). La Universidad Bolivariana de Venezuela declara que su misión es “contribuir a cambiar los modos de pensar e impulsar el tercer motor (de la revolución) ‘Moral y Luces’. Formar no solo profesionales competentes, sino ciudadanos que trabajen con sentido de patria y humanidad” (www.ubv.edu.ve).

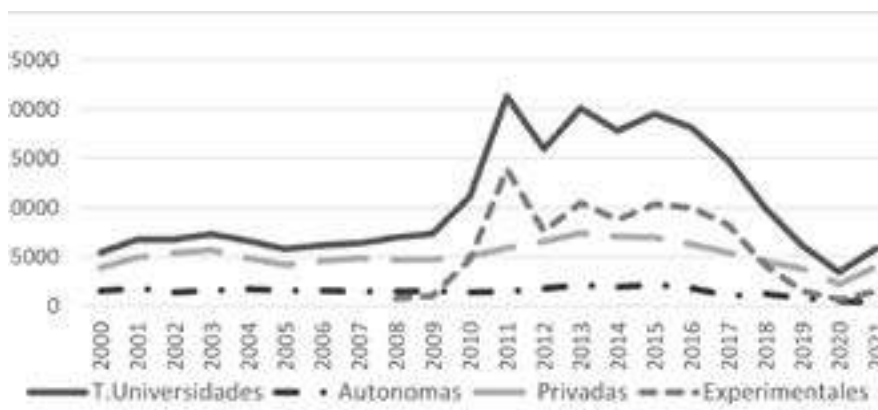
Si se mira a los planes de estudio la innovación es muy radical en la Universidad Bolivariana, en la cual desaparecieron las asignaturas tradicionales como derecho civil, derecho constitucional, derecho mercantil o derecho del trabajo por nombres que sugieren un tratamiento mucho más interdisciplinario con orientación socialista. Por ejemplo, se ofrece ‘sociedad, estado y constitución’; ‘complejidad jurídica, justicia y diversidad’; ‘sistema político y constitución’; ‘estado y resolución de conflictos’; ‘propiedad y derecho’; ‘delitos y excusión social’. Los estudiantes debían realizar cuatro proyectos sobre temas bastantes generales que indica la institución (Pérez Perdomo, 2018, para el plan de estudio completo). Las otras dos universidades experimentales tuvieron un plan de estudios más conservador.

Lamentablemente la OPSU dejó de publicar estadísticas universitarias y solo disponemos datos hasta 2001, lo que no nos permite conocer la cantidad de estudiantes de estas universidades.⁵ A partir de ese año solo disponemos los datos del registro de abogados que hace INPREABOGADO, un seguro colectivo en el cual deben inscribirse los abogados si desean ejercer profesionalmente. La información es recogida con indicación de la universidad en el cual el abogado se ha graduado. El registro es una medida imperfecta respecto al número de graduados, pues estos pueden demorar en registrarse o no registrarse en absoluto si no piensan trabajar como abogados o si emigran inmediatamente después de graduarse. Sin embargo, como la mayoría de los graduados se registra, da una idea aproximadamente de su número y de la contribución cuantitativa de cada universidad en la configuración de la profesión jurídica.

El gráfico 1 muestra la transformación del número de abogados que se han registrado entre 2000 y 2021. Como la duración de los estudios de derecho es usualmente de cinco años, el número de graduados que se registran ofrece una información vicaria del número de estudiantes y del aumento o disminución en el número de estudiantes en los cinco años anteriores.

Gráfico 1

Número de abogados inscritos en INPREABOGADO entre 2000 y 2021



FUENTE: Información suministrado por INPREABOGADO

5 Una visita a la sede de la OPSU en Caracas no arrojó ninguna información lo que hace suponer que la OPSU ha dejado de compilar la información que deben suministrar las universidades o desean mantener la información fuera del alcance del público.

El gráfico 1 muestra que la cifra de abogados que se registraban en INPREABOGADO tuvo un incremento suave entre 2000 y 2008: pasó de 5.469 en 2000 a 6.979 en 2008. Luego una subida abrupta hasta 2015 en que el número de abogados registrados superaron los 20.000. El número se mantuvo elevado hasta 2016 y luego ha tenido un descenso tan abrupto como la subida. El gráfico muestra también que las universidades experimentales han sido las principales responsables de las variaciones por lo cual se les dedicará el grueso del análisis.

En 2008 solo una universidad experimental, la Ezequiel Zamora, contribuyó con 779, una contribución del 11.2 por ciento del total. Los números se incrementaron luego muy rápidamente. En 2010 se registró la primera cohorte de graduados en la Universidad Bolivariana: 3.867. La Ezequiel Zamora contribuyó con 788 y se registró la primera cohorte de la Rómulo Gallegos: 61. El año de la mayor contribución de las universidades experimentales fue 2011: la Universidad Bolivariana contribuyó con 10.174 abogados; la Rómulo Gallegos con 2.870 y la Ezequiel Zamora con 872. En total, el 65.3 por ciento de los 21.303 de los abogados registrados ese año. En 2015 los abogados provenientes de las universidades experimentales totalizaron 10.368 en el registro de INPREABOGADO, el 53.1 por ciento de los matriculados. El número se mantuvo estable hasta 2016.

A partir de 2017 la caída fue precipitada. Lo abogados provenientes de las universidades experimentales cayeron a 1.541 en 2019, un 25 por ciento de los registrados ese año. El número de abogados provenientes de las otras universidades también ha bajado, pero menos drásticamente. Estas cifras implican que las escuelas de derecho de las universidades experimentales fueron muy atractivas desde su creación, especialmente entre 2004 y 2011, pero que luego ya son mucho menos atractivas. El atractivo de las escuelas de derecho en las universidades oficiales autónomas y en las privadas también ha decaído, pero la caída es más suave.

Cabe preguntarse las razones del auge y de la caída de los estudios jurídicos en las universidades experimentales, ambas drásticas y precipitadas. La razón para estos cambios no parece ser el prestigio académico. En Venezuela no hay estudios sobre el prestigio académicos y cuánto puede influir en la decisión de los estudiantes y sus familias en la escogencia de universidad, ni tampoco tenemos mediciones de prestigio académico relativo de las distintas escuelas de derecho. Las universidades y escuela de derecho son bastante diferentes entre sí, pero solo informalmente se habla de algunas ‘más serias’ que otras.

El sistema político y social del país apuntaría a una cierta excepcionalidad del caso venezolano. Clark (1999) haciendo un estudio comparado del número de abogados en distintos países mostró un incremento sustancial en los países capitalistas y número mucho más bajos en los socialistas. Venezuela optó por el socialismo en el siglo XXI al menos retóricamente (una parte de los analistas le niegan ese carácter). En todo caso, las políticas gubernamentales fueron claramente anti-empresariales y limitadora de la propiedad privada de los medios de producción. Pero puede haber una explicación específica para Venezuela. El enorme auge de los estudios jurídicos y, en general, universitarios, en los primeros años de la revolución en las universidades experimentales fue parte de la política educativa del gobierno de Chávez. Se crearon ‘misiones’ para facilitar el acceso a la alfabetización y la educación primaria y secundaria. En pocos años la persona podía obtener su título secundario y la Misión Sucre facilitaba su acceso a las universidades experimentales. Se esperaba que estas personas, adecuadamente formadas, podían ayudar a la implantación del socialismo, como expresamente lo expresaban las propias universidades. Se crearon las aldeas universitarias para llevar educación universitaria a localidades pequeñas donde no había tal nivel educativo. Fue una inversión muy sustancial en educación. Las críticas se dirigieron a la baja calidad de los servicios educativos provistos, a la ausencia de una política económica que permitiera absorber a la población educada y a los propósitos clientelares del esfuerzo (Mundó, 2009).

La Universidad Bolivariana y posteriormente también las otras universidades experimentales firmaron convenios con el Tribunal Supremo de Justicia y diversos organismos oficiales para garantizar empleo, incluso como jueces, a estos abogados. Esto contraría el texto mismo de la constitución que establece que la designación como juez requiere de un concurso de público de oposición abierto a todos los aspirantes (Constitución, art. 255). El enorme incremento de los graduados de secundaria, la proximidad geográfica y la oferta de becas y otras ventajas a los ‘triunfadores’ de la Misión Sucre seguramente influyeron en el extraordinario auge comentado. La explicación de la caída en el atractivo para ingresar en estas escuelas es más difícil de explicar, pero esto requiere que se analice la calidad de las escuelas de derecho y la relación entre la educación y la profesión.

III. Educación y profesión

Una profesión requiere que quienes la ejerzan tengan determinados conocimientos, manejen un lenguaje al menos parcialmente especializado, y tengan determinadas competencias y destrezas para poder desempeñar las funciones de los oficios atribuidos a esos profesionales. La educación

transmite valores y actitudes. Se espera de la educación jurídica que provea a quienes van a ser profesionales del derecho las competencias para interpretar los textos legislativos, jurisprudenciales y en general la literatura jurídica, expresar con claridad y precisión los argumentos legales y, sobre todo, que compartan los valores del estado de derecho y los derechos humanos.

En Venezuela, la Oficina de Planificación del Sector Universitario tiene la atribución de evaluar las universidades, pero nunca ha publicado nada al respecto. Tampoco ninguna institución ha asumido la tarea. Debe señalarse que no se trata de un asunto sencillo, requiere recursos y esfuerzos importantes, y puede ser considerablemente polémico. En los países que han desarrollado metodologías se toma en cuenta la relación entre la propuesta y los logros, los equipamientos y facilidades educativas, la calidad de los estudiantes que atrae, la dedicación de profesores y estudiantes, el éxito profesional de los graduados, y la formación y publicaciones de los profesores. También se estudia la opinión de la parte relevante de la comunidad respecto a las instituciones.

La calidad de la educación provista en materia jurídica por las universidades experimentales no ha sido evaluada. Por supuesto, es dudoso que los centenares de aldeas universitarias tengan los equipamientos para proveer una educación de calidad y que puedan disponer del personal altamente calificado requerido. Este es especialmente el caso de la Universidad Bolivariana con un plan de estudio novedoso e interdisciplinario que requeriría de personal altamente calificado que comenzara por preparar los materiales educativos indispensables para un nuevo tipo de educación. No parece que el proceso de preparación se haya desarrollado. No hay información sobre el elenco de los profesores y sus títulos académicos y en las revistas jurídicas que conocemos nadie se identifica como profesor en la Universidad Bolivariana de Venezuela, como tampoco de las otras universidades experimentales. Todo esto hace pensar que la educación ofrecida no es de alta calidad. Esto no obsta para que esta educación cumpla otras funciones como imbuir una ideología política o, como sugiere Mundó (2009), se creen redes clientelares, pero es dudoso que la educación jurídica en estas universidades comunique los valores del estado de derecho: el respeto de la legalidad y a los derechos humanos.

Pueden conjeturarse explicaciones a la abrupta caída en la población estudiantil y el número de graduados de las universidades experimentales que se han registrado en INPREABOGADO, pero no podemos ir más allá de conjeturas porque no disponemos de datos ni de estudios analíticos sino solo de informaciones informales. Se sabe que los estudios jurídicos se siguen ofreciendo en múltiples sedes y que probablemente el acceso geográfico no es la

causa de la caída. Una causa probable es la falta de empleo que puede deberse a dos motivos: el primero es que al pensar la carrera fundamentalmente para el ejercicio de cargos públicos, el número de estos cargos se haya agotado por la propia producción masiva de las universidades experimentales. El segundo, es la percepción del desfase entre lo aprendido o competencias adquiridas en la carrera de derecho y los requerimientos del oficio. Esto generalmente conduce a la renuncia o al despido. En este sentido conviene distinguir que la caída no se ha producido a la misma velocidad en todas las universidades experimentales.

La Universidad de los Llanos Centrales Rómulo Gallegos, con un currículo menos revolucionario que la Bolivariana, ha tenido una caída relativamente más suave: 2.826 abogados registrados en 2016 (su mejor registro) a 565 en 2019; mientras la Bolivariana pasó de 10.174 a 780 entre 2011 y 2019 (en 2016: 6553). Lamentablemente, no hay estudios sobre dónde están y cuáles son las actividades de los graduados que permitan siquiera fundar hipótesis para explicar esas variaciones.

Si la educación jurídica en las universidades experimentales comunica los valores del estado de derecho es mucho más difícil de apreciar si no se tienen los textos de estudio utilizados ni las publicaciones de los profesores.

El registro de los abogados graduados en las universidades autónomas y en las universidades privadas también ha caído en cifras absolutas como lo permite apreciar el gráfico 1. También pueden adelantarse conjeturas. Las universidades privadas tienen un costo que puede ser elevado en algunos casos. La pobreza creciente de la población venezolana es una explicación plausible en la caída de las inscripciones, a pesar que algunas universidades han implementado planes de becas y trabajo estudiantil (por ejemplo, Pérez Perdomo & Rodríguez de Mezoa, 2020). Los estudios universitarios en las universidades autónomas son gratuitos, pero la explicación de la pobreza puede también ser válida para ellas porque muchos jóvenes deben empezar a trabajar desde muy temprano para ayudar a sus familias. También es una explicación válida para todas las universidades la emigración de los venezolanos que es mayor en la franja etaria (20 a 30 años) en que la mayoría de los jóvenes acuden a la universidad.

El creciente autoritarismo y el completo descaecimiento del estado de derecho en el país puede hacer percibir los estudios jurídicos como inútiles. Las firmas de abogados de negocios han reducido su personal (Gómez & Pérez Perdomo, 2018, 2020) y la generalidad de los abogados se queja de una reducción de los ingresos profesionales. Un número de graduados han

emigrado.⁶ La entrevista informal con estudiantes que inician la carrera ha arrojado una respuesta optimista: confían en que el derecho vuelva a tener importancia en el país y están dispuestos a luchar con ese propósito. Por esto concluyo expresando mi aprecio por estos jóvenes y mi deseo de que sus expectativas se cumplan. Esto le da sentido a la tarea de aquellos profesores que insisten en comunicar los valores del estado de derecho en las circunstancias completamente adversas a éste que vivimos.

IV. Referencias

Abel, Richard, Ole Hammerslev, Ulrike Schultz y Hilary Sommerlad, eds. *Lawyers in the Twenty-First Century Societies*. Oxford: Hart, 2020.

Capriles, Victoria. “Derechos humanos en Venezuela entre las responsabilidades históricas, un presente conflictivo y la transición política.” En *Hoy Venezuela/Ensayos para entender un país complejo*, coordinado por L. Castillo Herrera. Caracas: UPEL. Instituto Pedagógico de Caracas, 2021.

Capriles, Victoria y Rogelio Pérez Perdomo. “Los abogados graduados en la Universidad Metropolitana de Caracas 2006-2016. Estudio de una cohorte profesional en tiempos de revolución.” *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 6, n.º 1 (2019): [Rango de páginas].

Clark, David S. “Comparing the Work and Organization of Lawyers World-Wide. The Persistence of Legal Traditions.” En *Lawyers’ Practices and Ideals: A Comparative View*, editado por J. Barceló III y R. Cramton, [Rango de páginas]. The Hague: Kluwer, 1999.

Damaska, Mirjan. “A Continental Lawyer in an American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment.” *University of Pennsylvania Law Review* 116, n.º 8 (1968): 1363-1405.

6 Solo conocemos un estudio sistemático realizado sobre la cohorte de abogados graduados en la Universidad Metropolitana entre 2006 y 2016 (Capriles & Pérez Perdomo, 2019): más de la mitad se encuentra fuera de Venezuela y para nuestra sorpresa cerca de la mitad de estos tienen empleos profesionalmente relacionados con el derecho. Aunque la proporción puede ser menor en otras universidades hemos encontrado a abogados venezolanos graduados en diferentes universidades en distintos oficios fuera de Venezuela.

Dezalay, Yves y Bryant G. Garth. *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: Chicago University Press, 2002.

Galanter, Marc. "More Lawyers Than People. The Global Multiplication of Legal Professionals." En *The Paradox of Professionalism. Lawyers and the Possibility of Justice*, editado por S. L. Cummings. New York: Cambridge University Press, 2011.

Garth, Bryant y Gregory Shaffer, eds. *The Globalization of Legal Education. A Critical Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2022.

Gómez, Manuel y Rogelio Pérez-Perdomo. "Big Law in Venezuela: From Globalization to Revolution." En *Big Law in Latin America and Spain. Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services*, editado por Manuel Gómez y Rogelio Pérez-Perdomo, [Rango de páginas]. London: Palgrave Macmillan, 2018.

———. "Venezuela: A Dispatch from the Abyss." En *Lawyers in the Twenty-First Century Societies*, editado por Richard Abel, Ole Hammerslev, Ulrike Schultz y Hilary Sommerlad. Oxford: Hart, 2020.

Gonzales Mantilla, Gorki, ed. *La educación legal como política pública en América Latina*. Lima: Palestra, 2018.

Heringa, A. W., S. Hardt, R. Salman y R. Ristawati, eds. *Legal Education in the 21st Century. Indonesian and International Perspectives*. The Hague: Eleven, 2022.

Melich Orsini, José. "La ciencia del derecho en el último siglo: Venezuela." En *Inchieste di diritto comparato: La science du droit au cours du dernier siècle*, editado por M. Rotondi. Padova: Cedam, 1976.

Merryman, John H. "Legal Education There and Here. A Comparison." *Stanford Law Review* 27 (1974): 859-99.

Montoya, Juny. "The Current State of Legal Education in Latin America. A Critical Appraisal." *Journal of Legal Education* 59 (2009).

Mundó, Mabel. "Las misiones educativas ¿política pública para la inclusión o estrategia para el clientelismo político?" *Cuaderno del CENDES* 26, n.º 71 (2009).

Pérez Perdomo, Rogelio. “El movimiento de derecho y desarrollo y los intentos de cambio en los estudios jurídicos.” En Homenaje a Jorge Avendaño, editado por J. de Belaúnde y otros, 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

———. Educación jurídica. Una historia cultural. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

———. “Las revistas jurídicas venezolanas en tiempo de revolución.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 142 (2015).

———. *Latin American Lawyers. A Historical Introduction*. Stanford: Stanford University Press, 2006.

———. “Lost in Translation? Latin American Lawyers-Students in American Law Schools. Transplants and Globalization.” *Oñati Socio Legal Series* 9, n.º 6 (2019).

Pérez Perdomo, Rogelio y María Rodríguez de Mezoa. *El samán y las tormentas. Historia de la Universidad Metropolitana 1970-2020*. Caracas: Universidad Metropolitana, 2020.

Romero, José Luis. *Latinoamérica: Las ciudades y las ideas*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1976.

Ruiz, A. E., K. Ravelo, A. L. Armand, N. Paredes, S. de Lorza, E. González y M. Magaldi. *Estudio exploratorio del profesional universitario en la carrera de derecho*. Caracas: CNU-OPUSU, 2002.

Torres Arends, Irene. “Cultura jurídica y estudiantes de derecho: una medición de cultura jurídica en Venezuela.” Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2002.

———. *Educación jurídica y razonamiento*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1997.

———. “¿Qué se enseña y qué se aprende cuando se estudia derecho?” *Extramuros* 20 (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2004).

———. “Educación jurídica y estudiantes de derecho en Venezuela.” En *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de globalización*, compilado por Rogelio Pérez Perdomo y J. Rodríguez Torres. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

El sentimiento moral en Adam Smith (1723-1790) y Jacques Maritain (1882-1973)

Julio Rodríguez Berrizbeitia¹

pp. 299-368

A Enrique Pérez Olivares que nos acercó a la sabiduría de Maritain

“¿Y qué pasa si simplemente todos estamos equivocados?”

¿Y si Nietzsche y Hegel nos han engañado y realmente existen unos valores morales?

¿Y si todo este tiempo hubiéramos debido estar hablando de ellos?”

Albert Camus

Sumario

I. Introducción | II. La existencia de un sentimiento moral en Smith y Maritain | III. La simpatía (sympathy) como elemento diferenciador | IV. La obligación moral | V. El Derecho y la Moral | VI. Dios en el sistema moral de Maritain y Smith | VII. Reflexiones finales | VIII. Bibliografía.

1 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. *Introducción*

El presente trabajo trata de poner sobre el tapete dos formas de concebir la moral en tiempos diferentes. Ello no impide contrastar sus ideas tratando de buscar esa sabiduría común en un esfuerzo intelectual que pretende dar explicaciones a uno de los temas centrales de nuestro existir: ¿Cómo debemos vivir?

Adam Smith y Maritain podrían compartir, curiosamente, un hecho común ya que ambos vivieron en Toulouse por cierto tiempo. Smith poco tiempo probablemente desde marzo de 1764 hasta el otoño de 1765².

Por su parte Maritain vivió en Toulouse a partir de 1961 y allí entre otras obras escribió *Le Paysan de la Garonne*. En ese libro se refiere usando sus propias palabras, a “un viejo laico que se interroga a propósito del tiempo presente”³.

Adam Smith pudiera ser conocido hoy como uno de los precursores del liberalismo económico y acérrimo defensor del mercado libre de interferencias del Estado. Pero fundamentalmente Smith se consideraba un filósofo,

2 La estadía de Smith en Toulouse con el joven duque de Buccleuch del cual era tutor ha sido ampliamente comentada en las biografías de Adam Smith como la de Ian Simpson Ross. Por ejemplo, señala: ¿Por qué Toulouse fue escogida como la residencia del tutor y del pupilo durante la mayor parte de su estadía en Francia? ... probablemente por las recomendaciones de su clima suave, la decorosa forma de vida provincial y la presencia de un Parlamento (Parlement) que era el segundo en importancia en Francia.

El biógrafo de Smith que comentamos menciona entre varios hechos que llamaron la atención de Smith el juicio a Jean Calas en Toulouse pocos años antes de la llegada de Smith. Dicho juicio por su evidente injusticia sacudió a toda Francia. Smith introduce las palabras de Calas previas a su ejecución en la última edición de *La Teoría de los Sentimientos Morales*. Ver la excelente biografía de Ian Simpson Ross: *The Life of Adam Smith*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1995, pp. 200 y ss. Edición Electrónica de Amazon Kindle.

Adicionalmente debemos señalar que es común para los biógrafos de Smith referirse a su breve estadía en Toulouse para señalar que muy probablemente ideas presentes en su obra más conocida *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* que empezaron a ser reflexionadas en la época de Glasgow recibieron mayor análisis en Toulouse. En tal sentido se señalan temas como: división del trabajo, fluctuaciones y tamaño de los mercados, sistemas agrícolas y comerciales, el rol del transporte y la lucha por la libertad económica. En tal sentido puede verse la Introducción a *La Riqueza de las Naciones* de Max Lerner en: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* by Adam Smith. The Modern Library, New York Random House, 1937, pp. VII y ss.

3 El libro que figuró durante semanas con las mejores ventas según L'Express es comentado en un profundo estudio por mi profesor de Toulouse René Mougel en *Le Payson de la Garonne genèse et lignes de fond*. Ver Review de Sciences Religieuses. Rene Mougel, 2007. <https://philpapers.org/rec>mouulp>.

de hecho, se refería a la *Teoría de los Sentimientos Morales* como su mejor obra. No ha sido fácil que su obra filosófica conviviera con la “económica” en el sentido de la difusión que esta última alcanzó. Tampoco era sencillo dejar algo absolutamente original, si cabe la palabra, dentro del renombre alcanzado por los grandes filósofos de la ilustración escocesa del siglo dieciocho: Hume, Hutcheson y Reid. Al respecto sirvámonos del siguiente comentario de Anthony Kenny para ilustrar lo que pretendemos significar:

Adam Smith se ganó su puesto en la historia de la economía, pero él ejerció la cátedra de lógica y filosofía moral en la Universidad de Glasgow y en 1759 publicó la *Teoría de los Sentimientos Morales*. En esta obra él insiste en el énfasis de Hume en el papel que “la simpatía” (sympathy) juega como elemento fundamental de los juicios morales presentando un análisis más complejo de la simpatía como tal y de su relación con la moralidad⁴.

No obstante, vemos que en recientes épocas el interés por la obra filosófica de Smith parece adquirir algún grado de importancia que no podemos pasar por alto. Roger Scruton en sus comentarios iniciales acerca de la *Filosofía Moderna* señala: “Cada momento un pensador del pasado es redescubierto como un gran filósofo y luego hace la transición de la historia de las ideas a la historia de la filosofía. Eso sucede recientemente con Adam Smith”⁵.

En efecto la obra de Smith ha sido objeto de consideraciones recientes con una visión mucho más amplia que la economía. Tal es el caso del estudio colectivo intitulado: *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*. Edited by Ryan Patrick Hanley⁶.

Lo que debemos señalar es el creciente interés por Smith no solo como economista sino como creador de un sistema ambicioso de la moral en el cual la jurisprudencia es vinculada y que tiene enormes repercusiones para el derecho y la manera (policy) en que el Estado maneja los asuntos de los ciudadanos. Independientemente de la importancia que su visión haya tenido en autores como Hayek existen temas morales (sentimientos) relativos a la forma en que una sociedad debe mostrarse sana para poder generar las normas de convivencia necesarias para poder hacer posible la convivencia de sus ciudadanos. Probablemente el tema es enormemente sensible para un

4 Kenny, Anthony. *Western Philosophy (A New History of)* Clarendon Press, Oxford, 2010, p. 566.

5 Scruton, Roger. *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1994, p. 14.

6 Ver *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Edited by Ryan Patrick Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.

país como el nuestro en las circunstancias actuales independientemente del sustrato teórico que los autores que consideramos expresan. En todo caso tal como lo expusieron Smith y Maritain no hay un tema –posiblemente pocos– en la filosofía que tenga más repercusiones prácticas sobre nuestras vidas que el moral.

Por otra parte, debemos mencionar que Maritain, en la obra que conocemos nunca se refirió a Smith tal como lo hizo de Bergson cuya obra moral es comentada por él. En tal sentido señala:

La obra de Bergson es muy significativa a este respecto, porque ha señalado un retorno a una concepción así, a un sistema de moralidad que presupone una metafísica y el compromiso del hombre en la estructura del universo, compromiso sin el cual la vida moral no tiene sentido. Empero este retorno bergsoniano era necesariamente incompleto porque la metafísica bergsoniana en sí misma era insuficiente y no tenía suficientemente en cuenta el instrumento esencial de la metafísica, esto es la razón⁷.

Maritain por su parte era un filósofo integral que logró concebir un sistema de filosofía moral capaz de encajar perfectamente en su modelo filosófico. Sus reflexiones morales son un capítulo más en una obra integral que ambicionó acercarse a la verdad. Tal como señalamos en *El Campesino de la Garona*:

Siguiendo la tradición clásica de Sócrates, para Maritain, una filosofía moral puede ser caracterizada como una ética cósmica realista. Si tratamos de desarrollar estos conceptos, vemos como el elemento cósmico nos refiere a la situación del hombre en el mundo; el elemento realista está fundado en realidades que podemos calificar como extramentales, que constituyen el objeto de la metafísica y de la filosofía de la naturaleza; y por último, la expresión ética hace básicamente referencia a una ética experimental y normativa⁸.

La filosofía moral de Smith ha sido calificada de “humeana” por su relación con uno de los filósofos más notables de la ilustración escocesa del siglo dieciocho. No obstante, tiene elementos propios como “el espectador

7 Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1966, p. 26.

En el análisis de este estudio hemos utilizado la versión en español recién mencionada del Círculo de Lectores que cuenta con la competente traducción de María Mercedes Bergadá. No obstante, la anterior versión ha sido comparada a los efectos de la precisión requerida con la versión original: *Neuf Leçons Sur Les Notions Premières de la Philosophie Morale* publicada por Pierre Téqui en París, 1965.

8 Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *El Campesino de la Garona. Breve Introducción al Pensamiento de Jacques Maritain*. Caracas, 2009, p. 69.

imparcial” que han continuado marcando camino en muchos filósofos morales que han tratado de descifrar el predominio de lo social, psicológico o normativo del concepto. Para algunos la *Teoría de los Sentimientos Morales* es una obra pionera en la psicología social. Pat Moloney comentando la obra de Smith que analizamos en este trabajo señala: “...en la Teoría de los Sentimientos Morales Smith deriva el orden político, la conformidad social, el progreso económico, y la conducta moral de la red de relaciones de simpatía (sympathetic) que vinculan a los individuos entre ellos”⁹. En todo caso el alcance parece más ambicioso que el de Hume para quien “la meta de toda especulación moral es enseñarnos nuestro deber, y mediante representaciones adecuadas de la fealdad del vicio y de la belleza de la virtud, engendrar en nosotros los hábitos correspondientes que nos lleven a rechazar el uno y abrazar la otra”¹⁰.

En el fondo el carácter de la obra de Smith está impregnada de la teoría de los sentimientos de Hume para quien si extinguimos estos la moral no existiría¹¹. Pero probablemente Smith va más allá al convertir al “sympathetic movement” de Hume en una teoría mucho más elaborada acerca de cómo nos relacionamos con los demás para criticarlos o admirarlos (también puede ser para premiarlos o sancionarlos)¹².

Pero si bien Hume no puede ser considerado como utilitarista a pesar de tener una gran influencia sobre la ética de esta naturaleza¹³. Su seguidor, en varios temas de filosofía moral, parece separarse del utilitarismo. En efecto

9 Smith, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Introduction by Pat Moloney. Barnes and Noble, New York, 2004, p. XIII.

10 Hume, David. *Investigación sobre los Principios de la Moral*. Filosofía, Alianza Editorial, Traducción, Prólogo y Notas de Carlos Mellizo, Madrid, 2006, p. 37.

11 Hume, David. *Ob. cit.*, p. 37.

12 El texto completo de Hume es el siguiente: “dondequiera que vayamos y cualesquiera que sean los objetos de nuestra reflexión o de nuestra conversación, todas las cosas nos ofrecen un panorama de felicidad o de miseria humana, y suscitan en nuestro corazón un movimiento simpático de placer o de disgusto”. Ver Hume, David, *ob. cit.*, p. 100.

13 Roger Scruton señala: “Aunque Hume no era utilitarista, él ofreció una declaración del principio de utilidad que hasta nuestros días ha ocupado un lugar preponderante en la ética de habla inglesa. Ver Scruton, Roger, *ob. cit.*, pp. 281 y ss. Parte de la argumentación de Scruton pudiera ejemplificarse con el siguiente texto de Hume: “Parece un hecho que la circunstancia de la utilidad es una fuente de alabanza y de aprobación; que es algo a lo que constantemente se apela en todas las decisiones relacionadas con el mérito y el desmérito de las acciones, que es la sola fuente de ese gran respeto que prestamos a la justicia, a la fidelidad, al honor, a la lealtad y a la castidad; que es inseparable de todas las demás virtudes sociales, tales como el humanitarismo, la generosidad, la caridad, la afabilidad, la indulgencia, la lástima y la moderación; y en una palabra, que es el fundamento principal de la moral que se refiere al género humano y a nuestro prójimo”. Ver Hume, David, *ob. cit.*, p. 112. Igualmente ver las siguientes páginas: 46, 51, 80, 88, 97, 115 y 159.

Smith trata, aunque sin ignorarlo totalmente de tomar distancia del utilitarismo. En tal sentido señala:

... El mismo ingenioso y agradable autor que primeramente explicaba por qué la utilidad satisface, se impresionó mucho con esta manera de ver las cosas como para resolver nuestra total aprobación de la virtud dentro de la percepción de estas especies de belleza que resulta de la apariencia de utilidad. Ningunas cualidades de la mente, señala, son aprobadas como virtuosas, pero ellas son útiles o agradables ya sea para la propia persona o para otros; y ninguna cualidad es desaprobada como viciosa, pero eso representa una tendencia contraria. La naturaleza, sin embargo, pareciera que ha ajustado alegremente nuestros sentimientos de aprobación o desaprobación, a la conveniencia tanto del individuo como de la sociedad, eso después del estricto examen que lo comprobó, yo creo que esto es un caso universal. Pero yo todavía afirmo, que no es la visión de esta utilidad o falta de utilidad (daño) la fuente principal de la aprobación o de la desaprobación. Estos sentimientos son, sin duda, mejorados y revividos por la percepción de belleza o deformidad que resulta de esa utilidad o falta de la misma (daños). Pero todavía yo digo, ellos son original y esencialmente diferentes de esta percepción¹⁴.

Smith fue no solo un hombre de su tiempo sino alguien capaz de relacionar dentro de un estudio de moral las potenciales ideas capaces de vincular la misma con el derecho y la forma de conducir a las sociedades en un aspecto poco considerado como el económico. Fue capaz de reivindicar el pragmatismo de Solon que predicaba no el mejor sistema legal sino el que los ciudadanos podrían soportar¹⁵. Pero a la vez era capaz de construir un sistema moral en el cual el hombre sabio y virtuoso es capaz de ceder sus intereses privados ante los públicos¹⁶. Lo anterior parece desvirtuar los simplismos con los cuales encasillamos en el pensamiento de hoy a los pensadores por sus productos finales sin indagar las líneas fundamentales de su desarrollo. Pudiera parecer que Smith con su teoría de la “mano invisible del mercado” predicaba sólo una forma de capitalismo incipiente en que la libertad económica era capaz de determinar los resultados independientemente de las consecuencias morales o sociales de los mismos. En realidad, la teoría moral de Smith predicaba el advenimiento de un hombre nuevo en el cual el autocontrol lo llevaba a ser capaz de actuar bajo las reglas de la perfecta prudencia, estricta justicia y benevolencia¹⁷. Su teoría moral recurre a un recurso psicológico como es la imaginación para ponerse en lugar del que sufre. Forma particular de asumir una

14 Smith, Adam, ob. cit. p. 221.

15 Smith, Adam, ob. cit. p. 279.

16 Smith, Adam, ob. cit. p. 282.

17 Smith, Adam, ob. cit. p. 284.

variante de solidaridad capaz de crear un vínculo social entre las personas¹⁸. No obstante, el esfuerzo central de Smith parece acabar su punto de madurez en el desarrollo de expresiones como piedad y pasión que son adecuadas para expresar nuestros sentimientos por los demás. En este sentido “simpatía” puede ser lo mismo pero expresa un sentimiento por los demás “sin pasión”¹⁹.

En otro orden de ideas su análisis de los “motivos” ha sido seguido por muchos filósofos de la mente y tiene un terreno fértil de desarrollo en las teorías acerca de la acción intencional²⁰. Pero Smith es un hombre de un pragmatismo particular como muchos de los pensadores de su época. ¿Qué más fácil de determinar qué acciones humanas son acertadas y cuáles no?²¹

Lo anterior, a diferencia en algunos aspectos de Hume, no le hace perder esa relación totalizante de la moral con Dios, la naturaleza y el derecho. Refiriéndose a los principios que gobiernan a la naturaleza humana señala: “... las reglas que ellos prescriben deben ser consideradas como las órdenes y leyes de la divinidad promulgadas por esos “vicegerentes” que la divinidad ha colocado entre nosotros”²².

En el fondo el sistema moral que Smith plantea y que extiende sus profundas raíces tanto a *The Wealth of Nations* como a sus *Lectures on Jurisprudence* están imbuidos por una filosofía moral que va más allá de la simple felicidad como fin último de nuestra estadia terrenal. En tal sentido señala:

La preocupación por nuestra propia felicidad nos recomienda la virtud de la prudencia; la preocupación por otras personas, las virtudes de la justicia y de la beneficencia –la primera impide que le hagamos daño a los demás la otra nos mueve a promover la felicidad²³.

18 Smith, Adam, ob. cit. p. 4.

19 Smith, Adam, ob. cit. p. 5.

20 Smith, Adam, ob. cit. p. 91. El texto se refiere a la admiración que sentimos por el benefactor de otra persona y se expresa así: “As we cannot indeed enter thoroughly into the gratitude of the person who receives the benefit, unless we beforehand approve of the motives of the benefactor, so, upon this account, the sense of merit seems to be a compounded sentiment, and to be made up of two distinct emotions; a direct sympathy with the gratitude of those who receive the benefit of his actions”. Ver Rodríguez Berrizbeitia, Julio, *Los Llamados Actos Intencionales en la Consideración del Filósofo de Hoy*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecni-Ciencia Libros, Caracas, 2017, pp. 17 ss.

21 Smith, Adam, ob. cit. p. 185.

22 Smith, Adam, ob. cit. p. 192.

23 Smith, Adam, ob. cit. p. 31. Las *Lectures on Jurisprudence* de Smith tienen una historia larga y muy bien documentada. Aparentemente los originales fueron mandados a destruir por Smith antes de su fallecimiento por no estar sujetos al grado de perfección deseado por él. Lo que conocemos son reportes tomados probablemente por algún

Las reflexiones anteriores de Smith desvirtúan de alguna manera esas creencias que muchos, con ideologías provenientes del marxismo, han difundido de los economistas para los cuales el ser humano es solo un productor y un consumidor de bienes.

Maritain fue un filósofo integral que logró poner en términos de su época todo un legado valioso de convivencia respetuosa entre la filosofía y la teología. Su ideal histórico de una “nueva cristiandad” nos sigue tocando el espíritu con temas como el pluralismo; la autonomía de lo temporal; la libertad de las personas; la unidad de los seres humanos; la necesidad de una comunidad fraterna y a defendernos de lo que él llamó “instintos de error”²⁴. A fin de cuentas, Maritain tanto en las *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral* (Neuf Lecons Sur les Notions Premières de la Philosophie Morale) como en el resto de su obra relacionada con la moral deja claro su orientación cósmica-realista siguiendo toda una tradición que empieza con los clásicos. En su análisis crítico de Bergson pone sobre la mesa los dos aspectos esenciales de *Le Deux Sources de la Morale et de la Religion* del autor comentado por él en lo relativo a la moral:

La presión que procede de las formaciones sociales y de la ley de temor al cual el individuo está sometido y la aspiración que viene del llamado de las almas superiores que comunican con el impulso del espíritu y penetran en el mundo, abierto al infinito, de la libertad y el amor, y trascienden los mecanismos psicológicos y los mecanismos sociales²⁵.

asistente a su Curso de “Jurisprudence or Notes from the Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms delivered in the University of Glaslow by Adam Smith Professor of Moral Philosophy”. De los cursos anteriores conocemos dos versiones: la primera data de las sesiones de 1762 a 1763 y fue descubierta después de la segunda por John M. Lothian en 1958; la segunda data de 1763 a 1764 y fue descubierta por el profesor Edwin Connan en 1895.

Una interesante historia introductoria sobre esta materia puede ser revisada en la edición realizada por R.L. Meek, D.D. Raphael y P.G. Stein. Ver Smith, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. Liberty Fund. Indianápolis, 1982, pp. 1 y ss.

24 En el *Humanismo Integral* Maritain señala: “Hemos tratado de inspirarnos en esta investigación, tanto en los principios generales de Santo Tomás de Aquino como, si así puede decirse, en su reacción personal ante los conflictos de la historia. ¿Acaso no luchó constantemente contra dos opuestos instintos de error? Por una parte, contra el instinto de inercia acumulativa de una escolástica retrasada, vinculada en la tradición cristiana a elementos accidentales y perecederos; por otra parte, contra un instinto de disociación desgastadora representada en su época por el movimiento averroísta, que dio más tarde sus frutos en el humanismo antropocéntrico de los tiempos modernos”. Ver Maritain, Jacques, *Humanismo Integral*, Biblioteca Palabra, Madrid 1999, p. 255.

25 Maritain, Jacques. *De Bergson a Santo Tomás de Aquino*. Traducción de Gilberte Moteau de Buedo, Club de Lectores, Buenos Aires, 1967.

Cuando quiere asumir el sistema moral que él piensa se acerca más a la verdad señala:

En definitiva, no hay orden particular alguno que constituya el orden propio de la moral. De otra parte, para Santo Tomás, el orden de la vida moral, es decir, de la razón en cuanto práctica, en cuanto conduce la actividad del ser humano al verdadero fin de ese ser, constituye en el seno del orden metafísico universal, un orden particular más, fundado sobre ese orden; y Dios que es el señor y el principio del orden universal y de la vida universal, y que, a tal título no tiene contrarios y a quien nada resiste, es también –Él, que es el principio del ser– el señor y principio de ese orden particular que es el orden moral, y de esa vida particular que es la vida moral, en la cual el hombre puede oponer su rechazo a la voluntad divina; y la razón, si es la regla de los actos humanos, es tal en la medida que participa de esa ley eterna que es la sabiduría creadora misma²⁶.

En este trabajo no pretendemos confrontar dos sistemas morales que se originan en épocas y concepciones filosóficas diferentes. El valor del análisis que pretende hablar de intuiciones comunes dentro de las diferencias pretende evidenciar la necesidad de la moral como elemento cohesionador de la sociedad y la falta de la misma como factor de disgregación y destrucción. Más que un esfuerzo filosófico-histórico se encamina –con la humildad que un intento de esta naturaleza requiere– a mostrar como dos filósofos de épocas distintas, notables por la grandeza de sus trabajos, se adentraron dentro de un tema crucial para el desarrollo de los tiempos que les tocó vivir. Probablemente en nuestra época debemos hacerlo en una Venezuela como la actual en la cual la revitalización de lo moral es exigencia básica de subsistencia social. Ciertamente los errores en la orientación vienen de maximizar el aspecto de “presión social” o imaginar que la misma es solución a todo e ignorar la dimensión “aspiracional” de la cual hablaba Bergson que en definitiva nos relaciona con lo trascendente.

El proceso de “revalorización moral” de una sociedad pasa por entender el fin último de acciones racionales y libres. Como mostrar la naturaleza y necesidad de la misma forma parte de ese proceso de regreso a lo esencial. Smith y Maritain lo trataron de hacer con la humildad del sabio que sabe que el camino de la perfección no está exento de errores²⁷.

26 Maritain, Jacques. *De Bergson a ...* ob. cit., p. 57.

27 Smith señalaba: “En todas las artes ingeniosas y liberales, en pintura, en poesía, en música, en elocuencia, en filosofía, el gran artista siempre siente la imperfección real de su propio trabajo y es más sensible que cualquier hombre cuando se queda corto en lograr ese ideal de perfección del cual él se hizo una idea”. Ver *Teoría de los Sentimientos Morales*, ob. cit., p. 295.

II. *La existencia de un sentimiento moral en Smith y Maritain*

No requerimos indagar mucho para constatar que la obra de Smith se construye al igual que Hume sobre los sentimientos morales. En el caso de Maritain, la razón, como a lo largo de toda una filosofía que se nutre de la savia de Santo Tomás de Aquino, sirve de pilar fundamental a su pensamiento moral. En sus *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral* señala:

Vemos al mismo tiempo que no hay intuición moral a la manera de un sexto sentido, ni sentimiento moral a la manera de una relación de la naturaleza, como lo creen algunos moralistas ingleses. Y vemos también que, por otra parte, es un contrasentido pretender, con la escuela positivista o sociologista reducir los valores a sentimientos subjetivos debidos a la impronta social y privados de todo contenido inteligible, de toda capacidad, de toda posibilidad de ser verdaderos o falsos²⁸.

Sin embargo, Maritain en su esbozo “de un análisis de las formas de la obligación moral” parece estar presente la idea nuclear de un “sentimiento”. Así se refiere al mismo:

Lo tomo como un hecho de la experiencia que aparece en todo análisis suficientemente correcto de la experiencia moral, ya se trate de las prohibiciones o de los preceptos positivos que están en juego en el comportamiento de los hombres; en ambos casos interesaría captar el sentimiento de la obligación moral en toda su extensión, en la medida en que, desde sus formas más inferiores hasta sus formas más elevadas, cubre toda la vida humana y todo el campo de la experiencia moral²⁹.

En Maritain es constante el análisis filosófico respetuoso de las fórmulas a través de las cuales podemos acceder al hecho y a la conciencia moral. Si

Maritain indicaba: “Por lo demás, yo no he soñado jamás con guiar a nadie, puesto que tengo bastante trabajo con guiarme a mí mismo, y ya es bastante hacer lo posible por decir la verdad tal como uno la ve”. Ver Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *El Campesino de la Garona*, ob. cit. p. 141.

28 Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*, ob. cit., p. 75. La crítica de Maritain se puede entender más claramente con el siguiente texto de Hume: “Pero después que cada circunstancia y cada relación son conocidas, el entendimiento no tiene ya más espacio en el que operar, ni ningún objeto en el que emplearse. La aprobación o la censura que entonces tiene lugar no pueden ser obra del juicio sino del corazón, y no consisten en una proposición o afirmación especulativa sino en un sentimiento activo”. Ver Hume, David. *Investigaciones sobre los principios de la Moral*, ob. cit., p. 187.

29 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 113 y 114.

partiéramos de un análisis exterior al hombre no podemos desdeñar lo que la historia de la cultura; la etnología y la sociología nos aportan. Desde el punto de vista interno del hombre puede usarse la introspección psicológica. La cual permite tomando datos primarios de la vida moral, como por ejemplo el arrepentimiento, dar explicaciones de lo que el filósofo moral quiere entender de la experiencia y conciencia moral. Para el filósofo francés el hecho moral es irreductible y original bajo ningún concepto puede confundirse con los hábitos y las obligaciones morales que lo parasitan. Si bien estos últimos ayudan, protegen y confortan a la vida moral pueden endurecerla y enmascararla³⁰.

En Maritain la conciencia se convierte en gran árbitro de nuestra actuación moral. Existe en él una manera particular de expresar el encuentro del hombre dotado de libertad frente a una realidad que a veces puede sentir que lo reduce a límites infranqueables.

Nadie mejor que el filósofo francés para expresarlo:

En la vida de cada día, cada vez que por motivos de conciencia –para tener una conciencia pura– abandonamos algo que realmente amamos, cada vez que nos elevamos por encima de todo lo que el mundo hace y piensa, a fin de tomar una decisión que juzgamos verdaderamente buena, la experiencia moral nos pone frente a una realidad que es esencialmente nuestra, que está enraizada en mi libertad personal, de tal suerte que toda persona exterior solamente tiene poder sobre mí en la medida en que yo quiero darle ese poder³¹.

Con toda razón en Maritain hay todo un esfuerzo por demostrar que no es la presión social ni los sentimientos colectivos los que explican

³⁰ Maritain, Jacques, ob. cit., p. 113.

³¹ Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 21 y 22. El punto de Maritain se desarrolla alrededor de sus críticas al sociologismo y de las contradicciones de su argumentación. En tal sentido señala: ...el sociologismo se destruye a sí mismo en cuanto que ninguna sociedad puede vivir sin una cierta base común de convicciones morales. Y el sociologismo explica que la validez absoluta de esas convicciones morales no es sino una imagen ilusoria, que refleja en la conciencia individual las estructuras y las necesidades históricas del grupo social. Cuando los miembros de las sociedades humanas hayan sido suficientemente ilustrados como para tomar conciencia de “estas verdades científicas”, en este momento se volverán conscientes de la total relatividad de la total falta de objetividad racional de toda convicción moral, de suerte que en ese momento una de las condiciones indispensables requeridas para a vida social se habrá desvanecido. Ver Maritain, Jacques, ob. cit., p. 22. La época actual ha reforzado el valor del relativismo como instrumento para permitir la discusión de temas alrededor de los cuales no hay acuerdo. En tal sentido señala Bernard Williams: “If we reflect on disagreements of a certain kind and come to the conclusion that they cannot be objectively settled, we may react by adopting some form of relativism. Relativism is not peculiar to ethics, it can be found in many places, even in the philosophy of science”. Ver Williams, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, pp. 156 y ss.

el sentimiento radical de la obligación moral. Para él el sentimiento moral existe y es precisamente ese hecho el que fascinantemente permite a la presión social y a los sentimientos colectivos “penetrar” en el campo interior de la moralidad. La afirmación es contundente frente a formas relativistas de juzgar a la moral como un simple producto social carente de la objetividad racional requerida por la convicción moral.

Para Smith su análisis del sentimiento moral va a requerir una validación más importante de lo social enraizado dentro de un espectador imparcial capaz de aprobar o no aprobar el contenido de nuestros sentimientos morales. Anthony Kenny lo resume en la siguiente forma:

El juicio moral, él insiste, es esencialmente una iniciativa (enterprise) social: la persona llevada a una isla desierta no puede pensar más acerca de su propio carácter; de lo adecuado o no de sus propios sentimientos y conducta, de la belleza o de la deformidad de su propia mente tanto como de la belleza o deformidad de su propia cara. Necesitamos el espejo de la sociedad para mostrarnos a nosotros mismos: no podemos hacer ningún juicio de nuestros propios sentimientos o motivos a menos que estemos a alguna distancia nosotros mismos de ellos.

De ahí:

Yo me divido como si fuera dos personas. La primera es el espectador, cuyos sentimientos con respecto a mi propia conducta yo me esfuerzo que entren dentro de mí, colocándome en su situación, y considerando como me parecen a mí, cuando se ven desde ese particular punto de vista. El segundo es el agente, la persona que propiamente llamo yo mismo, cuya conducta, bajo el carácter del espectador imparcial, yo trato de formarme una opinión³².

32 Kenny, Anthony. *Western Philosophy*, ob. cit., p. 567. La crítica fundamental de Bergson a Smith se fundamenta en su olvido del tema de la conciencia moral que parece una conciencia (moral) socializada que se verifica con los otros. Así señala Bergson: Que ce moi social voit le “spectateur impartial” d’ Adam Smith, qu’ il faille l’identifier avec la conscience morale, qu’ on se sente satisfait ou mecontent de soi selon qu’ il est bien ou mal impressionné, nous n’irons pas jusqu’ a le dire. Nous decuvrions aux sentiments moraux de sources plus profondes”.

Ver Bergson, Henry. *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion* (1932). Edición de las obras completas. Amazon Kindle, pos 100.

En realidad, no es que Smith niegue la influencia y la autoridad de la conciencia. En efecto en el Capítulo Tres de la parte Tercera de la *Theory of Moral Sentiments* señala: “Aunque la aprobación de la propia conciencia pueda escasear, en algunas ocasiones extraordinarias contiene la debilidad del hombre, aunque el testimonio del supuesto espectador imparcial que es el gran interno del corazón no pueda apoyarlo; sin embargo, la influencia y autoridad de estos principios es en todas las ocasiones muy grande”.

En realidad, para Smith es clave comparar los sentimientos nuestros con los de los demás procesos que se produce a través de la simpatía (simpathy) que en el mundo

Es evidente la figura del espectador imparcial en Smith que tanta importancia ha tenido para la filosofía moral de influencia anglosajona. En Smith el desdoblamiento de la conciencia como yo y como los otros tendría una influencia notable en la psicología del siglo veinte. De cualquier forma la búsqueda de un espectador imparcial pareciera en Smith corregir las debilidades de la propia conciencia. Pero es más que eso. La “novedosa” figura de Smith logra colocarse a través de un “cambio imaginario” en la posición de los otros, lo cual se logra a través de la simpatía. Ciertamente hablamos de un proceso mental que es momentáneo³³. En Smith existe todo un esfuerzo por leer “sentimientos morales” lo cual supone un alto grado de armonía y concordia entre los sentimientos de las personas en la sociedad³⁴.

Para Eric Schliesser todo sentimiento moral incluye tres características (1) cualquier deseo (aversión, alegría), (2) una idea de objeto social que provoca la pasión, (3) un sentido de nosotros mismos moviéndonos hacia arriba o hacia abajo en la estimación (interna) de un selecto grupo de observadores. Es la tercera característica, otros observando que hace posible que nuestras pasiones sociales sean capaces de convertirse en sentimientos morales. Cuando nuestras pasiones sociales incorporan los estándares del tipo correcto de observador ellas son propiamente morales. Smith califica a este tipo correcto de observador como el “espectador imparcial” (impartial spectator), cuyos sentimientos de simpatía son la precisa y distinta medida de la adecuación y corrección de nuestros sentimientos morales (TMS VII.ii.1.49)³⁵.

moderno puede ser equivalente a “empatía” y que tuvo gran importancia para la filosofía de los fenomenólogos como Santa Edith Stein.

Ver Smith, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*, ob. cit., p. 160.

Ver la tesis doctoral de Edith Stein en: *The collected works of Edith Stein*. Sister Teresa Benedicta of the Cross. Discalced Carmelite. Volumen Three On the Problem of Empathy Third Revised Edition. Traslated by Waltraut Stein. Washington, 1989. Edición Electrónica de Amazon Kindle.

Ver Reinach, Adolf. *Los Fundamentos a priori del Derecho Civil*. Traducción de Mariano Crespo. Editorial Comares, Granada, 2010, p. 106.

33 Smith, Adam, ob. cit., pp. 19 y 20.

34 Smith, Adam, ob. cit., p. 20.

35 Schliesser, Eric. *The Theory of Moral Sentiments en Adam Smith His Life, Thought, and Legacy* Edited by Ryan Patrick Hanley. Princeton, University Press. Princeton, New Jersey, 2016, pp. 38 y ss.

El estudio de Schliesser contiene una interesante visión con respecto al “espectador imparcial” en Smith y sus derivaciones a temas tan centrales como la “conciencia” planteada por Bergson y nuestra capacidad de desligarnos de lo social en el supuesto de que ello no sea lo más conveniente para nuestros “intereses” morales. Vemos como siempre se plantea a lo largo de la filosofía moral la dicotomía bergsoniana entre “presión” y “aspiración” tal como lo plantea Maritain.

Pero indagando más en las ideas de Smith acerca de los sentimientos morales vemos como estos aparecen relacionados desde el comienzo de la *Teoría de los Sentimientos Morales* (TMS) con el “juicio” del espectador imparcial del cual hemos hablado. Ya entendamos en el lenguaje de Smith a los “sentimientos” como: sentimientos, pasiones o sensaciones y a la moral como “moral socializada” para usar la frase de Maritain, lo cierto es que desde el principio la TMS nos relaciona los sentimientos morales con la “internalización de los valores y las expectativas de la comunidad” para usar la frase de Eric Schliesser. De cualquier manera para Smith se produce un proceso de coincidencia de emociones a nivel simpatético entre el actor (persona en análisis) y el espectador que es lo que determina que la “pasión” sea calificada como justa y adecuada. Tal como señalamos Smith en las primeras líneas TMS afirma:

Cuando las pasiones originales de la persona en cuestión están en perfecta armonía con las emociones simpatéticas del espectador, ellas necesariamente aparecen como justas y propias para este último, y deseables para sus objetos; y lo contrario, cuando lleva el caso a casa por el mismo, encuentra que ellas no coinciden con lo que él siente, ellas necesariamente aparecen injustas e impropias para él, e indeseables para las causas que las provocan. Aprobar las pasiones de otro, por lo tanto, como deseables para sus objetos, es la misma cosa que observar que nosotros enteramente simpatizamos con ellas; y no aprobarlas como tales, es la misma cosa que observar que nosotros no simpatizamos con ellas³⁶.

En realidad pareciera que la valoración de nuestros sentimientos morales depende de la aprobación o no que hagamos de ellos desde el punto de vista del espectador imparcial. Más adelante veremos que el tema es más complicado pero este puede ser un buen punto de vista, para al menos inicialmente, explicar algunas notas del pensamiento de Smith. Algunas líneas adelante Smith refuerza los señalamientos anteriores indicando: “Cada facultad en un hombre es la medida por la cual él juzga una facultad parecida en los demás”³⁷.

36 Smith, Adam, ob. cit., p. 13.

37 Smith, Adam, ob. cit., p. 16. Avanzando en la obra Smith señala: “Nosotros juzgamos lo correcto o no de los sentimientos de otra persona por su correspondencia o desacuerdo con los propios”. Ver Smith, Adam, ob. cit. p. 17.

Al final el esfuerzo se concentra en buscar una calificación social común a los sentimientos. En este sentido señala Smith: “We can never survey our own sentiments and motives, we can never form any judgements concerning them, unless we remove ourselves, as it were, from our own natural situation, and endeavor to view them as at certain distance from us...”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 137.

“Ahora bien ¿cómo se genera un concepto distinto al de la propia conciencia que pueda constituirse en “el gran juez y arbitro de nuestra conducta”³⁸.

Para llegar a responder la pregunta anterior probablemente debamos indagar, tal como lo hace Schliesser, en la génesis del concepto de espectador imparcial que aparece desde el comienzo de la Teoría Moral de Smith.

Hasta ahora tenemos unas notas particulares acerca de la “socialización de la moral”. Moral comparativa con lo que los demás piensan que es apropiado o no a pesar de los riesgos que supone reconocer que la moralidad es lo que los demás piensan que es. Smith se lo plantea considerando la propia existencia de un “espectador imparcial” en el supuesto de no haber estado sometido el sujeto a un proceso de socialización. Pensemos tomando el ejemplo de Smith de alguien que crece hasta la adultez en un lugar solitario no expuesto a “ninguna comunicación con su propia especie”. Esta persona de su hipotético ejemplo no ha estado expuesta “al espejo” que le permite valorar sus acciones con respecto a lo que los demás consideran de las mismas por la simple y clara razón de que no existen “los demás”. Smith piensa que si los introducimos en sociedad de inmediato aparece el espejo que él necesita. Al llevarlo a la sociedad sus pasiones generan nuevas pasiones y en esa circunstancia él podrá apreciar lo que los demás piensan de las mismas³⁹.

Al final de cuentas la gente nos quiere por lo bueno (útil a veces en Smith) que hacemos y nos detesta (inútil a veces en Smith) por lo malo que hacemos. Él lo señala sin lugar a dudas al indicar: “Que gran alegría es ser querido, y saber que merecemos ser queridos. Que gran miseria es ser odiado, y saber que merecemos ser odiados”⁴⁰.

Sería simplista en el análisis de un pensador profundo como Smith que en las seis ediciones (que vio en vida de su obra, la última en 1790) hizo razonadas correcciones por mejorar su teoría moral, no haya tenido presente los elementos de esa ética cósmico realista a la que se refiere Maritain. La lucha en el hombre entre lo natural (común a todos los seres vivientes) y lo racional (privilegio del hombre), entre lo social como soporte básico de una naturaleza humana creada por Dios para vivir en sociedad y el orden universal “que todo lo controla, nada puede resistir al gobierno de Dios como jefe del orden universal, mientras que en el orden moral podemos resistir la vol-

38 Smith, Adam, ob. cit., p. 272.

39 Smith, Adam, ob. cit., p. 138.

40 Smith, Adam, ob. cit., p. 140.

untad de Dios como jefe de ese orden particular, contrariar la voluntad divina expresada por la ley y los preceptos”⁴¹. Pero en Smith está presente –a pesar de que algunos piensen que sentimiento moral se confunde con conciencia– esa antinomia entre la conciencia socializada y la propia conciencia personal. Al final en Smith hay una profunda necesidad presente en el empirismo inglés por lograr una determinación objetiva constatable por la experiencia que permita explicar (a veces con criterios de utilidad como en Hume) porque para la sociedad hay conductas aceptables y reconocidas y otras inaceptables y rechazadas.

En tal sentido Smith pretende vencer al “autoengaño” que es la debilidad más grande de la humanidad y la fuente de la mitad de los desórdenes de la vida humana dando una solución a la forma en que debemos actuar no porque pensemos que eso es lo mejor sino más bien porque los demás lo creen así⁴².

Tal como señala Smith: “Nuestras continuas observaciones acerca de lo poco razonable de la conducta de otros nos lleva a formarnos ciertas reglas generales relativas a lo preciso y propio que debe hacerse o evitarse... Es así como se forman las reglas generales de la moralidad”⁴³.

De alguna manera en Smith está presente esa intuición natural que expresamos en el lenguaje ordinario de “ponte en el lugar del otro”. En todo el razonamiento de Smith que pretende diferenciarse de aquellos filósofos que se contentan con las ideas vagas e indeterminadas que los nombres de las cualidades sugieren (en el ejemplo de Smith nombres como humanidad y crueldad) hay una llamada permanente a los casos particulares⁴⁴.

41 Maritain, Jacques. *Filosofía Moral*, ob. cit., p. 95.

42 Smith señala: “This self deceit, this fatal weakness of mankind, is the source of half the disorders of human life. If we saw ourselves in the light in which others see us, or in which they would see us if they knew all, a reformation would generally be unavoidable. We could not otherwise endure the sight”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 184.

43 Smith, Adam, ob. cit., p. 184.

David Hume señala al respecto: “El único objeto de razonamiento será el descubrir las circunstancias que tanto en un lado como en otro son comunes a estas cualidades, observar el particular elemento en que todas las cualidades estimables coinciden, así como el elemento en el que coinciden las censurables, y, a partir de ahí, llegar hasta el fundamento de la ética y encontrar esos principios universales de los que en último término se deriva toda censura y aprobación. Como esto es una cuestión de hecho y no de ciencia abstracta, sólo podemos esperar tener éxito siguiendo el método experimental y deduciendo máximas generales mediante una comparación de casos particulares”. Ver Hume, David, ob. cit. p. 40.

44 La afirmación anterior se encuentra en la Parte Cuarta Capítulo Dos de la TMS. El título del Capítulo es: Of The Beauty Which The Apperance of Utility Bestows Upon The Character and Actions of Men; And How Far The Perception of this Beauty May

Al final del capítulo II de la Parte Cuarta de TMS Smith nos aporta con el ejemplo del hombre que vive fuera de la civilización una caracterización interesante de sus sentimientos. En tal sentido dice que sus acciones pueden ser calificadas por él como “agradables” o “desagradables” de acuerdo al grado de felicidad y de ventajas que produzcan (a más ventajas son agradables a menos desagradables).

La introducción del criterio de ventaja introduce un elemento de “utilidad” anunciado en el título del Capítulo. No obstante el hombre “aislado de la sociedad” puede percibir la “belleza” de haber actuado (aunque viva solo) con “prudencia”, “templanza” y “buena conducta”. Pero para Smith este es un tema de gusto (taste) que es definido por él como “una percepción débil y delicada” del tipo de percepciones que calificamos como gusto (taste). Nada más. Ella no genera el sentimiento de castigo o recompensa que generan los sentimientos calificados por el espectador imparcial. Así señala Smith:

Él no puede regocijarse de la noción de merecer un premio en un caso, ni temblar por la sospecha de un castigo en el otro. Todos esos sentimientos suponen la idea de otro ser, quien es el juez natural de la persona que siente esos sentimientos; y es solo por simpatía con las decisiones de ese árbitro de su conducta, que él puede concebir ya sea el triunfo de su propio aplauso o la condenación⁴⁵.

Pero ¿cómo explicamos que ese juicio de los demás sea siempre el adecuado para determinar nuestra forma de actuar moralmente? Más cuando sabemos que las sociedades han fallado a lo largo de la historia en recomendar o promover lo que debe ser una conducta moral adecuada. Smith no puede ignorar los hechos (pasados y actuales) que han “pervertido” la vida moral de las sociedades. Él mismo se pregunta acerca de la influencia de costumbres y modos sobre los sentimientos morales. El Capítulo Dos, Parte Quinta está lleno de ejemplos clarificadores de prácticas condenables como la esclavitud y el infanticidio⁴⁶. ¿Pero cuál es su respuesta? La misma no tiene la contundencia –al menos en esta parte de su obra– para poner en duda la objetividad del espectador imparcial. Evidentemente que no todas las sociedades cuentan con el desarrollo requerido en las sociedades más civilizadas. Al respecto Smith señala: “Entre las naciones civilizadas, las virtudes que se fundan sobre

Be Regarded As One Of The Original Principles of Aprobation”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 221.

45 Smith, Adam, ob. cit., p. 226.

46 En efecto Smith ejemplifica situaciones como la conducta licenciosa de Carlos II (p. 237); esclavitud (243); infanticidio no condenado en la antigua Grecia por Aristóteles y Platón (246 y 247), etc. Ver Smith, Adam, ob. cit., pp. 236 y ss.

la humanidad están más cultivadas que aquellas naciones que se fundan sobre la propia negación y control de las pasiones”⁴⁷. Smith no niega el rol de la educación, de las costumbres, de los modos de la forma en definitiva de ser propia de la diversidad humana. No obstante en las líneas finales del Capítulo *en comento* aboga porque las costumbres no perviertan nuestros sentimientos con respecto al estilo general y carácter de conducta y manera de actuar, en el mismo grado que nosotros consideramos lo correcto o antilegal de ciertos usos particulares. Nunca deberían existir esas costumbres mencionadas por Smith y que ponen en peligro la subsistencia de la sociedad⁴⁸.

Revisando la obra moral de Smith y tratando de explicar las contradicciones existentes entre lo social –no siempre acorde con lo moral– y la persona Eric Schliesser asoma los estándares morales para juzgar nuestra conducta propuestos por Smith⁴⁹. En realidad, Smith cuando habla de “autocontrol” (Of Self-Command) en la Parte Seis, Sección Tres de la TMS nos propone uno de los párrafos más atrayentes de su obra, producto de revisiones de la obra original, y que pone en contexto toda una forma de ver esa doble dimensión social y personal de la que somos parte cuando nos consideramos “seres morales”. El texto vale la pena ser considerado integralmente –con el permiso de mis amables lectores– porque pretende resolver un tema clave en la filosofía moral de Smith. Así señala el filósofo escocés:

Tomando en consideración nuestros propios méritos juzgando nuestro propio carácter y conducta, hay dos diferentes estándares con los cuales podemos compararlos. Una es la idea de exacta corrección y perfección en tanto cada uno de nosotros sea capaz de comprender esa idea. El otro es el grado de aproximación a esa idea que es comúnmente alcanzado en el mundo, y al cual la gran parte de nuestros amigos y compañeros, de nuestros rivales y competidores han llegado. Nosotros rara vez (estoy dispuesto a pensar que nunca) intentamos juzgarnos a nosotros mismos sin prestar más o menos atención a estos dos estándares. Pero la atención de diferentes hombres e igual la del mismo hombre en diferentes tiempos, es frecuentemente dividido de forma diferente entre ellos, y a veces es dirigido hacia uno y a veces hacia el otro.

Hasta tanto nuestra atención es dirigida hacia el primer estándar, los más sabios y mejores de nosotros, en su propio carácter y conducta, ven no otra cosa que debilidad e imperfección; pueden descubrir que no hay terreno para la arrogancia y la presunción pero sí para la humildad el lamento y el arrepentimiento. Si nuestra atención es dirigida hacia el segundo, nosotros nos podemos ver afectados ya sea en una vía o en la otra, y sentimos nosotros

47 Smith, Adam, ob. cit., p. 241.

48 Smith, Adam, ob. cit., p. 247.

49 Schliesser, Eric, ob. cit., pp. 41 y ss.

mismos ya realmente por encima del estándar con el cual nos comparamos nosotros mismos. El hombre sabio y virtuoso dirige su principal atención hacia el primer estándar la idea de la exacta corrección y perfección. Ahí existe en la mente de cada hombre una idea de esta clase, gradualmente formada de sus observaciones sobre el carácter de él mismo y de las otras personas. Es el trabajo lento, gradual y progresivo del gran “semidios” (demigod) dentro de nuestro corazón, el gran árbitro y juez de nuestra conducta⁵⁰.

El párrafo anterior parece un esfuerzo de Smith por equilibrar lo propiamente personal con lo social. Podríamos preguntarnos cuál es el rol de la conciencia en todo ello si se refiere a ella en el primer estándar. Para Bergson no existe en la moral de Smith y para Schliesser no es otra cosa que el “espectador imparcial”. Sin embargo, pareciera aparecer varias veces en la TMS con alguna fuerza que invita a pensar en el rol de la misma para Smith. Por ejemplo, en el papel que juega para reforzar a la justicia y permitir “la protección del débil, frenar el violento y castigar al culpable”⁵¹. No obstante la recurrencia permanente a nuestra comparación con los otros (que es la función del espectador imparcial) parece irrumpir con fuerza en la manera en que nos juzgamos a nosotros con referencia a los demás a pesar del texto señalado acerca de las expectativas que fue añadido según Schliesser en la sexta edición de la Teoría de los Sentimientos Morales⁵².

Smith es perfectamente consciente de la dualidad existente entre yo mismo como juez y juzgado. En tal sentido señala: “The second the person judged of. But that the judge should, in every respect, be the same with the person judged of, is as impossible as the cause should, in every respect, be the same with the effect”⁵³.

Más adelante parece referirse a la conciencia pero siempre referida a una satisfacción relativa a los “sentimientos de los otros”. La virtud no se dice que es amable con respecto a nuestro propio amor o gratitud sino con respecto a que excita los sentimientos de los demás. La “conciencia” de eso que produce en los demás es lo que nos satisface o nos atormenta. Seguimos con una forma de conciencia dependiente del observador imparcial que tenemos dentro de nosotros mismos. Pero que la conciencia juega algún rol, aunque sea limitado, a la hora de comparar nuestros propios intereses con los de los demás parece derivarse del interés de Smith en la Parte Tercera del Capítulo

50 Smith, Adam, ob. cit., p. 294.

51 Smith, Adam, ob. cit., p. 107.

52 Schliesser, Eric, ob. cit., p. 41.

53 Smith, Adam, ob. cit., p. 140.

Tercero cuando se refiere “a la influencia y autoridad de la conciencia”⁵⁴. Lo curioso es que Smith parece relativizar el tema mostrando la debilidad inherente al hombre. Por ejemplo, al final de la parte que comentamos señala: “La sensibilidad de algunos hombres, sin embargo, a algunos objetos que los afectan inmediatamente, es a veces tan fuerte que hace imposible cualquier autocontrol”⁵⁵.

En una carta a Elliot, citada por Ian Simpson Ross, Smith señala: “Para confirmar mi doctrina de que nuestros juicios relativos a nuestra conducta siempre hacen referencia a los sentimientos de otros seres, y para mostrar que, a pesar de esto, la magnanimidad real y las virtudes conscientes pueden soportarse bajo la desaprobación de toda la humanidad”⁵⁶. La última afirmación epistolar de Smith nos recuerda lo que sobre el rol del hombre frente a su medio social dijo Maritain:

Antígona no piensa en su felicidad cuando sabe que debe sepultar a su hermano y esa obligación moral exige ser obedecida aun a precio de la vida, si es preciso. Se impone por encima de la preocupación por la propia vida, de la preocupación por la propia felicidad. Implica una especie de libertad respecto del universo. Se impone a la conciencia sin consideración alguna por la vida o por la felicidad⁵⁷.

En la manera de usar Smith los sentimientos morales, parece necesaria diferenciarla de los naturales. La contraposición es importante por cuanto si regresáramos al hombre de la isla solitaria no expuesto a la sociedad hay evidentemente sentimientos naturales no sujetos a la corrección social⁵⁸. Maritain desde otra concepción moral parece hacer hincapié en los “recursos profundos del ser humano”. Así señala:

54 Smith, Adam, ob. cit., pp. 160 y ss.

55 Smith, Adam, ob. cit., p. 181.

56 Ross, Ian Simpson, *The Life of Adam Smith*, ob. cit., p. 184. El mismo Ross, con respecto al “espectador imparcial” de Smith señala: “El argumento de Smith de que el espectador imparcial creado por la imaginación puede alcanzar su objetividad que no es alcanzada por los espectadores reales ya que estos últimos se quedan cortos debido a su ignorancia y prejuicio”. La fuente de la argumentación, en esta materia pudiera encontrarse en la obra de Kames *Criminal Law essay in Historical Law-Tracts* (1758) Ver Ross, Ian Simpson, ob. cit., p. 184.

57 Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*, ob. cit., p. 117.

58 Smith, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*, ob. cit., p. 138.

Erick Schliesser nos aporta la siguiente diferenciación entre sentimientos morales y naturales: “En Smith hay una distinción entre los sentimientos no cultivados que los seres humanos naturalmente poseen que son sentimientos naturales y los sentimientos cultivados que los seres humanos adquieren de instituciones sociales locales o prácticas que los culturizan que son lo que llamamos sentimientos morales”. Ver Schliesser, Erick, ob. cit. p. 36.

En igualdad de todas las demás condiciones, los recursos profundos del ser humano están menos estropeados en aquel que aun viviendo mal conserva la generosidad natural, la bondad, la franqueza, que lo que lo están en el hipócrita o en el malo. Un grupo social, aun afectado por serias lacras morales, mantiene reservas humanas particularmente preciosas si conserva el sentido del honor y –si no la virtud– al menos el instinto, el sentimiento natural de la justicia⁵⁹.

Probablemente Smith se entrega, sin algunas reservas, al concepto desarrollado por él del espectador imparcial con todos los antecedentes que existen en otros autores de la ilustración escocesa. Poner todos los huevos en la misma cesta pese a reconocer, no con total convencimiento que existen otras cestas supone algunos riesgos. El mismo Smith lo reconoce al señalar: “la corrección de nuestros sentimientos morales nunca es más apta de ser corrompida que cuando el indulgente y parcial espectador se ocupa de ello, mientras el indiferente e imparcial está a gran distancia”⁶⁰.

El núcleo central de la idea del espectador imparcial pretende ubicarnos dentro de un campo moral menos minado por el subjetivismo propio de nuestras evaluaciones morales. Se pretende alejarnos de nosotros mismos proporcionándonos un “espejo” que permita vernos de acuerdo con los sentimientos sociales. Se produce un escrutinio de nosotros con los ojos de los demás. El desiderátum moral se convierte en una fórmula adecuada para hacer coincidir los sentimientos nuestros que influyen sobre nuestra conducta con los de un “espectador imparcial”⁶¹. No es la primera ni última vez que la filosofía recurrirá a un “otro” para definir nuestra forma de evaluar nuestras decisiones. El mismo Smith en la *Teoría de los Sentimientos Morales* empieza a anunciar a la “invisible mano” que determina cómo debe comportarse la distribución de los bienes en la sociedad⁶².

Pero tal como señalábamos en otra parte de este trabajo en Smith hay una pretensión de construir una teoría en la cual se desarrolla una relación –a veces compleja– entre acciones, intenciones, motivos y sentimientos. Así en un párrafo definitorio de su orientación señala:

El sentimiento o afecto del corazón, desde el cual toda acción procede, y sobre el cual la total virtud o vicio finalmente dependen, puede ser considerada bajo dos diferentes aspectos, o dos diferentes relaciones: primero, en relación

59 Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales...*, ob. cit., p. 145.

60 Smith, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*, ob. cit., p. 179.

61 Smith, Adam, ob. cit., pp. 224 y 225.

62 Smith, Adam, ob. cit., p. 217.

con la causa que lo provoca o el motivo que da ocasión a eso; y, segundo, en relación con el fin que se propone, o el efecto que el tiende a producir⁶³.

El señalamiento precedente de Smith se encuentra profundamente enraizado en la teoría humeana. En efecto los sentimientos provocan a la acción y determinan el carácter virtuoso o vicioso de la misma no por ella considerada aisladamente sino por su relación con la pasión que la produjo. En tal sentido para algunos autores como Finnis el error de Smith es confundir la moralidad de la acción con la de los sentimientos o pasiones. En segundo lugar, Smith parece introducir la variable casusa-efecto como una forma de ver el tema (aspecto) o apreciar la relación entre lo “provocante” y lo “provocado”. Aquí se patentiza (aunque no se refiera a intención sino a motivo) toda la construcción de Hume causal rechazada por Anscombe. En el tema relativo a fin o efecto (usa ambos) pareciera que ello podría perfectamente caber en la que Hume llamó “la utilidad de una tendencia a un cierto fin”⁶⁴. Pero para Smith los tiempos de sucesión de la acción son importantes. Después de producida somos capaces de hacer la misma revisión que el espectador imparcial:

Quando la acción termina, sin lugar a dudas, las pasiones que la produjeron decrecieron, en este momento podemos entrar más friamente en los sentimientos del espectador imparcial. Lo que antes nos interesaba es ahora indiferente como siempre lo ha sido para él y ahora podemos examinar nuestra propia conducta con su candor e imparcialidad⁶⁵.

Ciertamente que la continuidad o sucesión de las acciones no es un tema para Smith. Ello se produce por la “preeminencia” pasional en la generación de las mismas.

Al final Smith resume la interacción de la acción con las reglas generales validadas por los sentimientos concurrentes de la humanidad de la siguiente manera:

63 Smith, Adam, ob. cit., p. 15.

64 Roger Scruton señala sobre la teoría moral de Hume en este aspecto: “La moralidad que él justifica no está lejos de Kant; pero el piso sobre el cual la construye supone un completo rechazo de la idea kantiana de una motivación racional. Nosotros somos motivados, argumenta Hume, solo por nuestras emociones (pasiones); razonar, el cual puede definir el objeto de una pasión, no proporciona el motivo. Este debe venir de otra fuente. En consecuencia, si la moralidad tiene una fuerza motivante, deben ser las emociones morales, las que son el verdadero centro de la vida moral”. Ver Scruton, Roger. *Modern Philosophy*, ob. cit., p. 271. Ver Finnis, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 87. Ver Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *Los Llamados Actos Intencionales*, ob. cit., p. 16.

65 Smith, Adam, ob. cit., p. 183.

Cuando las reglas generales, ya lo creo, han sido formadas, cuando ellas han sido universalmente reconocidas y establecidas, por los sentimientos concurrentes de la humanidad, nosotros frecuentemente apelamos a ellos como los estándares de juicio, debatiendo lo relativo al grado de reconocimiento o culpa que es debido a ciertas acciones de dudosa y complicada naturaleza⁶⁶.

Lo anterior parece tener su reconocimiento total cuando se hace depender a la acción virtuosa de la propia aprobación⁶⁷. Creo que Maritain puntualiza de forma clara la acción como acto exterior cuando se refiere al mismo así:

El objeto del acto exterior, es una determinada cosa que será hecha, cierto acontecimiento que habrá de ser introducido en la existencia, ya sea en la existencia del mundo, ya sea en mi propia existencia; es una cosa o un acontecimiento que ha de ser producido por la voluntad humana. Semejante objeto es consonante o no con la regla de la libertad humana, con la razón⁶⁸.

Pero sería incompleto nuestro comentario a Maritain sin referirnos al acto interior en el cual predomina (primacía dice Maritain) la intención voluntaria. En tal sentido señala el filósofo francés: “Tenemos aquí la primacía de la intención “la especie moral de la acción humana (su valor) recibe su carácter formal (y el más importante) del fin a que se apunta (o de la intención); y su carácter material del objeto del acto exterior⁶⁹.”

III. *La simpatía (sympathy) como elemento diferenciador*

Tal como decía Hume: “En general, es cierto que dondequiera que vayamos y cualesquiera que sean los objetos de nuestra reflexión o de nuestra conversación, todas las cosas nos ofrecen un panorama de felicidad o de miseria humana, y suscitan en nuestro corazón un movimiento simpático (Sympathetic movement) de placer o de disgusto⁷⁰.”

Tal como señala Kenny:

Si bien para Hume la simpatía es fundamentalmente compartir placer o pena con otro, para Smith simpatía tiene un campo más amplio y surge por el compartir cualquier pasión. Así nuestra preocupación por la justicia

66 Smith, Adam, ob. cit., p. 185.

67 Smith, Adam, ob. cit., p. 185.

68 Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales...*, ob. cit., p. 53.

69 Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales...*, ob. cit., pp. 53 y 54. Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *Los Llamados Actos Intencionales*, ob. cit., pp. 125 y ss.

70 Hume, David. *Investigaciones sobre los Principios de la Moral*, ob. cit. p. 100.

la provoca la simpatía con el resentimiento o daño de la víctima. Nuestra aprobación de la benevolencia se produce por simpatía tanto con el autor (benefactor) de la generosidad como con la gratitud del beneficiario. Por causa del rol de la simpatía en la generación del juicio moral, el motivo de la acción cuenta más para nosotros que el resultado; en consecuencia, si bien la utilidad juega un rol de primera importancia en la economía no es el último criterio para la moralidad⁷¹.

Como señalan muchos de los comentaristas de la obra de Smith su teoría moral pretende distanciarse de las formas morales de asumir la vida en las cuales el egoísmo predomina. En tal sentido el distanciamiento con autores como Hobbes y Mandewille es notorio. Para Smith por más egoísta que podamos ser hay principios profundamente imbricados en la naturaleza humana que hacen que nos ocupemos de los demás o que nos afecten las alegrías y el dolor de los demás. No está distante nuestro filósofo escocés –aun en el análisis de las personas con bajos sentimientos como los peores rufianes– el sentimiento de simpatía por los demás. En este sentido su concepto del hombre es optimista y nos lleva a tratar de indagar en la fuente del mismo. No es distinto de otras pasiones humanas (pasiones originales) desde esta perspectiva la pasión de simpatía es un acompañante necesario del ser humano. Pero no tenemos por nuestros sentidos la capacidad de ponernos en el lugar de los demás. Se trata de experiencias tan personales que el pretender reproducirlas para “simpatizar” con ellos solo puede producirse mediante un proceso de imaginación. El gran recurso capaz de captar lo que no podemos mediante nuestras propias sensaciones gracias a la imaginación nos colocamos en la situación de los otros. Del que sufre o del que está alegre. En el fondo de la cuestión nos encontramos con lo que descubre de la siguiente forma: “así entrar en su particular concepción imaginativa de la simpatía, o lo que los estudiosos llaman hoy en día la teoría de la “simulación” de la simpatía” nos introduce en su forma de consentir esa relación con los otros⁷². Si los conceptos anteriores adelantados por el autor que comentamos dan pie a “reconceptualizar” la naturaleza de la simpatía o a construir una teoría metaética del juicio moral es otro tema⁷³.

71 Kenny, Anthony. *Western Philosophy*, ob. cit., p. 566.

72 Smith, Adam, ob. cit., p. 3. Los comentarios anteriores se producen en las primeras líneas de la *Theory of Moral Sentiments* donde probablemente el autor determina su punto de partida en la consideración moral.
Ver igualmente: Debes, Remy. *Adam Smith and the Sympathetic Imagination* en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, ob. cit., p. 194.

73 Debes, Remy, ob. cit., p. 194.

Lo cierto es que la simpatía con las pasiones de los demás logra determinar un punto común –no sin riesgos– de la manera en que nuestras pasiones determinan el “valor” de nuestro actuar desde el punto de vista moral (al final las pasiones son el objeto de nuestra conducta moral). Lo anterior no deja de crearle algunas dificultades al propio Smith, en efecto en la famosa “Endnotes” de la Parte Segunda, Sección I, Capítulo Quinto Smith se pregunta si la imaginación no nos lleva a excesos tales como tratar de a través de la imaginación reproducir (si vale la palabra que es nuestra) pasiones tan despreciables como la venganza. Al final luego de un largo análisis su construcción de hecho lo lleva a no negar algo tan común como el sentimiento de venganza. Lo trata de dirimir de forma institucional con la función “restauradora del castigo” pero al final hay algo tan natural en nosotros como preservarnos frente a los riesgos de la vida. La misma discrepancia se le presenta a la hora de tratar de extraer conclusiones válidas de acuerdo a lo que podemos sentir al aprobar los sentimientos de cualquier persona de acuerdo a su objeto. Ello es relativamente evidente –constatación de hecho– porque supone una correspondencia total entre esos sentimientos y los nuestros (en el fondo hay una armonía de emociones). La dificultad radica en que cuando alguien le hace un bien a otro podemos identificarnos con los sentimientos de ese sujeto bondadoso pero el que recibe el acto de generosidad puede ser que no agradezca (por decirlo de alguna manera) la acción noble realizada hacia él. En este caso no podemos identificarnos con el que no agradeció suficientemente el bien hecho hacia él⁷⁴. En el fondo no podemos juzgar a Smith como si partiera de un concepto solidario o afectuoso con el hombre. De hecho marca una diferenciación existente en él (igual otros como Hutcheson y Hume) de tesis morales de naturaleza egoísta. Pero le falta un elemento que es el “amor” como parte de la noción más amplia o correlativa en Maritain del bien. Así señala:

La noción del bien es una noción que surge de golpe desde un determinado ángulo de visión, para revelar una nueva faz del ser, un nuevo misterio inteligible consustancial al ser. Esta perspectiva en las profundidades del ser se descubre con el amor al cual ella se ofrece y por relación al cual se define: de suerte que una inteligencia que, por imposible, no tuviera la noción del amor, tampoco tendría la noción del bien. Son correlativos. Por eso los antiguos pudieron describir el bien como “aquello que todas las cosas desean”⁷⁵.

74 Smith, Adam, ob. cit., pp. 433 a 436.

75 Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales...* ob. cit., p. 40.

De alguna manera escoger la causa del actuar de otros para aproximarnos a ellos marca un esfuerzo complicado por tratar de dar explicación a una situación particular en la que los juegos derivados de la libre voluntad determinan experiencias difíciles de asumir por otros. En lo que de alguna forma Debes llama “Corrupting effects” de la imaginación. De cualquier forma, usar la “simpatía” como un elemento socializador pudiera tener un atractivo a la hora de determinar nuestra manera de ser frente a los demás. En el mundo de hoy algunos biólogos se referían a un parámetro heredado de nuestros ancestros que permite la sobrevivencia de la especie. Pero el tema asume una dimensión moral especial al condicionar nuestro proceder a formas que permitan preocuparnos por los demás. Al final se trata de determinar si un “mecanismo” como la “simpatía” puede ser capaz de preservar a la sociedad de las tendencias autodestructivas que la amenazan. El tema es enormemente actual y marca una necesidad de referencia inmediata a los medios adecuados para lograr los objetivos deseados. El mismo Smith señalaba que la “Sociedad, sin embargo, no puede subsistir entre aquellos que siempre están dispuestos a dañar e injuriar a los demás”⁷⁶. Nadie duda de la fuerza de la argumentación de Smith al tratar de mostrar los sentimientos comunes entre los seres humanos, independientemente del nombre que le demos a los mismos. De alguna manera se deduce la revisión “permanente en la filosofía” de la dependencia social del hombre. Su debilidad requiere el apoyo de los demás y el punto común, para Smith, parece ser la comunidad en las pasiones. El énfasis de Smith en descartar el propio interés (egoísmo) de su teoría moral parece marcar un punto de inflexión con respecto a otras teorías morales y a lo que muchos piensan de él como precursor de la economía liberal⁷⁷.

Una prueba del origen que Smith parece atribuir al concepto de simpatía se relaciona con su idea de que la misma es más fácil de identificar con el dolor de las personas que con la alegría⁷⁸. Lo anterior no nos lleva sino a una necesidad de clasificar “pasiones” y ponerlas en el estante de la clasificación que a veces no es totalmente exitosa.

De cualquier manera, cómo podemos rescatar el concepto si ello es posible. Al menos podemos dejar como punto a considerar la influencia que el juicio de los demás tiene sobre nosotros. ¿Es ello suficiente para construir un sistema moral que si no se nutre sobre raíces más profundas no puede subsistir? Bernard Williams ha puesto sobre el tapete el rol de la “empatía” a la hora de generar sentimientos en las dos vías de hacer el bien o no. A fin

76 Smith, Adam, ob. cit., p. 106.

77 Smith, Adam, ob. cit., p. 9.

78 Smith, Adam, ob. cit., p. 54.

de cuentas, la simpatía o empatía puede ser para lo correcto o lo incorrecto. Ello no determina que el esfuerzo de Smith no tenga como objeto preciso la pasión, la cual por sus “motivos” determina su calificación moral. La simpatía parece ser un poder que Smith anuncia como solución que la propia mente reconoce. Los límites de la misma en su teoría moral no parecen alcanzar las aspiraciones creadas pero generan un enorme interés desde el punto de vista de la psicología social⁷⁹. El tema central es cómo independizar la moral “personal” de las ataduras ontológicas para vincularla con una moral social que nos reduce a una expresión más de lo que la sociedad quiere que seamos (si bien en muchas oportunidades no logra alcanzarlo). Este es el dilema de la Ética Moderna tal como lo señala Lisa Herzog: “La Ética Moderna puede inspirarse en Smith en este tema: tomar tanto la sociabilidad humana y la posibilidad de emancipación del contexto inmediato de forma seria, nosotros podemos ir más allá del foco tradicional de la moral individual y preguntarnos nuevas cuestiones acerca de las prácticas sociales y las estructuras sociales”⁸⁰. El manejar a las pasiones (llamémosla simpáticas) parece ponernos en un terreno complicado debido al cambio de las mismas en las personas y en los tiempos. Ya hemos comentado algo con respecto al relativismo moral que parece ganar algún espacio en la mezcla de Smith por pasiones, empatía, sociabilidad, etc. Si la moral no se funda sobre una base más profunda pareciera que la historicidad social se impusiera sobre lo absoluto de un concepto como el propuesto por Maritain que es el de una ética cósmica realista.

En el fondo de la teoría de Smith hay un intento por fundar nuestros juicios acerca de los demás alrededor del concepto de simpatía. No es accidental que el libro de moral de Smith empiece con la “simpatía”. Tal como señala Ian Simpson Ross:

Smith is extending the meaning of sympathy beyond the concept of sharing someone’s feelings to that of an individual awareness that he is sharing another person feelings. This extension permits Smith to account for the different kinds of moral judgement: first the “propriety of an action that it is the right or wrong; and second, that praise or blame is to be attached to it. For the first kind of judgement, Smith theorizes about sympathy with the motive of an agent, or antipathy: I switch roles with someone and consider such and such a thing to be the right thing to do, or the wrong thing for the second kind of judgement, I imagine I share the feeling of someone acted upon, either those of gratitude or resentment, within leads me to consider on action praiseworthy or blameworthy the concept of the sympathetic imagination

79 Smith, Adam, ob. cit., p. 383.

80 Herzog, Lisa. *Adam Smith his Life Thought an Legacy*, ob. cit., p. 351.

was on attractive one to many of Smiths readers, on was part of development of the literature of sensibility of the time⁸¹.

En realidad el texto anterior tomado en el idioma del autor citado nos plantea un ambicioso proyecto ético que se desarrolla en una forma amplia de considerar el concepto de simpatía. En efecto ya no se trata de un mero compartir de sentimientos sino de tomar conciencia de ese compartir. Lo anterior da pie a la elaboración de dos diferentes juicios morales: uno determina la corrección o no de la acción; el otro la atribución al autor de una alabanza o crítica por su acción (es lo que los juristas llaman imputación). En el análisis de la estructura interna del juicio a que se refiere el autor hay dos situaciones distintas. En el primer juicio se teoriza sobre los motivos (ya nos hemos referido anteriormente a esto) del agente. De acuerdo a ello puedo mostrar simpatía o antipatía por esos motivos. Esta consideración “motivacional” me lleva a ponerme en el lugar del otro sin evidentemente serlo. En el segundo tipo de juicio me imagino que estoy compartiendo un sentimiento de agradecimiento o de resentimiento con otro lo cual me lleva a considerar su acción como digna o no. Ya vimos en la larga “Endnote” del Capítulo V, Sección I, Parte II de la *Teoría de los Sentimientos Morales* las dudas que un juicio así puede generar.

Probablemente Smith intuyó que la “simpatía” constituía una veta enormemente rica para explicar la sicología social. En el siglo veinte la fenomenología descubrió lo mismo como forma de entender cómo nos relacionamos con los demás. En la tesis doctoral de Santa Edith Stein que mencionamos en otra parte se señala:

Un amigo me dijo que había perdido a su hermano y yo comencé a preocuparme por su pena. ¿Qué clase de preocupación es esta? Yo no estoy preocupado aquí con ir a las manifestaciones de las cuales yo infero su pena. Probablemente su rostro está pálido y congestionado, su voz está acallada y tensa. Probablemente él expresa su pena en palabras. Naturalmente, estas cosas pueden ser investigadas, pero ellas no me preocupan aquí. Yo quisiera conocer, no cómo llegué yo a tener conciencia de esto, sino más bien qué es esto⁸².

Lo complicado del caso es tratar de derivar de un concepto como la simpatía la bisagra necesaria (usando la palabra de Hume al respecto) para construir un sistema moral. Un tema tan ligado a la sicología social no convierte a los actos en morales o no porque tengan o no la aprobación o

81 Ross, Ian Simpson, ob. cit., p. 164.

82 Stein, Edith, ob. cit. pos 479, 481 y 483.

desaprobación de los demás. Su verdadera esencia radica en razones más profundas difíciles de hacerse evidentes en muchas situaciones históricas⁸³.

Maritain cuando introduce “las inclinaciones enraizadas en la razón y los juicios de valor moral” (a través del ejemplo del hombre que paga a sus obreros el salario convenido lo cual es un hecho concreto percibido por los sentidos), expresa “el placer de la razón” frente a la conducta manifestada por el patrón. Como si fuera “irracional” no respetar los pactos y compromisos adquiridos. De lo anterior resulta que el compromiso de “dar a cada uno lo que es debido” si esa fuera la mejor manera de expresarlo no se deriva de una ley, al estilo kantiano, a priori. Se deriva de la propia esencia del ser humano que lo compromete con ese proceder. Maritain señala que “esta noción concreta” que puede permanecer implícita, inmersa, no aislada por sí misma envuelve dos cosas:

1) La percepción de que el hombre en cuestión (el patrón) al obrar como lo hace, trata a los demás como hombres...; 2) La percepción o el sentimiento de que en consecuencia semejante conducta está de acuerdo con algo verdadero que llevamos dentro de nosotros... Nada de todo esto se expresa conceptualmente, todo ello queda preconsciente y la noción de la razón de que hablamos, implícita, inmersa, inconsciente, encarnada en las imágenes e inseparable de la experiencia sensible, no funciona como el comienzo lógico de un desarrollo conceptual o de un razonamiento, sino que funciona como un modelo o patrón para las tendencias... Los juicios de valor, los juicios éticos tales como los encontramos en la conciencia común de la humanidad, no son fundamentalmente y por regla general juicios por modo de conocimiento, son primariamente y ante todo juicios por modo de inclinación⁸⁴.

Smith desarrolla una idea del sentimiento moral independiente del resto de los sentimientos dependientes de la percepción (para el sentimiento moral pudiera ser un poder particular de la percepción)⁸⁵. Más adelante aclara lo siguiente: “Este sentimiento, siendo de una naturaleza particular, distinto de los demás y siendo el efecto de un poder particular de percepción, ellos le dan un nombre particular, lo llaman sentido moral”⁸⁶.

Pero la clave de un pensamiento que produce sus propias dudas con respecto a las debilidades generadas por una característica de la psicología social (porque no como decía Anscombe de la filosofía de la psicología) como es la

83 Ian S. Ross realiza un completo estudio de las reacciones de la época frente a la Teoría Moral de Smith. Ross, Ian S., ob. cit. pp. 177 y ss.

84 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 67 a 69.

85 Smith, Adam, ob. cit., p. 318.

86 Smith, Adam, ob. cit., p. 383.

“simpatía” (sympathy) o empatía en el lenguaje de hoy es tratar de cerrar el círculo con una acumulación de conceptos que complementan o hacen más digerible su forma de ver la moralidad. Probablemente en este tema es clave el siguiente párrafo que en oportunidades nos acercó a extremos irreconciliables con la virtud aristotélica y el utilitarismo inglés. En todo caso dejemos las valoraciones para ustedes y señalemos lo dicho por Smith:

Cuando nosotros aprobamos cualquier carácter o acción, los sentimientos que sentimos son, de acuerdo con el sistema visto anteriormente. Primero, nosotros simpatizamos con los motivos del agente; segundo, nosotros entramos dentro de la gratitud de aquellos que reciben el beneficio de sus acciones; tercero, nosotros observamos que su conducta haya sido agradable a las reglas generales de acuerdo a las cuales esas dos simpatías generalmente actúan; y, finalmente, cuando consideramos esas acciones, como parte del sistema que promueve la felicidad ya sea del individuo y de la sociedad, ellas aparecen como hermosas de acuerdo a esa utilidad, no diferentes a esa que nosotros adscribimos a cualquier máquina controlada⁸⁷.

En este texto anterior parecen contenerse los elementos que determinan la teoría moral de Smith. En primer lugar aprobamos “carácter” o “acción”. El acercamiento anterior pudiera explicar algunas críticas a la moral de Smith que opta por calificar como morales o no los “motivos” y no las acciones (algunos hablan de confusión entre acciones y motivos). Lo cierto es que simpatizamos con los motivos del agente⁸⁸. A continuación, Smith habla de entrar –debe ser imaginariamente– en el sistema de gratitud del que recibe el beneficio. Por ejemplo, si me das una beca para estudiar yo debo estar agradecido lo cual no necesariamente sucede dada la naturaleza humana pero yo, el que observa imparcialmente, debo reconocer esa gratitud (lo anterior es considerado no del todo claramente por los Endnotes a la que ya hemos

87 Smith, Adam, ob. cit., p. 389.

88 Smith, Adam, ob. cit., p. 89. Si bien Smith no parece claramente diferenciar motivos de intención parece referirse a esta última cuando señala lo siguiente: “Sin importar que el reconocimiento o la culpa le corresponda a cualquier acción, debe pertenecer ya sea primero a la intención o afección del corazón, del cual produce; o segundo a la acción externa o al movimiento del cuerpo al que esta afección da ocasión; o últimamente a las buenas o malas consecuencias, que actualmente y de hecho proceden de él”. El párrafo anterior habla de la intención como algo interno y de la manifestación de la misma en una acción como acto externo. La concepción parece ser causalista en el sentido que la intención actúa como causa del acto externo o del movimiento el cuerpo. Pero no basta la acción debemos observar su resultado bueno o malo lo cual parece acercarnos a un cierto “consecuencialismo” para utilizar la frase de Gem Anscombe. La triada anterior de intención-acción-consecuencia constituye lo que Smith denomina las “circunstancias de la acción”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 115.

hecho referencia de la Parte II, Sección I, Capítulo Cinco de la *Theory of Moral sentiments*⁸⁹.

A continuación Smith nos habla de las reglas generales que rigen la manera en que la simpatía actúa (se refiere a la simpatía hacia el actor de la acción y a los motivos del agente) y a la simpatía con el que recibe el beneficio. Nos podemos preguntar cuál es la naturaleza de esas reglas. Sabemos que para Smith siguiendo a Hume las reglas se forman por experiencia⁹⁰.

En el siguiente párrafo Smith nos habla de un sistema de conducta que promueve tanto la felicidad del individuo como de la sociedad. Parece referirse al individuo que realiza la acción con el cual nos acerca al concepto de felicidad aristotélico y a la sociedad como tal. Lo anterior permite reflexionar acerca de la inconsistencia (o la llamada tal) desarrollada luego por Mills y analizada por filósofos morales como Sidgwick en función de la cual hay una inconsistencia entre el hedonismo psicológico (cada uno busca su propia felicidad) y el hedonismo ético (cada uno debe buscar la felicidad general)⁹¹.

En el último párrafo se refiere a lo anterior como “bello” (es una expresión más allá de lo meramente estético) por útil con lo cual el criterio de utilidad vuelve a recordarse tal como se hace abundantemente en la obra de Hume. Pero es en las últimas líneas del párrafo citado que se refiere a la máquina que controlamos (well contrived machine). Si bien la expresión ha sido abundantemente recogida (incluso hasta hoy en día en el análisis de la inteligencia artificial) parece que Mills nos quiere recordar o bien la exactitud del mundo newtoniano o el orden de una naturaleza que actúa sola y en este caso debemos aceptarla como tal⁹².

89 Smith, Adam, ob. cit., p. 436.

90 Al respecto Smith señala: “The general rules which determine what actions are, and what are not, the objects of each of these sentiments, can be formed no other way than by observing what actions actually and in fact excite them”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 185. En otro párrafo duda de la precisión de las reglas generales, al menos en materia de virtudes ya que las mismas son susceptibles de excepciones. Ver Smith, Adam, ob. cit., pp. 202 y 203.

91 Ver Kenny, Anthony, ob. cit. pp. 764 y ss.

92 Hume decía: “Concuerdia con las reglas de la filosofía, e incluso con la razón común, el que cuando se descubre que un principio tiene gran fuerza y energía en un caso, se le adscriba una energía semejante en todos los casos semejantes. Esta es, por cierto, la regla principal de la filosofía de Newton”. Ver Hume, David, ob. cit. p. 78. El propio Smith señala: “Los ancianos estoicos fueron de la opinión, que como el mundo es gobernado por todas las reglas de la providencia con la sabiduría, el poder y el bien de Dios, cada evento aislado debe ser considerado como haciendo parte del plan del universo y como tendiente a promover el orden general y la felicidad del todo...”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 41. En otra parte señala Smith: “El hombre, de acuerdo con los estoicos debe considerarse a sí mismo, no como algo separado y desligado, pero como

El interés de la filosofía moral de Smith hoy en día está muy relacionada con su teoría de la simpatía (empatía) como medio eficiente para establecer una conducta moral regular dentro de la sociedad. Como ya hemos mencionado el campo de la investigación de la filosofía de la psicología puede producir resultados más fructíferos que el de la teoría aplicada a lo “estrictamente ético”. Es más, el concepto –en su aplicación moral– ha estado sujeto a importantes discusiones en la filosofía moral reciente. En tal sentido es ilustrativo el comentario de Bernard Williams:

La operación del entendimiento simpatético, o como se llama ahora, empatía ha sido muy discutido en la historia de la filosofía moral, y varias consideraciones se han hecho con respecto a tal tema. Pero una cosa que debe ser verdad es que el perspicaz entendimiento de la sensibilidad de los demás poseída por la persona simpatética es poseída en casi la misma forma por la persona sádica o cruel; esta es una vía a través de la cual el cruel es distinguido del brutal o el indiferente. Pero la persona cruel es aquella que no tiene preferencias por ayudar (él no es cualquiera que tiene preferencia por ayudar pero encuentra que para él es más importante la preferencia por hacer sufrir). Pero él ciertamente conoce. Hare dice acerca de la conexión que él hace, que es una verdad conceptual en el sentido de conocer lo que un pensamiento moral exige. Pero el pensamiento moral exige no tener sentido del conocer (know) excepto conocimiento, y es verdad, no lo es conceptualmente, que cualquier conocimiento usado puede voltearse en contra de él. Yo he seguido estas cuestiones porque la operación de simpatía y la del “role reversal test” (que no son necesariamente la misma cosa) son importantes para el pensamiento; y además, de manera más inmediata, ellas está envueltas en la influyente interpretación del Agente del Mundo (World Agent) del utilitarismo. Este no es el único modelo del utilitarismo y otras versiones escapan de esta crítica particular⁹³.

Para Maritain el mundo moral nos habla de lo bueno es decir de la noción de valor pero

no es verdad que la simple atracción del valor baste para hacernos poner en vigor aquello a lo cual estamos obligados. Un análisis más profundo, donde se debe distinguir el orden de especificación y el orden de ejercicio, nos hace

ciudadano del mundo, miembro de la vasta comunidad de la naturaleza”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 165.

93 Williams, Bernard. *Ethics and The Limits of Philosophy*, ob. cit., pp. 91 y 92. El “rol reversal test” se refiere a que alguien piensa por sí mismo en la posición de otro e imagina, cómo uno se vería afectado si estuviera en la posición del otro. Ver Williams, Bernard, ob. cit., pp. 82 y 83. El “World Agent” tiene relación con el “Ideal Observer” y se refiere a un omnisciente, imparcial y benevolente observador –él puede ser llamado “Agente del Mundo” (World Observer)– que adquiere las preferencias de todo el mundo y las pone juntas. Ver Williams, Bernard, ob. cit., pp. 83 y ss.

percibir que la generosidad moral es hacer el bien, el vigor moral es rehusar el mal están implícitos en el dinamismo por el cual el hombre tiende hacia su bien moral; porque tan pronto como hay acción, ejercicio, el dinamismo de la finalidad entra en juego, y por consiguiente la consideración de los fines –consciente o inconsciente, pues puede estar en gran parte sepultada en el inconsciente vital del hombre– y con la consideración de los fines la consideración del fin supremo. Fue la ilusión de Kant creer que el valor basta por sí sólo como motivo de la acción moral⁹⁴.

El texto anterior de Maritain pretende descifrar el misterio de la acción humana tendiente al bien. Pero no se trata de una acción carente de libertad y sometida al rigor de la ley expresada en un valor. Todo lo contrario, logra unir en un solo acto los conceptos de esencia y de existencia para permitirnos a fin de cuentas perseguir el “fin” de todos los fines o fin supremo⁹⁵.

IV. *La obligación moral*

Estudiar este tema comparando a los autores escogidos para este estudio es una labor que no deja de tener algún grado de dificultad. John Finnis en su *Ley Natural y Derechos Naturales* nos aporta un elemento útil para nuestra consideración, probablemente ello ayude a poner sobre el tapete las dos consideraciones morales en análisis. En efecto para Finnis tratando el “espinoso” tema de la relación entre el derecho y la moral señala: “El término moral, no

94 Maritain, Jacques, ob. cit. pp. 117 y 118.

95 Para Maritain lo que constituye al hombre como bueno hablando no ya relativamente sino en absoluto... “Es la acción en cuanto que emana de la libertad, la acción buena lo que constituye al hombre como bueno absolutamente hablando, la acción que es la suprema actualización del ser”. Ver Maritain, Jacques, ob. cit., p. 45. Para Maritain el bien moral tiene dos implicaciones:

1) la primera implicación es la de valor (en la línea moral). Se trata entonces del bien moral en la perspectiva de la causalidad formal, el bien como significando la cualidad intrínsecamente buena de un acto humano;

2) la otra implicación de la noción de Bien moral es la de fin (en la línea moral). Entonces el bien es considerado en la perspectiva de la causalidad final; se trata del bien al que el hombre tiende, y que toma como fin en su actividad moral; del bien con miras al cual se desencadena su actividad como agente libre... estas dos nociones de valor y de fin se refieren esencialmente a dos órdenes cuya distinción es clásica en filosofía: el orden de especificación y el orden de ejercicio. En el primer caso –orden de especificación– tenemos el valor; aun si se trata de fines, desde que son considerados en la perspectiva de la causalidad formal, son considerados como valores (causalidad formal, orden de especificación, valor son cosas que van juntas). En el segundo caso –orden de ejercicio– tenemos la finalidad, el bien como fin: aun si se trata de valores, desde que se les considera en la perspectiva del ejercicio, son considerados como fines (causalidad final, orden de ejercicio, bien como fin son cosas que van juntas)”. Ver Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 43 y 44. Maritain señala que con el valor estamos en el orden de la esencia con la finalidad en el de la existencia. Ver Maritain, Jacques, ob. cit. p. 104.

obstante tiene una connotación algo incierta. De modo que es preferible formular nuestra conclusión en términos de la razonabilidad práctica⁹⁶.

Pero Maritain asume el tema de la obligación moral desde un análisis que primero se refiere a sus elementos a saber: libertad de obrar; exclusión de toda coerción física externa o interna y una especie especial de coerción que es la que el intelecto ejerce sobre el libre arbitrio. Recordemos que en Hume no es el intelecto el que mueve el acto acorde con la moral sino la pasión. Recordemos su famosa afirmación: “La pasión, guía nuestros fines y la razón solo ayuda a explicarnos cómo acabarlos”⁹⁷.

La detallada explicación de Maritain pone la decisión (voluntad) del actor en dos planos:

uno especulativo práctico (visión abstracta y universal del valor moral) el acto es visto en su esencia moral pura y nuda: es un mal; no puedo quererlo. De ahí el sentimiento de obligación, el sentimiento de estar ligado en conciencia. En el plano práctico-práctico (visión concreta y enteramente individualizada de la acción a realizar), aun conociendo la cosa en cuestión como moralmente mala, yo la veo como buena (metafísicamente buena) bajo otros aspectos y así puedo quererla como buena. Pero aún en este plano, cuando elijo lo que conozco como moralmente malo, mi querer natural de ser bueno se encuentra contradicho: no puedo hacer este acto sin ser malo, y no puedo querer ser malo. Imposible por tanto escapar a la presión de la obligación moral, como no sea cesando libremente de ver en el instante mismo de la elección práctica... La visión en cuestión es la de un juicio especulativo práctico, en que el acto es considerado solamente en su esencia moral, si bien en mi juicio práctico-práctico mi querer de un bien (metafísico) que es moralmente malo puede sobreponerse a mi querer no ser malo. Pero entonces, para hacerlo debo apartar mi mirada, sabiendo perfectamente que el acto es malo (advertencia), pero no prestando atención a este conocimiento, “no considerando la regla” en el momento de la acción⁹⁸.

El párrafo anterior de Maritain expresa su profundidad filosófica y da respuesta a críticas como la de Hume que el conocimiento no es suficiente para dirigir moralmente nuestra acción. Maritain muestra que a fin de cuentas su juicio práctico-práctico es decisivo. Finnis llega a una solución fundada en la razonabilidad práctica pero evadiendo el tema del conocimiento que

96 Finnis, John, ob. cit., p. 48.

97 Tal como señala Teichman: “Para Hume la razón es necesariamente impotente tanto para producir como para justificar las acciones humanas”. Teichman, Robert. *The Philosophy of Elizabeth Anscombe*, Oxford University Press, edición Kindle, p. 85.

98 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 190 a 192.

Maritain incluye en su fórmula. No es accidental que el filósofo francés piense que “la obligación moral se resuelve en lo ontológico”. Ella no es el “tú debes” puro y a priori de la ética kantiana, la forma vacía del deber que se impone por sí misma y sin razón, como un mandamiento bajado del Sinaí de la razón pura práctica sobre el yo empírico y fenomenal. Era esta una magnificación ilusoria de la obligación moral, que transformaba el temor del Señor en términos de pura filosofía⁹⁹. Pero para Maritain no se trata de una mera concepción “legalista” de la moral como la de Kant. Con Pascal señala: “La razón nos ordena mucho más imperiosamente que un amo, pues si desobedeciendo a aquel somos infelices, desobedeciendo a esta somos necios”¹⁰⁰.

Maritain trata de no perder lo que para él es la esencia de la obligación moral al señalar que la misma

es la forma de la razón que se impone como la regla (regla piloto) inmediata de nuestros actos, por el hecho mismo de que, siendo hombres, tenemos que obrar como hombres y la razón está naturalmente hecha para medir nuestras acciones. La primera expresión de la obligación moral es el primer principio “el bien ha de hacerse, el mal ha de evitarse”, pero bajo la forma de un precepto, el precepto fundamental: “haz el bien y evita el mal”...¹⁰¹.

Nadie duda que el tema de la obligación sigue teniendo un valor a la hora de generar una forma de actuar que la mayoría de las personas supone que es moral. El que pensemos que lo hacemos por miedo a la sanción terrena o supraterrrenal; porque así lo exige la vida social; por costumbre; por

99 Maritain, Jacques, ob. cit., p. 197.

100 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 198. Gem Anscombe en su famoso ensayo de 1958 *Modern Moral Philosophy* criticó a las concepciones legalistas de la ética. Dentro de su crítica se refería a la obligación moral, en tal sentido señalaba: “El deseo de hablar de obligación permanece. Es como si la noción de criminal permaneciera cuando el derecho criminal y las cortes hayan sido olvidadas o abolidas”. Ver Teichman, Roger, ob. cit., p. 107.

101 Maritain, Jacques, ob. cit., p. 190. El tema de “El Modo Propio de la Filosofía Moral” está presente en el pensamiento de Maritain en obras como *Los Grados del Saber*. En ella cita un texto importante de Juan de Santo Tomás acerca de la naturaleza del conocimiento moral: “La ciencia moral puede considerarse de dos modos: primero, incluida en ella la prudencia; segundo excluida, ocupándose sólo de conocer las virtudes definiendo, dividiendo, etc., es especulativa, como en la Teología, en la *Prima Secundae* de la *Suma*. No usa entonces principios prácticos ni procede prácticamente, ponderando lo que la pueda mover e inclinar afectivamente, sino precisamente principios especulativos, en cuanto conocen la naturaleza de las virtudes y de la prudencia en la razón de la verdad, como se puede ver en los libros de la *Ética* y en toda la *Prima Secundae*; y así se explica cómo alguien puede ser insigne filósofo ético y teólogo, y a la vez, un imprudente, un pecador. Ver Maritain, Jacques, *Los Grados del Saber*, Club de Lectores, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 726.

temor a nuestra conciencia, etc., puede no responder a la pregunta que nos hacemos los seres humanos acerca de lo que es bueno para nosotros. Lo anterior se traduce en la pregunta Socrática de cómo uno debe vivir. En el caso de Smith podríamos preguntarnos cuál es la conexión entre los sentimientos y la obligación. Su punto de partida es atractivo no porque sus raíces sean profundas sino más bien porque pretende aportar una fórmula sencilla para explicar la conducta moral pero más allá de ello para aportar una fórmula de socialización (no sabemos si es del todo ontológicamente moral) que pudiera ser alcanzada por una sociedad. En ello están presentes las costumbres, la familia, las instituciones (una clave son las religiosas) etc. No es que Smith piense que todo lo que los demás aprueben o reprobren de acuerdo con las reglas sea el determinante de la moralidad. Si eso fuera así no hubiera desarrollado una teoría de las virtudes que algunos han considerado como pilar fundamental tanto de su pensamiento jurídico (él lo llamaba jurisprudencia) como de su pensamiento económico¹⁰². Lamentablemente por la naturaleza de este trabajo no podemos explorar el tema de las “virtudes” en Smith pero el mismo debería ser objeto de detallados estudios ya que constituye en nuestra manera de ver su obra el hilo conductor de *Lectures on Jurisprudence*, *Theory of Moral Sentiments* y *The Wealth of Nations*¹⁰³. Maritain estaba perfectamente claro con respecto a las críticas que podían hacerse a cualquier filosofía de orden normativo. Así señala:

La tragedia del pensamiento moderno a este respecto ha sido la confusión que se estableció entre toda moral de carácter normativo –digamos mejor de carácter “práctico” (que aspira a dirigir los actos humanos y justifica la prescripción de reglas que se imponen de una manera incondicionada)– y ese tipo extremadamente particular de la filosofía moral que es la moral normativa kantiana. Por el hecho de rechazar la moral kantiana, se han visto llevados a rechazar toda moral de carácter normativo, toda moral que atribuya o reconozca a los valores de conducta una significación absoluta, es decir en realidad toda filosofía propiamente moral o práctica¹⁰⁴.

102 Ver el interesante trabajo de Leonidas Montes *Adam Smith: Self Interest and the Virtues*. En dicha obra el profesor Montes señala: “...the emerging virtue ethics interpretation of Smith’s TMS is perhaps the most interesting contribution to recent Smith scholarship”. Ver Montes, Leonidas. *Adam Smith: Self Interest and the Virtues en Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, ob. cit., p. 139.

103 En su conocida obra de 1981 *After Virtue*, Alasdair Macintyre critica la filosofía moral de la ilustración escocesa por haber abandonado el concepto aristotélico de la teleología (la vida humana tiene su propio fin y carácter el cual no se puede alcanzar sin preparación). La crítica señalada puede ilustrarse, como pretendemos hacer aquí, poniendo sobre el tapete la filosofía moral de un Filósofo de la Ilustración (Smith) con un filósofo tomista (Maritain).

104 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 14 y 15.

Pero el tema central de la filosofía moral de Maritain es –siguiendo toda la tradición aristotélico-tomista– la orientación hacia un fin determinado por la búsqueda del bien. En tal sentido señala:

Es privilegio del hombre determinar sus propios fines. El deseo natural de la felicidad es una especie de marco vacío: llenar ese marco con un cuadro o una pintura determinada, depende de nuestra libre elección. Los animales no determinan sus fines, que están determinados por la naturaleza; son fines particulares; no tienen ellos la noción inteligible del bien. En el caso del hombre –y es lo que lo distingue del animal– tiene que determinar sus propios fines y determinar en qué consiste su felicidad¹⁰⁵.

Esa determinación teleológica presente en Aristóteles y Santo Tomás está ausente en una filosofía moral que se desentendió de la metafísica y con ello del concepto de bien, bien en la doble dimensión: búsqueda de lo que perfecciona al hombre y búsqueda del fin supremo de nuestra vida.

Comparar no es el objeto de este trabajo sino más bien explicitar diferencias de dos grandes pensadores como Smith y Maritain no por el mero recreo académico de mostrarlo sino más bien como forma de evidenciar las carencias que una filosofía particular puede sufrir al reducir su concepción del hombre y del universo por más atractivos prácticos que pueda tener. De alguna forma lo manifiesta Alasdair Macintyre's al referirse a la filosofía moral de la ilustración:

De ahí que la ciencia antiaristotélica estableció límites estrictos a el poder de la razón. La Razón es calculativa; ella puede establecer la verdad de los hechos y de las relaciones matemáticas pero nada más. En el reino de la práctica sin embargo ella solo puede hablar de medios. Acerca de los fines ella debe quedarse en silencio. La razón no puede incluso, como lo creía Descartes, refutar al escepticismo; de ahí un logro de la razón de acuerdo con Pascal es reconocer que nuestras creencias están finalmente fundadas en la naturaleza, las costumbres y el hábito. La asombrosa anticipación de Pascal –se anticipa a Hume– y desde ella nosotros sabemos que Hume conocía los escritos de Pascal y es plausible creer que en esta materia había una directa influencia de la manera en que el concepto de razón retenía su poder. Incluso Kant retiene sus características negativas; la razón para él al igual que para Hume no distingue esencias naturales y no tiene rasgos teleológicos en el universo objetivo disponible para el estudio de la física. Así sus desacuerdos con respecto a la naturaleza humana coexisten con sorprendentes e importantes acuerdos y lo que es verdad de ellos es también verdad de Diderot, de Smith y de Kierkegaard. Todos rechazan cualquier punto de vista teleológico

105 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 103 y 104.

de la naturaleza humana, cualquier visión del hombre teniendo una esencia que define su verdadero fin. Entender esto es entender por qué su proyecto de encontrar un fundamento para la moralidad falló¹⁰⁶.

Smith no se refiere específicamente a la obligación moral como para él “el sentimiento de la obligación moral” tiene una base distinta a la de Maritain como ya hemos visto. Para Smith algunas virtudes como la gratitud generan la obligación en el que recibe los beneficios de la beneficencia por ejemplo de ser agradecido. Para Smith la gratitud puede ser llamada una perfecta y completa “obligación”. Smith continúa señalando que la amistad, la generosidad, la caridad nos inclina a dar una aprobación universal, es sin embargo más libre y puede no obstante ser exigida con menor fuerza que la gratitud. Continuando su argumentación Smith señala que hay otra virtud de la que la observancia no puede dejarse a la libertad de la voluntad. Ella puede ser exigida por fuerza y su violación expone al autor al resentimiento del ofendido y consecuentemente al castigo¹⁰⁷.

Realmente en Smith pareciera que no todas las virtudes generaran el mismo grado de obligación moral. De cualquier forma, es evidente algún elemento de normatividad en algunas virtudes. Ello sin considerar a la justicia que es el límite entre lo exigido bajo la amenaza de una sanción y lo que no lo es como pretende diferenciarlo Smith. No podemos olvidar que su “jurisprudencia” es parte de la moral. Curiosamente Smith se refiere al tema de las promesas (las cuales podrían generar una obligación que en principio pudiera ser “moral” (no es claro en la historia de la filosofía jurídica que todas sean o tengan repercusiones legales pero eso es otro tema). Su manera de asumir el tema es la siguiente:

Pudiéramos decir en general que exactamente correcto requiere el cumplimiento de las primeras siempre que no sean inconsistentes con otras obligaciones que son más “sagradas” con respecto al interés público, a aquellas derivadas de la gratitud, del afecto natural o de las leyes de la propia beneficencia que nos exigen ocuparnos de ellas. Pero, como ya habíamos señalado, no tenemos reglas precisas para determinar qué acciones externas son debidas con respecto a tales motivos, tampoco, consecuentemente, cuando es que esas virtudes son inconsistentes con el cumplimiento de tales promesas¹⁰⁸.

106 Macintyre, Alasdair. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Third Edition. University of Notre Dame. Indiana, 2007, p. 54. Edición Electrónica de Amazon. Kindle.

107 Smith, Adam, ob. cit., p. 98.

108 Smith, Adam, ob. cit., p. 395. El tema de las promesas es importante para la filosofía. Tal como señala Roger Teichman, Anscombe se ocupa del mismo: “Anscombe se vuelve sobre la institución de la promesa para llegar a un entendimiento de la naturaleza de la obligación. Una vez más Hume proporciona su punto de partida. Tal como ella

Pero para tener una cierta o moderada certeza de cuáles son las reglas generales de la moralidad Smith opta por comparar las virtudes llegando a la conclusión de que de ellas es la justicia la que aporta un mayor grado de determinación. Toda su forma de ver el tema se relaciona con la naturaleza de la “virtud” la cual admite que en algún aspecto es “conformidad con la razón”. Smith va un poco más allá cuando califica a la virtud, de alguna manera, como la fuente del principio de aprobación o desaprobación y de todos los juicios relativos a lo bueno y lo malo. Pero ratificando el tema referente a la génesis de las máximas morales generales señala que se forman al igual que otras máximas generales de la experiencia y la inducción. Pero es el siguiente párrafo quien define de forma más concisa el rol de la razón:

Pero, aunque la razón es indudablemente la fuente de las reglas generales de la moralidad y de todos los juicios morales los cuales formamos por medio de ellos, es sin embargo absurdo e ininteligible suponer que las primeras percepciones de bueno y malo pueden derivarse de la razón, mismo en esos casos particulares sobre la experiencia en función de los cuales las reglas generales se forman. Esas primeras percepciones, así como otros experimentos sobre los que se fundan las reglas generales, no pueden ser objeto de la razón sino de un sentido inmediato y de sensibilidad (feeling)¹⁰⁹.

La anterior afirmación acerca a Smith a Hutcheson el cual aporta una posición “sentimentalista” pero reconociendo el rol de la razón. No es casual que Smith citando a Hutcheson señale: “el Dr. Hutcheson tuvo el mérito de ser el primero en distinguir, con ningún grado de precisión, en qué aspecto todas las distinciones morales podemos decir que provienen de la razón, y en

dice al comienzo de *Rules, Rights and Promises*. Hume tiene dos tesis acerca de las promesas: una que la promesa es naturalmente inentendible y la otra que si ella fuera (per impossibile) naturalmente inteligible ella no daría naturalmente origen a ninguna obligación. Hume opone “natural” con “convencional”. Ver Teichman, Roger, ob. cit., p. 95. Sobre un análisis fenomenológico de “Pretensión, Obligación y Promesa” ha cobrado un enorme interés en los últimos años la obra de Adolf Reinach *Los Fundamentos a priori del Derecho Civil* en la cual se comenta el análisis de Hume citado por Anscombe. En tal sentido señala Reinach: “Si se quiere indicar la conexión existente entre promesa y deberes morales, se debe pensar más bien en otros deberes que son realmente inseparables de ésta, aunque, al mismo tiempo, hay que distinguirlos lo más estrictamente posible de la obligación. Cuando se promete, se tiene también el deber moral de cumplir la promesa. La obligación de cumplir la promesa al destinatario de la misma se da junto a, o, mejor constituye el fundamento y el presupuesto de aquel deber. Es moralmente justo cumplir las obligaciones”. Ver Reinach, Adolf. *Los Fundamentos a priori del Derecho Civil*, Edición, Traducción y Estudio Preliminar de Mariano Crespo, Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 66 y ss. Ver Rodríguez Berrizbeitia, Julio, *Los Llamados Actos Intencionales*, ob. cit., pp. 84 y ss. Ver Finnis, John, ob. cit., pp. 326 y ss. Smith, Adam, ob. cit., pp. 380 y 381.

109

qué aspecto ellas se fundamentan en el sentido inmediato y en la sensibilidad”¹¹⁰.

Cuando Smith se refiere “a la manera en que diferentes autores han tratado las reglas prácticas de la moralidad” siempre hace referencia a la “precisión” de las mismas. Para unos lo importante es considerar los distintos tipos de virtudes que le dan sentido moral a nuestro actuar para otros el tema es establecer preceptos o reglas en el entendimiento de que la precisión no es siempre posible de alcanzar¹¹¹.

Describir de manera general cómo debemos actuar para realizar las virtudes que conocemos, según Smith parece un camino fácil. Sin embargo, no describe los sentimientos internos o las emociones que determinan ese actuar. Las modificaciones pasionales no son fácilmente describibles con los medios que el lenguaje permite. Para Smith seguir el camino de la ética como ciencia nos lleva a conocer “pequeñas reglas” acerca de deberes morales. Los mismos pueden a través de preceptos y exhortos animarlos a la práctica de la virtud¹¹².

Para Smith hay otra forma de regular el mundo moral (la expresión es nuestra) es la tendencia de la iglesia cristiana de los primeros tiempos y de la edad media. Lo es también de lo que él llama “jurisprudencia natural” que consiste en no sentirse satisfechos con caracterizar en líneas generales a la conducta para el que actúa de acuerdo con la moral, sino más bien establecer reglas exactas y precisas que dirijan cada circunstancia de nuestro actuar¹¹³.

Más adelante comentaremos acerca de las “reglas naturales de la justicia”. Por los momentos señalemos que para Smith el tema referente al conocimiento práctico no tiene el desarrollo de Maritain para quien “los valores morales son específicamente buenos o malos porque son objeto de conocimiento práctico”¹¹⁴.

En Maritain el concepto de norma adquiere una visión particular –relacionada con el tomismo– que permite un alcance mayor del sentido normal con el que lo utilizamos. Para el filósofo francés con el concepto de norma volvemos a la causalidad formal. Maritain precisa que el fin está en el orden de la causalidad final. El valor en el de la causalidad formal intrínseca, es la

110 Smith, Adam, ob. cit., p. 382.

111 Smith, Adam, ob. cit., p. 390.

112 Smith, Adam, ob. cit., pp. 390 a 391.

113 Smith, Adam, ob. cit., p. 392.

114 Smith, Adam, ob. cit., p. 48.

calidad moral, la forma o determinación ética de un acto humano. Ahora ¿qué le da valor a un acto de la voluntad humana? ¿Qué lo hace moralmente bueno o malo? Evidentemente, para Maritain, es algo diferente del acto por el cual ejercemos nuestra libertad, es una forma extrínseca que determina su cualidad, forma con la cual se puede adecuar o no. Para Maritain pertenece a la línea de la causalidad formal extrínseca.

Pero su profundidad filosófica se manifiesta a la hora de diferenciar los distintos tipos de normas y profundizar su análisis diferenciador al exponer con claridad la diferenciación entre la “norma piloto” y la norma como precepto (mandamiento). Sin esa diferenciación no percibiríamos –en mi opinión– la riqueza derivada de la obligación moral. Efectivamente el núcleo diferenciador de Maritain es que en la “norma piloto” la palabra orden asume el significado de “orden disposición” mientras que en la “norma en el sentido de ley, precepto o mandamiento” el sentido de orden es mandamiento. En el primer significado de norma (piloto) nos referimos a la condición normal para que un acto sea bueno. La conformidad con la razón, su conformidad con la norma piloto, es lo que constituye formalmente a un acto humano como bueno. Para Maritain el segundo sentido de la norma es la norma precepto, norma-mandamiento, ley. Para el filósofo francés por más importante que sea su sentido es según la frase de él segundo ya que se deriva del primero. De lo anterior se deduce para Maritain que el primer sentido de regla constituye una condición necesaria para entender el segundo sentido de la norma (precepto). El siguiente párrafo de Maritain es significativo acerca del error en el que incurre una moral meramente socializada al olvidar el primer sentido de norma-piloto:

Una cierta insistencia en este segundo sentido, aun hasta el punto de darle la primacía absoluta, de hacerle absorber completamente el primero, esa insistencia es debida a la educación, a la sociedad y ante todo a la religión. Aquí vemos que parte ha tenido la influencia de la revelación judeo-cristiana en el desarrollo de la filosofía moral; porque esa revelación manifiesta la importancia esencial de la relación del acto moral con Dios y con la voluntad divina. En la perspectiva del conocimiento religioso judeo-cristiano, la noción de norma en el sentido de norma precepto, de norma mandamiento, ha adquirido un predominio absoluto en la conciencia común. Sería interesante estudiar aquí la diferencia entre la actividad griega y la actividad judeo-cristiana. Los griegos tenían sí la noción de norma, pero más bien en el sentido de norma artística (norma piloto), medida de lo que conviene, hacedora de armonía y de bondad; la connotación de mandamiento divino sagrado, inviolable, era menos marcada entre ellos (pienso sobre todo en su filosofía moral) que en el mundo cristiano. Sin embargo, es con la norma en el sentido de norma-precepto, reforzada por coerciones sociales, y en una atmósfera religiosa de temor y de temblor como ha comenzado la humanidad. Solo

trabajosamente se desprendió después la noción de norma piloto. Esta puesta en evidencia de la norma en el sentido de norma precepto, de norma imperativa, resulta en gran parte de factores extrafilosóficos, ya sea de orden social, ya de orden religioso. Cuidémonos empero de creer por ello que este aspecto de la noción de norma no desempeña un papel esencial en la misma moral natural: nuestra conciencia nos exhorta, nos hace reproches, nos ordena; y ese papel que desempeña la norma precepto depende del primer principio de la sindéresis: hay que evitar el mal, hay que hacer el bien; debes hacer el bien, debes evitar el mal¹⁵.

Es evidente que Maritain trata de poner de relieve el rol de la filosofía y su orden propio. En tal sentido no puede dejar de lado la causalidad formal extrínseca o de la norma. No obstante, no podría dejar de lado el “dinamismo teológico de la vida moral” (el fin por la ley natural y por la conciencia moral)¹⁶. En Maritain pareciera que la razón descubre una norma moral y la voluntad se sujeta o no a la norma precepto. Pero la finalidad última de la vida humana las complementa para hacerlas eficientes. Para añadirles un elemento que solo un deseo por el fin supremo puede aportar.

Con la consideración de la finalidad se completa la consideración integral del ser humano como sujeto moral. Tal como señala Alasdair Macintyre:

Yo he aprendido ahora de Santo Tomás de Aquino que su intento por proporcionar una relación del bien humano sólo en términos sociales, en términos de prácticas, tradiciones y la narrativa de la unidad de la vida humana era limitada hasta que yo aportara a ella una base metafísica. Es solamente

115 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 165 a 171. El sentido de la diferenciación de Maritain nos hace pensar en el párrafo de Grocio (De Jure Belli ac Pacis, Prolegomena) tan comentado y que es objeto de la consideración de John Finnis. El texto es el siguiente: “El derecho de la naturaleza es un precepto de la recta razón, que indica (indicans) que un acto, según si es conveniente o inconveniente (ex ejus convenientia aut inconvenientia) respecto de la naturaleza racional, posee en sí mismo una cualidad de torpeza moral o de necesidad moral: y que, en consecuencia, tal acto está prohibido o bien prescrito por el autor de la naturaleza, Dios. Los actos respecto de los cuales existe un precepto son en sí mismos debiti o bien illiciti, y así se comprenden como necesariamente prescritos o prohibidos por Dios”. El análisis de Finnis se ocupa en este punto de interpretar el “etiamsi daremus” de Grocio. Ver Finnis, John, ob. cit., pp. 76 y 77.

116 “La part jouée par la causalité efficiente, jointe en quelque façon à la causalité formelle extrinsèque, apparaît mieux encore quand il s’agit de normes inconditionnelles de la moralité; nous avons affaire alors à l’application de la norme comme commandée par la loi naturelle et par la conscience morale, et de fait cette norme-precepte agira de una maniere eficiente en vertu du dynamisme téléologique de la vie morale (la fin est la raison de l’action de l’agent) c’est-à-dire en fonction du désir de la fin suprême, et de fins auxquelles un homme bon a suspendu sa vie”. Maritain, Jacques, *Neuf Leçons Sur les Notions. Premières de la Philosophie Morale*, ob. cit., p. 140.

porque los seres humanos tienen un fin hacia el que ellos se dirigen en razón de su naturaleza específica, que prácticas, tradiciones y todo lo parecido son capaces de funcionar como lo hacen¹¹⁷.

Pero el tema de la obligación moral que pareciera derivarse de algún tipo de regla general reconocida por todo el mundo parece generar en Smith al igual que en Hume la necesidad de un fundamento que no puede ser tan etéreo como lo es la “simpatía”.

Pensando en el tema recuerdo un comentario de Alasdair Macintyre en el cual señalaba que el recurso de Hume a la simpatía (sympathy) es una invención tendiente a cubrir el abismo (gap) existente entre un grupo de razones que pueden ayudar a soportar una adherencia incondicional a reglas generales e incondicionales y un grupo de razones para la acción o para el juicio que se deriven –en su opinión– de nuestras circunstancias particulares (las cuales evidentemente son fluctuantes). Esas circunstancias dominan deseos, emociones e intereses. Para Macintyre Smith sigue el mismo camino que Hume en su teoría de la simpatía (en todo caso lo hace con el mismo propósito). Macintyre concluye terminantemente que ni Hume ni Smith logran su objetivo por un impedimento lógico lo cual hace que el uso que hacen de la simpatía Hume y Smith no sea más que “el nombre de una ficción filosófica”¹¹⁸.

V. *El Derecho y la Moral*

En Smith se resume una forma de ver la moral relacionada con el derecho. En el mundo de hoy se ha tratado de independizar las esferas de la moralidad y el derecho. Aun en el tema más complejo de la justificación. La autonomía pretendida no deja de generar dudas relativas a lo que Carlos Nino llamaba “la superfluidad del derecho”. Lo cierto es que en Smith nunca se pretendió elaborar un sistema en el cual la ética, el derecho y el gobierno estuviesen separados. No podría entenderse su forma de ver la realidad sin contemplar lo señalado. Probablemente la complejidad de ver su posición abarca temas tan complicados como tratar de englobar en sus *Lecturas de Jurisprudencia* lo que Argenson le prometió a Luis XIV: Limpieza; Seguridad y Bienes que puedan estar al alcance de todos. Ahora bien, qué tiene que ver eso con el derecho. Tiene y no tiene. Tiene en el sentido de que todo pasa por una regulación legal y no tiene en el sentido de que supone una previa

117 Macintyre, Alasdair, ob. cit., pos. 85, 87 y 88.

118 Macintyre, Alasdair, ob. cit., pos. p. 49.

evaluación “política” (policy) como llaman los anglosajones¹¹⁹. Lo anterior no supone en Smith el abandonar el concepto de justicia desarrollado en la *Teoría de los Sentimientos Morales*, recordemos que hablamos de una virtud esencial para la sobrevivencia social. ¿Qué otro objetivo podría tener el gobierno civil si no fuera ello?¹²⁰ Indudablemente que su espíritu de jurista le impone al menos tratar de dar una definición, puede ser aproximativa, a lo cual señala que: “Justice is violated whenever one is deprived of what he had a right to and could justly demand from others”¹²¹.

Pero su forma de definir lo contrario de ejercerla que debe ser lo normal es cómo se puede violar y ello se define en términos del objeto. Es decir, nos violan la justicia como hombre, miembro de una familia y como miembro de un Estado¹²². Lo anterior determina la forma jurídica sobre la cual se sustenta la relación del individuo con los ámbitos a ser protegidos entre los cuales está él como individuo; él como miembro de una familia y él como miembro de una comunidad política. De alguna manera coincide con lo que Hegel consideró como la “Idea Ética”¹²³.

Para Smith el hombre como hombre puede ser perjudicado en tres aspectos: en su persona; en su reputación y en sus bienes¹²⁴.

El nivel de perjuicio en contra del hombre de alguna manera puede definirse en término de la naturaleza de los derechos que tenemos en función del grado de presión que ejercemos hacia los demás para que cumplan su obligación para con nosotros. Siguiendo a Pufendorf hay “jura perfecta” e imperfecta. Los primeros son exigibles los segundos no. En los primeros tenemos un título que determina su exigibilidad en los segundos no. Lo interesante del tema es que para Smith los derechos derivados de la justicia conmutativa son perfectos pero no los derivados de la justicia distributiva. Para Smith los derechos derivados de la justicia conmutativa corresponden a la jurisprudencia los de la distributiva (los imperfectos) a la moral porque no caen bajo la consideración de la jurisprudencia¹²⁵. Notable conclusión que marca un límite interesante entre el derecho y la moral (establece que el ámbito de la moral se refiere a la distribución de bienes y beneficios de acuerdo a la

119 Smith, Adam, *Lectures on Jurisprudence*, ob. cit., pp. 5 y 6.

120 Smith, Adam, *Lectures on Jurisprudence*, ob. cit., p. 7.

121 Smith, Adam, ob. cit., p. 7.

122 Smith, Adam, ob. cit., p. 8.

123 Hegel, Guillermo Federico. *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, p. 163.

124 Smith, Adam, ob. cit., p. 8.

125 Smith, Adam, ob. cit., p. 9.

definición clásica). Pero en lo que Smith realiza un análisis histórico exhaustivo e interesante es en la determinación de cómo la propiedad a través de los distintos sistemas económicos determina la forma de regulación jurídica. Es un esfuerzo que contribuye a sustentar su concepción de la economía que será expuesta magistralmente en *La Riqueza de las Naciones*.

Evidentemente que en toda esa forma de análisis la propiedad será tema clave en la determinación del sistema. Pero quizás donde su análisis adquiere elementos adicionales a la tenencia de bienes que determina una necesidad de regulación jurídica (propia de cada forma de propiedad) se refiere a los derechos del hombre relativos al hombre como miembro de una comunidad o sociedades de hombres¹²⁶.

Esta parte de su trabajo genera ideas de gran impacto en la manera en que concebimos a las instituciones: el poder ejecutivo es el poder de hacer la paz o la guerra; el poder no se genera por el acuerdo de muchas personas de someterse a las regulaciones (teorías contractuales) sino más bien por el progreso que los hombres hacen en la sociedad; la propiedad hace necesario al gobierno; el arte y el comercio acaban con el poder militar, etc.¹²⁷

En Smith (el de las lecciones que venimos comentando) la obligación moral se deriva de algo de lo cual los hombres son conscientes. La determinación de lo mismo debe ser precisada de acuerdo con la aprobación o la desaprobación de lo que hacemos de tal forma que para todos deben estar claras las premisas de lo exigido. Ello constituye una idea central recogida luego en la teoría moral de Smith¹²⁸.

Es indudable como en las *Lectures on Jurisprudence* aparece el tema central de las funciones del gobierno (Limpieza; Seguridad y Manejo adecuado de los mercados). No obstante el hincapié fundamental no deja de centrarse en el derecho. De hecho, Smith señala que el derecho y el gobierno son el principal asunto público¹²⁹.

126 Smith, Adam, ob. cit., p. 200.

127 Smith, Adam, ob. cit., pp. 207, 208 y 231.

128 Smith, Adam, ob. cit., p. 321.

129 Smith, Adam, ob. cit., p. 338. No podemos comentar por la naturaleza de este trabajo la cantidad de ideas económicas contenidas en las "Lectures" y que encuentran su pleno desarrollo en *The Wealth of Nations*: división del trabajo; manejo de los precios; producción agrícola; crítica a los monopolios; condena de la esclavitud; núcleo de la riqueza nacional; moneda; balanza de pago, etc.

En Smith el concepto de jurisprudencia está cercano a Grocio y alejado de una concepción local del derecho. En tal sentido señala que la jurisprudencia es la teoría de los principios generales del derecho y del gobierno¹³⁰.

En toda su concepción acerca del derecho Smith insiste en el tema de utilidad tan presente en su obra moral. Así para él no es el contrato de Hobbes el que crea la obediencia hacia el gobierno sino más bien la autoridad y la utilidad¹³¹.

Pero volviendo nuestra atención al derecho y la moral vemos como en Smith hay un esfuerzo integrador de la moral con la política y el derecho que desapareció en las consideraciones jurídicas provenientes del positivismo. En todo caso es en la Parte Séptima de *La Teoría de los Sentimientos Morales* donde Smith despliega sus consideraciones más importantes con respecto al derecho¹³². En las últimas páginas del capítulo que citamos Smith luego de criticar a los “casuísticos”, se concentra en el derecho. Al referirse al derecho positivo señala que el mismo (o el sistema) es una aproximación más o menos imperfecta hacia un sistema natural de jurisprudencia o hacia una enumeración de las reglas particulares de la justicia. Es bien sabido que a lo largo de *La Teoría de los Sentimientos Morales* Smith dedica innumerables consideraciones a la justicia como una de las virtudes más perfectas. De alguna manera estamos más obligados a practicar esa virtud que otras¹³³. Es función del magistrado utilizar la fuerza para imponer esa virtud. Si no se hiciera así la sociedad civil correría el riesgo de verse envuelta en un baño de sangre en desórdenes graves. Pero en los estados bien gobernados el magistrado debe estar sujeto a leyes que guían su actividad, dichos instrumentos positivos deben o tratar al menos de coincidir con los mandatos de la “justicia natural”. El propio Smith

130 Smith, Adam, ob. cit., p. 398.

131 Smith, Adam, ob. cit., pp. 401 a 404.

132 Knud Haakonssen en un interesante estudio sobre *The Lectures on Jurisprudence* de Smith toma las llamadas “Anderson Notes” para señalar que en la concepción de la “jurisprudencia” de Smith hay dos principios básicos: 1- To deprive a man of life or limbs or to give him pain is shocking to the rudest of our species when no enmity or grudge subsists, ie., where no punishment is due or danger apprehended. 2- We acquire a liking for those creatures or things which we are much conversant with and thus to deprive us of them must give us pain (Anderson Notes, Page 467). Para Haakonssen el primer principio se refiere a la integridad de la persona individual que debe ser reconocida por los demás. El segundo principio está relacionado con la “extensión” de la persona individual la cual en la búsqueda de satisfacer sus deseos lleva a una personalidad más compleja y en consecuencia a un rango más amplio de violaciones que puede sufrir. Lo anterior se refiere a la adquisición de posesiones y propiedades a través de relaciones contractuales con los demás. Para el autor que venimos citando aquí parece aplicarse la teoría de la asociación de Hume. Ver Haakonssen, Knud. *The Lectures on Jurisprudence en Adam Smith, His Life, Thought and Legacy*, ob. cit., p. 53.

133 Smith, Adam. *Theory of Moral...*, p. 99.

reconoce que lo anterior no siempre sucede. Recordemos que una filosofía como la de Smith siempre tiene que tener la referencia a las pasiones. Materia prima sobre la cual se construyen los controles sociales que a veces no resultan ser tan eficientes. Smith con absoluto realismo usa a lo que él llama “natural justice” como medio de control de la ley positiva si podemos decirlo así. El propio Smith añade que tanto el gobierno como los particulares pueden torcer las leyes positivas del país y alejarlas de lo que prescribe la justicia natural. En la idea de la justicia de Smith está presente esa compleja necesidad de dar a los “sentimientos de justicia” mayor certeza y precisión. Ello se logra en los países civilizados pero no en las sociedades donde predomina “la rudeza y el barbarismo”. Lo interesante de Smith es que parece anunciar lo que después más elaboradamente desarrollaría en el siglo veinte autores como Hart. Smith admite que en las sociedades poco desarrolladas las leyes son como sus maneras: “gruesas” y “rudas”. Lo anterior se traduce en algunos sistemas judiciales que no responden a lo que debería ser un sistema regular de jurisprudencia. Probablemente Smith pensaba en el sistema inglés –cuya evolución histórica conocía bien– como un modelo –perfectible por supuesto– digno de seguir. Pero ciertamente se trata de un ideal difícil de alcanzar: “En ningún país las decisiones que para cada caso da el derecho positivo coinciden exactamente con las reglas que el sentido natural de justicia puede dictar. Los sistemas de derecho positivo aunque merecen la mayor autoridad, como el compendio de los sentimientos de la humanidad en diferentes épocas y naciones, nunca pueden ser considerados como un preciso sistema de reglas de justicia natural”. A continuación, Smith en uno de los párrafos más interesantes del tema que considera se ocupa de tratar de responder a la pregunta que nos hacemos: ¿Cuáles son las reglas naturales de la justicia? Para tratar de responder a la pregunta anterior recurre a la experiencia en este caso al razonamiento de los abogados (juristas). El esfuerzo a realizar debe ser independiente de todas las instituciones positivas. El razonamiento anterior debe llevar a establecer un sistema de jurisprudencia natural o una teoría de los principios generales que sirva de fundamento al derecho de todas las naciones. Para Smith –antes de la filosofía jurídica de Hegel en 1820– “la filosofía jurídica debe ser tratada por ella misma independientemente de las instituciones particulares de cada país”.

El reto futuro de Smith pareciera ser el que no lograron los ancianos moralistas, es decir, la enumeración de las reglas de la justicia. Para él tanto Aristóteles en su *Ética* como Cicerón tratan a la justicia de la forma general en que tratan otras virtudes. En opinión de Smith es Grocio el primero en tratar de aportarnos un sistema de esos principios que deben funcionar o ser el fundamento del derecho de todas las naciones. Pero para Smith la labor de elaborar o hacer un recuento (es más preciso) de los principios generales es una

actividad por hacer posterior a su filosofía moral, el tiempo (o la suerte) jugó en contra de él por lo cual no nos pudo aportar lo que pretendidamente podía haber sido su proyecto más importante con el perdón de los economistas¹³⁴.

Para Maritain la consideración jurídica y la moral se separan al menos desde el punto de vista de la idea del “derecho”.

El núcleo central del análisis de Maritain se concentra alrededor del concepto de “debitum”, lo que es debido, noción que es tan “primera” como la de deber y la de obligación. Noción clave en el concepto de moralidad ya que supone lo que se me debe no por lo que Smith llamaba los derechos producto de la “extensión” sino por lo que es debido en función de nuestra personalidad como hijos de Dios. Maritain busca las raíces de ese “debitum” en el campo ontológico. No es simplemente algo, debido como situación fáctica sino más bien un “deber ser” lo cual extiende sus raíces en lo más profundo del hombre como persona y ser moral. En este último sentido pasamos a un plano distinto del meramente ontológico para entrar en el reino de lo moral. No se trata de respetar el orden natural que aboga por la preservación material del ser y que coincide con la protección de la integridad física a lo cual se refería Smith. Estamos frente a un orden en el cual lo propiamente moral se asume como una exigencia de conciencia de los demás hombres con respecto al bien debido a tal o cual ser humano. Ya no hablamos de lo que la naturaleza exige con respecto a los demás que bien podría ser una exigencia de exigencia mínima de la ley natural. Más bien Maritain se refiere a algo que refuerza lo anterior, lo natural, y surge de una profunda conciencia vinculada con el sentido de la obligación moral. Como señala Maritain “tengo derecho a existir,

134 En realidad las últimas líneas de la filosofía moral de Smith señalan: “I shall in another discourse, endeavour to give an account of the general principles of law and government, and of the different revolutions they have undergone in the different ages and periods of society, not only in what concerns justice, but in what concerns police, revenue, and arms, and whatever else is the object of law. I shall not, therefore, at present enter into any further detail concerning the history of jurisprudence”. Ver Smith, Adam. *Theorie of Moral Sentiments*, ob. cit., pp. 404 y 405. Smith no se refiere al derecho natural. Los comentaristas de su obra señalan que trato de alejarse tanto de la teoría casuística de la escolástica, como de la teoría del derecho natural pero en todo caso nos recuerda al “contenido mínimo del derecho natural” comentado por Hart y nosotros en una obra anterior. Ver: Hart, H.L.A. *El Concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 239 y ss. Ver Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *Caminos de la Filosofía Jurídica Actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 86 y ss. *La Filosofía del Derecho* de Hegel es de 1820 y según su autor “La ciencia filosófica del derecho tiene por objeto la idea del derecho o sea el concepto del Derecho y su realización”. No cabe duda que el concepto aunque se escriba igual tiene en Smith un contenido pragmático y en Hegel uno “ideal”. Ver Hegel, Guillermo Federico, *Lineas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*. Introducción de Carlos Marx, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937. p. 37.

a vivir, y eso implica que los demás hombres están obligados respecto a mi existencia, obligados en conciencia a no privarme de ella”.

Pero sería imposible construir lo que Maritain pretende hacer si no existiera el concepto de bien. No podemos pretender desde el punto de vista ontológico y moral privar a alguien del “bien”. No solo por razones de la naturaleza sino por un profundo sentido de la moralidad que se nutre en sus raíces más profundas. Como señala Maritain: “El bien en cuestión me es debido porque soy un mí un yo. El bien moralmente debido es debido a un sí, y no solamente a una naturaleza. El animal no tiene un sí, un mundo interior que se presenta como su posesión. El advenimiento del sí, de la persona, hace trasponer a la noción de “debido” el umbral de dominio ético”. La apropiación del hombre de su sí mismo como dice Maritain tiene una doble perspectiva frente a mí, mi libertad, mi posibilidad de ir más allá de los determinismos para declarar ante mí y los demás que soy capaz de un último acto de libertad; y mi exigencia moral frente a los demás que respeten lo que como persona soy independientemente de que la sociedad en circunstancias históricas particulares pueda decir con respecto a ello.

Maritain lo expresa hermosamente de la siguiente manera: “La noción de lo debido se encuentra aquí transfigurada: significa ahora algo que es debido a mi yo, a mi persona como su débito. El bien debido es mío antes de que lo tenga y aun si nunca llego a tenerlo. Pertenece a la esfera de mi posesión de mí por mí mismo, a la esfera de lo que él sí posee; diría que es preposeído por mí”. Las anteriores caracterizaciones llevan a Maritain a definir a un derecho como “una exigencia que emana de un yo respecto a alguna cosa. Como su débito, lo que le es debido, lo que le es debido de modo tal que los otros agentes morales están obligados en conciencia a no frustrarlo”. De lo anterior se deriva que la justicia se encuentra definida por medio del derecho: dar a cada uno lo suyo lo que le es debido¹³⁵.

No podemos dejar de señalar que en la concepción del derecho de Smith están presentes algunas líneas de pensamiento características. Una de ellas es la influencia de Grocio en la necesidad de establecer principios que sirvan para “fundar” el derecho (laws) de todas las naciones¹³⁶. Por otra parte, igualmente en esta materia, el utilitarismo de Hume se hace presente en la idea de la justicia. Para Hume: “la utilidad pública es el único origen de la justicia y que las reflexiones acerca de las consecuencias beneficiosas de esta virtud constituyen el único fundamento de su mérito es una proposición

135 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 201 a 206. Hume, David, ob. cit., p. 51.

136 Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 405.

que, como despierta mayor curiosidad y es más importante, merece nuestro examen y estudio”¹³⁷.

El otro tema importante en Smith es que no parece haber un derecho natural ni en el sentido de la escolástica ni en el de los autores de la ilustración. En sus comentarios acerca de “aquellos sistemas que hacen de la razón el principio de aprobación” comentando a Hobbes señala: “Las leyes del magistrado civil, entonces, deben ser consideradas como el único y último estándar de lo que es justo e injusto, de lo que es correcto e incorrecto. Fue la intención de Hobbes cuando divulgó estas nociones, sujetar la conciencia de los hombres inmediatamente al poder civil y no al eclesiástico, cuya turbulencia y ambición, él había podido observar en su tiempo. El mismo (poder eclesiástico) podía ser visto como una fuente de desórdenes en la sociedad”. Esta doctrina en opinión de Smith era ofensiva para los teólogos. Era igualmente ofensiva para los moralistas porque eliminaba la distinción natural entre lo correcto e incorrecto y lo dejaba al mero arbitrio de funcionario. Citando al Dr. Cudworth, Smith señalaba que la ley no podía ser fuente de distinción ya que para ella era indiferente que una cosa fuera correcta o incorrecta. Lo anterior daba pie a Smith para citar el argumento de que era la razón. Es decir que habiéndose descartado la opinión de Hobbes la doctrina popular sostenía que la esencia de la virtud y el vicio no consiste en la conformidad o inconformidad de la acción humana con la ley de un superior sino más bien su conformidad o inconformidad con la razón que era considerada como la fuente original del principio de aprobación y desaprobación¹³⁸. Ya sabemos por lo visto antes en este trabajo que Smith siguiendo a Hume se inclina por el juicio del espectador imparcial relativo a los motivos de nuestros sentimientos.

En todo caso no parece –tal como ha sido señalado por algunos estudiosos de la obra de Smith– que haya en su obra jurídica y moral soporte alguno por la idea del derecho natural. De hecho quisiera reproducir los comentarios de Knud Haakonssen que dan algunas luces sobre el tema que estamos analizando y es el siguiente:

Smith discutió lo que él consideraba las dos principales líneas de pensamiento relativas a la moral, incluyendo las reglas jurídicas: la casuística que llegó a ser una parte importante de la teología escolástica (fue dejada de lado por la teología moral protestante) y el derecho natural que floreció con el despertar

137 Hume somete las reglas de la equidad y de la justicia al “estado y condición particular” en que los hombres están situados. Ver Hume, David, ob. cit., p. 57. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 107.

138 Ver Smith, Adam, ob. cit., pp. 379 y 380. Ver Hobbes, Thomas. *Del Ciudadano*. Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, pp. 73 y ss.

de Hugo Grocio. Smith fue crítico de ambos. Él rechazó el intento por los casuísticos de dirigir por reglas precisas lo que solo puede ser juzgado por los sentimientos. Ellos no son suficientemente casuísticos en el estricto sentido del término. Adicionalmente esos teólogos morales piensan que ellos pueden formular esas reglas dentro de un sistema que cubre todos los aspectos morales, no solo obligaciones para evitar el daño, sino también mandatos para hacer el bien. Lo último fue inútil, como reconocieron los juristas del derecho natural. Los juristas separaron lo justo de lo bueno pero no se adhirieron a la distinción y frecuentemente se confundieron con sus implicaciones. Smith frecuentemente se refería a tres de los más importantes juristas, Jean Barbeyrac, Samuel Puffendorf y Hutcheson, como casuísticos. Él continuaba su crítica en la introducción de las “lectures” de jurisprudencia, donde criticaba a Puffendorf por no ser mejor que los “divinos” en su respuesta a Hobbes. El inglés mantenía que solamente con la creación contractual de la soberanía civil era posible la moralidad, mientras que los juristas del derecho natural cristiano, incluyendo a Puffendorf, mantenían que la ley y los derechos son característicos de la humanidad incluso en su estado natural... Todo derecho en sentido propio es derecho positivo, pero los sistemas de derecho positivo nunca pueden ser considerados como sistemas precisos de las reglas de la justicia natural...¹³⁹

En términos extremadamente sencillos podríamos afirmar citando el ejemplo de Smith de un hombre en un lugar deshabitado que hay derecho natural aunque el niegue (con razón dentro de su concepción) la existencia de sentimientos morales.

Para Maritain (al menos en su perspectiva ética) el bien moral está fundado en la realidad extramental: Dios, la naturaleza de las cosas y especialmente la naturaleza humana, la ley natural...¹⁴⁰ La cita que Maritain hace de la Antígona de Sófocles es más descriptiva que cualquier explicación:

Ni creí
que tus bandos habían de tener tanta fuerza
que habías, tu, mortal, de prevalecer por encima
de las leyes no escritas e inmutables del Cielo;
que no son de hoy ni son de ayer,

139 Haakonssen, Knud, ob. cit., pp. 51 y 52. Smith, Adam, ob. cit., pp. 390 y ss. Parte de la crítica de Smith a los casuísticos se concentra en la “confesión católica” que para él es “una superstición católica”. Su dimensión de análisis se limita a la determinación por parte del sacerdote de la infracción causada y de la penitencia para absolver la misma, pero olvida la dimensión profunda de la reconciliación que el sacramento supone. Ver Smith, ob. cit., p. 396.

140 Maritain, Jacques, ob. cit., p. 8.

sino que viven en todos los tiempos
y nadie sabe cuándo aparecieron
No iba yo a incurrir en la ira del cielo,
violando esa ley
por temor a los caprichos de hombre alguno⁴¹.

Para Smith su proyecto de “historia de la jurisprudencia no llegó a ser realizado”. Tal como hemos señalado mando destruir sus notas de jurisprudencia por no ser suficientemente elaboradas como para publicarlas. Lo que conocemos son apuntes de clase. Los mismos se refieren a su curso de filosofía moral impartido en la Universidad de Glasgow (1752-1764). Dicho curso incluía Teología Natural, Ética y Jurisprudencia. Como ya indicamos al comienzo de este trabajo la *Riqueza de las Naciones* opacó durante bastante tiempo al Smith moralista y al jurista. Las cosas han ido cambiando poco a poco y su dimensión intelectual integral cada vez es más estudiada. Por ejemplo, Peter Watson en *Ideas. Historia Intelectual de la Humanidad* señala: “Aunque terminaría siendo considerado el padre de la economía de libre mercado, el hecho es que, en realidad, Smith creía que la legislación era esencial en ciertas áreas de la vida con el fin de mantener la equidad y la transparencia, y él mismo dio clases de jurisprudencia”⁴².

VI. Dios en el sistema moral de Maritain y Smith

Como hemos visto la ética de Maritain siguiendo la mejor tradición cristiana se constituye sobre el concepto de bien ontológicamente entendido. Pero para el cristiano el bien supremo de su vida sigue siendo su bien pero de forma secundaria. Ante todo es el bien de la Fuente trascendental del ser de sí mismo. Es decir, quiere el bien de Dios más que el suyo. El suyo es subordinado al bien de Dios porque “ama a Dios con amor” El fin supremo es el objeto de un amor de amistad, lo cual, según la doctrina cristiana, es propio de la caridad. Pero ¿Cómo se relaciona eso con la ética...? Qué es lo que define a la ética cristiana frente a otras por ejemplo la de Smith, o la aristotélica de la felicidad o la el deber de Kant. Es como dice Maritain “la ética del bien honesto, ética de lo bueno en sí mismo y de lo que está racionalmente fundado y que conocemos a través del conocimiento práctico. Dicha ética tiene sus

141 Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Colección Vértice, Editorial Kraft, LTDA, Buenos Aires, Segunda Edición, 1952, p. 103.

142 Watson, Peter. *Ideas. Historia Intelectual de la Humanidad*. Crítica, Barcelona, Cuarta Impresión, 2011, p. 860.

raíces en el Bien Trascendente soberanamente amado. Aquí no hay ambages del lenguaje es una realidad que se nos impone”¹⁴³.

El problema de depender de los sentidos, como en Smith por más perfecto y diferente de los otros que sea el sentido moral es que el mismo nos relativiza la forma de conocer las cosas. En la filosofía de hoy el “gap” entre la realidad y lo que percibimos nos coloca frente a un laberinto difícil de descifrar. No es fácil sin un acto supremo de humildad aceptar que el universo de lo moral es autónomo e irreductible. El descubrir –intelectualmente– lo bueno y lo malo es para Dios y para el hombre algo muy distinto de lo bello y feo estéticos que dependen de los sentidos. Por más perfecto que sea nuestro conocimiento la distinción entre el bien y el mal no se desvanece. Lo que decimos pudiera parecer una comparación intelectual desigual evidentemente supone grados de entendimiento. Como señala Maritain “En la cima, la manera como las acciones de los hombres son vistas por el Intelecto Primero es sin duda extraordinariamente diferente de la manera como nosotros las vemos y juzgamos. Pero sin embargo la distinción se mantiene, y las normas objetivas de lo que está bien o está mal permanecen sin cambio”¹⁴⁴.

Pareciera que en lo actual la palabra “norma objetiva” nos increpa como algo difícil de aceptar frente a las imposiciones del relativismo presente. Pero el relativismo siempre existirá frente a una moral que se construye sobre la base de un consenso y no sobre el fin supremo del hombre. En la balanza siempre vamos a tener por un lado la regla de la razón y por el otro la causa suprema para usar la terminología de Maritain. Que nuestros errores de apreciación infundadamente mezclen las cosas para contraponer lo físico producto de la naturaleza interior y exterior a nosotros con lo moral es una fuente inagotable de confusión. Confusión que genera dudas con respecto al amor de Dios por el hombre que no tiene límites.

Maritain decía con respecto a los que concebían el mal moral sobre el modelo del mal físico:

Esta manera de justificar la existencia del mal y de responder al problema del mal, físico y moral, diciendo que todos los sufrimientos soportados por los agentes libres, por las personas, y también las faltas morales de esos mismos agentes libres son necesarios para el bien y la gloria del cosmos, y para que la máquina del mundo marche a la perfección, es la manera de defender la sabiduría divina practicada por los amigos de Job... La falta moral no será

143 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 30 y 31.

144 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 87 y 88.

jamás, bajo ningún aspecto un bien con respecto a un orden superior cualquiera que este sea, sino que seguirá siendo eternamente un mal...¹⁴⁵

Para Maritain el orden moral que es un orden particular y autónomo, cuyo jefe y cabeza es Dios, nos pone en contacto con él. Ello se produce por encima de toda la máquina del universo. Ello no deja de ser complejo para el filósofo que conoce la causa por sus efectos pero no directamente¹⁴⁶. Lo anterior supone un grado de confianza con la divinidad que algunos podrían no aceptar a pesar de lo que señala Maritain con respecto a que “la filosofía moral no tiene posibilidad de ser adecuada a su objeto si ella no se vincula a una cualquiera de las tradiciones, religiosas de la humanidad”¹⁴⁷. No obstante la vinculación (en nuestra opinión) podría ser meramente instrumental como un recurso social más para soportar un control sobre la sociedad. Pudiera ese recurso estar en Smith. Pero lo verdaderamente central de la idea de Maritain es la relación del orden moral con Dios. Para ello no basta como probablemente también lo hizo Smith y algunos otros después “infinetizar” la naturaleza¹⁴⁸.

Ciertamente que ese orden no puede entenderse sin tener claro (para Maritain) dos elementos fundamentales: por un lado, la gracia y la fe y por el otro lo que Maritain llama la sociología del fin último. Pero lo anterior no determina el obrar mecánico del ser humano, existe “el fin último y la dialéctica inmanente del primer acto de libertad”¹⁴⁹.

Maritain gráficamente trata de explicarnos dos casos: en el primero la voluntad nos lleva a un acto explícito de elección de Dios como fin último y por consiguiente del bien honesto como valor universal; adicionalmente a otros actos morales particulares puestos en virtud de esta primera elección. En el segundo la voluntad nos lleva a la elección explícita del bien honesto y a un acto de elección implícito de Dios como fin último y por consiguiente a otros actos morales particulares puestos en virtud de esa primera elección¹⁵⁰.

145 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 90 y 91.

146 Maritain, Jacques, ob. cit., p. 121.

147 Maritain, Jacques, ob. cit., p. 127.

148 Ver Rodríguez Berrizbeitía, Julio. *Integración y Orientación de la obra Filosófica de Dworkin, Putnam y Hart. Relación del Filósofo y el Jurista con el Mundo de Hoy*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Serie Estudios, Caracas, 2015, pp. 12 y ss.

149 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 132, 133 y 147.

150 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 153 y 154.

De cualquier manera, para él Dios está explícitamente o implícitamente en la elección del bien honesto. Como puede observarse la explicación de Maritain “de la elección del bien moral” va más allá de la actuación del que “explícitamente” lo hace por la consideración de Dios como fin último. La argumentación anterior hace surgir la pregunta con respecto al “no creyente” que quiere tener una regla de conducta moral. La respuesta pudiera ser ese conocimiento implícito del que habla Maritain.

En todo caso el propio filósofo francés pretende dar algunas respuestas en el siguiente párrafo que define más claramente la relación moral-bien-Dios:

He dicho obligación hacia el bien. En último análisis, esta misma obligación culmina en la obligación para con el Bien subsistente, que es una Persona. Este aspecto más profundo ha sido manifestado a la razón filosófica por la revelación judeo-cristiana. Para la filosofía griega, el deber era solamente lo que convenía, *officium*. Es como ligado a la religión, al Decálogo, como el sentido sagrado del deber se ha desarrollado en nuestra civilización. Se constata también que la moral, en las condiciones existenciales de la humanidad, se ve reforzada, de hecho, o bien por la coerción social que la endurece, o bien por la fe religiosa en el Dios transcendente, que la sublimiza¹⁵¹.

Es evidente que en Maritain esa relación Bien-Dios o Dios-Bien y sus implicaciones morales siempre va a generar dudas al no creyente. De alguna manera pareciera que en Smith y luego recientemente en autores como Dworkin es posible hablar de “religión sin Dios” por más contradictorio que pudiera parecer. Maritain profundiza su análisis filosófico moral con lo que él denomina “un problema especial”:

¿estamos obligados hacia Dios porque estamos obligados hacia el bien, o estamos obligados para con el bien porque estamos obligados para con Dios? Creo que para responder a esta pregunta conviene distinguir por una parte el orden del movimiento del conocimiento, o del encadenamiento de los actos humanos, y por otra parte el orden de las causaciones y condicionamientos en el ser. En el orden gnoseológico, conozco al ser antes de conocer al Ser subsistente y, sin embargo, en el orden ontológico, no conocería yo al ser si Dios no existiera. Lo mismo en el orden del movimiento de la conciencia, y por consiguiente del encadenamiento de los actos humanos, ya por consiguiente de la lógica interna de la moralidad, mi obligación para con Dios síguese de mi obligación para con el bien. En la vía *essendi*, en el orden ontológico, en el orden de los condicionamientos del ser, mi obligación hacia el bien está

151 Maritain, Jacques, ob. cit., p. 189.

fundada sobre mi obligación hacia Dios, en razón de Su derecho primordial a ser amado y obedecido por mí¹⁵².

No puede entenderse la Moral en Maritain sino en referencia al fin último. De tal forma que la moral para él está situada en el orden de los medios para el fin último. Su soporte básico (si lo podemos llamar así) es la razón y la ley natural. El autor francés insiste en que lo anterior se encuentra complementado por todo el equipamiento sobrenatural proporcionado a un fin que de hecho es sobrenatural. En las últimas líneas de las “lecciones” que hemos venido comentando señala con respecto a la moral y su relación con lo supra moral:

...“diremos que la supra moral está situada en el dominio del fin último mismo en el cual el hombre es introducido ya desde ahora. Supone necesaria y absolutamente la moral, pero la perfecciona desde arriba; supone las virtudes morales y todas las regulaciones de la moral, supone la ley hasta la menor iota y es la plenitud de la ley, pero está centrada sobre el amor y sobre la unión a la voluntad de Aquel que es amado, de suerte que entonces todo se simplifica: sicut oculi servorum. Su Código es el Sermón de la Montaña¹⁵³.

Dios es clave en la ética de origen tomista. Desde el punto de vista filosófico Maritain estableció una lección a seguir: no se puede responder a las grandes preguntas éticas de la humanidad desde la perspectiva de la filosofía sin afectarla integralmente. Si observamos lo que para Maritain supone la moral de acuerdo con el texto anterior vemos que trata de abarcar todos los aspectos de una realidad compleja. No obstante, no duda en poner cada cosa en su sitio sin perder de vista la naturaleza orientada a líneas de la vida humana.

Probablemente debamos pensar mucho acerca de características de “nuestro ser en el mundo”. Comportándonos con finitud, contingencia y dependencia. La gran pregunta es si lo que los demás piensan de nuestros sentimientos y nosotros de los de ellos basta para llevar dignamente, en el sentido moral, la vida que tenemos por delante.

152 Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 129 y 130. Para Maritain el bien y el ser son coextensivos. Así señala Maritain: “El principio de Arquímedes metafísico gobierna la relación entre el gran todo y el todo particular, El bien de la acción moral que brota de las fuentes de la libertad acrecienta el bien del todo universal; y revierte sobre el agente libre bajo la forma de un bien ontológico, a fin de que este agente esté en su lugar, en línea con el todo”. Ver Maritain, Jacques, ob. cit., p. 233.

153 Maritain, Jacques, ob. cit., p. 236. Ver igualmente: Daujat, Jean, Maritain un maître pour notre temps, Tequí, París, 1978, p. 151.

Adolf Reinach en sus *Anotaciones sobre Filosofía de la Religión* señalaba:

Una ética científica es enteramente incapaz de establecer ciertas verdades últimas; por ejemplo, que en este mundo pecador es mejor perdonar que castigar. Pero tal vez hay en la ética “puertas abiertas” hacia la religión. ¡Piénsese en el concepto del castigo! o tal vez también en el problema de la justicia. En todo ello se realiza el tránsito al mundo real que la ética como tal apenas puede realizar¹⁵⁴.

El tema de la concepción teológica de Smith tanto en la *Teoría de los Sentimientos Morales* como en *La Riqueza de las Naciones* ha sido objeto de estudios recientes¹⁵⁵. Las discusiones con respecto a la religiosidad en la obra de Smith han generado todo tipo de polémica. Desde su religiosidad personal hasta la trascendencia o no de lo religioso en su obra filosófica. Evidentemente que en él hay todo un lenguaje que algunos asocian con la piedad de la época¹⁵⁶. No es cuestionable por sus biógrafos el hecho de que a diferencia de Hume en Smith existía una religiosidad al menos respetuosa del estatus religioso predominantemente presbiteriano de la Escocia del siglo XVIII. Recordemos que para la fecha todos los profesores de Glasgow debían firmar (como lo hizo Hutcheson antes que él) la “Westminster Confession”. Él la firmó sin mayor duda pero trató de solicitar que sus clases no comenzaran con una oración lo cual no le fue concedido¹⁵⁷. En todo caso lo que nos interesa seguir no es si el sentido del deber le da a Smith razones para creer en Dios y en la otra vida sino si su sistema moral le da entrada a estas creencias en él. Es obvio que para Smith hay una “religión natural” y que la misma contribuye al carácter moral de la sociedad. No es para él ajeno como para muchos filósofos morales que la religión es la primera escuela moral de la humanidad.

En el Capítulo Quinto de la Parte Tercera de la *Teoría de los Sentimientos Morales* Smith se adentra dentro del origen de las religiones. Al principio, en la época de ignorancia y oscuridad de las supersticiones paganas, los hombres le atribuyeron a los dioses todas las pasiones humanas. No tardaron mucho los humanos en relacionar con la “divina perfección” atributos dignos

154 Reinach, Adolf. *Anotaciones Sobre Filosofía de la Religión*, Ediciones Encuentro C.A. Ediciones Encuentro, C.A., Madrid, 2004, p. 17. Maritain se ocupa con lujo de detalles de la noción de sanción en la *Novena Lección de la Filosofía Moral*. Lamentablemente por las limitaciones que este trabajo impone podemos analizar este tema que por su interés debería ser parte de un estudio profundo. Ver Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 217 y ss.

155 Ver el documentado trabajo de Gordon Graham *Adam Smith and Religion*. Ver Graham, Gordon en *Adam Smith. His Life, Thought and Legacy*, ob. cit., pp. 305 y ss.

156 Ver Graham, Gordon, ob. cit., p. 308.

157 Ver Graham, Gordon, ob. cit., p. 307.

de admiración como la virtud y la beneficencia a la vez que también se les atribuía el poder de castigar por el vicio y la injusticia. Los hombres empezaron a recurrir a la divinidad por premios y castigos. Para Smith estas esperanzas naturales, miedos, dudas, fueron propagadas por “simpatía” y confirmadas por la educación; y los dioses fueron universalmente representados y creídos como los que premiaban la humanidad y la misericordia y castigaban la perfidia y la injusticia. Para el filósofo escocés la religión, aun en su forma más primitiva, servía para sancionar las reglas de la moralidad⁵⁸. Si seguimos el texto de Smith podemos fácilmente darnos cuenta que la religión soporta a las reglas de la moralidad incluso antes de lo que él llama “el razonamiento artificial de la filosofía”. Ese uso “instrumental” de la religión parece llevarnos a dos importantes conclusiones: Sigue siendo el sentido moral quien determina por la simpatía que debemos hacer y segundo no parece en todo este proceso que la religión (no se habla expresamente de Dios) cumpla un rol fundador de la moral como aparece en Maritain⁵⁹.

Continuando con el desarrollo de la parte de la *Teoría de los Sentimientos Morales* que venimos comentando Smith agrupa un conjunto de palabras con contenido moral (correcto, incorrecto, propio, impropio, grácil e indecoroso) a las cuales le da el sentido que satisface o no a las facultades morales. Lo curioso es que cuando trata de pasar a describir los “principios de la naturaleza humana” y las reglas que los determinan se refiere a estas últimas como “los mandamientos de la Deidad promulgados por los “vicegerentes” que tienen la posibilidad de establecerlos”. Esas reglas generales –comunes con otras reglas generales como las del movimiento– que nuestras facultades morales observan aprobando o condenando cualquier sentimiento o acción que sea sometido a su examen puede ser calificada una ley (por su semejanza con lo que normalmente consideramos como ley que no es otra cosa que las reglas generales que el soberano dicta para dirigir la conducta de los sujetos). Como las leyes en sentido estricto, dichas leyes morales son reglas que dirigen las acciones de los hombres: ellas son dictadas casi seguramente por un legislador superior (lawfull) y su observación o no acarrea un premio o un castigo. Esos vicegerentes de Dios dentro de nosotros nunca fallan a la hora

158 Smith, Adam, ob. cit., pp. 190 y 191.

159 En esta parte del trabajo donde Smith parece anunciar lo que desarrollará con más detalle sobre los sentimientos morales y la relación de la religión y la razón con ellos incluye un texto que pretende no ser excluyente para no anticiparse a las conclusiones. Así señala: “Cualquiera que sea la suposición que hagamos sobre los fundamentos de nuestras facultades morales, ya sea sobre ciertas modificaciones de la razón, sobre un instinto original llamado sentido moral o sobre cualquier otro principio de nuestra naturaleza no cabe ninguna duda que ellos nos fueron dados para dirigir nuestra conducta en la vida”. Ver Smith, Adam, ob. cit., p. 191.

de castigar la violación de las leyes con los tormentos de la vergüenza interna y la propia condenación; y lo contrario siempre recompensan la obediencia con tranquilidad mental, con alegría y satisfacción propia¹⁶⁰. El texto anterior que reviste algún grado de complejidad es decisivo para entender la relación existente entre Dios y los sentimientos morales.

Como vemos el tema, pareciera que existen unas facultades morales que aprueban o no sentimientos dependiendo de la naturaleza de los mismos (me refiero a las cualidades que los hacen agradables o no desde el punto de vista moral). Lo anterior podemos aceptarlo sin mayores objeciones como algo propio de la naturaleza humana. Lo importante no es haberse dado cuenta de esa cualidad –que como otras– son establecidas para satisfacer el sentido al cual se dirige. Lo importante, insisto, es el paso de la anterior constatación a una ley que tiene algún parecido con las que dicta el soberano. Pero esa ley, propia de la naturaleza humana, es dictada por el “vicegerente” que tenemos dentro de nosotros mismos siguiendo las órdenes y leyes de la “Deidad”. Pareciera, en su opinión, aunque Smith no lo diga, que hay una forma de “conciencia” que se ajusta a lo querido por la deidad. Pareciera haber un plan del “autor de la naturaleza”. Smith lo expresa así: “La felicidad de la humanidad, al igual que otras criaturas racionales, parece haber sido el propósito original pretendido por a Autor de la Naturaleza cuando le dio la existencia”¹⁶¹. Lo anteriormente señalado se corrobora cuando menciona que actuar de acuerdo con los requerimientos de nuestras facultades morales no solo promueve la felicidad de la humanidad sino también nos hace “colaboradores con la Deidad para avanzar, de acuerdo con nuestras posibilidades, el plan de la providencia”¹⁶². Sabemos que en Smith el sistema moral se soporta por las leyes de un ser poderoso que vigila nuestra conducta y que en la vida por venir nos va a premiar o a castigar. Más adelante trata de afianzar el concepto señalado: “Que nuestra consideración de la voluntad de la deidad debe ser la regla suprema de nuestra conducta, no puede ser dudado por nadie que crea en su existencia”.

En Smith no reconocer el hecho anterior es chocantemente impropio, vano, contrario a nuestros propios intereses aunque no haya castigo por su violación. Podemos escapar de la observación del hombre o estar por encima del castigo humano, pero siempre estaremos expuestos al castigo de Dios, el gran vengador de la injusticia¹⁶³. Mucho se ha discutido sobre una teología

160 Smith, Adam, ob. cit., p. 192.

161 Smith, Adam, ob. cit., p. 192.

162 Smith, Adam, ob. cit., p. 193.

163 Smith, Adam, ob. cit., p. 197.

implícita en Smith. Evidentemente no era un teólogo aunque tenía una formación básica, recordemos que alguno de sus cursos incluía teología. La gran pregunta sigue siendo si la religión es un recurso más para soportar los “sentimientos morales” o constituye un elemento esencial de su concepción moral. Pareciera que la teoría puede funcionar sin el recurso a Dios como centro de él. Ello no puede llevarnos a concluir acerca de la religiosidad de Smith. Tampoco a decir que prescindiera de la misma en su teoría moral como algunos han tratado de adelantar. Es ciertamente evidente, como para algunos autores de la ilustración, que la religión era solo un recurso más para apoyar lo moral. Podemos especular incluso que el recurso a ella no era sino una forma de evitar presiones como las que tuvo que enfrentar Hume por su manifiesta antirreligiosidad; todo ello es mera especulación. El siguiente texto que da alguna luz sobre el tema es interesante y parece diferenciar al moralista no creyente, para colocarnos en los extremos, del que es:

... religion enforces de natural sense of duty: and hence it is that mankind are generally disposed to place great confidence in the probity of those who seem deeply impressed with religious sentiments. Such persons, they imagine, act under an additional tie, besides those which regulate the conduct of other men. The regard to the propriety of action, as well as to reputation, the regard to the applause of his own breast, as well as to that of others; are motives which, they suppose, have the same influence over the religious man as over the man of the world. But the former lies under another restraint, and never acts deliberately but in the presence of the great Superior who is finally to recompense him according to his deeds. A greater trust is disposed, upon this account, in the regularity and exactness of his conduct¹⁶⁴.

En un punto donde Smith y Maritain se encuentran es frente a la futilidad de la vida humana. Para Smith es el concepto de filosofía esplenética (Splenetic philosophy) en el cual ilustra la condición de los seres humanos los cuales “en tiempos de enfermedad o espíritu debilitado, es familiar a todo hombre, el cual desprecia enteramente los grandes objetos del deseo humano, cuando con mejor salud y mejor humor, nunca fallamos en considerarlos bajo mejor aspecto” Maritain en uno de los pasajes más hermosos de las *Lecciones* de las que hemos venido hablando se refiere a la temporalidad del *Eclesiastés*. La diferencia para Maritain es Dios fin de toda la vida humana:

El *Eclesiastés* sabe que la felicidad es el fin de la vida terrestre, pero también sabe que la felicidad no existe, que esa felicidad para la cual estoy hecho es una impostura un sueño engañoso. (Cuando mucho, lo que queda es el

164 Smith, Adam, ob. cit., p. 197. Ver también pp. 108, 146, 148, 205, 207, 300, 329, 330, 331, 356, 361, 392 y 436.

vientre; es ahí donde todo acaba “todo el trabajo del hombre es para su boca. Pero sus deseos jamás se satisfacen (VI, 7).

¿Cuál es el sentido de este libro? Si tuviéramos una existencia puramente terrestre, el *Eclesiastés* tendría razón. Esta visión puramente terrestre, aparentemente naturalista, proviene en realidad de una especie de noche oscura, de una intuición ardiente del don de ciencia, y la fe en Dios no solamente permanece viva, sino que está en el centro de este pensamiento desolado. Por eso concluye declarando: “Teme a Dios y observa sus mandamientos, pues en eso consiste todo el hombre”¹⁶⁵.

VII. *Reflexiones finales*

Adam Smith fue filósofo moral antes de emprender el trabajo de “economía” por el cual es conocido. Su importancia como filósofo moral se encuadra en la época de la ilustración escocesa. Ella coincidió con todo un desarrollo en Europa en la cual se derribaron muchas de las creencias filosófico-morales tradicionales. Posteriormente ese esfuerzo de la ilustración europea precedida por Kant fue considerado como un fracaso frente a radicalismos como el de Nietzsche¹⁶⁶. Si bien Smith discute derivar la moralidad de la sicología su esfuerzo marca un paso importante para entender cómo funcionan los mecanismos de control social. Ello no deja de suponer riesgos a la hora de manipular la conducta de los individuos y eso es un tema a reflexionar de sus planteamientos. Si bien olvida un fundamento metafísico de la moral su teoría pretende asumir una forma práctica de entender la forma por la cual actuamos. Eso a pesar de su deficiencia ontológica pudiera haberla hecho atractiva.

A fin de cuentas, su manera de asumir el problema pareciera (a diferencia de Maritain) prescindir de la esencia (integral) del análisis filosófico.

165 Smith, Adam, ob. cit., p. 215. Maritain, Jacques, ob. cit., pp. 109 y 110. Sobre la relación entre la Filosofía Moral y la Teología, ver Macytiros, ob. cit., pp. 264. y ss.

166 Bernard Williams señala: “No es una paradoja que en estas nuevas circunstancias las filosofías del pasado tienen mucho más que ofrecer que las nuevas, y la historia del relato debe señalarse para mostrar por qué esto es así. Eso envuelve el comienzo y el final del Cristianismo (que ayuda a explicar por qué el mundo anciano está más cerca de lo que parece), y los fallos de la Ilustración (que hace sus características filosóficas poco útiles). Algunos, probablemente la mayoría que llegaron a esta conclusión –notablemente Nietzsche, en la medida que él asumió esa descripción– lo tomaron como una manera de destruir los valores de la ilustración, y si no, interpretaron esos valores de una manera conservadora, como muchos Hegelianos. Yo no pienso que debemos unirnos a ellos. El respeto por la libertad y la justicia social y la crítica de las instituciones opresivas y decepcionantes puede no ser fácil como tampoco lo fue en el pasado, puede ser difícil, pero necesitamos suponer que no tenemos ideas para alcanzarlos”. Ver Williams, Bernard, ob. cit., p. 198.

Insisto el tema psicológico es clave para descifrar cómo socialmente podemos manipular la forma de actuar de las personas y ello de por sí genera un problema “ético” diferente. Es como habla la filosofía moral de hoy de temas relativos al “carácter” de las personas, lo cual al final pareciera desplazar el análisis filosófico por la efectividad psicológica. Lo anterior supone reducir la integralidad de la vida humana (religiosa, estética, final, etc.) a una forma racional de entender la complejidad que envuelve al actuar humano. No se puede simplificar hasta los extremos de mostrar una simplicidad tan fácil de debatir como las explicaciones reductivas. Eso dará pie a las “elecciones radicales” de Kierkegaard.

Al final no podemos menospreciar el esfuerzo de la ilustración por fundar y justificar la moralidad. Al renunciar de manera radical a la virtud – Smith no lo hizo– pareciera reducir las alternativas relacionadas con la moral vinculada con las decisiones individuales. Por ello el aristotelismo inherente a la “virtud” nos toca la puerta cada momento que hablamos de la moral como la mejor forma de vivir. Si bien la “alegría” o la “felicidad” aristotélica no nos cuenta sino una parte de la explicación no deja de ser atractiva al menos como lo que alcanzamos terrenalmente. Las limitaciones de lo anterior le dan sentido a las tesis de Santo Tomás fundadas en lo más profundo del fin último no percible en una forma temporal de ver la moralidad. No es despreciable tampoco el esfuerzo de Smith que tiene sus fundamentos en Hume de convertir a la “simpatía” en el puente existente entre nuestros deseos, emociones e intereses y las reglas generales que sirvan para determinar cómo debemos actuar.

Relacionar el tema moral con la filosofía parece crearle a esta última un reto clave como es explicar el por qué debemos actuar de una manera determinada. No sabemos si el título de la obra de Bernard Williams *Ethics and the Limits of Philosophy* es una manera de reconocer los límites existentes para fijar, por parte de la filosofía, pautas de actuación que no suponen un reconocimiento general por parte de los destinatarios de la regulación. Tal como señala Alasdair Macintyre en *After Virtue*: el fallo de la filosofía en no aportar un fundamento del discurso moral es una importante causa de que la filosofía pierda su rol cultural central y se transforme en un sujeto estrecho académicamente marginal¹⁶⁷. No podemos olvidar que Smith es un producto del siglo XVIII que venía siendo influido por el concepto empirista de experiencia.

167 Ver Macintyre, Alasdair. *After Virtue*, ob. cit., pos 1239 y 1242.

El tema recurrente de la crítica a Smith se refiere –tal como lo planteó Reid– que no hay un estándar de virtud en Smith ya que no depende de nuestras acciones sino del tono o intensidad de nuestras pasiones las cuales dependen de la constitución de cada hombre. Reid continúa criticando a Smith de la misma manera que lo hizo Cicerón de los Epicúreos. En tal sentido señala: “Entonces su escuela indudablemente predica la pretensión de justicia en lugar de lo real y lo genuino. Sus lecciones se refieren a esto –nosotros tenemos que despreciar la confiable voz de nuestra propia conciencia y correr detrás de la falible imaginación de otros hombres”¹⁶⁸.

No cabe duda que la obra moral de Smith tuvo importante repercusión en países europeos como Alemania y Francia. Lo leyeron y comentaron Lessing, Herder y Kant entre otros. El concepto de “sympathetic imagination” fue atractivo para los hombres de letras y probablemente ayudó a dar forma al nuevo drama de la época como el “Nathan der Weise” de Lessing.

Para Voltaire en Francia “no tenían nada igual a Smith con el perdón de sus queridos compatriotas”¹⁶⁹. El sentido “moral” adquiría en Smith los caracteres de una época. De alguna manera pretendió guardar algunos elementos de la virtud de orden aristotélico más que tomarla pero sujetando todo a lo que el sentido moral podía percibir¹⁷⁰. Probablemente la siguiente anécdota refleje la forma de percibir la moral de Smith:

En la preparación de la cuarta reunión de la “Literary class” el 16 de febrero de 1784 se le pidió a Smith que leyera un trabajo preparado por John Maclaurin, hijo de Colin Maclaurin el matemático, en el cual se trataba de demostrar (siguiendo el discurso de Dio Chrysostam) que la ciudad de Troya no había sido tomada por los griegos. Smith aceptó con aire despreocupado leer el trabajo. Es más, reconoció no conocer las fuentes de Maclaurin, sin embargo, aceptaba en dudar de la historicidad de cualquier hecho relacionado con la guerra de Troya. Pero con lo que no podía ir adelante era con el señalamiento de que era probable que Helena fuera una mujer honesta y lo demás¹⁷¹.

En *La Riqueza de las Naciones* Smith habla de dos sistemas morales “el estricto o austero y el liberal u holgado. El primero es favorecido por la gente común, el segundo por la gente que está de moda”¹⁷². En realidad el austero Smith se inclina por el sistema estricto.

168 Ver Simpson Ross, Ian. *The Life of Adam Smith*, ob. cit., p. 193.

169 Simpson Ross, Ian, ob. cit., pp. 193 y 194.

170 Smith, Adam, ob. cit., pp. 311 y 312.

171 Simpson Ross, Ian, ob. cit., p. 370.

172 Smith, Adam. *An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations*. The Modern Library Random House, New York, 1937, p. 746.

Mucho se ha dicho de Smith el economista y no han faltado oportunidades en que se le ha malinterpretado. Por ejemplo, se cita el siguiente pasaje: “No es por la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero que nosotros esperamos nuestra cena, sino por la consideración de sus propios intereses. Nos referimos nosotros no a su humanidad sino a su amor a ellos mismos y nunca hablamos a ellos de nuestras propias necesidades sino de sus ventajas”. El siguiente texto citado por Putnam es interpretado en su correcto sentido señalando los comentarios de Amartya Sen:

Mientras que muchos admiradores de Smith parecen no ir más allá de este fragmento acerca del carnicero y el cervecero, la lectura misma de este pasaje puede indicar que lo que Smith está haciendo aquí es especificar por qué y cómo las transacciones normales del mercado son llevadas, y por qué y cómo la división del trabajo opera, lo cual es el sujeto del capítulo en el cual el párrafo citado se produce. Pero el hecho de que Smith señale las mutuas ventajas del comercio es algo común y no indica de ninguna manera que su pensamiento se refiera a los propios intereses (self love). Realmente él sostiene lo contrario. Él no deja la salvación económica en una única motivación¹⁷³.

Amartya Sen en *La Idea de La Justicia* señala:

Comprender el mundo no es nunca una simple cuestión de registrar nuestras percepciones inmediatas. Comprender entraña inevitablemente razonar. Tenemos que leer lo que sentimos y lo que parece que vemos, y preguntar qué indican esas percepciones y cómo podemos tenerlas en cuenta sin sentirnos abrumados por ellas. Una cuestión se refiere a la confiabilidad de nuestros sentimientos e impresiones. Un sentimiento de injusticia podría servir como señal para movernos, pero una señal exige examen crítico y tiene que haber cierto escrutinio de una conclusión basada en señales. La convicción de Adam Smith sobre la importancia de los sentimientos morales no lo disuadió de buscar una teoría de “los sentimientos morales” ni de insistir en que un sentimiento de injusticia sea críticamente examinado a través de un escrutinio de la razón para determinar si puede ser la base de una condena sostenible¹⁷⁴.

Que tengamos que acudir a criterios distintos de lo planteado por Smith para juzgarlo no parece una forma adecuada de referirse a una teoría moral que pudiera pretender explicar la naturaleza de nuestro actuar.

Maritain sostiene la forma permanente de esta moral referida a los valores permanentes presentes en el actuar. Su verticalidad nos sorprende con

173 Putnam, Hilary. *The Collapse of the Fact Value Dichotomy and other Essays*, Harvard University Press, 2002, pp. 48 y 49.

174 Sen, Amartya. *La Idea de la Justicia*, Taurus Pensamiento, 2009, p. 12.

lo referido a lo absoluto. Su crítica de Bergson parece recordarnos el sitio de la razón en la búsqueda de lo inmanente del actuar humano. Que Bergson no se haya referido a lo racional parece descubrir una parte importante de la teoría moral frente al mundo pero a la vez pone de relieve la trascendentalidad de la naturaleza del actuar libre determinado por una finalidad que se nos superpone. Él lo sabía y supo con gran modestia reconocer que en el mundo la moral reposa sobre un Dios difícil de revelar. Al final el tema moral se relaciona con la pregunta relativa a ¿para qué nacimos sobre la tierra? Maritain estableció una manera de ver la moral imbricada en los valores permanentes del hombre. Su forma de relacionarnos con él se refiere a una concepción integral del mismo en la cual Dios juega un rol de primer orden. El tiempo transcurrido entre él y Smith no supone otra cosa que una forma diferente de ver la moral. En el último la necesidad de una explicación sometida a corroboración empírica parece limitarse a algo no totalmente completo. Smith lo entendió y desarrolló una teoría en la cual la relación a los valores y al último valor no estaban ausentes. Puede que la novedad impuesta por su forma económica de visualizar la realidad creara alguna perspectiva novedosa pero ello no puede minimizar una concepción moral en la cual se pretende buscar unas reglas de cómo vivir mejor en sociedad. Desde el punto de vista de la perspectiva de Maritain con respecto a la búsqueda del bien trascendental, no como complemento de lo social, sino como requisito básico de nuestra forma de estar en la vida, puede haberle faltado a Smith una consideración de lo moral no fundamentada sobre la necesidad de consensos sociales acerca de lo que es moral o no. El no entendimiento del amor de amistad que el cristianismo relaciona con la caridad es una fuente inagotable de reducción de la moral a lo convencional. Tal como señalaba Bernard Williams lo clásico, relacionado con la teleología, nos increpa acerca de la eterna pregunta con respecto a cómo debemos vivir.

El tema no deja de tener características de urgencia en un país como el nuestro. No se trata de una abstracción filosófica más que ilustra un trabajo que pudiera ser uno más en el conjunto de la filosofía moral. Es una necesidad en la sociedad venezolana actual de explicar o calificar nuestra relación frente a los demás. Pudiera ser difícil de entender el por qué no existe un acuerdo “ético” que explique tal nivel de actuación difícil de entender frente a valores que en el pasado estuvieron presentes. De alguna forma buscamos explicaciones que abarcan conductas de tan distinta naturaleza como la de los ciudadanos que con violencia se alejan de las reglas de convivencia social hasta la de los niveles más altos de la sociedad como los políticos y empresarios. Es tan moralmente condenable hacerle daño a alguien para satisfacer una necesidad inmediata como valerse de la posición empresarial o política para extraer a la sociedad recursos necesarios para su desarrollo. La reconstitución del mundo

moral nos llama con inminente urgencia y esa reflexión no puede ser dejada de lado y en ese sentido la filosofía de lo moral pudiera aportar elementos para empezar a reconstruir nuestra forma de entendernos éticamente. No se trata de reducirlo a un conjunto de reglas sino más bien a tratar de dar explicaciones que se conviertan en líneas de conducta que determinen la necesidad de fijar nuestro comportamiento moral.

Al final es establecer formas de actuar acordes con un proyecto social en el cual la solidaridad y caridad cristiana estén presentes. Ello no es ajeno a Smith y Maritain. Cada uno lo expresó en sistemas morales diferentes. En uno la integralidad de lo “personal” estaba presente en su relación con un todo filosófico-humano. En el otro la necesidad de dar explicaciones prácticas no se reducirá a lo simplemente evidente. Sin embargo, en el fondo de los dos estaba presente la necesidad de entender cómo debemos conducirnos frente a los demás. Las fuentes de esa motivación son diferentes y pueden explicar la necesidad de dar pautas que sirvan como forma de condicionar nuestro comportamiento social, lo anterior se debe necesariamente complementar con una justificación de nuestro actuar moral necesario para darle sentido a nuestro proceder.

En la filosofía de hoy cuando vemos tendencias como la de la ética reconstructiva que con herramientas de la filosofía hegeliana pretende combinar elementos de análisis como el destino; la lucha a muerte por el reconocimiento y el amor y el perdón nos damos cuenta que muchos elementos de Maritain y Smith deberían ser considerados¹⁷⁵. No se trata de pensar en soluciones únicas. Cada paso que da la filosofía no es despreciable, supone un esfuerzo común de la humanidad por aproximarse a la verdad.

El propio Maritain lo dijo cuando señaló: “Es preciso, pues, que el filósofo deje obrar al tiempo, el gran barrendero.”¹⁷⁶

175 Jean-Marc Ferry ha explicado cómo la ética reconstructiva puede ayudar a solucionar conflictos como los políticos. De hecho, el tema del destino está vinculado con las crisis. El de la lucha por el reconocimiento por la necesidad de reforzar el “soi pur”. Al final la única solución es el amor y el perdón. Ver Ferry, Jean Marc. *Le Dictionnaire Des Sciences Humaines*. Puf, París, 2006, pp. 40 y ss.

176 Rodríguez Berrizbeitia, Julio, *El Campesino de la Garona. Breve Introducción al Pensamiento de Jacques Maritain*, ob. cit., p. 141. Por su parte Smith en *La Teoría de los Sentimientos Morales* escribió: “In the end, time, the great an universal comforter, gradually composes the weak man to the same degree of tranquillity which a regard to his own dignity and manhood teaches the wise, man to assume in the beginning”. Smith, Adam, ob. cit., p. 175. En el fondo en el mundo de hoy está siempre presente la discusión entre la ética teórica y la práctica. Por ejemplo, Tony Judt señalaba: Para ser franco, prefiero la ética escéptica de la generación de Rawls y un poco posteriores: la de aquellos para quienes el propio proyecto de identificar y fundamentar una ética

VIII. *Bibliografía*

Abel, Richard, Ole Hammerslev, Ulrike Schultz y Hilary Sommerlad, eds. *Lawyers in the Twenty-First Century Societies*. Oxford: Hart, 2020.

Bergson, Henry. *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion* (1932). Edición de las obras completas. Amazon Kindle.

Debes, Rémy. "Adam Smith and the Sympathetic Imagination." En *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, editado por Patrick Ryan Hanley. Princeton: Princeton University Press, 2016. Edición electrónica Kindle.

Ferry, Jean Marc. *Le Dictionnaire Des Sciences Humaines*. París: Puf, 2006.

Finnis, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2000.

Graham, Gordon. "Adam Smith and Religion." En *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, editado por Patrick Ryan Hanley, [Rango de páginas]. Princeton: Princeton University Press, 2016. Edición electrónica Kindle.

Haakonssen, Knud. "The Lectures on Jurisprudence." En *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, editado por Patrick Ryan Hanley, [Rango de páginas]. Princeton: Princeton University Press, 2016. Edición electrónica Kindle.

Hart, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

Hegel, Guillermo Federico. *Lineas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1937.

Herzog, Lisa. "Adam Smith and Modern Ethic." En *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, editado por Patrick Ryan Hanley, [Rango de páginas]. Princeton: Princeton University Press, 2016. Edición electrónica Kindle.

universal llega a parecerles imposible, y en última instancia, inútil. Es mejor decir que existen normas de comportamiento humano que han emergido como atractivas y universalizables; y que son, dentro de unas circunstancias razonables, ejecutables. Esto no es lo mismo que el neorrelativismo de los pragmáticos de la última generación: los principios éticos que uno puede aplicar son reales, y son mejores y más aceptables que los que uno no desea aplicar. Pero en parte son atractivos porque la gente los encuentra aceptables; y, en todo caso, probablemente son los mejores a los que podemos aspirar si apostamos más por una ética práctica que por una moral teórica". Ver Judt, Tony con Timothy Snyder. *Pensar en el Siglo XX*, Taurus Historia, Caracas, 2012, p. 283.

Hume, David. *Investigación sobre los Principios de la Moral*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

Judt, Tony, con Timothy Snyder. *Pensar en el Siglo XX*. Caracas: Taurus Historia, 2012.

Kenny, Anthony. *Western Philosophy: A New History of*. Oxford: Clarendon Press, 2010.

Lerner, Max. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* por Adam Smith. New York: The Modern Library, Random House, 1937.

MacIntyre, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3.^a ed. Notre Dame, IN: University of Notre Dame, 2007. Edición electrónica Kindle.

Maritain, Jacques. *De Bergson a Santo Tomás de Aquino*. Traducción de Gilberte Moteau de Buedo. Buenos Aires: Club de Lectores, 1967.

———. *El hombre y el Estado*. 2.^a ed. Colección Vértice. Buenos Aires: Editorial Kraft, 1952.

———. *Humanismo Integral*. Madrid: Biblioteca Palabra, 1999.

———. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*. Buenos Aires: Club de Lectores, 1966.

———. *Los Grados del Saber*. Buenos Aires, Argentina: Club de Lectores, 1983.

———. *Neuf Lecons Sur Les Notions Premieres de la Philosophie Morale*. París: Pierre Téqui, 1965.

Moloney, Pat. “Introducción.” En *The Theory of Moral Sentiments*, de Adam Smith. New York: Barnes and Noble, 2004.

Montes, Leonidas. “Adam Smith: Self Interest and the Virtues.” En *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, editado por Patrick Ryan Hanley. Princeton: Princeton University Press, 2016. Edición electrónica Kindle.

Mougel, René. “Review de Sciences Religieuses. Le Payson de la Garonne genèse et lignes de fond.” *Review de Sciences Religieuses*.

Putnam, Hilary. *The Collapse of the Fact Value Dichotomy and Other Essays*. Harvard University Press, 2002.

Reinach, Adolf. *Anotaciones Sobre Filosofía de la Religión*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2004.

———. *Los Fundamentos a Priori del Derecho Civil*. Traducción de Mariano Crespo. Granada: Editorial Comares, 2010.

Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *El Campesino de la Garona: Breve Introducción al Pensamiento de Jacques Maritain*. Caracas: Zuma 07, 2009.

———. *Integración y Orientación de la Obra Filosófica de Dworkin, Putnam y Hart. Relación del Filósofo y el Jurista con el Mundo de Hoy*. Serie Estudios. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, 2015.

———. *Los Llamados Actos Intencionales en la Consideración del Filósofo de Hoy*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecni-Ciencia Libros, 2017.

Ross, Ian Simpson. *The Life of Adam Smith*. Oxford-New York: Oxford University Press, 1995. Edición electrónica Kindle.

Ryan, Patrick, ed. *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*. Princeton: Princeton University Press, 2016. Edición electrónica Kindle.

Schliesser, Eric. “The Theory of Moral Sentiments.” En *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, editado por Patrick Ryan Hanley. Princeton: Princeton University Press, 2016.

Scruton, Roger. *Modern Philosophy*. New York: Penguin Books, 1994.

Sen, Amartya. *La Idea de la Justicia*. Taurus Pensamiento, 2009.

Smith, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. New York: The Modern Library, Random House, 1937.

———. *Lectures on Jurisprudence*. Indianápolis: Liberty Fund, 1982.

———. *The Theory of Moral Sentiments*. Introducción de Pat Moloney. New York: Barnes and Noble, 2004.

Stein, Edith. "On the Problem of Empathy." En *The Collected Works of Edith Stein*, vol. 3. 3.^a ed. Traducido por Waltraut Stein. Washington, 1989. Edición electrónica Kindle.

Teichman, Robert. *The Philosophy of Elizabeth Anscombe*. Oxford: Oxford University Press. Edición electrónica Kindle.

Williams, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

La normativa de Facebook y su relación con el Derecho a la Libertad de Expresión y de Información

Alfonso Seva Moscat
pp. 370-425

Sumario

I. Introducción | II. Instrumentos normativos internos de Facebook | III. Libertades Públicas y Derechos Fundamentales relacionados con las Normas Comunitarias de Facebook | IV. ¿Es respetuosa la política normativa interna de Facebook del sistema de los derechos y libertades fundamentales? | V. Conclusiones | VI. Referencias Bibliográficas | VII. Listado de Abreviaturas.

1 Trabajo final de estudio presentado para optar al Grado en Derecho por la Universidad Internacional de La Rioja. El director del trabajo fue Francisco J. Sanjuán Andrés y la tutora Malena Fraile Baños. El trabajo fue presentado el 21 de julio de 2023.

La normativa de Facebook y su relación con el Derecho a la Libertad de Expresión y de Información

Resumen: En el presente trabajo, abordaremos como Facebook ha desarrollado un marco normativo complejo, para el control de la publicación de contenido y la interacción de sus usuarios en la plataforma. De esta forma, vemos como actualmente la red social, ha construido de forma jerárquica, normas, políticas y contratos de servicios que regulan la actividad de sus usuarios. Esto no es algo nuevo, ya que sucede en todas las compañías de venta de bienes y servicios tradicionales o digitales, para el buen gobierno de sus clientes y el otorgamiento de garantías de calidad de servicios. Sin embargo, en un producto como Facebook, vemos que al final del día, su intención principal es la de conectar gente y estimular la interacción entre distintos públicos, obteniendo sus ingresos por medio de espacios y soluciones publicitarias ofertadas. Como consecuencia de ello, hablamos de un medio de comunicación digital, que ya sea para fines de ocio, negocios o cualquier otro, la libertad de expresión y el derecho a comunicar, que son derechos fundamentales del Ordenamiento Jurídico Español y Europeo, están presentes y son los elementos primordiales, por los cuales, la plataforma puede existir y desarrollarse.

Esto hace, que sus normas, toquen y busquen regular el comportamiento de los usuarios y los contenidos que publican. Por consiguiente, sin ser un Estado Oficial en su dimensión geográfica y política, Facebook busca controlar derechos fundamentales y libertades públicas de sus usuarios. Esto ha generado que, en muchas oportunidades, se produzca una extralimitación en las regulaciones y un socavo de los derechos a expresar de los usuarios. Situaciones de este tipo han derivado en manipulación y falsificación de noticias que impactan directamente a la sociedad y a las matrices de opinión.

Dicho esto, se pretende exponer que tan en armonía se encuentra el marco regulatorio de los usuarios de Facebook, en relación al ordenamiento jurídico de un Estado Democrático. También, se buscará analizar la reacción del Estado ante esta situación, por medio, de la repuesta de sus órganos administrativos y tribunales, además, de la producción normativa del legislativo europeo y español que busca entrar y regular el mundo digital.

Palabras claves: Facebook|Constitución Española|Libertad de Expresión|Derecho a la Información Veraz|Internet|Espacio Público|Neutralidad|Tribunales.

Facebook's regulations and their relationship with the right to freedom of expression and information

Abstract: In this paper, we will address how Facebook has developed a complex regulatory framework to control the publication of content and the interaction of its users on the platform. In this way, we see how the social network has currently built, in a hierarchical way, norms, policies and service contracts that regulate the activity of its users. This is not something new, since it happens in all companies selling traditional or digital goods and services, for the good governance of their customers. However, in a product like Facebook, we see that at the end of the day, its intention is to connect people and stimulate interaction between different audiences. Therefore, we are talking about a digital communication medium, which, whether for leisure, business or any other purpose, freedom of expression and communication are present and are the fundamental elements by which the platform can exist. This means that its rules touch and seek to regulate the behavior of users and the content they publish. Therefore, without being a Modern State, Facebook seeks to control the fundamental rights and public liberties of users. This has generated, on many occasions, an excess of regulations and an undermining of the users' rights to express themselves. Situations of this type have led to the manipulation and falsification of news that directly impact society.

Having said this, it is intended to expose how in harmony the regulatory framework of Facebook users is, in relation to the legal system of a Modern State. Also, it will seek to analyze the reaction of the State to this situation, through the response of its administrative bodies and courts, in addition, the normative production of the European and Spanish legislature that seeks to regulate the digital world, as well as the response of civil society.

Keywords: Facebook | Spanish Constitution | Freedom of Expression | Right to Truthful Information | Internet, Public Space|Neutrality |Courts.

I. Introducción

Este trabajo de fin de grado, en adelante el "TFG", tiene como principal objetivo analizar la naturaleza normativa de las políticas y regulaciones internas de la red social Facebook, enfocándonos principalmente en los *Estándares o Normas Comunitarias*, y su interacción con el marco jurídico de la Constitución Española de 1978, en adelante la "CE", y europeo, en relación a los derechos fundamentales de los individuos, en especial el derecho a la libertad de expresión e información, honor y en materia de privacidad de datos.

La Normas Comunitarias, en adelante las “NC”, rigen el día a día de los usuarios de Facebook, regulando el contenido que se publica y teniendo prerrogativas especiales de censura e intervención en las interacciones que se producen a través de *chats* y *posts*. De esta forma, las NC de forma directa tocan las libertades públicas y los derechos fundamentales de sus usuarios, sin ser una regulación emanada del poder legislativo de un Estado verdadero y que además las mismas sirven de guía para la toma de decisiones de censura y penalidades de las estructuras de vigilancia de contenido de Facebook, que actúan como verdaderos órganos administrativos y judiciales. Como consecuencia, las NC se asemejan en su contenido y aplicabilidad a las regulaciones de derechos y libertades de un Estado oficial. Por ello, nos adentraremos en el estudio de *la Libertad de Información como Derecho Público y la Libertad de Expresión como Libertad de Recepción de Contenido*, ante los retos digitales de autorregulación de las plataformas de redes sociales y la respuesta normativa dada a nivel europeo en relación, a la regulación de *los servicios digitales y la privacidad de la data*. El mundo digital, plantea problemáticas distintas a los antiguos medios de comunicación, por la gran independencia, autonomía y proyección que, puede tener un simple ciudadano con el uso de una red social que se proyecta en el espacio público de Internet. Como consecuencia de ello, *la censura digital y las llamadas noticias falsas* han cobrado gran protagonismo en las sociedades modernas, creando y manipulando matrices de opinión que impacta en lo político, social y económico.

Por último, a través de *pronunciamientos administrativos y judiciales* a nivel nacional e internacional, se buscará ver la reacción que ha tenido el sistema judicial para pronunciarse sobre asuntos relacionados al funcionamiento de esta plataforma que incumben al derecho de defensa, libertad de expresión, privacidad, intimidad y honor.

1. Justificación del tema elegido

- Dentro de las razones por la cual fue objeto de estudio el presente título encontramos:
- El creciente aumento de las redes sociales y el mundo digital. La red social con más usuarios en el mundo al día de hoy, es Facebook. Dicha red social, comenzó sus andanzas en el año 2004, como una red social universitaria y para el año 2007, entro en el mercado bursátil de New York, siendo adquirido 1,6 % de su paquete accionario por la compañía Microsoft.

- Para tener una idea general del impacto de Facebook, tomare en cuenta las redes sociales más buscadas por los equipos de mercadeos de las empresas, para publicitar sus productos, bienes y servicios. Ya que esto se traduce, en el poder masivo de penetración que tienen estas plataformas en la sociedad, vida diaria y toma de decisiones de la ciudadanía. Tal y como lo señala el portal digital alemán Statista, en enero del año 2022, Facebook lidero el mercado como la red social más utilizada por los equipos de mercadeo a nivel mundial. Por otro lado, Instagram se ubicó en el tercer lugar, siendo la red social que, más seguidores ha ganado en el último año, pasando de un crecimiento de un 49% a un 79%. En el tercero y cuarto lugar, se mantiene LinkedIn con un 61% y YouTube con un 52% (STATISTA 2022).
- La utilización de Facebook como herramienta política para el fortalecimiento de candidaturas políticas y para la creación y propagación de matrices de opinión que influyen directamente en la economía, política y tendencias sociales en el mundo. En el año 2018, Marck Zuckerberg tuvo que presentarse ante el Senado de los Estados Unidos de América, para aclarar una brecha de seguridad en el caso llamado, Cambridge Analytic² que, se basó básicamente en el uso indebido y la obtención engañosa de datos de forma masiva y automatizada (LIMÓN 2019, p. 12). Esto se tradujo, en un cambio de normativa interna en relación a los derechos y responsabilidades tanto de Facebook como de sus usuarios, generándose mayores controles de obtención y tratamiento de la data.

2. Problema y finalidad del trabajo

El problema que se plantea es la tendencia regulatoria y de gobierno de la plataforma Facebook ante sus usuarios. De esta forma, cada día más, encontramos que Facebook establece regulaciones y penalidades sobre sus usuarios que tocan derechos fundamentales, amparados por los ordenamientos jurídicos de los Estados Democráticos, como serían los derechos a la libertad de expresión, comunicación, honor y en materia de privacidad de datos. La finalidad de este trabajo, es entender la naturaleza y el alcance de la normativa interna de Facebook y la reacción del Estado, ante el incipiente control de libertades y derechos que ejerce dicha plataforma digital.

² Cambridge Analytic, era una empresa de análisis de datos, basada en Londres, Inglaterra. Esta empresa fue constituida en el año 2013 y disuelta en el año 2018.

3. **Objetivos**

Como objetivos del presente trabajo se plantean:

- Entender dentro del catálogo de normas y políticas internas de Facebook, cuál de todas de sus regulaciones, sirve de marco de gobierno para la relación de los usuarios con la plataforma, en el día a día, para la publicación de contenido e interacción con otros usuarios y terceros.
- Analizar las normas internas de Facebook que, buscan controlar y disponer sobre derechos fundamentales y libertades públicas, en especial la libertad de expresión, el derecho a la información y los derechos a la intimidad, privacidad y por último el honor.
- Observar, que tan efectivo ha sido el desarrollo del marco regulatorio interno de Facebook, en comparación con el ordenamiento jurídico de un Estado Moderno Democrático, que busca como pilares fundamentales del sistema de gobierno, la protección de derechos fundamentales y libertades públicas.
- Identificar, aquellas actuaciones realizadas por usuarios en Facebook o por la misma plataforma, que tocan o atentan contra el catálogo de derechos fundamentales de terceros y ver la respuesta de las instituciones pertinentes en esta materia, órganos judiciales y administrativos del Estado.

En relación al método empleado en este trabajo, encontramos que hemos hecho una revisión de diversas posiciones doctrinales donde se busca definir el espacio en el cual se desarrollan las actividades de las redes sociales, su naturaleza pública o privada y el principio de neutralidad. Esto acompañado, de una revisión de los derechos fundamentales y libertades públicas, dispuestas en la CE y demás legislaciones que tocan este tema. Como producto de la interacción de los usuarios con Facebook, hemos revisados diversas sentencias que tocan la libertad de expresión, el derecho a la información, la dignidad, privacidad y el honor de los individuos.

II. *Instrumentos normativos internos de Facebook*

En primer lugar, encontramos que Facebook se constituye en su forma jurídica como una sociedad limitada inscrita bajo el registro y las leyes de Irlanda del Sur, y que ha cambiado su nombre a *Meta Platforms Ireland Limited*, en adelante “Meta”, siendo ahorita Facebook un producto dentro del catálogo

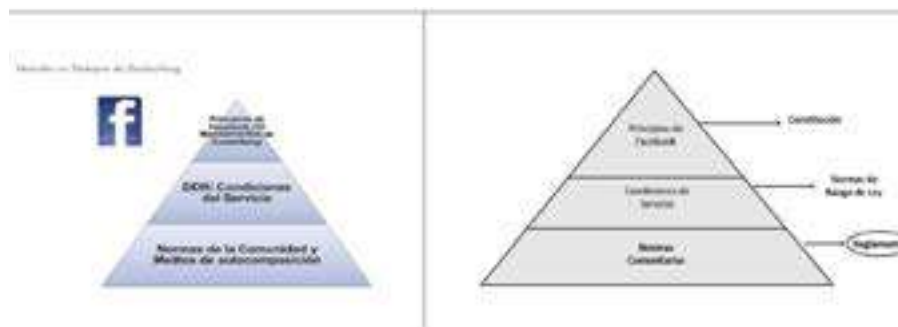
amplio de productos ofrecidos por Meta. Se debe destacar que el 4 de enero de 2022, como lo indica en la página web de Meta, se actualizaron por última vez las *Condiciones de Servicio*, *Política de datos* y *Política de Cookies*, para reflejar el nuevo nombre de la entidad. Es importante resaltar que, aunque el nombre ha cambiado, la empresa continúa ofreciendo los mismos productos. Dicho cambio de nombre, no afecta la forma en que se usan y comparten los datos entre los distintos servicios ofrecidos, como lo son *Instagram* o *WhatsApp* entre otros, y básicamente todo su marco normativo interno es de aplicación transversal y directa para todos los productos que ofrece dicha compañía. Es de importancia recordar que, en el presente trabajo nada más nos enfocaremos en Facebook.

Al hablar de la normativa interna que gobierna la relación de los usuarios con Facebook, extrapolaremos el concepto de la *Teoría Pura del Derecho* desarrollado por *Hans Kelsen*. En este caso en concreto, tomaremos su pirámide normativa que jerarquiza las normas del ordenamiento jurídico. Encontramos entonces, que el nivel superior del derecho positivo es la Constitución, y su dirección principal es la de designar los órganos que se encargaran de la creación de las normas generales y determinar procedimientos a seguir (KELSEN 2009, P. 118).

Nos preguntaremos ¿cuáles fueron los elementos fundacionales que conllevaron al nacimiento del ordenamiento normativo interno de Facebook? Podemos observar que, algunos autores interpretan que la norma fundamental, no siempre obedece a la típica norma de derecho positivo. Por lo contrario, la norma fundamental es el elemento primigenio o creador, por el cual, se construyó el ordenamiento jurídico positivo de un Estado, teniendo una naturaleza supra positiva. Es decir que esa norma fundamental, directriz y guía del ordenamiento jurídico que, se encuentra en cabeza de la pirámide normativa con carácter elevado, está constituida por actos creadores o fundacionales como podrían ser las constituciones originarias de un sistema, cartas fundacionales de derechos y deberes civiles, entre otros tantos, que dan origen a un sistema estructurado de normas que regirán la vida política, social y económica de un Estado y sus habitantes (MUÑOZ 2011, p. 182-185).

Encontramos que Facebook tiene como norma fundacional, una serie de principios rectores diseñados por Marck Zuckerberg, que han alimentado la construcción del ordenamiento jurídico interno y la gobernanza de Facebook para con sus usuarios (LIMÓN 2019, p. 21-29). Se podría decir, que dichos principios no tienen una naturaleza positiva y están en la cúspide de la pirámide normativa de Facebook, y que se reflejan en cada norma que se encuentra por debajo de ellos. Estos principios van desde el concepto de *lib-*

ertad en la conexión, flujo de información, privacidad y propiedad de los datos, transparencia, hasta tocar conceptos de bienestar social y la integración de la ciudadanía del mundo por medio de la conectividad de las redes sociales y el mundo virtual. Todos estos elementos, pasan a nutrir de forma substancial y directa, a cada elemento normativo y de gobierno interno de la plataforma.



(La gráfica del lado izquierdo es tomada del libro *Derechos en Tiempos de Zuckerberg* del autor Limón Díaz, J. 1ª ed. México: Tyrant Lo Blanch 2019 y sirve de inspiración para el gráfico del lado derecho, en el cuál, buscamos determinar el orden jerárquico de las normas de Facebook, donde destacamos las Normas Comunitarias, como elemento fundamental de estudio en este trabajo, ya que las mismas se encargan de regular el día a día, en la interacción de los usuarios con la plataforma).

En este trabajo nos enfocaremos en las NC, de las cuales, se podría inferir que las mismas tiene una naturaleza de Reglamento, ya que gobiernan directamente el día a día, de las actividades e interacción de los usuarios en la Red y coadyuban a la correcta interpretación de condiciones y servicios, y políticas para su puesta en práctica en las realidades presentes en la plataforma. Estos estándares comunitarios, recibirán su validez formal y substancial de las otras normas o actos que se encuentran en un plano superior jerárquico y de tiempo, es decir, como dispone el autor citado en esta línea, toda norma inferior adquirirá su validez formal de otro acto normativo a nivel superior (OLASO 1997, p. 45-50). Por lo tanto, se podría decir que las NC han sido alimentadas, articuladas y diseñadas, por medio, de la observación de *los Términos y Condiciones y de las Declaraciones de Derechos y Responsables*, en adelante, “DDR”, que debe firmar cualquier usuario para poder tener acceso a la red social y de los *Principios de Facebook*.

Las NC representan, las disposiciones legales más inmediatas y de observación directa en cuanto, al día a día de los usuarios, y que son verificadas por los órganos de control y gobierno de la red social, al momento de determinar algún hecho que va en contra del comportamiento esperado por el usuario o terceros que interactúen en la plataforma.

Es por ello, que las NC, tienden a comportarse como un Reglamento Interno de la red social, podría ser considerado la norma con mayor carácter de preponderancia en el establecimiento y gobierno de las relaciones de los usuarios con la plataforma.³ Para poder tener una idea de su funcionamiento he impacto, tomaremos en cuenta la doctrina española en relación a Reglamentos Ejecutivos e Independientes, para equipar las NC a lo que sería un *Reglamento Ejecutivo* que busca desarrollar lo establecido en una Ley (SAINZ 1979, p. 124-128). En nuestro caso las NC, toman en cuenta los principios de Facebook y sus condiciones de servicios que incluyen también políticas precisas de uso dependiendo los servicios que el usuario adquiriera.

La posición que desarrollamos en este trabajo, es que los mencionados principios de Facebook que se encuentran en la cúspide de la pirámide normativa, elementos guías del desarrollo de la gobernanza de la plataforma, se traducen como verdadera normativa reglamentaria viva y vigente, en el contenido substancial y práctico de las NC, que han evolucionado desde el año 2018 al 2023, transformándose en un cuerpo regulador del día a día de los usuarios.

1. Naturaleza jurídica de las NC

El principal objetivo del ordenamiento jurídico de un Estado Moderno, es garantizar las libertades fundamentales de la ciudadanía y establecer responsabilidades claras y precisas ante el ejercicio ilegítimo de derechos que atenten contra la esfera personal de los individuos (SÁNCHEZ 2007, p. 84). Bajo ese mismo enfoque, Meta entiende que Facebook debe ser un lugar digital donde las personas se sientan empoderadas y seguras para comunicarse libremente, sin elemento de coacción. Por esta razón, se crea un marco jurídico interno que, busca prevenir y reaccionar ante el abuso de sus usuarios en las potencialidades comunicativas que, otorga el servicio de red social bajo una serie de parámetros y estándares.

3 Facebook «Transparency Center» [en línea]. 2022 [consultado 21 de marzo de 2023] Disponible: <https://transparency.fb.com/es-la/policies/community-standards/>

Aunque Internet ha generado en los últimos años servicios, soluciones y un altísimo nivel de conectividad en tiempo real que, nos hace la vida más sencilla en materia laboral y social, también es importante destacar la importancia que los órganos legislativos creen un marco idóneo, para la protección de los derechos fundamentales en el escenario de la red y de los servicios digitales que se desarrollan a través de ella, de forma tal, que no sean vulnerados y puedan ser protegidos por Leyes y organismos especializados (ESCRIBANO 2017, p. 25). De esta posición, encontramos que los derechos fundamentales consagrados en un Estado Moderno, se conforman como un catálogo de obligatoria observación, dispuestos en la Constitución y Leyes. También vemos como cada día más, se incluyen en los ordenamientos jurídicos, Leyes amplias que buscan regular las actividades y servicios que se proyectan en Internet, tocando la protección del derecho a la expresión, el honor, la dignidad, la imagen, privacidad de datos y la protección de los consumidores, ante la gran cantidad de transacciones que se realizan a través de este medio.

Tomando el punto anterior, se entendería y se podría justificar entonces, la tendencia proactiva y regulatoria de Facebook, para crear un entramado de normas que busquen regular la actividad de sus usuarios, ante también las potenciales responsabilidades de la plataforma digital en la vulneración de derechos digitales, que podrían traer como consecuencia una acción fiscalizadora por parte del Estado, ante la afectación de los derechos de terceras partes. Es decir, el equipo jurídico de Facebook, podría justificar sus restricciones a la libertad de expresión y comunicación, con base al justificante de que deben actuar como un primer mecanismo de control de protección de derechos fundamentales, ante la potencialidad que el Estado demande de forma retroactiva dicha responsabilidad y acción.

A partir de aquí, encontramos que la conformación de dichos estándares, se traduce en diferentes políticas y en especial en la conformación de las NC, uno de los principales objetos de estudio de este trabajo. Estas normas, se basan y se conforman en los comentarios de las personas y público en general alrededor del mundo. Personas que no necesariamente comparte una jurisdicción en común o tendencias políticas o religiosas. Las normas también se ven nutridas en el asesoramiento de expertos en campos como la tecnología, información, mundo digital, la seguridad pública y los derechos humanos. Es decir, se toma un universo muy amplio de opiniones y prácticas que van desde las expresiones comunes y técnicas, abarcando diferentes puntos de vista y creencias.

Es importante destacar que uno de los puntos que identificamos en este trabajo, es que esta actividad creadora y reguladora de Facebook, se origina de un espacio digital que es Internet, de ahora en adelante la “Red”. El cual, tiene la característica de ser como una especie de jurisdicción abierta o de un amplio campo de libertad creadora, donde las prerrogativas y facultades fiscalizadoras del Estado, no son tan perceptibles. La Red se convierte entonces, en un espacio de amplia libertad, donde cualquier información que se coloque en ella escapa en principio al control del Estado (Sánchez 2007, p. 84-85). Por lo tanto, en términos generales productos digitales como Facebook, Google, Instagram entre otros, encuentran un terreno fértil para la construcción de reglas y de verdaderos sistemas normativos que regulan la interacción de los usuarios con el mundo digital, ejerciendo estos una posición de autoridad.

Como consecuencia, estas plataformas digitales tienden a regular y establecer normativas de funcionamiento de sus usuarios que suelen parecerse al ordenamiento jurídico de un Estado. Disponiéndose de oficinas de captación y resolución de denuncias y tendiendo las mismas a comportarse como verdaderos órganos judiciales o administrativos, ostentando super prerrogativas administrativas. En relación a este último punto, es importante traer la definición de la doctrina española (RIVERO 2019, p. 227) referente al concepto de las *Prerrogativas Contractuales Administrativas del Estado*, que implica la super facultad que tiene el Estado de modificar, interpretar o resolver una relación contractual con un ente privado en pro del bienestar general y colectivo. Este mismo concepto se ve reflejado en los servicios de redes sociales como Facebook, que pueden ejercer un poder exorbitante para cerrar una cuenta o bajar del sistema un contenido con base al no cumplimiento de las NC, sin que en muchos casos exista un procedimiento previo, sino solo una notificación justificativa que se basa en el cumplimiento de sus estándares y del poder que le confiere el usuario con base a los términos y condiciones aceptados.

A través de NC, se trata de establecer un catálogo expreso, tipificado y taxativo de las conductas que pueden ser permitidas y las que no, para los usuarios. También se hace mención a un criterio de excepción de publicaciones que pueden atentar contra las NC, pero al ser, su contenido de interés periodístico y público, se aceptaría la publicación del mismo, siempre y cuando dicho contenido haya sido revisado por las autoridades de control de Facebook, calibrando el límite a la libertad de expresión con base a la autenticidad, seguridad, dignidad y privacidad de la información.

Facebook lleva un control público de restricciones de contenido, basado en transparencia e información estadística para el público. En el caso de España⁴, en el año 2022 hubo 214 restricciones que impactaron en comentarios, post y grupos. Se deja claro que dichas restricciones tienen que ver con: el lenguaje al odio en 52 de esas publicaciones y en 162 publicaciones de medios de información rusos que están sujeto a sanciones por la UE.

Este conjunto normativo llamado NC, toca y abarca las siguientes materias, que se convierten en los criterios y directrices claves para la calibración de cualquier publicación de contenido:

NORMAS COMUNITARIAS DE FACEBOOK	DEFINICIÓN
1. Violencia y Comportamiento Delictivo	Se busca eliminar peligros relacionados con información que vulnere derechos fundamentales o que estimule la violencia, colocando en situación de vulnerabilidad a individuos o grupos. Se prohíbe cualquier contenido que implique la utilización de armas, maltrato animal, condiciones vejatorias para cualquier ser vivo o especie.
2. Seguridad	Prevención en materia de seguridad por medio de la vigilancia del comportamiento de los usuarios. Se regular problemáticas de acoso en especial, Cyber Bullying .
3. Contenido Cuestionable	Se tipifica una lista de contenidos que no son permitidos, como serían: Violencia Gráfica, Desnudos, Lenguaje que Incite al Odio . Importante destacar que tendrán un tratamiento especial el lenguaje satírico o humorístico, debido a sus matices.
4. Integridad y Autenticidad	Se regula el origen y la autenticidad de las publicaciones tanto su contenido, como la identificación de sus autores. Con este bloque regulador, se quiere controlar el escenario de Noticias Falsas, Spam, Representaciones Engañosas, entre otros
5. Respeto Propiedad Intelectual	Se regula en materia de marcas, licencias y propiedad intelectual . Facebook, sirve de plataforma para la publicidad y venta de servicios y bienes. Se establece mecanismos donde se garantice la autenticidad de los actores que comercializan en la plataforma, controlando aspectos relacionados a ofertas falsas y publicidad engañosa (Trademarks), la venta de productos falsos (Counterfeit and Copyright) etc.

⁴ Facebook «Transparency Center» [en línea]. 2023 [consultado 21 de marzo de 2023]. Disponible: <https://transparency.fb.com/data/content-restrictions/country/ES/>

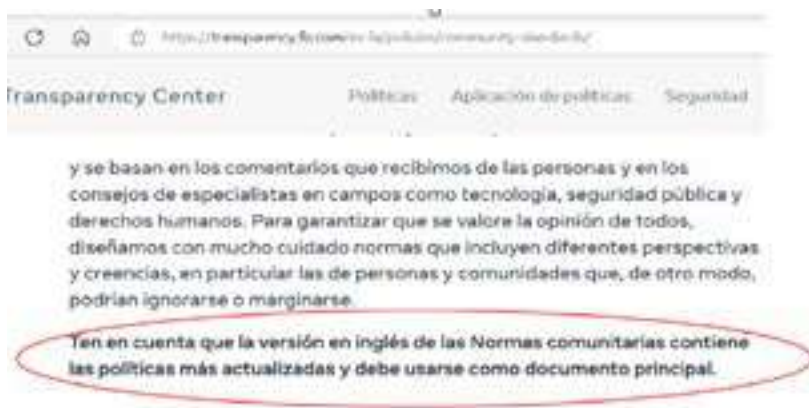
6. Solicitudes y Decisiones de Contenido	Disposición de ventanillas de administración y canales de denuncias para que los usuarios puedan administrar sus cuentas o reaccionar ante el contenido que reciben de una forma efectiva y eficiente. Ejemplos: un usuario puede solicitar la eliminación de su cuenta, la administración del nivel de privacidad que requiere para sus datos, realizar denuncias ante contenidos indebidos como la pornografía infantil, entre otros.
--	---

(Este cuadro se inspira en el análisis que se hace sobre las *Normas Comunitarias* en la obra del autor Limón Díaz, J. Derecho en Tiempos de Zuckerberg, 1ª ed. México: Tyrant Lo Blanch 2019. Págs. 69 a 77 y lo que se busca es identificar la definición y objeto de cada norma).

Considera (Limón 2019, p. 68) que la naturaleza de las NC, son un producto de derecho consuetudinario o de costumbre, ya que se generan del día a día, alimentándose de la interacción de los usuarios con la plataforma y la infracción de dichas normas pueden generar desde una llamada de atención por parte de la plataforma para realizar una corrección del contenido publicado, eliminación del contenido o hasta la suspensión de la cuenta. En este sentido, buscando una analogía con la jurisdicción española, lo podríamos comparar con el *Derecho Consuetudinario Leones*, el cual, algunos autores consideran (López 2004) que es un derecho popular propio y originario, constituido de las costumbre y prácticas de la gente derivados de la actividad de la tierra y del campo, que se plasmó por escrito desde el *siglo XVI en las ordenanzas de concejiles de cada pueblo*, y que representa un ejemplo de autogobierno y gestión administrativa autónoma, basado en las costumbres y prácticas de la región. Este concepto es perfectamente extrapolable a las NC, las cuales, evolucionan de las nuevas prácticas, experiencias y tecnologías que nutren los canales digitales, en especial las redes sociales, generando un autogobierno dinámico y evolutivo. Estas normas, al estar al frente en la regulación del comportamiento de los usuarios, sin duda alguna, serán las normas citadas en cualquier escenario contenciosa que enfrente Facebook, ante órganos administrativos o tribunales de un Estado.

El objetivo de este compendio normativo, es garantizar que se valore, pondere y se escuche la voz de todos los usuarios de forma reglada. También, como consecuencia inmediata se busca la protección de terceros que podrían verse afectados ante una extralimitación de los derechos de publicación de contenido de los usuarios. Por último, en relación a este tema encontramos que Meta deja claro y de forma transparente que la versión en inglés de EE.UU. de las NC, refleja el conjunto de políticas más actualizado y debe

utilizarse ante cualquier reclamo de derechos y deberes⁵. Esto trae a colación, aunque no es objeto de análisis en este trabajo, ¿qué sucede en aquellos casos donde un usuario de la red social, no tiene dominio de la lengua inglesa, he interpreta de forma inadecuada los preceptos de las NC? Es un punto interesante de mencionar que tendrá solución en lo que dispongan y el tratamiento de los tribunales locales, ante cualquier demanda que recaiga sobre una subsidiaria de Facebook.



(Esta impresión de pantalla fue extraída del *Centro de Transparencia de Facebook*. La modificación realizada, es el cirulo rojo que encierra la nota referente a la utilización de las *Normas Comunitarias* en idioma inglés, como versión originaria y tomada en cuenta por la plataforma social ante cualquier conflicto con el usuario o terceras personas).

A partir de lo explicado en este capítulo en relación a la naturaleza consuetudinaria de la norma y de la declaración expresa señalada en la pantalla citada, fundamentados nuestra posición de considerar las NC, como norma directriz para todo el sistema normativo interno de Facebook, en cuanto a la interacción directa de los usuarios con la plataforma que se nutre del día a día de las prácticas de los usuarios, teniendo entonces como consecuencia una naturaleza consuetudinaria.

2. Alcance práctico.

Al día de hoy, el desarrollo tecnológico que siempre ha impactado la esfera del derecho y los ordenamientos jurídicos, se puede decir que, por el dinamismo digital actual, se han venido gestando cambios realmente radicales.

5 Facebook «Transparency Center» [en línea]. 2023 [consultado 21 de marzo de 2023] Disponible: <https://transparency.fb.com/es-la/policies/community-standards/>

Hay autores que consideran que las nuevas tecnologías traerán un derecho automatizado. Por otro lado, la era de la globalización que tienen una expresión más radical y agresiva junto a las herramientas digitales, introducirá un nuevo derecho externalizado fuera de la figura del Estado en sí mismo (Nieto 2019, p. 67-68). Consideramos que la normativa de Facebook lleva un proceso de automatización y externalización del derecho fuera de Estado, o por lo menos, podemos considerar que es uno de los objetivos buscados. Las NC aplican a todos sus usuarios, en todo el mundo y a todo tipo de contenido. Este alcance de proyección normativa, aunque sea interna, no es comparable con el ordenamiento jurídico de ningún Estado u organización de integración económica.

Por otro lado, las NC se constituyen bajo una perspectiva de homologación común para todos sus usuarios en el mundo, teniendo un alcance geográficamente homogéneo, casi total. Este sistema normativo, ha sido diseñado con la finalidad que las personas publiquen diferentes opiniones o artículos bajo un marco de convivencia, respeto y responsabilidad, independientemente de tendencia políticas, sociales, económicas o religiosas. Esto conlleva una idea de supra alcance normativo que va más allá de los Estados, los organismos internacionales y sus ordenamientos jurídicos.

Ante el potencial peligro de atentar contra el derecho fundamental de la libertad de expresión, se establece criterios para la publicación de contenido, y en algunos casos, se identifican casos donde el contenido no cumplirían con las normas comunitarias, pero dada la naturaleza de interés público del contenido, interés periodístico y relevancia para el público, se permite la publicación. Este criterio, es utilizado para calibrar la censura que pueda producir la red social. No obstante, para que esto suceda, el órgano de control de Facebook primero tiene que analizar el valor y el interés público del contenido, evaluando el riesgo de daños a terceros. Con base a este análisis, se toma una decisión en función de normas internacionales y de derechos humanos.⁶ Existen otros casos, donde es posible que la red social elimine el contenido que emplea un lenguaje ambiguo o implícito cuando el contexto adicional no permite entender de forma razonable que el contenido incumple con las normas internas.

Dicho lo anterior entremos a entender el alcance de las NC. Cada sección de las NC, comienza con una “*Fundamento de la política*” que establece los objetivos o las bases de la misma, seguidos de líneas de política específicas

6 Facebook «Detecting Violations» [en línea]. 2022 [consultado 21 de marzo de 2023]
Disponible: <https://transparency.fb.com/enforcement/detecting-violations/>

de acción. Estas líneas son de gran importancia ya que represente una ejemplificación concreta de las conductas no permitidas, una guía clara.

Presentamos a continuación un cuadro donde se listan las NC y su alcance práctico resumido. También se dispone de ejemplos de marco legal internacional o local, del cual podríamos decir que los mismos están en armonía con dichas normas o que tocan aspectos muy similares. Este ejercicio se hace con el fin de determinar, qué tan ajustado están las NC, a las normas del ordenamiento jurídico de un Estado Democrático.

Normas Comunitarias	Alcance	Marco Jurídico Internacional o Local en Armonía
VIOLENCIA Y COMPORTAMIENTO DELICTIVO	<ul style="list-style-type: none"> • Violencia e incitación. • Personas y organizaciones peligrosas. • Organización de actos dañinos y promoción de la delincuencia. • Bienes y servicios restringidos. • Fraude y engaño. 	Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.
SEGURIDAD	<ul style="list-style-type: none"> • Suicidio y autolesiones • Explotación sexual, maltrato y desnudos de menores • Explotación sexual de adultos • Bullying y acoso • Explotación de personas • Infracciones de privacidad 	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión (2018/2055(INI)).
CONTENIDO CUESTIONABLE	<ul style="list-style-type: none"> • Lenguaje que incita al odio • Contenido violento y gráfico • Desnudos y actividad sexual de adultos • Servicios sexuales 	Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (2020/2029(INI)).
INTEGRIDAD Y AUTENTICIDAD	<ul style="list-style-type: none"> • Integridad de la cuenta e identidad auténtica • Spam • Ciberseguridad • Comportamiento no auténtico • Información errónea • Cuentas conmemorativas 	Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) N.º 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2).

La normativa de Facebook y su relación con el Derecho a la Libertad de Expresión y de Información

<p>RESPECTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Propiedad Intelectual 	<p>Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.</p> <p>Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos (DOL 242 de 20 de septiembre de 2017).</p> <p>Reglamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos (DOL 242 de 20 de septiembre de 2017).</p>
<p>SOLICITUDES Y DECISIONES RELACIONADAS CON CONTENIDO</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Solicitudes de usuarios • Medidas adicionales de protección para menores 	<p>Ley de Servicios Digitales: entran en vigor las normas determinantes de la UE para las plataformas en línea. Bruselas, 16 de noviembre de 2022</p>

(Este cuadro se inspira en el análisis que se hace sobre las NC en la obra del autor Limón Díaz, J. Derecho en Tiempos de Zuckerberg. 1ª ed. México: Tyrant Lo Blanch 2019. Págs. 69 a 77 y lo que se busca es señalar las normas de la Unión Europea y del Reino de España que tienen puntos comunes con la normativa Facebook).

Como se puede ver en el anterior ejercicio, no es complicado identificar elementos reguladores de las NC, relacionados con seguridad, protección al menor, derechos humanos, propiedad intelectual, privacidad y respeto a la dignidad de los individuos, ente otros tópicos normativos de importancia, que son el reflejo de los temas abarcados y del funcionamiento promedio de cualquier marco jurídico de un Estado Democrático Moderno. De esta forma, vemos como Facebook busca nutrirse en gran parte su regulación viva (es decir, la que rige la interacción de los usuarios en la plataforma) de la normativa viva de los Estados Modernos, sobre todo en relación a la protección de derechos fundamentales.

Esta necesidad imperiosa de regulación, se debe a que la Red, se encuentra condicionada por múltiples elementos y características que la integran, y que la hacen parecer un territorio amplio y desregulado que comprende características como son: espacio neutral transnacional, anonimato, facilidad de accesibilidad entre otros elementos que requieren de una normativa amplia, ante la potencialidad de conductas ilícitas y crímenes que se pueden llevar a cabo en ella (Gil 2015, p. 105-110). Por ser un espacio digital, entramos en el espectro de actuaciones ilícitas que podrían ser consideradas *Ciber Crímenes*, una nueva denominación de este tiempo. Es decir, estos crímenes se derivan de una ciencia jurídica social denominada *Ciber Criminología*, la cual, abarca cualquier actuación cometida en el espacio de las redes y la informática que tengan una connotación de gravedad o violación de los derechos de terceros, determinándose una diversidad de diferentes tipos de crímenes en la esfera cibernética que van desde cibercrímenes políticos, económicos, sociales y personales (Miro 2012, p. 33-50). Dicho esto, al día de hoy, una de las actuaciones ilícitas de mayor repercusión y preocupación en las redes sociales es la referente al acoso social en menores, llamado *Ciber Bullying* (Martínez-Ferrer 2017, 105-114). De ahí, la importancia que una red social como Facebook funcione con parámetros de identificación de sus usuarios que permitan la identificación de actuaciones de esta naturaleza y establezca reglas claras en esta materia.

Facebook toca derechos fundamentales de sus usuarios, como son el derecho a la libre de expresión, la obtención de información veraz y comprobable, el respeto a la dignidad y a la esfera personal de los individuos. La naturaleza de las actividades en las redes sociales, exponen a sus usuarios a un mundo sin límites relativos. Como consecuencia los riesgos a la esfera personal del usuario son potencialmente altos y su alcance e impacto infinito, siendo necesario regular este espacio de una forma análoga a la de un Estado.

3. La facultad de Facebook de eliminar el contenido publicado por el usuario

Meta dispone que el compromiso con la expresión pública de sus usuarios es el primer objetivo fundamental de Facebook como red social. Pero deja claro que la red social por su naturaleza abierta y en principio neutral, crea nuevas y mayores oportunidades para el abuso de los usuarios. Esta posición como hemos visto ha sido destacada por la doctrina. Por dicha razón, Meta justifica la limitación o calibración de actos de expresión, pero no solo con base al catálogo de directrices dispuesto en los NC, si no también, en los siguientes valores:

La normativa de Facebook y su relación con el Derecho a la Libertad de Expresión y de Información

Valores de Limitación de la Libertad de Expresión utilizados por Facebook	Alcance
AUTENTICIDAD	La autenticidad como factor fundamental para compartir y opinar. Dicho esto, Facebook busca la verificación de los perfiles, en otras palabras, que las personas que se identifican sean la que son, de lo contrario, Facebook tiene el derecho de cerrar el perfil del usuario.
SEGURIDAD	Se eliminará todo el contenido que podría contribuir a un riesgo en la seguridad de las personas y también aquel contenido que puede representar una amenaza que intimide o silencie. El compromiso es con la información veraz y corroborable que sea de interés para el público. De lo contrario, el contenido puede ser eliminado.
PRIVACIDAD	Se protege la información y la privacidad de las personas. Los usuarios, tienen la libertad de ser quienes son, de elegir cómo cuándo y con quien compartir contenido, y conectarse. De esta forma, Facebook cuenta con una política de privacidad y manejo de datos que debe ser aceptada por el usuario para crear un perfil.
DIGNIDAD	Todos los usuarios son dignos y tienen los mismos derechos, por lo tanto, se espera que ellos también respeten la dignidad de los demás y no los acosen, ni los degraden. En otras palabras, tus derechos terminan donde comienzan los derechos de los demás, en este caso en relación a la privacidad, imagen y honor.

(Este cuadro resumen, se inspira en los valores y el alcance de los mismos que tola Facebook para la Limitación de la Libertad de Expresión. La información fue tomada del siguiente enlace <https://transparency.fb.com/es-la/policies/community-standards/>)

Este cuadro demuestra una conformación clara de criterios utilizados por el órgano revisor de Facebook para fundamentar, una decisión de eliminación de contenido. Estas reglas son de acceso público. Por ello, se puede decir que Facebook busca proteger a sus usuarios con reglas claras, contra actuaciones por parte de otros usuarios o terceros que tengan acceso a la plataforma y busquen vulnerar la privacidad, dignidad y seguridad de cualquier cuenta.

En relación al criterio de *Autenticidad*, este parte de la identificación exacta del individuo que tiene acceso a Facebook, elemento clave para la determinación de responsabilidades en cuanto actuaciones, publicaciones, comentarios y cualquier otra interacción que se produzca. Por el criterio de *Seguridad*, encontramos que el mismo se relaciona con el contenido que se publica, su naturaleza, veracidad y fuente. De esta forma, se disponen de criterios de regulación y graduación de contenido que no son diferentes a los que encontramos en medios tradicionales o impresos, estableciéndose la obligación que la información sea veraz y corroborable, y resguardándose de este modo la protección de los usuarios y terceros, en relación a los efectos que puede crear una publicación. Es importante decir que dichos estándares están

en armonía con lo dispuesto en la CE artículo 20, apartado 4, en donde se señala que la libertad de expresión encuentra límites directos en los preceptos de las leyes que lo desarrollan, en el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y en la protección de la juventud y la infancia. Por otro lado, vemos en relación a la esfera de normas internacionales de derechos humanos, como Facebook se concentra en el concepto de *Apología al Odio*, prohibiendo toda expresión de odio o de vulneración de grupos sociales, sea de la naturaleza que sea, política, étnica, cultural o religioso que incite directamente a la discriminación o actos de violencia. Ahora bien, Meta aclara que en algunos casos existen contenidos que pueden ser permitidos, aunque los mismos estén en contra de sus estándares y valores, solo si es de interés periodístico o de interés público. Esta decisión se toma después de analizar y sopesar el valor del interés público frente al riesgo de daño reputacional y de pérdida de privacidad del o los terceros afectados, y tomando en cuenta el análisis de normas internacionales en materia de derechos humanos para poder hacer un juicio. Meta tiene más de 15.000 revisores, que se encargan de revisar potenciales infracciones en Facebook. Estos reciben una formación especializada por materia, políticas y regiones, tomando factores religiosos, culturales y políticos. En total, este equipo es un verdadero ejercito que revisa el contenido en más de 50 idiomas a nivel mundial⁷. Consideramos que la configuración de este tipo de mecanismos de revisión, tiene que ver no solo con la potencialidad de la violación del honor, la privacidad o la imagen de un tercero, o con la protección del derecho de libertad de expresión del usuario, sino, con la protección de las potenciales responsabilidades de Facebook de permitir usar su plataforma sin controles, que no permitan filtrar contenidos o tomar medidas mitigatorias que puedan afectar a usuarios y terceras personas.

En relación al criterio de *Privacidad* cada usuario tiene la facultad de disponer a su juicio de diferentes estándares de protección de la privacidad ofrecidos por la plataforma. Es decir que la red social establece una responsabilidad proactiva en cabeza del usuario respecto a la configuración de sus límites de privacidad que está alineado con la perspectiva garantista de la privacidad y autodeterminación informativa del actual marco regulatorio de la privacidad de datos en Europa (Romeo 2020, p. 142-145).

En cuanto al criterio de *Intimidad*, encontramos que este derecho es uno de los derechos fundamentales que entra en la esfera personalísima del individuo (Parejo 1994, p. 294). Precisamente, una de los aspectos más complicados dentro de los estándares y mecanismos de seguridad de una

7 Facebook «Review Teams» [en línea]. 2023 [consultado 21 de marzo de 2023]
 Disponible : <https://transparency.fb.com/es-la/enforcement/detecting-violations/>

red social, es el evitar la injerencia de terceros a través de comentarios y publicaciones que podrían afectar la esfera privada de otros usuarios. Para la doctrina española (Sabater 2008, p. 46) ha sido de gran dificultad poder ponerse de acuerdo en relación a una definición absoluta en el derecho, en relación a este concepto, ya que se considera que el mismo toca aspectos de otros derechos fundamentales que buscan al igual que la intimidad la protección de la esfera individual e integral del individuo. La CE dispone, art. 18.1 «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Como vemos, estos derechos tienen una consagración constitucional. Por lo cual, se podría justificar que, para su defensa y protección, cualquier medio de telecomunicación tradicional o digital, debería ejercitar o tener prerrogativas especiales que le permitan remover contenidos que atenten contra estos derechos, ya que los mismos se consagran en toda Constitución de un Estado Moderno y Democrático, y son de vital naturaleza para el desarrollo y convivencia de los ciudadanos y la sociedad.

Consideramos que dicha prerrogativa de eliminación de contenido no es ilegal, siempre y cuando, se ofrezca un canal de denuncia y que se fundamente la acción tomada, de forma tal, que el usuario afectado pueda defenderse. Por último, al igual que sucede en la interacción de los ciudadanos con la Ley en un Estado Democrático, todos los usuarios son iguales ante la obligación de observancia y cumplimiento de los criterios de publicación de contenido, sin que existan distinciones.

4. Análisis

Meta establece para Facebook un ordenamiento privado, bien elaborado y articulado, donde se dispone de normas de observación diaria, las llamadas NC. Esta normativa es bien descrita, tipificando las conductas que pueden ser permitidas y las que no. También dispone de criterios de graduación de contenido o relajación de la norma, ante contenidos que llegaran a identificarse como de interés público o noticia relevante, permitiéndose mantener su publicación, después de pasar una revisión de los órganos de control y vigilancia de Facebook.

Por otro lado, se deja claro cuáles son los canales de queja, denuncia o reclamación ante cualquier conducta que atente contra la libertad del usuario de publicar su contenido. Podríamos decir entonces, que este sistema de autorregulación y autogobierno se encuadra bajo las reglas observadas en el espacio de interacción pública digital por excelencia, la Red (Marsan 2017, p. 40). Donde el desarrollo de sistemas de entendimiento y autorregulación son claves para el funcionamiento de los usuarios en el ciberespacio.

Pero ¿qué es Internet? Con base a la Real Academia Española lo define como «Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación» (RAE 2023). Este es el concepto general abstracto, que dentro de su definición incluye la palabra descentralización, pudiendo inferirse entonces el reconocimiento de cierto grado de independencia y de carencia de la presencia del Estado en la forma física, política y social en que lo conocemos.

En cuanto a su gobernanza, encontramos que Internet es una red global, independiente, autoadministrada y diferenciada de los Estados, que comprende una cantidad de redes autónomas que se interconectan voluntariamente, por lo que, funciona sin un órgano central de gobierno u oficinas de gestión administrativa que ejerzan una función de policía administrativa en relación a su funcionamiento, interacciones y actuaciones que se producen en este campo (De Miguel 2022, p. 129). No existe duda que este terreno fértil y virgen que representa la Red, otorga una oportunidad de creación única que es transmitida a todos los servicios digitales que nacen y se desenvuelven en ella. De esta forma, las características de la Red transmiten una cuota de libertad a sus clientes, como son las redes sociales para la creación de su propia gobernanza y sistemas de autogestión de servicios.

En este sentido, Internet no tiene una gobernanza centralizada única, ni en la implementación tecnológica, ni en sus políticas de acceso y uso (Moises 2018, p. 44-45). Pareciera que estamos hablando de un espacio público, que a diferencia del espacio físico público que conocemos, como son parques, plazas, carreteras, entre otros, no se encuentran intensamente regulado su funcionamiento, ni las actividades que se desarrollan en él, por parte del Estado y sus autoridades, por medio de Leyes u Ordenanzas.

Observamos que no existe una interferencia directa en la Red, por parte de los gobiernos, aunque hay prácticas de regulación y censura en países como China, Cuba, Rusia entre otros. Esta condición de espacio público abierto, auto regulado por proveedores de telecomunicaciones y tecnología en relación a la interacción con el usuario, pero cumpliendo con lineamientos de calidad en relación al servicio por parte de los requerimientos demandados por los Estados y organismos internacionales, pareciera permear en Facebook, siendo ella misma la que disponen de su funcionamiento bajo estas características.

Plataformas como Facebook han trasladado el concepto de auto gobernanza dado por la Red, tomando el marco teórico de los derechos fundamentales que se encuadran en regímenes democráticos, haciendo hincapié fundamental en la Libertad de Expresión, el derecho a la información y la dignidad del individuo, para crear sus marcos normativos. Al final del día, el principal servicio que vende una red social es la capacidad de expresión y de conectividad de contenidos y grupos, un producto totalmente nuevo en la historia de la humanidad, que nada más lo podríamos comparar con los antiguos clubs sociales, quedándose corta la comparación por la impronta de la tecnología. Un servicio de esta naturaleza, se nutre entonces de los derechos fundamentales y libertades públicas esenciales en cualquier sociedad democrática.

Destaco la posición doctrinal que dispone «Imagina una ciudad sin calles, pero con una única plaza central, desde donde los ciudadanos pueden acceder a cualquier espacio de esta ciudad (una tienda, una cafetería, su lugar de trabajo...). El propósito de imaginar tal ciudad es entender que la Red ya no es una herramienta o un canal para comunicarse, sino un espacio que ha sido conquistado gradualmente por individuos y organizaciones» (Zatz 1998, p. 149). Las acciones que se derivan de este espacio público y neutral, podrán ser catalogadas como acciones de nueva creación ante un escenario no regulado y totalmente fértil que requiere de un autogobierno para poder disponer de servicios y ofertas de bienes y servicios en el mundo digital, que tiende a equipararse con la realidad física de las ciudades donde vivimos.

Tomando este concepto de espacio público y neutral de la Red, encontramos que en España se ha dicho que el suministro de contenido sin restricciones o sin obligaciones, ha generado una base donde las plataformas de servicios de la Red, donde también podríamos incluir a plataformas digitales como Facebook, han actuado en un principio de una forma libre generando su propia auto gobernanza (Marsan 2017, p. 51-56).

Sin embargo, al ser estos canales, autopista de proyección de expresiones y contenido, es el Estado que, de forma tardía, ha tenido que actualizar sus marcos normativos y realizar proyecciones analógicas de los catálogos de derechos de expresión, comunicación y principios utilizados en la regulación de medios de comunicación tradicional, para atender las realidades que se presentan en este nuevo mundo digital (Sánchez 2007, p. 90).

La Red representa un terreno abierto y fértil de horizonte amplio, en el cual, las plataformas digitales sociales que irrumpen de forma dinámica en el día a día de las personas, encuentran un espacio virgen carente de regulación y gobernanza. Esto les ha permitido, primero por las características abiertas

y neutrales de la Red y segundo, por el esnobismo de los servicios prestados que crean una situación inédita en el mundo en cuanto a sus características técnica, crear sistemas normativos para regular sus servicios que impactan de una forma muy distinta a cualquier otro servicio tradicional, ya que nos encontramos conectados a las redes sociales 24/7, con una conectividad inmediata al mundo, prácticamente sin pausa, canalizando desde reuniones de trabajo, hasta gran parte de nuestras actividades de ocio.

III. Las libertades públicas y derechos fundamentales relacionados con las Normas Comunitarias de Facebook

Las NC de Facebook, buscan regular dos de las libertades públicas de mayor impacto en las sociedades democráticas modernas, la Libertad de Expresión y el Derecho a la Comunicación.

Estas libertades y derechos son fundamentales en los sistemas democráticos y vemos una fuerte presencia de su desarrollo en la Red y en los productos digitales de este medio. Considera Sánchez (2007, p. 94) que la Red, es el espacio digital por excelencia de transferencia de opiniones, informaciones, noticias y conocimiento, convirtiéndose en una fuente de expresión que amplía las posibilidades de realización de la vida democrática. Concatenado a lo dicho anteriormente (Sánchez 2007, p. 90) dispone que las libertades públicas y sus derechos, no buscan la protección o la conformación de la voluntad del Estado, si no, todo lo contrario, la defensa de la expresión de la sociedad que subyace a la figura del Estado todo poderoso y omnipotente. En otras palabras, su razón de ser es la protección de la voz de la ciudadanía y el establecimiento de un freno al poder, que hoy en día, tiene un papel fundamental en el ejercicio de los medios digitales.

Estas libertades se consagran a través de una serie de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de los Estados modernos europeos. En el caso de España, estos derechos se definen como de naturaleza inherente a las personas, son derechos inviolables, inalienables e irrenunciables consagrados en la CE y alineados en armonía perfecta con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2010, en adelante “CDFUE” y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas del año 1948, en adelante, “DUDH”. Al tratar la dignidad y la honorabilidad intrínseca a la naturaleza humana, deben ser siempre observados mandatoriamente por todas las personas, y principalmente respetados por los poderes públicos, configurándose dichos derechos como un límite o un freno a la actuación del poder público.

La regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la CE, comienza con el reconocimiento de la naturaleza de la dignidad humana en todo su espectro, como presupuesto básico y primordial⁸ (art. 10 CE). Para entender el alcance de la regulación de los derechos fundamentales y su naturaleza, podemos diferenciarlos en tres ámbitos, en función de la esfera en la que actúen: Primero, en la esfera personal, segundo en la esfera pública y tercero en el ámbito socioeconómico. Nosotros, en este trabajo nos concentraremos en el *ámbito público* que toca dos elementos claves desarrollados por las NC de Facebook, *la libertad de expresión y el derecho a la información*, que vienen hacer regulados por esta normativa de funcionamiento y gobernanza privada de la plataforma. Esto significa que de alguna manera las NC, pueden entrar en conflicto potencial o directo con el ordenamiento jurídico del Estado, por regular estos derechos fundamentales de consagración Constitucional.

Ahora bien, aunque la libertad de expresión y el derecho a la información están en el catálogo de derechos fundamentales de la CE, alineados con la CDFUE y la DUDH, nos preguntamos ¿si ante la irrupción de los medios digitales, juristas y expertos en esta materia se han planteado la necesidad de diseñar una regulación especial de estos derechos en el campo digital, donde se construya un marco jurídico especializado? Para responder esta pregunta, nos trasladamos en el tiempo, al 29 de febrero de 2012, al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que celebró una mesa redonda sobre la Promoción y la Protección de la Libertad de Expresión en Internet, en la cual, el Relator Especial Frank La Rue, destacó la protección del derecho a la libertad de opinión, ante los nuevos escenarios digitales de este tiempo, disponiendo «(...) no se necesitaban nuevos estándares de derechos humanos para Internet, (...) Internet debería considerarse un elemento necesario para el ejercicio de muchos derechos en la esfera socioeconómica de la ciudadanía y para la promoción de la diversidad cultural en el mundo». (resumen de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre la Promoción y la Protección de la Libertad de Expresión en Internet 2012, p. 3). Por lo tanto, se concluyó que los principios básicos de derecho a la libertad de expresión e información son de aplicación tangencial en los medios digitales y en las innovaciones futuras que impactan la comunicación, las cuales, representa un instrumento de proyección del derecho a la expresión y difusión de contenido.

8 Art 10. CE. 1. « La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. »

Por otro lado, El Relator Especial, también señaló en relación a las facultades de censura de prestadores de servicios en la red «(...) la tendencia en alza a criminalizar a los usuarios de Internet y transferir a intermediarios la responsabilidad de bloquear y filtrar el contenido». (resumen de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre la Promoción y la Protección de la Libertad de Expresión en Internet 2012, p. 3-4). Al día de hoy, recaen super potestades administrativa en las plataformas sociales para la eliminación de contenido o bloqueo de información. Aunque, ante esos escenarios la ciudadanía tiene canales de reclamo en las plataformas y en última instancia puede reclamar sus derechos a través de órganos administrativos y judiciales del estado, es importante destacar, el impacto inmediato que genera una medida de suspensión de contenido o bloqueo de cuenta de los usuarios y como los derechos fundamentales de estos, se pueden ver afectados de forma inmediata, socavando sus derechos y creándose un daño de difícil reparación, ya que el mismo versa sobre un derecho intangible como la libertad de expresión. Sería entonces necesario, el planteamiento de medidas cautelares de naturaleza puramente digital enfocadas en la naturaleza de las redes sociales. Una especie de proyección del *habeas corpus* tradicional, conferido en un primer momento de su nacimiento a la esfera penal, para medidas privativas de libertad en la gran mayoría de los casos, pero en este ocasión, dimensionado al escenario digital y a la velocidad de transmisión de la Red, una especie atípica que podría denominarse *habeas corpus digital*, que pueda ser interpuesta y substanciada, por medio de un canal digital de conexión directa con organismos o tribunales especializados en esta materia en tiempo real, evitando los mecanismos de control y revisión de las plataformas que ralentizan la toma de una decisión de liberación de contenido, y por ende, pueden generar la vulneración de los derechos fundamentales del afectado, sin posibilidad de subsanación inmediata, ante el super poder de gestión administrativa y toma de decisión de las empresas digitales, en relación a derechos de expresión de los usuarios. Esta posición esgrimida, se inspira en la posición doctrinal y de avanzada del autor español (Pérez 1992, p. 42) que, ya antes de los desarrollos de mecanismo especiales de protección de datos a nivel europeo, hacía referencia a la creación de un *habeas data* que garantizara a la ciudadanía tener un conocimiento exacto de la utilización de sus datos y que el mismo tuviera una respuesta inmediata ante la reclamación. Con base a esta misma idea, sería interesante el desarrollo de un mecanismo de este tipo, para la protección de contenidos y expresiones subidas en canales digitales que puedan ser bloqueadas o censuradas.

Sin duda alguna, al día de hoy, se puede decir que la era digital, constituye un momento único para el desarrollo jurídico de los principios de libre expresión y de información, que en un pasado cercano fueron claves en la

regulación de los medios tradicionales de telecomunicación. A diferencia de lo dispuesto por el Relator Especial citado, algunos autores consideran, que la forma como el derecho de libertad de expresión y comunicación ha sido regulado en la era de los medios originarios de telecomunicación, no pueden ser trasladados de forma exacta al medio digital, ya que serían totalmente disfuncionales y se distorsionarían ante la nueva realidad que se presenta en el mundo digital (Sánchez 2007, p. 84-96). La nueva era digital, demanda de los legisladores determinar cuáles expresiones, comentarios y mensajes son realmente constitutivos del ejercicio de la libertad de expresión e información, ya que esta nueva realidad carece de mayores controles o de sistema de filtro preventivo.

En este sentido, la doctrina en España ha hecho referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante “TEDH”, el cual no ha establecido un criterio base para las comunicaciones o expresiones que salen fueran de los límites de la libertad de expresión, como sería el discurso al odio, y lo que ha buscado es proyectar el mismo tratamiento que se le daría a un mensaje ilícito comunicado por vía escrita, al contexto digital generando distorsiones, ya que ambas realidades son distintas en cuanto a su naturaleza, he impacto y por ello es necesario la adopción de nuevos estándares y criterios técnicos, por parte, de los Tribunales en esta materia (Diez 2020, p. 50-64)

Este análisis, resulta clave para el desarrollo e implementación de cualquier normativa y pronunciamientos judiciales que busquen regular la libertad de expresión y el derecho a la información en el mundo digital. Al día de hoy, los ciudadanos son capaces de transmitir mensajes de un gran alcance mediático y geográfico, de forma directa y sin intermediación, haciendo que el elemento de responsabilidad del ciudadano emisor del mensaje tenga una mayor dimensión que anteriormente (Sánchez 2007, p. 96-100). Esto no estaba presente en medios de comunicación tradicionales como el periódico o la televisión, ya que la publicación de cualquier mensaje debía pasar a través de los filtros de los editores y medios.

Aunque, Facebook ha construido un catálogo normativo complejo que abarca la protección y uso responsable de la libertad de expresión y comunicación, no significa que los Estados no deban colocar a disposición de los ciudadanos procedimientos especiales para proteger los derechos digitales de los mismos y que tomen en cuenta la realidad de proyección de Internet y de las Redes Sociales, en la esfera de la expresión libre y privacidad de la ciudadanía. Estamos ante la necesidad de crear nuevas normas que se adapten a las realidades generadas por la era de la comunicación digital.

1. La libertad de información como derecho público

En el derecho a la información se identifica un sujeto universal que es el hombre, por otro lado, tenemos un objeto preciso e identificable expresamente que son las opiniones y de esta interacción se origina el derecho a la difusión y publicación de la información, considerándose este derecho como una libertad irrenunciable del ser humano y que al Estado le corresponde la obligación de reconocerla en todo contexto social (Pizzicar 2022, p. 110).

El Estado, reconoce este derecho a través de la Constitución, pero también lo limita por medio de Leyes y Reglamentos. En el caso de España, la CE consagra el derecho de toda la ciudadanía a expresar ideas o pensamientos, por cualquier tipo medio escrito o de palabra y viendo a futuro, la constitución deja una cláusula abierta que se proyecta en el presente, al hacer referencia a cualquier otro medio de reproducción de información, donde podríamos encuadrar los escenarios actuales de Red y los medios digitales (art. 20.1.a) y art. 20.1.b) CE).

Ahora bien, de este derecho surgen fronteras que lo limitan desde el punto de vista Constitucional y de la Ley. La información comunicada por cualquier medio de comunicación, esto incluye Internet y todos los medios digitales, debe ser *veraz* y también se debe hacer referencia a la *Cláusula de Conciencia y al Secreto Profesional* (art. 20.1.d) CE). El derecho a la información, no puede atentar contra el derecho a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional o de la moral pública (art. 20.4 CE). Estos son límites claros, a la libertad de información, pero que tendrán su excepción en la medida que el hecho sea corroborable y comprobable. En este sentido, considera (BUSTOS 1994, p. 289-290) que los juicios de valor, en cuanto se refieran a hechos veraces y comprobables formaran parte de la libertad de información como hechos noticiables.

Por otro lado, la CE determina que la Ley, tendrá que limitar el uso de la *informática*, nuevamente proyectándose a los desarrollos futuros de esta materia, para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de la ciudadanía y el ejercicio de sus derechos (art. 18.4 CE). De esta forma, haciendo una proyección analógica del concepto de informática, podemos abarcar Internet y las redes sociales como Facebook. La doctrina ha sido muy crítica en señalar que los nuevos escenarios sociales que perfilan las redes sociales, no pueden ser tratados bajo el mismo derecho que ordena a la sociedad, y por ello, es necesario el desarrollo de un nuevo preámbulo normativo, ante la realidad de un nuevo mundo virtual (Arenas 2010, 117-144). Con base al marco legal explicado, destacaremos la importancia de la *Cláusula de Conciencia en relación a la libertad de informar*, como garantía fundamental para el ejerci-

cio del periodismo o la protección de un individuo que maneja información sensible que debe ser informada, y que hoy en día, adquiere una posición mucho más relevante ante el escenario de las *Fake News* o la manipulación de las matrices de opinión, que se incuban en las redes sociales, disponiendo de los mecanismos por excelencia para la distribución y comunicación de información a nivel mundial. Estos escenarios demandan reinterpretar la cláusula.

Esta cláusula, es un complemento en el ejercicio del derecho a la información, ya que la misma está por encima de los individuos y se proyecta sobre la sociedad como instrumento jurídico que garantiza la transmisión de la información, sirviendo de herramienta en la protección de las democracias (Pizzicar 2022, p. 115). Este concepto actúa, ante el control y publicación de información que busque generar tendencias políticas o sociales. El mejor ejemplo, son las elecciones políticas al gobierno de un país, donde medios digitales debido a sus características de proyección y alcance de información inmediata y total, tiene el poder de crear matrices de desinformación que alteren el desarrollo de un proceso político, social o económico. Por ello, la cláusula de conciencia no solo funciona como una garantía para el periodismo, sino que es un elemento garantizador de la transmisión de la información (Pizzicar 2022, p. 115-116). Se convierte, en una herramienta de supra poder democrático para el individuo que tengan información sensible y que deba ser transmitida en referencia al control de la información por redes sociales como Facebook, paleando y exigiendo una protección de las instituciones del Estado, ante el efecto manipulador de matrices de opinión proyectadas por medios digitales.

2. La libertad de expresión como libertad de recepción de contenido

Parte de la doctrina da una definición de libertad de expresión de contenido práctico jurídico, que dispone de dicha libertad, como conjunto de apreciaciones basadas en percepciones particulares subjetivas, que no son injuriosas o innecesarias para la transmisión de un mensaje (Villaverde 2009). En otras palabras, dicha libertad tendrá un carácter de legalidad, en la medida que la transmisión del mensaje no afecte a terceros o desvirtúe el hecho objetivo que se comunica.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Español, en adelante “TCE”, ha dejado claro que la libertad de expresión debe considerarse como derecho fundamental, inalienable e irrenunciable de toda la ciudadanía, por medio del cual, se tiene el objetivo primordial de garantizar la existencia de la opinión pública de forma libre y sin límites, indispensable para el estímulo del pluralismo político (STC 192/2020, 17 de diciembre).

Por otro lado, la CE dispone que la Libertad de Expresión debe estar reconocida en el ordenamiento jurídico y el mismo, debe proteger el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y opiniones mediante la palabra, medios escritos o cualquier otro medio. Este último escenario, representa una cláusula abierta del texto constitucional (art 20.1 CE). Por lo tanto, dicha protección puede aplicar a cualquier herramienta digital, cuyo fin sea la de expresar contenido, ideas y puntos de vista, concepto aplicable a las realidades digitales.

Ahora bien, en el mundo digital se ha considerado que el dilema que se plantea, no está relacionado con la libertad de creación y expresión, ya que esta se encuentra protegida y bien resguardada por el ordenamiento jurídico, sino que, la problemática surge de la Libertad de Recepción de contenidos (Escobar 2007, p. 117-121). Facebook dispone de prerrogativas especiales enmarcadas en su normativa, para bloquear contenidos afectando la libertad de expresión y creando barreras que obstruyen el libre tráfico y recepción de contenidos.

En el mundo digital, identificamos 4 tipos de barreras, en relación al tráfico y recepción de los contenidos que se pueden transmitir a través de la red. Las limitaciones a la recepción de contenido en este mundo digital, pueden ser por *barreras económicas y culturales, por reglamentaciones de poder público, por características del mercado o también pueden provenir de los intermediarios de internet y de servicios digitales* (Escobar 2007, p. 121-128). Siendo esta última barrera relativa a proveedores digitales la que tocaremos en este trabajo.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en adelante “LSSICE”, regula al menos 4 tipos de intermediarios digitales dispuestos en los (arts. 15 e), 16.1 b) y 17.1 b) LSSICE). Destacamos, *los prestadores de servicios de alojamiento de datos, los prestadores de servicios que facilitan enlaces, contenidos o instrumentos de búsqueda*. En esta descripción de tipos de intermediarios podemos encuadrar a Meta y su servicio de Facebook, ya que la misma se encarga de la gestión de datos y contenidos en su plataforma.

Esta norma establece en cabeza del intermediario la obligación de conocer el origen y naturaleza del contenido para determinar si el mismo es lícito o ilícito. Es decir, que se podría justificar las prerrogativas especiales de eliminación de contenido que se disponen en la NC de Facebook, justificándolo en normas como la LSSICE, ya que como vemos el prestador de servicios puede considerarse responsable en cierto grado, por la actuación

desproporcional de su usuario. De hecho, vemos como algunos autores, consideran que la norma impone una obligación de diligencia debida en cabeza del intermediario, la cual no es definida claramente, generando un riesgo de fiscalización y de imposición de multas pecuniarias elevadas (Escobar 2007, p. 124-127).

Pareciera que normas de este tipo estimulan el establecimiento férreo de controles de datos y contenidos de los intermediarios digitales, cuartando de alguna forma la libertad de expresión y recepción, ya que ante la poca claridad de la norma se corre el riesgo de ser fiscalizado y penalizado. Ahora bien, como efecto correctivo a la norma, el TCE ha asumido el concepto de la «*Teoría del Efecto Disuasorio*», la cual proviene de la influencia jurisprudencial Norte Americana llamada, «*Chilling Effect*» (Escobar 2007, p. 126-128). En este sentido el TCE, se ha pronunciado exigiendo el empleo de una especial moderación técnica en la censura de las expresiones en el campo de digital y la Internet, en pro de la protección del sujeto receptor de la información o contenido (STC 136/1999, 20 de julio). Esta sentencia, es de importancia ya que reafirma, la característica abierta de la Red, frente a los medios de telecomunicación tradicionales y deja claro la naturaleza garantista de protección de la libertad de expresión dispuesta en la CE. También se deja claro que, aunque la libertad de expresión cuenta con garantías amplias para su ejercicio, la misma tiene límites en relación a los efectos que podría generar en la esfera integral del individuo. Estos límites, representan un motor de acciones judiciales y procedimientos administrativos, accionados por personas naturales y jurídicas que ven como su derecho al honor, la imagen o la intimidad, se ven afectados por las garantías amplias del derecho a la libertad de expresión que no admite una revisión o censura previa.

El potencial ejercicio arbitrario de la libertad de expresión, puede traer como consecuencia la activación de mecanismos para su restricción, cuando los derechos de la ciudadanía se vean afectados o imperen causas de seguridad nacional. Sobre este tema (Escribano 2011, p. 23) considera «(...) la libertad de expresión no puede restringirse arbitrariamente, es necesaria la existencia de unas causas justificadas y que realmente impliquen la necesidad de su limitación». El TCE, también ha reafirmado la posición doctrinal mencionada, por lo tanto, mientras que las expresiones no sean injuriosas o no necesarias no se puede limitar la libertad de expresión por más molestas o críticas que sean las opiniones (STC 117/2015, 22 de julio).

La Red y sus medios digitales como Facebook, representa un mecanismo multiplicador de información de alto impacto, siendo incomparable con los medios tradicionales. Cualquier individuo, puede difundir contenidos en

tiempo real y continuo. Por ello, es entendible el establecimiento de prerrogativas especiales para el control de contenido, en la medida que el mismo afecte a terceros, por parte de medios digitales, como Facebook.

3. Derecho a la protección de datos personales por el marco jurídico europeo y su relación como garantía ante el uso irresponsable de la libertad de expresión

La Doctrina señala (Rallo 2017, p. 583-590) que el derecho a la protección de datos, es una garantía fundamental de la dignidad y protección de la integridad de la esfera personalísima del individuo, que tiene su fuente creadora en la utilización y automatización de datos privados de forma ilegítima. En relación a Facebook, lo primero que debemos identificar es la configuración de recolección de datos y contenido que nos ofrece la red social. De esta forma, se debe destacar 2 aspectos en relación a como los datos son recopilados. Primero, encontramos una serie de datos que son compartidos de forma genérica y automática en atención al uso de la plataforma. Podríamos identificarlos como datos esenciales para la apertura de la cuenta. Segundo, tenemos aquellos datos que son recopilados por la forma y las necesidades en que cada usuario configura su cuenta o perfil, personalización de la cuenta.⁹ Como consecuencia, la situación de cada usuario en relación a sus datos y contenido que administra en su perfil es única y distinta a los demás usuarios. Esto conlleva que, ante cualquier reclamo en materia de protección de datos, lo primero a revisar es la configuración de privacidad de la cuenta, seguido de la revisión de la política en esta materia. Facebook recopila información en la medida en que el usuario configura su perfil de privacidad e interactúa con él, creando una situación personalizada a gusto de las necesidades del mismo (Limón 2019, p. 35-42).

Respecto a la publicación de contenido, Facebook dispone de 4 niveles u opciones de libertad y administración de privacidad, donde el usuario es libre de elegir: I) Privado, II) Sólo Amigos, III) Amigos de Amigos y IV) Público. Ahora bien, ¿qué significa perfil público con base a la regulación de Facebook, siendo este el estándar que puede generar mayor impacto a terceros al estar abierto a todos los usuarios? Considera (Limón 2019, p. 48) «(...) publicar contenido “público”, significa que el usuario otorga permiso a todas las personas, incluidas aquellas ajenas a Facebook, para que accedan y usen dicha información y la asocien al titular (...)». Concluimos entonces, que

9 Facebook «Privacy Violations» [en línea]. 2023 [consultado 15 de junio de 2023] Disponible: <https://transparency.fb.com/policies/community-standards/privacy-violations/>

este perfil es el que puede generar mayor impacto, no solo en el aspecto de la libertad de expresión, sino también en la esfera de privacidad de los usuarios.

Como bien sabemos, el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos, en adelante “RGPD”, es el marco fundamental europeo general que ofrece a los ciudadanos la protección y control de su información personal, en la esfera digital. El RGPD, dispone de la obligación de conciliar la protección de datos personales, con el derecho a la expresión libre (Pauner 2019, p. 440).¹⁰ Esta declaratoria es de importancia, ya que se deja claro el riesgo existente de privación o manipulación de la libertad de expresión, ante la gestión de la data privada la cual, se constituye como un factor clave que puede permitir el control de la sociedad, en mano de organizaciones que actúan fuera de la Ley. De esta forma, se hace referencia en los considerandos de la norma, sobre la necesidad imperante de la transparencia en la transmisión clara y precisa a la persona física, sobre las cuestiones referentes al tratamiento de sus datos, exigiéndose que la información al público sea concisa, accesible y fácil de entender (Pauner 2019, p. 452).¹¹ Este principio, cobra gran importancia en el mercado digital de oferta de bienes, servicios y promociones que, al día de hoy, inundan las redes y nuestros buzones de correos, y se alimenta de la data personal de los ciber usuarios.

Otro derecho conferido por el RPGD, es el derecho del interesado a que sus datos no sean tratados de forma automatizada. Confiéndole al interesado el derecho de exigir una explicación clara y precisa, donde se demuestre que sus datos son tratados con las garantías debidas. (Pauner 2019, p. 453). Este derecho, se ha titulado como el derecho de la transparencia algorítmica, donde cada día más, se exige transparencia de los sistemas.¹² Al día de hoy, las

10 Art. 85 RGPD. Tratamiento y libertad de expresión y de información. «1. Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria.»

11 Considerando 39 y 58. RGPD. «[...] El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro [...]» y «El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. [...]»

12 Art. 22 RGPD. Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. «1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.»

legislaciones de privacidad y tecnologías digitales, están exigiendo, mayor información técnica sobre los algoritmos utilizados, ya que ellos, representan un elemento controlador de nuestras conductas en línea.

Como se mencionó, el RGPD se proyecta en las legislaciones locales de la UE en materia de privacidad. En el caso de España, en la Ley Orgánica 2/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales, en adelante “LOPDGDD”. Lo interesante de esta Ley, es como la misma se desarrolla con base a la prescripción constitucional del art. 18.4, mencionado en este trabajo, que obliga al legislador que desarrolle garantías ante los avances de la informática (Pauner 2019, p. 438).¹³ Vemos como la cláusula abierta de la Constitución, permite calzar los desarrollos digitales actuales y futuros en materia de comunicación y digital. Considera (Kelsen 2009, p. 119) «La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas Leyes futuras (...)»

También, encontramos que esta Ley, en su art. 11, al igual que lo dispone el RGPD, declara el derecho a la transparencia algorítmica (Pauner 2019, p. 455).¹⁴ Este tipo de declaraciones han incrementado su importancia ante el aumento de las llamadas noticias falsas, ante los recursos comunicacionales de las redes. Los art. 85 y 86, disponen el derecho a la ratificación contra las noticias falsas, exigiéndose la veracidad de la información (Pauner 2019, p. 457).¹⁵ Sin duda este articulado, representa un gran escudo de protección ante el desarrollo de matrices de opinión en medios digitales como Facebook, exigiendo transparencia y medidas correctivas. Sin embargo, autores consideran que las restricciones dispuestas en privacidad de data, pueden conllevar a serios obstáculos a la Libertad de Expresión, en la transmisión de datos a

13 Art. 18.4 CE. 4. «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.»

14 Art. 11. LOPDGDD. «Transparencia e información al afectado. 1. Cuando los datos personales sean obtenidos del afectado el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 [...]»

15 Art. 85 y 86. LOPDGDD. Artículo 85. Derecho de rectificación en Internet. «1. Todos tienen derecho a la libertad de expresión en Internet. 2. Los responsables de redes sociales y servicios equivalentes adoptarán protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, [...]» y «Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales. Toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernen cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual [...]»

terceros países que no cumplen con las garantías de la UE (Pauner 2019, p. 441). Ahora bien, ¿cuál es la posición de la Agencia Europea de Protección de Datos, en adelante la “AEPD”, en relación al tratamiento y transferencia de los datos recopilados por Facebook? Este es un tema complejo, ya que no solo, se debe analizar la normativa interna en materia de privacidad y tratamiento de datos de Facebook, si no también, los mecanismos trasatlánticos para la transferencia de datos entre Estados Unidos, en adelante “EE.UU.”, y la UE, en especial la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE.UU., en adelante “Privacy Shield”.

El Privacy Shield, disponía de obligaciones para las empresas como Facebook y limitaba el acceso a los datos a las autoridades americanas. En pocas palabras, este acuerdo era más exigente en materia de protección de datos que el acuerdo Safe Harbor, que funciono antes de la entrada en vigencia de este. Considera (ECIJA 2018) que con el Privacy Shield, el Gobierno Estadounidense, se comprometía a cumplir con ciertos estándares, para equiparar el nivel de protección de datos personales de la ciudadanía de la UE almacenados en EE.UU., con los estándares más elevados y exigentes europeos dispuesto en el RPGA. Así, empresas como Facebook quedaban autorizadas para recopilar, tratar y almacenar datos europeos.

Ahora bien, en fecha 16 de julio de 2020, el TJUE, hizo un pronunciamiento mediante sentencia de la Gran Sala, correspondiente al caso *Facebook Ireland vs. Schrems*, en relación con el asunto C-311/18. Este pronunciamiento invalida el acuerdo Privacy Shield, sobre la adecuación de la protección conferida en materia de transferencia de datos entre la UE y EE.UU. (ECIJA 2023). El TJUE entiende que no se cumple con los requisitos exigidos para la realización de transferencias basadas en una decisión de adecuación, ya que, no se reconocen los derechos efectivos y exigibles de los ciudadanos europeos dispuesto en el RPGD.

Ahora bien, se infiere la validez de las cláusulas contractuales estándar adoptadas por la Comisión Europea, para la realización de transferencias internacionales de datos entre un responsable establecido en la UE y un encargado del tratamiento fuera del espacio de la unión. Sobre la validez de las Cláusulas Contractuales Tipo, en adelante “CCT”. El TJUE entiende que, si bien son válidas, en ocasiones será necesario aportar garantías adicionales que garanticen un nivel de protección como el dado por el RPGD. Meta y su producto Facebook, podrían cumplir con la legislación europea y todas sus

garantías, si gestionaran directamente los datos de sus usuarios europeos en servidores físicos establecidos dentro del territorio de la UE.

Pero de momento, Facebook sigue amparándose en la utilización de las CTT y el establecimiento y aprobación de Normas Corporativas Vinculantes, y Códigos de Conducta, como lo dispone el marco europeo, siendo esta la posición adoptada por las Agencias Europeas de Protección de Datos, en la cual se incluye a la AEPD.

IV. ¿Es respetuosa la política normativa interna de Facebook del sistema de los derechos y libertades fundamentales?

A lo largo de este trabajo, hemos visto los criterios de limitación de la Libertad de Expresión utilizados por Facebook, el contenido de las NC como elemento regulador de la interacción de los usuarios en el día a día de la plataforma y por último vimos un análisis comparativo de las NC, conectándolas con normas europeas y españolas que generan efectos en relación a los derechos fundamentales de la ciudadanía de la UE. Aunque el sistema de gobierno de Facebook, se inspira en legislaciones internacionales de avanzada, al final del día, estamos en presencia de una entidad privada con objetivos comerciales, que maneja un presupuesto mayor en promedio a cualquier nación del mundo y que gobierna de forma digital a una parte importante de los ciudadanos del mundo en sus relaciones digitales. Por tal razón, independientemente que la plataforma genere un sistema claro de normas, es de necesidad imperante que sean los Estados que gobiernen de forma proactiva y directa el funcionamiento de estas plataformas y sus algoritmos, ya que las mismas, pueden representar a un Estado, dentro de los Estados.

Dicho lo anterior, resaltamos que en fecha 15 de diciembre de 2020, fue presentada ante la Comisión Europea, la *Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea seguro y responsable*, en adelante “LSD”, como marco primordial y garantizador de un espacio digital más seguro, entrando en vigencia, a partir del 1 de noviembre de 2022. Este instrumento normativo, representa una expresión de mayor conciencia del entorno legislativo y digital europeo, en relación a la capacidad de proyección y reflejo de la vida diaria y cotidiana de la ciudadanía, en los medios digitales. Al día de hoy, la ciudadanía, compra bienes y servicios, realiza transacciones financieras, estudia, juega juegos *on line*, trabaja remoto a través de sistemas de comunicación como lo son los correos electrónicos, chats y video conferencia, todo esto a través del espacio digital, representando dichas acciones una sustitución de la vida física. Considera (GUILLÉN 2022, p. 269) que, la Ley y su desarrollo en el contexto digital, ha venido cobrando una importancia estratégica, ante la

crisis sanitaria generada por el COVID19, ya que dicha situación estimulo las comunicaciones y transacciones digitales de forma exponencial.¹⁶

El LSD, limita la difusión de contenidos y productos ilícitos en línea, aumentando la protección contra riesgos sistémicos, *como la apología del odio y la difusión de desinformación*, otorgándole a los usuarios la facultad de exigir claridad y precisión en la información. Considera (Guillén 2022, p. 270) que el uso de la tecnología digital, conlleva nuevos retos en cuanto a la protección de los derechos e interés legítimos de terceros, como serían: la protección de datos personales, los derechos a la intimidad, al honor, la propia imagen y la búsqueda de la regulación del anonimato.

En relación a la libertad de expresión, limita las decisiones arbitrarias de moderación de contenidos por parte de las plataformas. Punto importantísimo, para la protección de contenido publicado y que está en armonía con la posición asumida por el TCE en relación a la *«Teoría del Efecto Disuasorio»*. Señala (Guillén 2022, p. 271) que, los usuarios puedan tener acceso en línea a medios para impugnar las decisiones de moderación de contenidos. En este punto, se debe resaltar que Facebook lo tiene implementado al día de hoy, una opción de este tipo, en línea en su sistema¹⁷.

Importante destacar, las empresas de servicios digitales deberán someterse a auditorías anuales independientes, donde equipos técnicos, tendrán un papel fundamental en la revisión de data, algoritmos de funcionamiento de las plataformas entre otras revisiones técnicas. Dispone (Guillén 2022, p. 273) que, deberán proporcionar a los organismos reguladores y terceras partes dedicadas a la investigación, acceso a los datos de las plataformas e información, en especial sobre sus algoritmos para garantizar un mayor nivel de escrutinio y rendición de cuentas. Esta posición de la norma, represente una gran defensa de la ciudadanía, para la exigencia de transparencia en los algoritmos empleados y que pueden tender a controlar el comportamiento en materia de decisión de los usuarios.

El LSD crea nuevas competencias de supervisión de la Comisión, similares a los establecidos en *materia de protección de datos*. Cada Estado miembro, tendrá que designar un coordinador de servicios digitales, que supervis-

16 Comisión Europea «Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea, seguro y responsable» [en línea]. 2022 [consultado 15 de junio de 2023] Disponible: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

17 Facebook «Servicio de Ayuda» [en línea]. 2023 [consultado 17 de julio de 2023] Disponible: <https://es-es.facebook.com/help/www/263149623790594/>

ará a los diferentes actores digitales en línea. En particular destacamos que la norma hace hincapié, a las grandes plataformas y motores de búsqueda, como sería el caso de Facebook. Por último, los Estados miembros de la UE, tendrán que facultar a sus coordinadores de servicios digitales, a más tardar para la fecha del 17 de febrero de 2024, cuando esta función de supervisión y fiscalización será plenamente aplicable.

Esta Ley, es un reflejo de la importancia del papel de gobierno y fiscalizador del Estado, ya que, con base a las características de independencia y poder técnico de las infraestructuras digitales, es fundamental la limitación y la imposición de mecanismos fiscalizadores por parte de las instituciones y organismos estatales, ante el comportamiento de entidades como Facebook. El papel del Estado y de sus órganos legislativos, no puede verse sustituido o coadyubado, por la gobernanza interna de estos servicios y plataformas, independientemente que se alimente de los estándares más elevados en materia de derechos humanos y la protección de libertades públicas.

1. Casos ejemplificativos relacionados con pronunciamientos judiciales y administrativos a nivel local, ante la falta de una respuesta de Facebook en relación al reclamo de un usuario en materia de libertad de expresión

En este capítulo trataremos de identificar, distintos casos relacionados con el pronunciamiento de los tribunales en relación a la libertad de expresión y sus límites al comportamiento de los usuarios de la plataforma Facebook, y también, veremos la posición asumida por la AEDP, ante el procesamiento de data privada de usuarios europeos por parte de Facebook.

Casos referentes a la Libertad de Expresión y sus límites en los tribunales españoles:

En primer lugar, encontramos un caso del TSE que, por medio, de sentencia del Pleno de la Sala Primera, de fecha 3 de noviembre del 2022, condena al titular de una cuenta de Facebook, por los comentarios publicados por terceros en su perfil público (STS 747/2022, 3 de marzo).

De este modo, se examina la responsabilidad del titular de una cuenta de Facebook, por los comentarios publicados, por terceros ajenos a él, en el perfil configurado como público del titular. La sentencia versa sobre el *Derecho al Honor y a la Libertad de Expresión*, entrando a examinar la responsabilidad del titular de una cuenta de Facebook, por los comentarios publicados por terceros en el perfil público de la red social, produciéndose una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes y disponiendo de los límites de calibración a la libertad de expresión.

Interesante observar, como se dispone de la responsabilidad del titular de la cuenta, por no eliminar estos comentarios dañinos, hechos por un tercero, en el perfil público del usuario titular de la cuenta, una vez conocidos los mismos. Se dispone que no puede ser excusado por falta de legitimación, peligro de censura o dificultades de ponderación, puesto que existe un deber de diligencia reactiva y cuidado debido que le obliga al usuario, ejercitando su poder de control sobre su perfil que ha configurado como público, a su borrado inmediato y denuncia.

Al no atender este deber el dueño del perfil, la Sala considera que se convierte en responsable de los daños y perjuicios causados a título de culpa por omisión, derivada de dicha falta de diligencia y cuidado por su parte, que no puede ser excusada con el derecho a la libertad de expresión. Este punto, es de gran importancia ya que nos demuestra que en muchas ocasiones los controles de contenido de Facebook y sus herramientas de denuncias, no son lo suficientemente eficientes, siendo necesaria la actuación de los órganos judiciales.

Otro caso interesante, lo encontramos en el TCE, que ha desestimado un Recurso de Amparo, interpuesto por una concejal del Ayuntamiento de Catarroja (Valencia) contra la sentencia del Pleno de la Sala Civil del TSE, que la condenó a pagar una indemnización por vulnerar el derecho al honor del torero Víctor Barrio, al que se refirió como *asesino de toros* en las redes sociales a las pocas horas de fallecer (STC 93/2021, 10 de mayo).

El Tribunal, ha aclarado que el Derecho a la Libertad de Expresión “*no ampara*” utilizar las redes sociales, para llamar asesino a un torero a las pocas horas de haber fallecido. El TCE entiende que la libertad de expresión, no puede ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano, pues ésta se erige como fundamento del orden político y de la paz social de la comunidad. Por lo tanto, el Tribunal determina de forma objetiva que calificar al torero como “*asesino*” debe ser considerado como una injerencia directa en su derecho al honor, que supone una afectación a la reputación personal, moral y ética del individuo. Importante, se hace referencia a que el mismo representa una denigración de su prestigio y actividad profesional, con directa afectación a su dignidad individual y familiar.

Por último, se destaca que, a la sentencia de la Sala, se opone el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, sosteniendo la necesidad de desarrollar un canon específico de juicio, relativo al ejercicio de la libertad de expresión en redes sociales.

Por otro lado, vemos casos relacionados con la publicación de comentarios e insultos en redes sociales por parte de trabajadores de empresas, refiriéndose a sus supervisores y entorno laboral, que también han sido tratados por los tribunales y guardan una estrecha relación con el derecho a la libertad de expresión. Es de esta forma que encontramos pronunciamientos del Tribunal Superior De Cataluña, donde se considera procedente el despido de una trabajadora por realizar comentarios en su perfil público de Facebook, fuera de los parámetros que impone el respeto en las relaciones sociales y laborales, siendo considerados los mismo por este tribunal como insultos no justificables, ya que no se pueden equiparar a una crítica o denuncia seria y responsable, por lo tanto, se justifica el despido de la empleada ya que bajo sus compromisos asumidos con la empresa, se encuentra el respeto a la imagen y la integridad de la misma. (STSJ de Cataluña 609/2013, 30 de enero).

Nuevamente, un Tribunal toma en cuenta la graduación de la libertad de expresión y sus límites en un entorno digital, esta vez, relacionados con elementos de derecho laboral. Los insultos realizados por el trabajador, independientemente que se publiquen solo en su perfil de Facebook, tienen un alcance de proyección digital inmensurable. En este caso, es importante destacar que el Tribunal declara que, en el presente caso, no se busca limitar la libertad de expresión, por el contrario, se busca su protección ante comentarios que exceden los límites del mismo derecho y atentan contra los derechos reputacionales de la empresa.

Bajo este mismo espíritu, encontramos otro pronunciamiento, pero en este caso del Tribunal Superior de Madrid en relación a Twitter. En este caso, vemos la utilización de Twitter por parte de un empleado para insultar a la empresa donde trabaja, ratificando este tribunal criterios de graduación y distinción de lo que son actos de libertad de expresión que permiten realizar una denuncia o crítica responsable, y lo que son actos que desbordan los principios rectores de la libertad de expresión, estando fuera de los cánones de respeto, responsabilidad y profesionalidad (STSJ de Madrid 804/2019, 19 de julio).

No cabe duda alguna, que el tratamiento que da la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina hacen en relación al derecho a la libertad de expresión, conlleva una serie de límites donde se busca establecer una frontera entre libertad medida y responsable por un lado, y por otro lado actos de libertinaje no justificativos, que no conllevan al entendimiento y vulneran derechos de terceros.

Aunque en este trabajo hemos visto como el derecho a la libertad de expresión, se proyecta de forma analógica a los medios digitales y que la Constitución deja abiertas cláusulas para cubrir el desarrollo del avance de la informática, es interesante observar cómo cada día más, se debe tener mayor conocimiento técnico y social del fenómeno digital, por parte de legisladores y jueces, ya que ante la carencia de un sistema normativo que toque los criterios de libertad de expresión en el mundo digital, estamos en la presencia del desarrollo vivo de nuevos sistemas regulatorios, decisiones judiciales y administrativas que tocan este fenómeno digital.

Pronunciamientos administrativos de la AEDP en relación al tratamiento de datos privados:

El primer caso que traemos a colación se llama, A.A.A vs. Facebook, de fecha 16 de marzo de 2018 (AEDP 757/2018). Encontramos que un usuario español solicitó la eliminación de un enlace que aparecía en Facebook, relacionado con servicios de ingeniería donde se identificaba al reclamante, el cual alegó que no es ingeniero, ni presta dichos servicios.

La AEPD, decidió de forma fundada resolver sobre la eliminación de dicho enlace, que contienen datos personales como direcciones personales y teléfonos del usuario de Facebook. La parte interesante, es que la AEDP, lleva a cabo una revisión sobre la naturaleza de su autoridad sancionadora administrativa y su potestad de conocer el caso. Se concluye en el proceso que teniendo Facebook Spain, S.L. como principal objetivo captar clientes en jurisdicción española, que buscan publicitar bienes y servicios a través de la plataforma digital, y en contraprestación reciben un pago monetario, que posteriormente son captados por Facebook Inc., como casa matriz, se determina la existencia de una relación de causalidad directa entre la casa matriz y la sucursal. Por medio de esta relación, la casa matriz le interesa que la sucursal capte la mayor cantidad de usuarios para el tratamiento de sus datos fuera, y que eso permita un mayor impacto en materia publicitaria, para los clientes que usan la red-social como canal comercial y publicitario.

Por otro lado, la resolución dispone que los datos son almacenados en los equipos de los usuarios en forma de direcciones temporales, y que posteriormente las mismas podrían tomar un tránsito fuera de la UE. También se deja claro, que no importa que el responsable del tratamiento este fuera de la jurisdicción europea, ya que hablamos de ciudadanos europeos, por lo tanto, la AEPD tiene competencia para sancionar sobre el caso.

Siguiendo, con los pronunciamientos administrativos de la AEPD, entramos en un caso relativo al indebido tratamiento de datos personales entre WhatsApp y Facebook, de fecha 2 de marzo de 2018 (AEDP 259/2018).

Como hemos mencionado en el desarrollo de este trabajo, el grupo Facebook en el año 2016, adquirió un nuevo producto digital llamado WhatsApp, llevando la empresa a cabo una actualización de su política de privacidad y términos de servicios. Facebook y WhatsApp como servicios relacionados, compartirían sus bases de datos y en principio dentro de las actualizaciones de las condiciones de prestación de los servicios digitales, los usuarios serían informados sobre las consecuencias de dicha adquisición en relación a los servicios y tratamiento de datos. Es importante recalcar que, hemos mencionado en este trabajo que el marco normativo de la empresa Meta al día de hoy, ha sido diseñado para ser aplicado de forma transversal a sus productos digitales. La AEPD, determino que la transferencia de datos entre ambas plataformas, no guardaba relación final con la prestación de los servicios y que el usuario simplemente recibía una notificación para aceptar la transferencia de sus datos sin mayores explicaciones de las razones y consecuencias, por las cuales se llevaba a cabo dicha transferencia.

Es por ello, que la AEPD concluye que realmente estamos en presencia de un consentimiento por parte del usuario *no libre*, que de cierta forma se encuentra coaccionado. Ya que, en el caso de no aceptar las nuevas condiciones, que carecen de un fundamento lógico que relacione la necesidad de la transferencia para la continuidad del servicio prestado por la plataforma Facebook, el usuario *no podría continuar utilizando su perfil*. En este sentido, la posición de la agencia busca una protección garantista ante los super poderes administrativos de la plataforma. Vemos entonces, como las grandes plataformas pueden ejercer una presión totalmente arbitraria en sus usuarios, buscando forzar una aceptación automática, sin cuestionamientos o quejas, ya que el usuario en pro de seguir manteniendo su cuenta, con su historial, contenido y red de contactos, simplemente prefiere aceptar los nuevos términos.

Posiciones doctrinales relacionadas con los Tribunales y la Libertad de Expresión en la Red

Aunque en el presente capítulo, hemos analizado sentencias y pronunciamientos administrativos en relación al presente tema, encontramos que algunos autores consideran que, al día de hoy, tanto a nivel nacional como europeo, existe una carencia de pronunciamientos judiciales que puedan sentar las bases fundacionales del derecho a la libertad de expresión en el mundo digital. Considera (Cotino 2007, p. 133-134) que, a diferencia de los Estados

Unidos de América, tanto en Europa como en España, no existe un desarrollo jurisprudencial que sienta los fundamentos de un verdadero derecho a la libertad expresión en la Red y como consecuencia de los servicios que en ella se ofrecen y presten.

Ahora bien, se debe resaltar que a nivel de Audiencias Provinciales y a nivel de oficinas administrativas como sería la AEDP, existe una actividad bastante fructífera de sentencias y decisiones administrativa en relación a la libertad de expresión en la Red y en sus plataformas digitales que se proyectan por medio de ella, como sería el caso de Facebook. Señala en este sentido (Cotino 2007, p. 140) que muchos de estos casos a nivel de tribunales inferiores están relacionados en su mayoría con incidencias en el uso de internet y sus plataformas de servicios que ofrecen mensajería y chats entre otros productos, y que sobre todo dichas reclamaciones se desprenden del entorno laboral. Aunque coincidimos con (Cotino 2007, p. 133-140) en relación a una escasez de resoluciones judiciales substanciales que dispongan de las bases de un nuevo derecho de libertad de expresión en la Red, a diferencia de lo que se ve en el desarrollo jurisprudencia de privacidad de datos, cierto es que cada día se reporta un crecimiento de casos que terminan siendo cerrados a nivel del TSE o del TCE, tribunales superiores. Esto se debe a la mayor penetración y utilización de la Red y sus servicios digitales en todos los campos, académico, labora y ocio. También la accesibilidad de la ciudadanía a la Red se ha visto multiplicada con el uso de la Red inalámbrica.

Por otro lado, a nivel europeo se han estado presentando pronunciamiento de mayor carácter substancial en esta materia. Considera (Limón 2019, p. 50-53) que un buen ejemplo de los nuevos desarrollos en materia de libertad de expresión en redes sociales es el juicio francés, *Durand Baissa Vs. Facebook Inc.*¹⁸ el cual llegó a la Corte de Apelación de París en el año 2016. De forma resumida, el señor Frederick Durand-Baissa profesor de arte en la Universidad de París, público en su perfil de Facebook una imagen de la pintura titulada “*Origen del Mundo*”, que pinto Gustave Courbet en el año 1986. La administración de la plataforma decidió de forma unilateral, sin consulta previa con el usuario, cerrar la cuenta automáticamente, ya que con base a las NC estudiadas en el presente trabajo, se consideró que la imagen gráfica era pornográfica, vulnerando los derechos de terceros. Debido a esta situación, el afectado demanda a Facebook, alegando que la red social atento contra su libertad de expresión.

18 Cour d'appel de Paris, 12 février 2016, n° 15/08624

Esta decisión rectificó la facultad de la jurisdicción francesa de conocer del caso, ante cláusulas jurisdiccionales de sumisión expresa de Facebook, dispuestas en sus términos y condiciones, para que cualquier demanda fuera tratada en tribunales Norte Americanos y como segundo punto, pasa a conocer de los criterios de graduación de la libertad de expresión en la red social.

Como vemos ante el avance de las redes sociales, la interacción y pronunciamiento de los tribunales tiende a aumentar y tener mayor preponderancia, ya que a través de las redes sociales, hacemos uso constante de una de los derechos fundamentales de mayor relevancia, la libertad de expresión y el derecho a la información.

2. Análisis

Por medio de los análisis realizados en los capítulos anteriores, hemos podido ver, como las NC toman en cuenta un catálogo amplio de derecho fundamentales dispuestos en la CE y como las mismas buscan la protección de la *Libertad de Expresión y el Derecho a la Comunicación*, estableciendo límites en pro de la protección del derecho al honor, la familia y la intimidad, evolucionando con la dinámica actual que demanda la era digital.

También hemos podido identificar, como Facebook cuenta con canales de denuncia claramente definidos en sus términos y condiciones para la tramitación de cualquier queja o reclamo de usuarios que consideren que sus derechos hayan sido vulnerados. Ahora bien, en algunos casos, estos mecanismos de control no tienden a satisfacer las necesidades de la persona denunciante, y de allí, la importancia que tienen los órganos administrativos y judiciales del Estado, ya que en la gran mayoría de casos, las denuncias versan sobre derecho fundamentales y libertades públicas.

La condición sanitaria vivida con la pandemia COVID19, trajo como consecuencia debido a la situación de cuarentena vivida en las principales ciudades del mundo, la aceleración de los medios y herramientas digitales para la gestión de trabajos, educación y por supuesto ocio. Al mismo tiempo, los ordenamientos jurídicos para ese momento, no se encontraban tan avanzados en relación a todos los efectos que surgían de dichas relaciones digitales. Un buen ejemplo de ello, lo representan los algoritmos utilizados en redes sociales y buscadores, para facilitar de forma más precisa contenido de publicidad de bienes y servicios a los cibernautas. Otro ejemplo, fue la aceleración en la implementación de herramientas de inteligencia artificial como el *ChatGPT* o la implementación de metodologías de trabajo remoto.

Todo esto ha traído como consecuencia, el desarrollo e implementación de normativas que disponen de responsabilidades para filtrar y limitar la difusión de contenidos ilegales o de controles de desestimulo del discurso al odio y de productos ilícitos comercializados en línea, aumento de medidas de protección de los menores y ofrecer a los usuarios mayores posibilidades de elección y mejor información. En relación a la Libertad de Expresión, se ha buscado limitar las decisiones arbitrarias de moderación de contenidos por parte de las plataformas.

Como punto a destacar, los legisladores han puntualizado la importancia que estas nuevas normativas busquen, evaluar y gestionar los llamados riesgos sistémicos, como la apología del odio y la difusión de desinformación, que pueden presentarse en sus servicios y generar un gran impacto en la población, por el poder elevado de comunicación y penetración de contenido para la conformación de tendencias y matrices de opinión en el mundo digital.

V. Conclusiones

En el trabajo realizado, hemos determinado dentro del marco normativo interno de Facebook, su norma de mayor relevancia desde el punto de vista de la interacción de usuarios con la plataforma, la norma llamada NC. A partir de este punto, se derivan una serie de análisis en relación a su contenido, alcance, aplicabilidad, su desarrollo en relación a derechos fundamentales como la Libertad de Expresión, el Derecho de Comunicación y la Protección de la Data Privada de los usuarios, y la reacción del Estado frente a ellos.

De este estudio se presentan las siguientes conclusiones:

Primera. Las NC como norma de naturaleza consuetudinario o reglamento vivo que rige el día a día del usuario. Las NC gobiernan directamente el día a día de las actividades e interacción de los usuarios en la Red y coadyuban a la correcta interpretación de condiciones y servicios, políticas para su puesta en práctica. Las NC buscan garantizar que se valore la voz de todos los usuarios y la protección de sus derechos y deberes inmediatos.

Segunda. Las NC como norma de externalización global y de alcance general, a todos los usuarios de Facebook, independientemente de la nacionalidad, tendencia religiosa o política. Las normativas de Facebook conllevan un proceso de automatización y externalización del derecho fuera de Estado, o por lo menos, podemos considerar que es uno de los objetivos buscados. Las NC aplican a todos sus usuarios, en todo el mundo y a todo tipo de contenido que se publique en Facebook. Esta capacidad de alcance

de proyección normativa, aunque sea interna, no es comparable con la aplicabilidad de ningún ordenamiento jurídico de ningún Estado.

Tercera. Justificación de la facultad de Facebook en la eliminación de contenido de los usuarios con base a la protección de intimidad, honor y seguridad. En pro de la protección de los derechos fundamentales y en el caso de España, del cumplimiento del art. 18.1 de la CE que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se podría justificar que, para su defensa y protección, cualquier medio de telecomunicación tradicional o digitales, debería ejercitar o tener prerrogativas especiales que le permitan remover contenidos que atenten contra estos derechos. Es por ello, que consideramos que dicha prerrogativa no es ilegal, siempre y cuando se ofrezca un canal de denuncia y que se fundamente la acción tomada, de forma tal, que el usuario afectado pueda defenderse.

Cuarta. Los Derechos Fundamentales como parte intrínseca del contenido de las NC. Hemos podido ver, como las NC buscan regular aspectos relacionados con la violencia, seguridad, contenido cuestionable, integridad entre otros elementos. De estos puntos, se desprenden mecanismos y algoritmos de evaluación de contenido que buscan regular la Libertad de Expresión y el Derecho de Comunicación en pro de la protección, del derecho al honor, la intimidad y criterios de seguridad pública. Las NC justifican cualquier acción regulatoria de contenido con base a la protección de los derechos fundamentales de los usuarios.

Quinta. El Derecho a la Información y la Cláusula de Conciencia en el mundo digital ante la tendencia de noticias falsas (*Fake News*) y la fabricación de matrices de opinión. La Cláusula de Conciencia, atiende a comportarse como una garantía para el ejercicio del periodismo o la protección de un individuo que maneja información sensible que debe ser informada, y que hoy en día, adquiere una gran importancia ante el escenario de las *Fake News* o la manipulación de las matrices de opinión pública en las redes sociales.

Esta cláusula, representa una garantía ante el control y publicación de información que puede generar una tendencia política y social, que no es natural en la coyuntura que vive un Estado ante un proceso extraordinario. El mejor ejemplo, son las elecciones políticas al gobierno de un país, donde medios digitales debido a sus características de proyección y alcance de información pueden crear matrices de desinformación que pueden alterar el desarrollo de un proceso político social y también económico.

La Cláusula de Conciencia, se convierte en un elemento de poder democrático para los periodistas o personas que tengan información sensible que deba ser informada en referencia al control de la información por redes sociales como Facebook, paleando de alguna forma y exigiendo una protección de las instituciones del Estado, al efecto manipulador y silenciador de matrices de opinión proyectadas por medios digitales.

Sexta. La Libertad de Expresión y sus límites. La libertad de expresión cuenta con garantías amplias para su ejercicio, también se disponen de límites a los efectos potenciales que la misma podría generar en la esfera integral del individuo, empresas, organizaciones estatales, entre otros. Estos límites representan al día de hoy, un motor de impulso de acciones judiciales y procedimientos administrativos accionados por personas naturales y jurídicas que ven como su derecho al honor, la imagen o la intimidad se ven afectados por las garantías amplias del derecho a la Libertad de expresión que no admite una revisión o censura previa antes de hacer pública una información. Podemos ver, como el potencial ejercicio arbitrario de la libertad de expresión, puede traer como consecuencia la activación de mecanismos para su restricción cuando los derechos fundamentales de la ciudadanía se ven afectados o imperen causas de seguridad nacional.

Séptima. En relación a la transferencia de datos fuera del espacio de la unión. Meta podría cumplir con la legislación europea si gestiona todos los datos de sus usuarios europeos en servidores establecidos en territorio de la UE, pero de momento sigue amparándose en las CTT. También como lo establece la decisión del TJUE, se deberá verificar: el establecimiento y aprobación de Normas Corporativas Vinculantes, Códigos de conducta junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas las relativas a los derechos de los interesados, mecanismo de certificación aprobado junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas las relativas a los derechos de los interesados y recurrir a las Autoridades de Control y solicitar la correspondiente autorización administrativa.

Octava. Nuevos desarrollos normativos ante la nueva realidad digital. La condición sanitaria vivida con la pandemia COVID19, trajo como consecuencia debido a la situación de cuarentena vivida en las principales ciudades del mundo, la aceleración de los medios y herramientas digitales para la gestión de trabajos, educación y por supuesto ocio. La LSD y la RMD se han establecido como un marco global para garantizar un espacio digital más seguro y justo para todos.

Novena. Reflexión Final. Al día de hoy, observamos como las grandes compañías digitales impactan en el día a día de los ciudadanos del mundo de forma directa. Estas compañías tecnológicas, han pasado a sustituir a los medios de comunicación tradicionales y evolucionado a un nivel nunca antes visto. A través de ellos, las personas interactúan y publican diversos contenidos, también consumen publicidad y adquieren bienes y servicios ofertados a través de estas plataformas.

Como sistema de gobierno de sus usuarios, Facebook ha creado un sofisticado ordenamiento jurídico, inspirado en su contenido e infraestructura, en los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos y democrático. Sin embargo, estos sistemas normativos pueden representar un gran riesgo para la ciudadanía y sus instituciones.

En la medida que los Estados no inviertan en el desarrollo de normativas que regulen estos sistemas jurídicos privados, que como hemos visto, tienen un alcance mayor en población al de un Estado promedio, podrían verse desplazados sus sistemas jurídicos y sus instancias administrativas y judiciales por esta construcción normativa digital. Es decir, hablamos de un mundo digital, en el cual, el Estado tiene la obligación de buscar estar presente de forma activa, ya que dichas estructuras buscan en cierta forma, tener injerencia sobre los derechos fundamentales de la ciudadanía y estos cada día más, se expresan a través de esta vía.

Por último, hemos cumplidos con los objetivos del TFG elaborando un trabajo que es soportado, por posiciones doctrinales, jurisprudenciales y el marco normativo aplicable a la materia. De este compendio de elementos, nos hemos basado para esgrimir nuestro análisis y fundamentarlo, quedando resumido en las conclusiones esbozadas en este trabajo.

VI. Referencias bibliográficas

Arenas Ramiro, María. 2010. “El consentimiento en las redes sociales ‘on line’.” En *Derecho redes sociales*, coordinado por Lorena Artemi Rallo y Ricardo Martínez Martines, 117-144. Madrid: Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3648964>.

Artemi Rallo, Lorena, y Ricardo Martínez Martines, coords. 2010. *Derecho redes sociales*. Madrid: Dialnet.

Bustos Gisbert, Rafael. 1994. “El Concepto de la Libertad de Información a partir de su distinción de la Libertad de Expresión.” *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 85 (julio-septiembre): 261-289.

Cotino Hueso, Lorenzo. 2007a. “Nuestros Jueces y Tribunales ante Internet y la Libertad de Expresión: el estado de la cuestión.” En *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, coordinado por Lorenzo Cotino Hueso, 133-232. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788499853055>.

———, coord. 2007b. *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788499853055>.

De Miguel, Alberto Pedro. 2022. “Caracterización y Organización de Internet: Perspectiva Jurídica.” En *Derecho Privado de Internet*, 6.^a ed., 39-145. España: Thomson Reuters.

Díez Bueno, Laura. 2021. “Discurso del Odio en las Redes Sociales.” *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61: 50-63. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7719222>.

Escobar, G. Guillén. 2007. “Reflexiones en Torno a los Principios de la Comunicación Pública en el Ciberespacio.” En *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, coordinado por Lorenzo Cotino Hueso, 115-131. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788499853055>.

Escribano, Patricia. 2017. “Derecho al Honor vs Derecho a la Libertad de Expresión en la Red.” En *Internet, Derecho y Política: Retos y Oportunidades*, dirigido por Ana Delgado García, 18-37. España: Huygens Editorial.

García, Pablo. 2012. *Historia de Internet. Casos cosa de la Red de Redes*. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788415442615>.

García, María Rosario, y Beatriz Tomás M., eds. 2019. *El Reglamento General de Protección de Datos*. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788413134291>.

Garriga Domínguez, Andrés. 2016. *Nuevos Retos para la Protección de Datos Personales en la era del Big Data y Computación Ubicua*. Dykinson S.L.

Gil López, Elena. 2015. “La Delincuencia en la Red: su regulación en el Código Penal Español.” Madrid: Dooper.

Guillén, Raquel. 2022. “Los Retos de la Futura Ley de Servicios Digitales: ¿un nuevo enfoque de los operadores en línea.” En *Los Nuevos Retos de los Derechos Digitales*, coordinado por Ramón Fernández, 269-287. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788411304399>.

Kelsen, Hans. 2009. *Teoría Pura del Derecho*. 4.^a ed., 9.^a reimp. Buenos Aires: EUDEBA.

Limón Díaz, Javier. 2019. *Derecho en Tiempos de Zuckerberg*. México: Tyrant Lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/show/9788413135069>.

López Morán, Elena. 2004. *León: derecho consuetudinario de España*. España: Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=143518>.

Luño Perez, Antonio-Enrique. 1992. “Intimidad y Protección de Datos Personales DPR ‘Habeas Corpus’ al ‘Habeas Data’.” En *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: TÉCNOS.

Marsan, Clara. n.d. “The Net as a Public Space: Is Net-Neutrality Necessary to preserve On-Line Freedom of Expression.” En *Internet, Derecho y Política: Retos y Oportunidades*, dirigido por Ana María Delgado García, 40-54. España: Huygens Editorial.

Martínez-Ferrer, Belén, y David Moreno Ruiz. 2017. “Dependencia de las Redes Sociales Virtuales y Violencia Escolar en Adolescentes.” *Revista INFAD de Psicología* 2, núm. 1: 105-114. <https://doi.org/10.17060/ijodaep.2017.n1.v2.923>.

Miró Llinares, Fernando. 2012. *El Cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la Delincuencia en el Espacio*. Madrid: Marcial Pons.

Moisés, Andrés. 2018. *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de internet*. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788491693987>.

Muñoz Osorio, Laura Valentina. 2011. “Sobre la Teoría Pura del Derecho y la verdadera pirámide planteada por Hans Kelsen.” *Revista de la Facultad de Derecho de México* 61, n.º 256: 173-187. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7460363>.

Nieto, Alejandro. 2019. *Una introducción al derecho*. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788413135717>.

Olaso, Luis María. 1997. *Curso de Introducción al Derecho*. Tomo II. 3.^a ed. Venezuela: Editorial Texto, C.A.

Parejo, Luciano. 1994. *El Derecho Fundamental a la Intimidad. Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Madrid: España.

Pauner Chulvi, Cristina. 2019. “El Impacto de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales en la Libertad de Expresión.” En *El Reglamento General de Protección de Datos*, editado por María Rosario García y Beatriz Tomás M., 437-452. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788413134291>.

Pizzicari, Fernando N. 2022. “El Derecho Humano a la Información y la Cláusula de Conciencia como Derecho Universal.” En *Los Nuevos Retos de los Derechos Digitales*, coordinado por Ramón Fernández, 109-116. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788411304399>.

Rallo Lombarte, Artemi. 2017. “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Juez Garante de la Privacidad de Internet.” *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, núm. 39: 583-610. <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/19150/15966>.

Ramón Fernández, coord. 2022. *Los Nuevos Retos de los Derechos Digitales*. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788411304399>.

Ribero Ortega, Raúl. 2019. *Derecho Administrativo*. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788413362724>.

Romeo Ruiz, Antonio. 2020. “La Responsabilidad Proactiva de las Administraciones Públicas en la Protección de Datos Personales.” *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 18: 138-153. https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/información/18_REVP/en_DEF/Romeo_138_153.

Sabater, Cristóbal. 2008. “Vidas de Cristal. Análisis del Derecho a la Intimidad en la Sociedad de la Información.” *Revista Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* 2, núm. 1: 46.

Sainz Moreno, Fernando. 1979. “Reglamentos ejecutivos y Reglamentos Independientes.” *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 20: 124-140. <https://Dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=749483>.

Sánchez, Remedio. 2007. “Las Libertades Públicas y su Ejercicio en Internet.” En *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, coordinado por Lorenzo Cotino Hueso, 75-106. España: Tirant lo Blanch. <https://bv.unir.net:4255/cloudLibrary/ebook/info/9788499853055>.

Villaverde, Alberto. n.d. “Libertad de expresión, anonimato y ciberespacio.” En *Derecho y nuevas tecnologías*, editado por Luis Fernández V., 301-325. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Civitas.

Zatz, Noah D. 1998. “Sidewalks in Cyberspace: Making Space for Public Forums in the Electronic Environment.” *Harvard Journal of Law & Technology* 12, n.º 1: 149-240. <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v12/12HarvJLTech149.pdf>.

Enlaces Web

Comisión Europea. 2022. “Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea, seguro y responsable.” Comisión Europea. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es.

ECIJA. 2018. “Nota Informativa – La Comisión Europea Valida el Acuerdo ‘Privacy Shield’ entre Europa y EE.UU.” ECIJA. <https://ecija.com/sala-de-prensa/nota-informativa-la-comision-europea-valida-el-acuerdo-privacy-shield-entre-europa-y-ee-uu/>.

———. 2023. “Opiniones en Europa acerca de la Decisión del DPC irlandés sobre las transferencias Internacionales de datos de Meta.” ECIJA. <https://ecija.com/sala-de-prensa/opiniones-en-europa-acerca-de-la-decision-del-dpc-irlandes-sobre-las-transferencias-internacionales-de-datos-de-meta/>.

Facebook. 2022a. “Detecting Violations.” Transparency Center. <https://transparency.fb.com/enforcement/detecting-violations/>.

———. 2022b. “Disputas.” <https://es-es.facebook.com/legal/terms>.

———. 2022c. “Transparency Center.” <https://transparency.fb.com/es-la/policies/community-standards/>.

Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. 2012. *Resumen de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y la protección de la libertad de expresión en Internet*. A/HRC/21/30, 21.º período de sesiones. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-30_sp.pdf.

Real Academia Española. n.d. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. <https://dle.rae.es/internet>.

Statista. 2022. “Leading social media platforms used by marketers worldwide as of January 2022.” <https://www.statista.com/statistics/259379/social-media-platforms-used-by-marketers-worldwide/>.

Legislación citada de la Unión Europea:

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, 18 de diciembre de 2000, núm. 364/1. [consulta 30 de marzo de 2023]. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, 4 de mayo de 2016, núm. 119/1. [consulta 30 de marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80807>

Regulación (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del consejo de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). Diario Oficial de la Unión Europea, 12 de octubre de 2022, núm. 265/1. [consulta 6 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2022/265/L00001-000666.pdf>

Regulación (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de octubre de 2022, núm. 277/1. [consulta 6 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2022/277/L00001-00102.pdf>

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial de la Unión Europea, 23 de noviembre de 1995. Núm. 281/31 [consultado 6 de marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/1995/281/L00031-00050.pdf>

Española:

Constitución de España, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre 1978, núm. 311, pp. 29313-29424 [consulta 30 marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales: Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018, núm. 294, Sec. I, p. 119788 [consulta 30 marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>

Jurisprudencia referenciada

Tribunal Superior de España

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre del 2022, (Roj: STS 3970/2022 - ECLI: ES: TS: 2022:3970)

Tribunal Constitucional de España

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 10 de mayo de 2021, (Roj: STC 93/2021 - ECLI: ES: TC: 2021:93)

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 17 de diciembre de 2020, (Roj: STC 192/2020 - ECLI: ES: TC: 2020:192)

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 22 de julio de 2015, (Roj: STC 177/2015 - ECLI: ES: TC: 2015:177)

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 20 de julio de 1999, (Roj: STC 136/1999 - ECLI: ES: TC: 1999:136)

Tribunal Superior de Cataluña

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2017, (Roj: STSJ CAT 764/2017 - ECLI: ES: TSJCAT: 2017:764)

Tribunal Superior de Madrid

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2019 (Roj: STSJ M 5944/2019 - ECLI: ES: TSJM: 2019:5944)

Tribunal Europeo

Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 16 de julio de 2020, (Roj: C-311/18 - ECLI: EU: C: 2020:559)

Resoluciones

Resolución de archivo de actuaciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Procedimiento No. TD/00757/2018. AEDP, 2018

Resolución de archivo de actuaciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Procedimiento No. PS/00219/2017. AEDP, 2017.

VII. Listado de abreviaturas

AEDP Agencia Española de Datos

APC Asociación para el Progreso de las Comunidades

Art. Artículo

Arts. Artículos

CDEDD Carta Europea de Derechos Digitales

CDFUE Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CDI Carta de Derechos de Internet

CE Constitución Española

DUDH Declaración Universal de los Derechos Humanos

NC Normas Comunitarias

RMD Regulación (UE) 2022/1925, 14 de septiembre, de Mercados Digitales

LOPDGD Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales

LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial del Poder

LSD Regulación (EU) 2022/2065, de 19 de octubre, de Servicios Digitales

RGPD Reglamento General de Protección de Datos Personales

RLOPJ Reglamento de la Ley Orgánica del Poder Judicial

TCE Tribunal Constitucional Español

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFE Trabajo Final de Grado

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TSE Tribunal Supremo Español

SEC Securities and Exchange Commission

UE Unión Europea

Mi entrevistado

Isabel Vidal de Tenreiro

pp. 427-432

Mi entrevistado

Resumen: La autora relata aspectos de la personalidad de Enrique Pérez Olivares a partir de anécdotas vividas junto él.

Palabras claves: Trabajo | Integridad | Amistad

My interviewee

Abstract: The author recounts aspects of the personality of Enrique Pérez Olivares from anecdotes lived with him.

Keywords: Work | Integrity | Friendship.

Siendo alumna de Tercer Año de Bachillerato, como parte de las actividades para la Asignatura de Castellano y Literatura, me fue requerido realizar una entrevista. El tema era libre y el alumno podía también escoger la persona a entrevistar.

Tomé como tema los problemas del Bachillerato en Venezuela. Y ése fue el titular de mi amateur trabajo periodístico. Mi entrevistado fue Enrique Pérez Olivares.

Conocía a Enrique de pasada. Estaba relacionado con mi familia. Hombre discretísimo, de bajo perfil, de comportamiento apaciguado y voz muy suave, pasaba desapercibido si no lo abordabas... a menos que tuviera chance de tocar guitarra y cantar. Por esa descripción, podría parecer una persona triste, pero, todo lo contrario: su placidez no contrariaba su personalidad también alegre y risueña.

Para el momento de mi entrevista, era Enrique Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Luego pasó a ser Decano de la Facultad. No llegué a imaginar -él tampoco- que un tiempo después sería Ministro de Educación. Pero el tema de mi entrevista y sus esclarecedoras respuestas vaticinaban lo que serían sus funciones al frente de ese despacho unos 12 años más tarde, en el primer gobierno de Rafael Caldera.

Muchos años después, nos encontramos atareados en la campaña presidencial de Luis Herrera Campíns. El trabajo durante la campaña fue fuerte y yo le hice un comentario al respecto. Recuerdo que me contestó: “Esperate para que veas que el trabajo de gobierno, es mucho más fuerte aún”.

Después de la victoria, Enrique fue nombrado Gobernador del Distrito Federal. Para el momento, los gobernadores eran escogidos por el Presidente de la República, y el del Distrito Federal formaba parte del Gabinete Ejecutivo.

Una vez seleccionado por el Presidente Electo para ser Gobernador, Enrique me pidió que lo acompañara como su Asistente Ejecutivo en la Gobernación... lo cual acepté.

Y sí. El trabajo era más fuerte que el de campañas electorales, especialmente porque Enrique, con su gran capacidad intelectual y habilidad ejecutiva, generaba muchas actividades para quienes formábamos parte de su equipo. Los almuerzos eran todos de trabajo y el final del día era ya en la noche.

Lo primero que me asignó como responsabilidad fue su tiempo. Lo que él iba a hacer cada día lo dispondría yo. Esa renuncia a lo que sería su vida como gobernador, me dejó perpleja. Me dijo que sólo le reservara una reunión que tenía todos los lunes a las 7:30 a.m. y que los Consejos de Ministros iban a ser los jueves cada 2 semanas. Que de resto, me ocupara yo de organizar su agenda. Y así fue todo ese tiempo. Sin previo conocimiento de su parte, antes de salir cada noche, se le entregaba un papel donde estaba estipulado lo que debía hacer al día siguiente.

Dentro de esa ocupada agenda, habían cuentas semanales con cada uno de los tantos directores de la Gobernación y reunión semanal con todos, reuniones de trabajo, reuniones de coordinación de los servicios de la ciudad con otros despachos ministeriales, días de audiencias, tardes de visitas a los barrios de Caracas, despacho también en las oficinas de la Gobernación en La Guaira (el Distrito Federal incluía la zona de Vargas en aquel momento), etc., etc.

Su interés crucial para la ciudad de Caracas era tratar de frenar su crecimiento, buscando que la gente se ubicara en otras zonas del país. Una que otra vez le oí decir que había que llevar a la gente a donde estaba el agua, dada la dificultad de traer el agua a donde la gente quería estar. Se refería, por supuesto, a la desproporción agua-población que hay en el norte del país, muy poblado y sin mayores fuentes acuíferas, comparado con el sur que cuenta con tantos y caudalosos ríos.

Sin embargo, a pesar de esa visión sobre la zona capital, en su breve tiempo como Gobernador, tuvo para la ciudad varias iniciativas de planificación urbana y desarrollo cultural. Recuerdo el proyecto del Parque Cultural Caracas, estabilización de los barrios caraqueños, restauración del Camino de los Españoles en el Ávila, fundación de la Orquesta Sinfónica Municipal Caracas, etc. Y para la zona costera, la restauración del casco histórico de La Guaira y de la Casa de la Compañía Guipuzcoana.

Como intento un tanto adelantado para la época, el programa “La Basura es un Tesoro”, reciclaje de basura por allá en 1979. Con motivo del programa de la basura y de su utilización, hubo alguna cuña de TV, donde salía el Gobernador recomendando la limpieza de la ciudad y el reciclaje, a lo que comentó a su mamá la persona que lo había cuidado de niño: “¡Tanto trabajo con Enrique, Doña Hortensia, ¡para que ahora nos haya resultado barrendero!”.

Recuerdo un momento al comienzo de nuestras labores de gobierno que entré a su despacho con un mensaje importante y lo encontré hablando por teléfono mientras firmaba una torre altísima de documentos. Yo esperaba paciente a un lado de su escritorio hasta que terminara la llamada. Y él me hacía un ademán para que le dijera lo que venía a decirle. Como seguí esperando, volteó hacia arriba la parte del teléfono que captaba su voz y me dijo suavemente: “recuerda que yo puedo hacer varias cosas a la vez”. Otro motivo de perplejidad. Enseguida le dije mi mensaje y él le dio curso, mientras seguía firmando.

Pero para Enrique nada parecía revestir urgencia. El daba sus instrucciones y éstas se cumplían como debía ser y a su debido tiempo. Sin embargo, curiosamente, en lo único que alguna vez le noté cierto apuro era cuando había una obra de arte que debía ser colgada. Era la forma en que se le escapaba su emoción por las cuestiones artísticas. Igual sucedía si había un concierto o una ópera a la cual asistir.

Un día, sin previo aviso, veo entrar a mi oficina a la Madre Teresa de Calcuta. Meses antes le había sido otorgado el Premio Nobel de la Paz. Enrique estaba en Reunión de Gabinete en el Palacio de Miraflores y me tocó a mí el privilegio de atender a la hoy Santa Teresa de Calcuta. Ella volvió al día siguiente para pedir al Gobernador un sitio donde establecer una casa de su congregación en el oeste de Caracas. Él le ofreció los mejores terrenos municipales que se pudieron conseguir. Pero ella sólo quería un sitio bien modesto para niños excepcionales muy pobres. El resultado fue la casa que hoy en día tienen las Misioneras de la Caridad en Carapita.

Enrique siempre fue un maestro: sus reuniones de directores, además de ser para coordinar actividades, eran también clases magistrales. Sin embargo, mi primera lección ya la había aprendido: es posible hacer varias cosas a la vez. Y ¡qué útil me ha sido!

Hay gente que tiene una personalidad en el trabajo y otra el tiempo libre. Enrique era en la informalidad igual a cuando laboraba o enseñaba o daba una conferencia. Nunca se alteraba ni alzaba la voz, se mantenía en una sola onda: apaciguado.

Una sola vez lo vi preocupado, pero aun así seguía siendo el mismo apacible de siempre. Teniendo a su cargo el orden en la ciudad y bajo su mando la Policía Metropolitana, hubo una manifestación organizada de trabajadores, donde había salido herido de una pedrada en la cabeza un personaje

político importante. Y le noté la preocupación sólo en su semblante y porque se le brotó una vena a lo largo de la sien.

Otro día, estando él fuera del Despacho, entró una llamada del Comandante de la Policía para informar de una manifestación que marchaba desde la Universidad Central hacia la Plaza Venezuela, y la Policía esperaba órdenes del Gobernador. Pude contactarlo por radio (no habían celulares aún), y con su amplia experiencia cuando la subversión durante su tiempo como Director y Decano en la UCV, enseguida me dijo: “Que los dejen quietos. Esa manifestación se disuelve sola antes de llegar a la Plaza Venezuela”. Y así fue. ¿Qué hubiera pasado si tal vez hubieran confrontado a los manifestantes?

Durante este tiempo en que formé parte de su equipo de la Gobernación y posteriormente del Ministerio de Información y Turismo, tuvimos ocasión de compartir muchos momentos de esparcimiento ambas familias.

Aun en la recreación Enrique era el mismo personaje. Seguía siendo el hombre sencillo que, con su siempre apacible temperamento, disfrutaba compartiendo con todos a cualquier nivel y sobre cualquier motivo, no importaba cuán nimio. Mis hijos, adolescentes para la época, tienen memorias imborrables de este tiempo. Sin cambiar su modo de ser, era uno más con los jóvenes para escuchar un comentario, responder una pregunta, dar un consejo, reírse de un chiste o contar alguno. Y en ese intercambio, nunca hacía sentir ni su intelectualidad, ni sus conocimientos, ni aún sus opiniones. El interés por su interlocutor era genuino. Los adolescentes lo consideraban como cualquier amigo que pudieran tener de su misma generación, pero cuyo parecer era para ellos de gran valor, un “pana” de altura, pues.

El ordenamiento jurídico y la visión institucional. En homenaje al jurista doctor Enrique Pérez Olivares

Vicente Villavicencio Mendoza

pp. 434-482

“Donde no hay derecho no hay libertad”.

“Donde no hay un derecho, incluso el amor pierde su ambiente vital”.

Cardenal Joseph Ratzinger Discurso 1999, Universidad de Lumsa, Italia.

Sumario

I. Introducción | II. El ordenamiento jurídico y la visión institucional | III. La norma jurídica especificidad, objetividad, sanción, abstracción y generalidad | IV. Consideraciones acerca de la relación jurídica | V. Pluralidad y relación de ordenamientos jurídicos | VI. La justicia como fin del derecho | VII. Carácter tópico del derecho.

I. Introducción

El trabajo el ordenamiento jurídico y la visión institucional está elaborado con fundamento a papeles de trabajo sobre el ordenamiento jurídico y la visión institucional del doctor Enrique Pérez Olivares.

De seguidas unas acotaciones sobre el ordenamiento jurídico, la visión institucional del Derecho, la justicia como fin del derecho y el carácter tópicico del derecho. 'La visión institucional es atender en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho a la realidad de las cosas en todos los ámbitos de la vida humana y de la persona como ser en relación, creativa e innovadora de formas de asociación y de gobierno. Las actividades legislativas, ejecutivas y judiciales deben tener como sustento el respeto a la persona, a sus derechos fundamentales e inalienables, a su dignidad y ejercicio de sus libertades. El derecho se asienta tanto en la realidad de las cosas, en lo que le viene dado al hombre, como en la propia voluntad humana, tanto del legislador como de los demás sujetos jurídicos...el derecho por tanto, encuentra su fundamento no solo en las normas positivas que dicta la autoridad, sino también en la naturaleza del hombre, en la realidad de las cosas y en el mundo cultural en que la actividad jurídica se inserta...las exigencias de justicia... no se encuentran en la voluntad del hombre sino que provienen de la dignidad de la persona humana y de la misma realidad de las cosas.² La dignidad y libertad de la persona humana, no creada ni conformada en su naturaleza por el Estado, y la misma realidad de las cosas atan las diversas *exigencias naturales del hombre* que le pertenecen como propias, para la estructuración del derecho y la creación de un orden justo, estable y seguro. De seguidas unos comentarios previos al análisis somero de las exigencias naturales del hombre tales como la moralidad, socialidad, politicidad y juridicidad. Los ordenamientos jurídicos deben tener en la justicia su origen y destino y el respeto a los derechos de los otros. El país político y el país nacional deben discernir en forma prudente esencial el valor justicia en la elaboración del derecho. Lo justo es "... el derecho en sí mismo, lo que es conforme a la exigencia interna del ser humano de todos los lugares, y que lo distingue de aquello que es destructivo para el hombre, si a ese derecho en sí se lo quiere llamar derecho natural, o de cualquier otra manera, eso es un problema secundario".³

1 El trabajo *el ordenamiento jurídico y la visión institucional* está elaborado con fundamento a *papeles de trabajo sobre el ordenamiento jurídico y la visión institucional* del doctor Enrique Pérez Olivares, no publicado, en archivos de la Universidad Monteávila, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1999, Caracas, Venezuela.

2 "Revista la Ley, año LXI número 141, 25 de julio 1997, Alfonso Santiago, p. 2, Buenos Aires, Argentina.

3 Ratzinger Joseph: *La crisis del derecho* (1999) Prefecto de la Congregación para

Los políticos y legisladores deben asumir, como principales conductores de la sociedad, en el camino hacia la lucha por la justicia, la elaboración del derecho, que afecta la vida de todos, con respeto a la persona, a su bienestar social y al desarrollo del grupo mismo y a la paz, es decir a la estabilidad y seguridad de un orden justo.⁴

Los jueces en los casos concretos deben aplicar desde y dentro de la verdad de los hechos el derecho y la justicia para contribuir a crear la paz social dirimiendo los diferentes conflictos que se presenten ante su autoridad por gobernantes y gobernados, no pueden desdibujar la realidad, ni la verdad y la justicia.

La administración debe actuar conforme a los principios que rigen su actuación en la elaboración y aplicación de las normas jurídicas que gobiernan su conducta, en especial debe reconocer el carácter sub legal de la actividad administrativa “que se desarrolla vinculada y sometida a la Ley, por debajo de la Ley y que por tanto no puede invadir competencias que están reservadas constitucionalmente al legislador”⁵. Su conducta se encuentra enmarcada dentro de los límites del poder discrecional que le otorga la ley y debe mantener en sus decisiones la debida proporcionalidad, adecuación a la situación de hecho, respeto a la finalidad de la norma, cumplir los requisitos de forma y de fondo y respeto al principio constitucional de la igualdad.⁶

En materia de elaboración del derecho podríamos señalar el peligro de una desintegración de la ciencia del derecho en sus tradiciones y fundamentos reales, de falsificación en su real esencia en los pueblos modernos. Se podría intentar resumir esta desintegración, tomada de las manos expertas del para entonces Cardenal Joseph Ratzinger, ahora Papa Benedicto XVI, en

la Doctrina de la Fe. Los dos riesgos actuales del derecho. El fin de la metafísica y la disolución del derecho por presión de la utopía. (Palabras de agradecimiento pronunciadas por el Cardenal Ratzinger el 10 de noviembre de 1999 con ocasión de serle conferido el grado de doctor honoris causa en derecho por la Facultad de Derecho de la universidad italiana LUMSA)

4 Catecismo de la Iglesia Católica número 1905, 1906, 1907

5 Brewer-Carías Allan R. el derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos, principios del procedimiento administrativo, editorial jurídica venezolana, Caracas, Venezuela, 2007, p. 38

6 Artículo 12 de la ley orgánica de procedimientos administrativos 21 de la CRBV.

fundamento a cuatro aspectos: la teoría de las mayorías⁷, las del consenso⁸ y la voluntad del tirano o dictador.⁹

Pero hay otra amenaza del derecho señalada por el Papa el 10 de noviembre de 1999,¹⁰ que parece menos actual de lo que era hace unos diez años, pero que en todo momento puede volver a emerger, encontrando conexión con la teoría del consenso. Me refiero a la disolución del derecho a causa del empuje de la utopía, tal como ello había tomado forma sistemática y práctica en el pensamiento marxista.¹⁰

-
- 7 En la teoría de las mayorías.” La mayoría determina qué es lo que debe valer (estar vigente) como verdadero y como justo. Y eso significa que el derecho queda expuesto al juego de las mayorías y depende de la conciencia de los poderes de la sociedad del momento, la cual conciencia viene determinada a su vez por múltiples factores... la mayoría determina qué es lo que debe valer (estar vigente) como verdadero y como justo... el derecho queda expuesto al juego de las mayorías y depende de la conciencia de los poderes de la sociedad del momento, la cual conciencia viene determinada a su vez por múltiples factores. Y en concreto, esto se manifiesta en una progresiva desaparición de los fundamentos del derecho inspirados en la tradición cristiana... (Cardenal Joseph Ratzinger, op. cit. Crisis del derecho)
- 8 La teoría del consenso, entendida esta como la aprobación de leyes contra la recta razón, la dignidad humana, la libertad y desvinculadas “... de aquel fundamento que supera todas las vicisitudes humanas en el tiempo y en el espacio y reposa en lo absoluto, en Dios...”. El consenso se ha convertido en “... fuente del derecho...” ilegítimo... sólo quedan para el Estado las convicciones comunes de los ciudadanos, concernientes a valores, las cuales convicciones se reflejan en el consenso democrático. *No es la verdad la que crea el consenso, sino que es el consenso el que crea no tanto la verdad cuanto los ordenamientos comunes*”. (Cardenal Joseph Ratzinger, op. cit. Crisis del derecho)
- 9 Podemos recordar la desnaturalización del derecho como ingrediente típico del Nacionalsocialismo Alemán., para ello debemos citar dos aspectos uno en relación las fuentes del derecho en dicho régimen y otro al tratamiento de la materia punitiva. En cuanto al primero “en los llamados “años de lucha” el derecho fue concienzudamente difamado y contrapuesto a lo que se consideraba el sano sentimiento popular. Posteriormente, al llegar al poder, el “Führer” fue declarado única fuente del derecho, y con ello la arbitrariedad vino a ocupar el puesto del derecho. La denigración del derecho no está nunca ni de ningún modo al servicio de la libertad, sino que siempre es un instrumento de la dictadura. La eliminación del derecho significa el desprecio del hombre; y donde no hay derecho no hay libertad.” Por lo demás, la ironización y difamación del derecho fue ingrediente típico del Nacionalsocialismo alemán (no conozco suficientemente la situación en lo referente al fascismo italiano) ... (Cardenal Joseph Ratzinger, op. cit. Crisis del derecho) En cuanto al segundo “en la materia punitiva de la Alemania nazi lo que interesaba penar era únicamente la voluntad infiel o rebelde frente a la voluntad estatal. El delito no era más que una actitud de rebeldía (violación de un deber) dentro de un Derecho Penal de voluntad (Willenstrafrecht). En el sistema comunista el delito exige por encima de todo un “estado personal de peligrosidad social”. (Jorge Frias Caballero, teoría del delito, editorial hammulabi, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 31)
- 10 “... El punto de partida era aquí la convicción de que como el mundo presente es un mundo malo, un mundo malvado, un mundo de opresión y de falta de libertad, ese mundo tenía que ser sustituido por un mundo mejor que, por tanto, había que planificar y realizar. En verdadera fuente del derecho, y en definitiva en fuente única del derecho, se convierte ahora la imagen de la nueva sociedad; moral y con importancia jurídica es aquello que sirve al advenimiento del mundo futuro. Y con base en este criterio se

Pero no son las mayorías, ni el consenso, ni las utopías apartadas de la realidad, ni los gobiernos ni parlamentos por más poder que tengan, los que disponen, aunque lo hagan de manera transitoria, del orden que Dios ha inscrito en la creación y en la persona, como ser relacionado “que deriva de la naturaleza de las cosas”, y que constituyen “la manifestación de las exigencias fundamentales del orden ético”¹¹ referido a “la persona humana, su conciencia, su libertad, sus derechos, su dignidad”¹² El contenido anterior se puede resumir al citar un discurso del Papa Pío XII a la Rota Romana, el 13 de noviembre de 1949, a cuatro años de haber terminado la segunda guerra mundial en la que fresca la sangre de muchos millones de personas asesinadas injustamente, hace un diagnóstico muy claro y preciso. En efecto señala las consecuencias que resultan en las sociedades, cuando se pretende ocultar, más sin que se puedan desaparecer, los verdaderos y reales fundamentos al derecho, “porque lo que es obra del hombre prescindiendo de Dios es obra que perece, porque todos los hombres perecemos.”¹³ El Papa Pío XII señalaba: ... quitada, en efecto, al derecho su base constituida por la ley divina natural y positiva, y por lo mismo inmutable, ya no queda sino fundamentarlo sobre la ley del Estado como su norma suprema, y he aquí precisamente el principio del Estado absoluto. A su vez el Estado absoluto intentará necesariamente someter todas las cosas a su arbitrio y especialmente hacer que el derecho mismo sirva a sus propios fines”.

Estos peligros se convierten en derecho ilegítimo apartado de toda vinculación con la razón, en contra de la naturaleza de las cosas, de la dignidad humana, de la libertad y de los criterios de justicia. La “tarea principal de la política” y de los políticos es la elaboración de las leyes respetando los criterios universales adaptados a la cultura de cada pueblo y los fines del derecho.

ha venido elaborando el terrorismo, que se consideraba plenamente como un proyecto moral; el homicidio y la violencia aparecían como acciones morales porque estaban al servicio de la gran revolución, al servicio de la destrucción del mundo malo y servían al gran ideal de la nueva sociedad. También aquí se ha dado por descontado el “fin de la metafísica”, y lo que quedaba en lugar de ella era en este caso no el consenso de los contemporáneos, sino el modelo ideal que representaba el mundo futuro. (Cardenal Joseph Ratzinger, op. cit. Crisis del derecho).

11 De Balbín, Rafael María, *la relación jurídica natural*, segunda edición, Universidad Monteávila, Caracas, Venezuela, 2001 p. 79

12 Conferencia episcopal venezolana.

13 Mons. Javier Echevarría, Prelado del Opus Dei en agosto 2001 en visita a la Universidad Monteávila señalaba “El positivismo jurídico por mucho que nos empeñemos, nunca, nunca, nunca podrá llegar a tocar los límites formidables del derecho natural que Dios ha puesto y que tenemos que defender aun en contra de todos los utilitarismos que se buscan en este mundo, porque lo que es obra del hombre prescindiendo de Dios es obra que perece, porque todos los hombres perecemos”. (notas personales en la conferencia)

En los regímenes políticos, nada importa si el calificativo del régimen es de izquierda o de derecha, no es relevante, (Estas expresiones tienen su reminiscencia en la Asamblea Nacional Francesa donde los partidarios del rey se ubicaban a la derecha y los no partidarios a la izquierda, dándosele actualmente una connotación distinta) lo central es definir lo justo de acuerdo a la naturaleza de las cosas y a la dignidad y libertad de la persona, razón y ser del derecho. En la elaboración, interpretación y aplicación de las leyes "... el Estado se encuentra inevitablemente de hecho ante la cuestión de cómo realizar la justicia aquí y ahora. Pero esta pregunta presupone otra más radical ¿Qué es la justicia? Este es un problema que concierne a la razón práctica; pero para llevar a cabo rectamente su función, la razón ha de purificarse constantemente, porque su ceguera ética, que deriva de la preponderancia del interés y del poder que las deslumbra, es un peligro que nunca se puede descartar totalmente...".¹⁴

Las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales y en general las líneas del Estado deben estar inscritas en los fines del derecho en materia de seguridad jurídica, bien común y en la justicia y estar iluminadas para gobernantes y gobernados en dos principios básicos: uno de orden moral (haz el bien y evita el mal) y otro de orden jurídico (dar a cada uno lo suyo) cimentados en las exigencias naturales de la persona como ser individual y social.¹⁵

Los autores han identificado las diversas exigencias naturales del hombre como la **moralidad, socialidad, politicidad y juridicidad**.

"La naturaleza humana es, en efecto, una e indivisible y está dotada de determinadas exigencias trascendentales. La exigencia del fin último configura la moralidad de los actos."¹⁶

14 Benedicto XVI, Enc. Dios es Amor, ediciones trípode, Caracas, Venezuela página 12-13

15 Es clásico en todo manual de introducción al derecho la distinción de la *moral* (regula "los actos humanos en orden a la consecución del bien o perfección personal de los valores inmanentes del hombre) y del *derecho* (regula los actos humanos en orden a la obtención del bien común social, de los valores de la sociedad, de la vida colectiva y, por eso, determina lo que es justo en las diversas relaciones del hombre en los planos individuales y sociales).

16 "De múltiples maneras en su historia, y hasta el día de hoy, los hombres han expresado su búsqueda de Dios por medio de sus creencias y sus comportamientos religiosos (oraciones sacrificios, cultos meditaciones etc... A pesar de las ambigüedades que pueden entrañar, estas formas de expresión son tan universales que se puede llamar al hombre *un ser religioso* "... (Catecismo de la Iglesia Católica n.28).

Por otra parte las necesidades de convivencia, de perfeccionamiento en comunidad, de solidaridad originan la socialidad, “la persona humana necesita de la vida social...como...” ...una exigencia de su naturaleza...”¹⁷

Asimismo, la existencia de deberes, derechos, mandatos y prohibiciones reclaman en las relaciones de la vida social los requerimientos de regulaciones justas en el plano de la alteridad que “constituyen la juridicidad”¹⁸.

En cuanto a la politicidad en fundamento a la naturaleza de la persona como ser relacionado existe la necesidad de que se definan por una autoridad en el plano de la alteridad, los derechos y deberes de todos los actores sociales y la justicia en las situaciones concretas.¹⁹

Las autoridades dentro de los fines del derecho, seguridad jurídica, bien común y justicia deben delimitar las reglas de juego de la sociedad y las formas de solución de los conflictos de intereses entre sus miembros con criterios de justicia, igualdad, respeto, pluralismo.

17 “Una sociedad es un conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas... la persona humana necesita de la vida social. Esta no constituye para ella algo sobreañadido sino una exigencia de su naturaleza. Por el intercambio con otros, la reciprocidad de servicios y el diálogo con sus hermanos. El hombre desarrolla sus capacidades y así responde a su vocación “. (Catecismo de la Iglesia Católica n.1878- 1879)

18 Las regulaciones de las diversas relaciones de los hombre en todos los planos tiene unas exigencia natural de juridicidad , desde el reglamento de una actividad deportiva hasta la normatividad de las relaciones internacionales de los estados , se requieren que se dicten reglas específicas, pero sin obviar que “ el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana (Gaudium Spes 24, 1) Además es necesario señalar con Santo Tomás de Aquino (summa teológica 1-2, 93, 3 ad 2) que la legislación humana sólo posee carácter de ley cuando se conforma a la justa razón; lo cual significa que su obligatoriedad procede de la ley eterna. En la medida en que ella se apartase de la razón, sería preciso declararla injusta, pues no verificaría la noción de ley, sería más bien una forma de violencia”.

19 Juan Pablo II, discurso en la audiencia general 8 de noviembre 1978 en Juan Pablo II, enseñanza al pueblo de Dios, Madrid 1979, pp.43 46: “Ser justo significa dar a cada uno cuanto le es debido”. Esto se refiere a los bienes temporales de naturaleza material. El ejemplo mejor: el llamado derecho al fruto del propio trabajo y de la tierra propia. Pero al hombre se le debe también el respeto, la consideración, la fama que se ha merecido. Cuanto más conocemos al hombre más se nos revela su personalidad, su carácter, su inteligencia y su corazón. Y tanto más caemos en la cuenta –y debemos caer en la cuenta– del criterio con que debemos “medirlo” y que significa ser justos con él. Por todo ello es necesario profundizar continuamente en el conocimiento de la justicia. No es ésta una ciencia teórica. Es virtud, es capacidad del espíritu humano, de la voluntad humana e, incluso, del corazón. Además, es necesario orar para ser justos y saber ser justos.

En consecuencia, en el plano de la moralidad, socialidad, juridicidad y politicidad se conjugan para elaborar e interpretar el derecho y estatuir una ordenación de la conducta humana en sus relaciones sociales hacia el bien y la paz de la sociedad y hacia la resolución en justicia de los conflictos de intereses de los pueblos y de las personas.

En estos planos se crean instituciones, que requieren que se concreten regulaciones, sean públicas o privadas, lícitas e ilícitas. Cada institución tiene un conjunto de normas jurídicas y de relaciones jurídicas. Las instituciones son originarias, poseen perfiles propios en las diversas naciones con distintas culturas y tienden a marcar las formas de convivencia de los pueblos influenciadas por las riquezas de las diversas culturas y experiencias de las relaciones humanas que se deben concretar en las constituciones y legislaciones en el sistema internacional, nacional o comunitario.

“Cada pueblo posee una sabiduría originaria y autóctona que, como auténtica riqueza de las culturas, tiende a expresarse y a madurar incluso en formas puramente filosóficas. Que esto es verdad lo demuestra el hecho de que una forma básica del saber filosófico, presente hasta nuestros días, es verificable incluso en los postulados en lo que se inspiran las legislaciones nacionales e internacionales para regular la vida social.”²⁰

De manera general las instituciones del país nacional o del país político o del derecho internacional o comunitario tienen un carácter esencialmente organizativo, relacional, de establecimiento de normas jurídicas que señalan los supuestos de hechos, las consecuencias jurídicas y los órganos de dirección, gobierno, deberes y derechos y las sanciones. En el fondo de cada norma jurídica y relación jurídica subyace en lo profundo la aplicación de los criterios de justicia. En el plano de la juridicidad las situaciones reales de conflicto de intereses tienen un carácter tópico: “es el problema y no el sistema lo que constituye el centro del pensamiento jurídico”.

Al referirse al problema se puede destacar que es de cualquier índole, desde la elaboración de las normas internacionales, constitucionales y legales, hasta la defensa y lucha por derechos civiles y políticos, los derechos humanos, las regulaciones de la economía formal e informal, la institución del Asilo, las regulaciones de los medios informáticos o a la particularidad planteada a una persona por el incumplimiento de una obligación contractual. Dentro del análisis de los planos citados entreteljidos, cada uno tiene su campo de aplicación, su visión y objetivos. En el plano de la juridicidad el derecho

20 Juan Pablo II, *la fe y la razón* ediciones trípode, Caracas, Venezuela, p. 5

en sentido objetivo nos presenta “... el conjunto de principios de derecho en vigor; el orden legal de la vida en sociedad que fija, de esta manera, la “libertad jurídica” de gobernantes y gobernados y de todo grupo social e instituciones públicas o privadas. Las instituciones creadas por las personas como entes de carácter social constituyen el fundamento de todo el ordenamiento jurídico nacional, internacional y comunitario, dan la forma sustancial y le proporcionan el contenido en su estructura lógica a las normas jurídicas y conforman la tutela y la protección de las relaciones jurídicas. Los principios que las rigen se infiltran en las bases del edificio de las normas jurídicas y de las relaciones jurídicas y deben marcar la conducta de políticos, legisladores, administradores y jueces, en la planificación, elaboración y aplicación de las leyes teniendo como epicentro del sistema jurídico la “resolución en justicia de los conflictos intersubjetivos” de los pueblos y de las personas.

La justicia es una necesidad de la realidad: dar a cada quién lo suyo. En esta idea resume Pieper la justicia con un pensamiento de la “simplicidad más extrema: hay que dar a cada uno lo suyo”. Por ello el ordenamiento jurídico es más que norma. “La unidad elemental de lo jurídico no es la norma es la institución” creada, innovada, fundada por el hombre en su condición de ser en relación, libre e inteligente, con exigencias de orden, justicia, bien común y seguridad jurídica. Las instituciones existen en la sociedad nacional, comunitaria e internacional, dentro del marco de la regulación del valor justicia. Se consagran deberes, derechos, mandatos y prohibiciones en las diferentes relaciones intersubjetivas, que, al ser desconocidas, ameritan que en base a los principios rectores y de acuerdo a las circunstancias “únicas e irrepetibles del caso”, se resuelvan y decidan.

El orden jurídico necesita de la justicia en base al derecho y de la lucha de los pueblos y las personas en el establecimiento de las bases de la organización social y la consagración de los derechos y deberes básicos de la persona, que el derecho codifica en la norma jurídica y especifica en los componentes de la relación jurídica. En el orden social el hombre tiene el deber de

organizar y perfeccionar la sociedad, dar los criterios de justicia, de seguridad jurídica, en sentido subjetivo y objetivo²¹ y propugnar el bien común²².

21 En sentido vulgar seguridad es estar seguro, protegido de todo peligro. En sentido jurídico, imperio del estado de derecho, que es “aquel que hace de la ley y el Derecho la base y la esencia de su actuación “y agregaríamos de la justicia. En la clásica definición de DELOS es “La garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos, y si éstos llegaran a producirse la sociedad les asegura protección y amparo”. **“Sentido objetivo y subjetivo de la Seguridad Jurídica.** En sentido objetivo es la existencia de garantías para proteger a las personas sus bienes y sus derechos. “Todo el mundo tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal” (artículo 3 declaración universal de los derechos humanos). Todas las constituciones deben tener un catálogo de garantías básicas y tener como norte de todas las instituciones creadas la persona, su dignidad humana y libertad. En Venezuela desde su primera constitución en la parte dogmática hasta la vigente de 1999 tratan de lo relativo a los derechos fundamentales de los ciudadanos con la identificación deberes, derechos individuales, sociales, económicos y políticos y garantías. En Venezuela es evidente que a nivel objetivo existe seguridad jurídica. En sentido subjetivo significa “la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social”. La seguridad en sentido subjetivo es un estado de confianza, de certeza jurídica de que goza de protección y amparo por la “continua y prolongada vigencia del orden jurídico” en el cual el Estado garantiza todos los derechos de los ciudadanos a través de sus órganos. Es el “saber o certeza de que hay ciertas normas que disponen tales y cuáles conductas de modo personal y objetivo y de que el orden así previsto, es generalmente observado. (Olaso, Luis María, op. cit, tomo I paginas 425,426, 427)

22 “La persona necesita de la vida social conforme a su naturaleza. No es algo sobre añadido sino una exigencia de su naturaleza...” (Catecismo Iglesia Católica 1879) El principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana. (CIC 1892). Toda sociedad requiere de una autoridad, ésta es aquella” en virtud de la cual personas o instituciones dan leyes y órdenes a los hombres y esperan la correspondiente obediencia”. (CIC1897) La autoridad no saca de sí misma su legitimidad moral. No debe comportarse de manera despótica sino actuar para el bien común como una “fuerza moral” que se basa en la libertad y en la conciencia de la tarea y las obligaciones que ha recibido. La legislación humana solo posee carácter de ley cuando se conforma a la justa razón... En la medida en que ella se apartase de la razón, sería preciso declararla injusta, pues no verificaría la noción de ley; sería más bien una forma de violencia (CIC 1902) La autoridad solo se ejerce legítimamente si busca el bien común del grupo en cuestión y si, para alcanzarlo, emplea medios moralmente lícitos. Si los dirigentes proclamasen leyes injustas o tomaran medidas contrarias al orden moral, estas disposiciones no pueden obligar en conciencia. En semejante situación la propia autoridad se desmorona por completo y se origina una iniquidad espantosa. (CIC 1903) (La palabra iniquidad tiene como sinónimos perversidad, maldad, corrupción, perfidia, depravación, inmoralidad). En el ejercicio de la autoridad “es preferible que un poder este equilibrado por otros poderes y otras esferas de competencia que lo mantengan en su justo limite. Es éste el principio del “Estado de Derecho” en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres” (CIC 1904). De lo contrario el Estado no es de derecho sino un “Estado desecho”, hecho de basura, migajas, fragmentos que no visualiza para poner orden leyes justas a toda la sociedad sino a una parte de ellas.” Conforme a la naturaleza social del hombre el bien de cada uno está necesariamente relacionado con el bien común. Este solo puede ser definido en referencia a la persona humana en tres elementos esenciales que señala en Catecismo de la Iglesia Católica: ... el respeto a la persona, el bienestar social y el desarrollo del grupo y la paz, es decir la estabilidad y seguridad de un orden justo (CIC1905, 1906, 1907, 1908, 1909)

“... La idea del derecho es poner orden, poner derechas o rectas las relaciones humanas brotadas del hecho social, para hacer prevalecer en ellas la justicia dentro de un bien común o social que se ofrece a todos”.²³ En esta materia del ordenamiento jurídico y de la visión institucional para concluir esta parte introductoria es necesario señalar **el principio de la protección de la confianza en los conflictos de leyes en el tiempo**. Este principio tiene una conexión inescindible con el valor de la seguridad jurídica, como fin del derecho y puede “traducirse en un límite a la facultad del legislador de cambiar el marco normativo que rige determinadas situaciones o relaciones jurídicas, aunque no exista retroactividad”.²⁴

La orientación que tiene la protección de la confianza estriba en el respeto por gobernantes y gobernados de las normas jurídicas, sean constitucionales o legales, de los principios y normas del conjunto de reglas de derecho público o privado que rigen las estructuras legales del Estado y las instituciones, su garantía y protección de los derechos y la exigencia del cumplimiento de los deberes. Su aplicación se extiende al campo del derecho internacional. La seguridad jurídica en la concepción del principio de la confianza en los conflictos de leyes en el tiempo es la existencia de garantías para proteger a las personas, sus bienes y sus derechos y la precaución de que los órganos del Estado no dictarán normas jurídicas ilegítimas contraviniendo los principios y normas del proyecto de Nación contenido en la legislación constitucional.

Las personas de un Estado deben tener la convicción “de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social”, basados en las normas constitucionales y legales. A continuación de estas notas introductorias en la tesis se resumirán , con algunos comentarios, el papel de trabajo sobre el Ordenamiento jurídico y la visión institucional del doctor Enrique Pérez Olivares en diferentes secciones: el ordenamiento jurídico y la visión institucional, unas notas preliminares , el concepto, las características y el alcance de la institución , la norma jurídica especificidad, objetividad , sanción, abstracción y generalidad y pluralidad, consideraciones acerca de la relación jurídica y pluralidad de ordenamientos jurídicos. Igualmente se esbozarán algunas notas sobre la justicia como fin del derecho y el carácter tópico del derecho.

23 Olaso, op. cit, tomo I, p. 18

24 Olaso Luis María, Jesús María Casal, op. cit, pp. 594-595.

II. *El ordenamiento jurídico y la visión institucional.*

Notas preliminares

El ordenamiento jurídico en su visión institucional tiene uno de los mayores exponentes y diría creador, en el profesor Santi Romano expuesta en la obra *El Ordenamiento Jurídico* que se denomina también Concepción “ordinamental” del Derecho.²⁵ El Ordenamiento Jurídico general comprende todas las normas jurídicas en sus diferentes instituciones, categorías y ramas²⁶ constituye un todo orgánico y armonizado, un sistema racional de normas de conducta que ayudan a resolver de manera justa todos los conflictos surgidos en la realidad histórica. En el amplio contenido organizador de toda la vida social nacional e internacional y comunitaria el derecho instituye normas de diversa categoría y determina en sus supuestos de hecho los derechos y los deberes de las personas en la sociedad, para concretar en caso de incumplimiento los efectos jurídicos, consecuencia jurídica, en las situaciones jurídicas singulares con el objetivo de la aplicación de la justicia, en su concepción tradicional de dar a cada uno lo que le corresponde, lo suyo, su derecho.

En consecuencia “el derecho “contiene” una pluralidad de ordenamientos y representa un sistema de derecho objetivo con múltiples relaciones de integración, sucesión de remisiones de un ordenamiento inferior a uno superior (por ejemplo, de lo municipal a lo “nacional)”²⁷, cuyo principio, objeto y fines en todas las instituciones sociales es y debe ser la persona como razón y ser del derecho. El derecho en la regulación de las instituciones es también estructuración jerárquica de dicho ordenamiento en

25 Romano Santi, *el ordenamiento jurídico*, Capograssi L'ultimo libro de Santi Romano Rev. Trm. Dir pub.1945 2a ed traduc. Española 1963, de la ed. It 1951. Síntesis del Estudio Preliminar de Sebastián Martín Retortillo y del libro de Santi Romano en traducir al español (Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1963 de la reimpresión de la Segunda edición italiana Ed. Sansón Firenze 1951 que recoge conceptos- expuestos ya entre 1917 y 1918). Cita del papel de trabajo del doctor Enrique Pérez Olivares.

26 Olaso, Luis María, Jesús María Casal, *Introducción al derecho*, tercera edición, Caracas, Venezuela 2007 tomo II, pagina 87-88 Concepto de categoría (conjunto de normas jurídicas destinadas a regular situaciones jurídicas, contrato delito , acto administrativo); instituciones (grupo de normas jurídicas que regulan un conjunto de situaciones jurídicas con el mismo espíritu y una finalidad común, agrupa varias categorías jurídicas, la familia, el estado, la propiedad, el patrimonio, el contrato). Las categorías e instituciones se dividen en ramas de acuerdo a su contenido, indole de las regulaciones que regulan y origen de las normas y las ramas se convierten en derecho objetivo en el código civil, código de comercio, código orgánico tributario, código penal y demás leyes en sus diversas clases. En derecho se ha realizado una clasificación clásica del derecho en público y privado, fundamentado el primero en el principio de la legalidad y el segundo en el principio de la libertad.

27 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 3

sus relaciones de subordinación y coordinación (de las normas constitucionales e internacionales a la sentencia o al contrato o viceversa, son caminos de ida y de vuelta unidos y acordes, de cuyo análisis emergen todas las teorías de las nulidades por inconstitucionalidad e ilegalidad o recursos en las instancias nacionales o internacionales.

“El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que están subordinados tiene carácter normativo (es condicionante); en relación con los superiores es un acto de aplicación (es condicionado)”. El ordenamiento jurídico conforma un sistema racional de normas, una estructura, una organización perfecta, no pueden estar en contradicción unas con otras, sino en perfecta armonía en el plano teórico y práctico. “Santi Romano evidencia en la juridicidad todo lo organizativo, incluso al margen de cualquier configuración relacional (para este autor lo organizativo es el dato primero básico y esencial de todo ordenamiento)”²⁸, pero por supuesto no se puede separar lo organizativo de lo relacional, ni del orden y fines del derecho, que deben conformar una unidad, como componentes de las relaciones humanas y jurídicas reconocidas por el ordenamiento jurídico. Así mismo la concordancia y unidad del ordenamiento jurídico brota de la “aplicación en el ámbito de una rama del Derecho de elementos normativos o de principios generales de otras ramas del Derecho y aun la explicación de situaciones reguladas por otro transitoriamente dominante, por aplicación de los llamados ordenamientos secuenciales...”²⁹. Téngase como ejemplo el señalado por el autor Martos Núñez en el derecho penal económico. Éste indica que la inclusión de elementos normativos y cláusulas generales en la norma penal económica es una consecuencia directa, de un lado del principio de la unidad del ordenamiento jurídico, y, de otro, de la extrema complejidad del tráfico jurídico mercantil en la vida económica contemporánea.³⁰ Este señalamiento también puede hacerse en

28 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 3

29 Pérez Olivares Enrique, op cit. p. 3

30 Martos Núñez Juan Antonio, *derecho penal económico*, Editorial Montecorvo, C. A. Madrid, España 1987, Páginas obra citada, pagina 244-245 En un comentario al proyecto de Código Penal Español señala preceptos penales donde se tipifican distintas conductas punibles, incluyendo ineludiblemente, remisiones a otros sectores del Ordenamiento jurídico general. Así, por ejemplo, para determinar si ha existido disfrute *indebido* de beneficios fiscales, será necesario acudir a la legislación tributaria; igualmente, para saber si una adquisición de bienes en el extranjero por residentes en España y a título oneroso es “ilegal”, habrá que acudir a la legislación relativa al control de cambios y, más concretamente, a la de inversiones en el extranjero. Por consiguiente, la inclusión de elementos normativos y cláusulas generales en la norma penal económica es una consecuencia directa, de un lado, *del principio de la unidad del Ordenamiento jurídico* y, de otro, de la extrema complejidad del tráfico jurídico-mercantil en la vida económica contemporánea. Finalmente, también se admite la utilización de cláusulas generales

cualquier categoría o rama del derecho, como por ejemplo el derecho tributario, el derecho bancario o el derecho internacional privado.

En esta materia habría que observar también como un fenómeno jurídico, de amplias repercusiones en los diversos estados y en las personas, la creación de instituciones de carácter comunitario con sus propios principios rectores. Como por ejemplo la fundación de los mercados comunes en Europa América y en otras regiones, que han dado origen a la constitución de un ordenamiento jurídico comunitario, con objetivos y estructuras de poder distinto a los que regulan la vida social nacional.

El concepto de derecho se integra con la concepción de persona en su vida en sociedad, en lo nacional, internacional y comunitario. Es solo lo que trasciende de la esfera individual lo que el derecho regula. “Lo que no trasciende de la esfera de lo puramente individual no es derecho, no exige el derecho: ubi ius ibi societas (donde hay derecho hay sociedad) y, en sentido estricto, no existe sociedad si en ella no se manifiesta el fenómeno jurídico (sociedad como unidad concreta distinta de los individuos que la integran): ubi societas ibi ius” (donde hay sociedad hay derecho). “³¹ “El derecho debe contener la idea de orden y organización social, que excluye la fuerza material y la arbitrariedad (exige fuerza ordenada)”³².

El derecho es orden, relación, instituciones creadas y reguladas por normas jurídicas en todos los niveles nacionales, internacionales y comunitarios. Es sobre todo organización, estructura, posición, relaciones, determinación de derechos y deberes, mandatos y prohibiciones en las que se desarrolla la persona como ser en relación y constituye una unidad, con presencia y sustantividad propia en las relaciones sociales.

“En términos exactos el concepto de derecho como ordenamiento jurídico considerado global y unitariamente, es el concepto de institución:

extrapenales. Así, por ejemplo, en el Derecho alemán la referida “*Primera ley contra la delincuencia económica*” contiene, en materia de subvenciones, una cláusula de abuso para que, por vía del Derecho administrativo, puedan perseguirse las *transacciones ficticias o que impliquen fraude a la ley*, típicas de la criminalidad económica en general y muy frecuentes en el ámbito de la Comunidad Económica Europea en forma de exportaciones ficticias, tráfico aparente de productos y transacciones en círculo. Si el abuso es notorio, también consta como tal para su valoración jurídico-penal.

Estos ejemplos se trasladan a diversas ramas del derecho público o privado, como por ejemplo al derecho tributario en relación con los conceptos económicos o financieros o el derecho bancario con su base técnica - financiera o a los principios rectores de la política social y económica.

³¹ Pérez Olivares Enrique, op cit, pp. 5-6.

³² Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 6

hay correspondencia total y absoluta entre ambos conceptos. Así Derecho en sentido objetivo puede tener un doble significado: 1) Derecho es un ordenamiento en su totalidad y unidad, esto es, una institución, o unas instituciones que emergen de las “profundidades de la vida social”, como señala Recasens Siches. 2) Derecho es un precepto o conjunto de preceptos, sean normas o disposiciones particulares, diversamente reagrupados y sistematizadas, que calificamos como institucionales para evidenciar la conexión que tienen con el ordenamiento entero, es decir, con la institución de la que son elementos integrantes, conexión que es necesaria y suficiente para atribuirles su carácter jurídico.

Dos aportes fundamentales de esta perspectiva del texto guía de estas notas son: 1) por una parte la insuficiencia del orden positivo para explicar en su totalidad el orden jurídico; 2) por otra parte resaltar la consideración que el precepto jurídico debe recibirse como resultado del ordenamiento general, en conexión con el cual debe explicarse, aplicarse e interpretarse. En esta visión institucional del ordenamiento jurídico en su unidad y pluralidad se pueden afrontar con mayor seguridad para resolver los conflictos.

Por tanto “es necesario enmarcar las normas en la totalidad del ordenamiento jurídico, así se pueden afrontar los problemas de aplicación, de interpretación e integración de las leyes...”³³

En este orden de ideas expuestas habría que observar que en la elaboración de las leyes se debe tener en cuenta la armonía y unidad del orden jurídico, nacional e internacional.

En lo nacional los principios, normas, derechos y deberes fundamentales señalados en las legislaciones constitucionales como marco programático del desarrollo legal de una nación.

En la normativa internacional acerca de los derechos humanos. En este tema primordial y esencial se tratará de manera muy breve. Se expondrá tomado de la mano de Jacques Maritain en un texto escrito “durante la guerra mundial de 1939-1945 en momentos en que el porvenir del mundo pendía del triunfo de la coalición nazi fascista o del de la alianza democrática. Su libro *Los derechos del hombre y la ley natural*, trata el tema acertadamente. La ley natural no sólo se resume en la expresión: haz el bien y evita el mal, también se “reconocen asimismo derechos, en particular derechos vinculados

33 Pérez Olivares Enrique, op cit., pp. 2-3

a la misma naturaleza del hombre”, que tienen singularidades características de aceptación universal.

Así “el derecho del hombre a la existencia, a la libertad personal y a la búsqueda de la perfección, a la Justicia, a la Igualdad, son universales (son para “todas las personas” sea cual fuere su raza, idioma, religión o credo político, situación económica o social) e inmutables (son de reconocimiento sin expresión de cambio alguno en el tiempo, espacio, geografía y conformación sociológica de los estados o naciones, ni de su régimen político de centro, izquierda o derecha u otro) ; irrenunciables (no se puede renunciar a la condición de persona toda tiene una dignidad ontológica, ser de la especie humana); inalienables (no debe enajenarse, venderse, comercializarse la naturaleza de la persona, está la obtiene en su condición de persona por la vía de la propagación de la especie en la unión de un varón con una hembra; no se compra, ni se vende); imprescriptibles (los derechos humanos no se extinguen, están indisolublemente arraigados, ligados e inmersos en la persona, siempre se pueden exigir y quienes los transgredan, siempre en cualquier tiempo puede ser investigado y perseguido penalmente) ; indisolubles (ningún gobierno, empresa, o institución puede desaparecer la vigencia de los derechos humanos) ; por tanto son interdependientes e indivisibles (todos los derechos humanos están relacionados entre sí y tienen en todo espacio y tiempo, el mismo peso, teniendo en cuenta las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales o religiosos cualquiera que sea el régimen político); corresponden a la persona por el “solo hecho de que el hombre es hombre”. (Artículo 19 de la legislación constitucional) La realidad jurídica es amplia pero su “determinación es cierta objetiva y concreta. Con frecuencia es necesaria su estudio y explicación histórica para su justa comprensión, así se percibe que esta realidad no se deja atrapar, no se deje reducir a esquemas generales ni configurar a partir de teorías, que son modos provisionales de ver y de conectar en su conjunto los datos positivos de la vida del derecho entendida en su plenitud”.³⁴

“El fenómeno jurídico es una realidad multiforme y llama constantemente al sentido común que con frecuencia se expresa en valoraciones constantemente reconocidas y, por ende, mantenidas en la realidad (recuerda la visión del “hombre de la calle”, al “buen padre de familia “de los romanos que a su vez hace referencia y resuena a lo que los filósofos de la Grecia clásica y de las etapas doradas de la filosofía cristiana llaman “la naturaleza de las cosas “.³⁵

34 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 1

35 Pérez Olivares Enrique, op cit., p. 1

El derecho es de manera objetiva “el conjunto de principios de derecho en vigor: el “orden legal de la vida” que se debe elaborar y aplicar de manera recta y justa por las autoridades y las personas en sus vinculaciones. Santi Romano tiene un enfoque jurídico (realista) no sociológico. Encuentra la idea matriz en la institución; no reduce el derecho a un orden estrictamente normativo ni vincula las raíces del sistema jurídico únicamente a la voluntad del Estado: éste no tiene el monopolio de las fuentes del derecho... la concreta efectividad del derecho reclama valores superiores: la justicia material, el derecho natural se concreta en el caso y por tanto a partir de los hechos”.³⁶

El derecho tiene su “... su base constituida por la ley divina natural y positiva, y por lo mismo inmutable...” si se lesiona estos fundamentos por el positivismo jurídico y... el absolutismo de Estado; dos manifestaciones que, a su vez, derivan y dependen la una de la otra... ya no queda sino fundamentarlo sobre la ley del Estado como su norma suprema, y he aquí precisamente el principio del Estado absoluto. A su vez el Estado absoluto intentará necesariamente someter todas las cosas a su arbitrio y especialmente hacer que el derecho mismo sirva a sus propios fines.³⁷

“No es posible fijar el orden jurídico con carácter excluyente y total en base a un orden normativo, que siempre tendrá importancia pero no agota la realidad jurídica...”³⁸, ni la creatividad e innovación de las personas. “Es necesario considerar el ordenamiento jurídico como una unidad que constituye algo distinto de las normas y aún independiente de ellas, es algo dinámico y vital cuyo medio de actividad son las normas; cuya modificación no cambia el ordenamiento substancialmente sino al revés...”³⁹ En conclusión “la realidad jurídica es mucho más rica y compleja. Como la moderna doctrina se ha encargado de demostrar (De Castro, Santiromano, Viehweg), incluso respaldada por técnicas plenamente aceptadas por la jurisprudencia venezolana, como los conceptos jurídicos indeterminados. La unidad elemental de lo jurídico no es la norma, es la institución: el contrato, el matrimonio, la potestad administrativa, por ejemplo... Es desde esta perspectiva que la normativa jurídica debe modelarse, interpretarse y aplicarse...”. “...El estudio de las ciencias jurídicas hace que los individuos estén en las mejores condiciones posibles para entender y comprender los regímenes políticos de los diversos

36 Pérez Olivares Enrique, op cit., p. 1

37 Gómez Pérez Rafael, *Deontología Jurídica* en documentos jurídicos pp. 304-308. Cita del Papa Pío XII en un discurso a la Rota Romana, el 13 de noviembre de 1949, a cuatro años de haber terminado la segunda guerra mundial.

38 Pérez Olivares, Enrique, op. cit., p. 2

39 Pérez Olivares Enrique, op cit., p. 1.

países y la línea de conducta de los gobiernos, el planteamiento de los grandes problemas sociales, políticos, y aún los económicos, de nuestros días.”⁴⁰

Concepto de Institución

La institución es “todo ente o cuerpo social”⁴¹. Es una unidad independiente de derecho objetivo compleja erigida por el hombre, en base a la necesidad de regular la moralidad y la socialidad, el vivir en sí mismo, con otros y para otros, y la juridicidad, los derechos del otro, mis derechos, los derechos de la comunidad dentro de los criterios de justicia.

La palabra institución no define una especie del género persona jurídica ni se refiere a entidad en el interior del derecho público. Hauriou la define como una organización social; “todo conjunto (arrasngement) permanente por el cual, al interior de un grupo social determinado, el cual tiene (o donde hay) órganos que disponen de un poder de dominación puestos al servicio de fines que interesan al grupo (conjunto) para (a fin de o con el objeto de) una actividad coordinada a la del conjunto del grupo”.⁴²

El fin característico del derecho es el de la organización social: no solo coexistencia de individuos sino, sobre todo, vencer la debilidad y la limitación de las fuerzas singulares, superar su caducidad, perpetuar ciertos fines más allá de su vida natural, creando entes sociales más fuertes y duraderos que ellos...⁴³ No es derecho aquello que carece de organización social. Inmerso en los criterios de justicia seguridad jurídica y bien común.

“El derecho representa no sólo el “mínimo, ético” sino también el económico, de hábitos sociales, técnicos... La organización social es el prius, no la norma, pues ésta es establecida por la organización social”.⁴⁴

La organización de las instituciones crea la necesidad de elaborar normas jurídicas, con su supuesto de hecho y consecuencia jurídica y formular

40 Proyecto presentado al Consejo Nacional de Universidades para la creación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

41 Pérez Olivares Enrique, op cit. p. 6.

42 Pérez Olivares Enrique, op cit., p. 6.

43 Pérez Olivares Enrique, op cit., pp. 7-8. Se pueden citar los siguientes ejemplos: La cruz roja internacional, las organizaciones no gubernamentales sobre los derechos humanos, contra la destrucción y en defensa del medio ambiente, la lucha contra la pobreza, los bancos de micro créditos, fundaciones, asociaciones de atención hospitalaria hasta uniones económicas, políticas de varios estados, los mercados comunes europeos, iberoamericanos., la globalización.

44 Pérez Olivares Enrique, op cit. pagina

los componentes de la relación jurídica para regular y resolver su dirección, gobierno, órganos, funcionamiento y los conflictos de intereses. La organización, por supuesto, está conformada, aunque luzca una perogrullada expresarlo, por hombres con sus actos humanos externos, en los diferentes ámbitos que crean de acuerdo a las diversas necesidades sociales, políticas y económicas y religiosas instituciones con diferentes fines y objetivos que ameritan regulaciones en el orden jurídico, es decir creación de normas jurídicas y regulaciones de las relaciones jurídicas.

Las instituciones creadas por el hombre no están en compartimientos estancos, sino que tienen indudables canales de comunicación y de integración y disponen de órganos con "... poder de dominación puestos al servicio de fines que interesan al grupo (conjunto) para (a fin de o con el objeto de) una actividad coordinada a la del conjunto del grupo".⁴⁵

La institución regula su misma posición (supremacía o subordinación) en relación con los demás; energías y cosas son destinadas a fines permanentes y generales y ello con un "conjunto de garantías, poderes, libertades y frenos- sanciones- que los reducen a un sistema y unifican una serie de elementos ya suficientes in se y per se."⁴⁶

"Toda institución es la manifestación primaria, original y esencial del derecho el que, a su vez, no puede exteriorizarse sino en la institución. En la institución se manifiestan fuerzas distintas a las estructuras jurídicas: individuales, desorganizadas y si se manifiesta contra otra institución se le niega el carácter jurídico, se califica como desintegradora y antisocial (por parte de la institución contra la que se actúa)".⁴⁷ Como ejemplo podemos señalar instituciones con características peculiares y perfiles precisos, así como realizar unos sucintos comentarios sobre la Iglesia en su orden jurídico, el estado

45 Pérez Olivares Enrique, op cit., p. 6

46 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, pagina 8 y 9. En este sentido habría que leer los considerandos y motivaciones que dieron fundamento a la necesidad de dictar un Estatuto de derecho penal internacional denominado "El Estatuto de Roma". Entre otros para establecer la Corte Penal Internacional, una estructura jurídica internacional, es decir una institución con fines permanentes, con poderes, libertades, sanciones, que en su contenido prevé supuestos de derecho sustantivo (describe delitos) y de derecho adjetivo (instaura el procedimiento). Estas disposiciones legales internacionales son de carácter complementario "de las jurisdicciones penales nacionales" necesaria para que "los crímenes de más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" no queden "sin castigo", a fin de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".

47 Pérez Olivares Enrique, op cit.

nacional y las uniones de estados comunitarios, creados en Europa, la familia, y otros entes creados por el hombre.

Es necesario apuntar, de manera previa, lo que no será de objeto de análisis, por lo amplio del tema las regulaciones respecto al problema climático, de gravísimas repercusiones y la materia económica que ha generado, muchas instituciones de carácter nacional e internacional, que tienen sus reglas de juego y han requerido regulaciones legales, o acuerdos entre las partes en el cauce del derecho. Por mencionar algunos ejemplos, las normas jurídicas relativas al comercio internacional, aéreo, marítimo, espacial, la banca, el seguro, el comercio de textiles, piedras preciosas, importación y exportación de petróleo y bienes consumibles u otros.

La primera. En la Iglesia vista en la perspectiva del orden jurídico rigen sus estructuras sociales el derecho denominado canónico. El primer señalamiento con respecto a la Iglesia es que el poder de gobierno del conjunto de personas bautizadas tiene una jerarquía establecida por su propio fundador Jesucristo con un poder de autoridad en el Vicario de Cristo El Papa que rige al grupo de bautizados que buscan la salvación a través del núcleo de la doctrina cristiana.⁴⁸ A la Iglesia los estudiosos le adscriben un orden moral cristiano y un orden jurídico con un campo de aplicación diferente pero que se complementan entre sí. *El orden moral cristiano* es el que se desenvuelve en los actos humanos internos en la conciencia de cada bautizado “guiada por las normas de Dios y de su Iglesia” y tiene como consecuencia la “responsabilidad personal”. “Es un orden intrínseco al hombre... objetivo... inherente a la libertad... es responsabilidad ante Dios, como respuesta a la vocación que representa el ser y la existencia del hombre...”. *El orden jurídico cristiano* es el que se encuentra en las normas jurídicas dictados por la Iglesia y en la regulación de los actos humanos externos de los bautizados, libres y conscientes que vulneran el núcleo de la doctrina cristiana contenido en los preceptos y leyes canónicas y crean “una nueva responsabilidad ante todo el Pueblo de Dios”. Esta nueva responsabilidad... grava la conciencia, “pero no se reduce a ella, sino que salta a la vida ordenada del pueblo de creyentes...”⁴⁹ del que se forma

48 “Es necesario tener presente que, desde los primeros tiempos del cristianismo, aparece un” núcleo” permanente e irrenunciable de la catequesis, es decir de la formación de la fe... en una palabra: toda la exposición de la fe se halla organizada en torno a cuatro elementos fundamentales: El Credo, El Pater Noster, el Decálogo, los Sacramentos. Esta es la base de la vida del cristiano, la síntesis del Magisterio de la iglesia, fundado en la Escritura y en la tradición. El cristiano encuentra aquí lo que debe creer (el Símbolo o Credo), esperar (el Pater Noster), hacer (el Decálogo) y el espacio vital en que todo esto debe cumplirse (los Sacramentos) (Informes sobre la Fe, Cardenal Joseph Ratzinger, biblioteca de autores cristianos, sexta edición, Madrid, España 1985, p. 81).

49 Piñero José María, *Os cuento el Código*, editorial biblioteca clásica del creyente, Sevilla,

parte. En el orden jurídico el Derecho significa orden social, es decir el orden de la comunidad humana o en otras palabras el conjunto de estructuras que ordenan y organizan a los hombres en la comunidad... en este sentido también el Derecho Canónico es un Derecho y es por ello orden social y es institución. “Es, en otras palabras, una estructura ordenadora del Pueblo De Dios, en cuanto este es una comunidad con una dimensión terrena e histórica, de creyentes con una organización social y una vida comunitaria. Es función del Derecho Canónico estructurar y ordenar según principios de justicia las relaciones entre los miembros de la Iglesia, relación entre hombres” (Nota sobre Moral y Derecho de Álvaro Del Portillo atendiendo especialmente al Derecho Canónico). La comunidad es expresión de una dimensión óptica de la personalidad, es decir, la socialidad. –y aquí la socialidad se ha de entender como apertura esencialmente inherente a la persona humana hacia los demás, y por tanto que existe en virtud de la misma naturaleza (y en la Iglesia en virtud de la gracia)”. (Nota sobre Moral y Derecho de Álvaro Del Portillo atendiendo especialmente al Derecho Canónico).

El orden jurídico está en el aspecto de la responsabilidad con la Iglesia y con toda la comunidad eclesial. Los hombres elaboran mandatos para la vida en sociedad, que en el caso concreto de la Iglesia se trata de preceptos o leyes que regulan la vida ordenada del pueblo de creyentes, de relación de la comunidad eclesial, dictadas dentro del nuevo orden creado por Cristo, que tiene como dimensión el valor justicia para con Dios, Religión y especialmente el principio rector de su interpretación y aplicación del Derecho Canónico. El Código señala que se apliquen las sanciones previstas en las normas jurídicas a los bautizados teniendo en cuenta la salvación eterna de las almas que “es ley suprema de la Iglesia”.

Reflexionemos en segundo lugar sobre la significación de las instituciones creadas en la comunidad económica europea que surgió al mundo jurídico merced al acuerdo de un grupo de Estados nacionales. Las comunidades de estados europeos aun con la diferenciación propia de sus estados nacionales han conformado una organización de estados con reglas jurídicas que tienen preponderancia en los territorios nacionales de cada uno de sus miembros. Todos los estados europeos de acuerdo con sus gobiernos nacionales dictaron una Constitución económica supranacional cuyos objetivos y principios fueron fijados por los estados miembros en los Tratados de Roma y de Bruselas de 1957 y 1965 y concretados en los diversos acuerdos hasta la creación de un Estado comunitario, con moneda propia (el euro) y con sus

órganos supranacionales en todos los ámbitos jurídico, políticos y económicos. La naturaleza inicial de estos ordenamientos jurídicos es fundamentalmente económica siendo “ su objetivo a largo plazo” de carácter político, “ en orden a la consecución de la necesaria unidad política europea , pues , como observa Tamames, la Comunidad Económica Europea es el embrión de una verdadera unión económica y, a la postre , de un auténtico estado multinacional”⁵⁰ con estructuras (parlamento europeo, consejo de ministros , tribunal de justicia de la comunidad que vela por la aplicación de la constitución económica y los tratados) y normas jurídicas (concretadas en los diferentes tratados y acuerdos) que están fundamentadas en sus objetivos y principios informadores de dicho ordenamiento jurídico.⁵¹

En cuanto al nacimiento del estado cuyo origen histórico no se analizará, el procedimiento de constitución de un estado es un hecho pre- jurídico, no jurídico, pero una vez que existe como ente real y “vivo”, es un ordenamiento jurídico, es una institución, con la concreta característica peculiarísima de fijar las estructuras ordenadoras de gobernantes y gobernados y sus deberes y derechos.

“La necesidad del gobierno está basada en la naturaleza social del hombre y la organización del Estado en la superior sabiduría y moralidad del gobernante en beneficio de la comunidad...en su obra Santo Tomás dice que la salud de un pueblo consiste en la conservación de su unidad, unidad que recibe el nombre de paz; abandonada esta, desaparece la utilidad de la vida social. El principal y más importante deber del jefe de un pueblo es el de consagrarse a la búsqueda de la unidad, de la paz”. En los orígenes del estado para hacer un solo señalamiento como Institución. Entre “otros aspectos históricos y políticos, se indica que ...las necesidades prácticas y procedimientos que se van repitiendo continuamente hasta aceptárselas y dotárselas de una organización formal-dan lugar- a que esas prácticas se institucionalizan, entendiéndose por institución para el caso, lo que ha surgido en forma sistemática, de las repetidas prácticas con que el grupo social satisface una necesidad colectiva. El Estado surge así, cuando el grupo social ha institucionalizado su propia protección... la protección colectiva aparece, así como la función original del Estado, acaso como la razón de ser de éste...

50 Martos Núñez, Juan Antonio, op. cit. p. 82

51 Martos Núñez, Juan Antonio, op. cit. pp. 82-86. Se refiere por este autor tres principios informadores del ordenamiento jurídico comunitario en materia económica, en cuyo texto pueden consultarse, tales son: el principio de la libre circulación de las mercancías y de los factores de producción; la defensa del orden competitivo y concurrencial y el principio de la coordinación y la planificación flexible de las políticas económicas nacionales

siempre existió- históricamente – una conexión entre los sistemas de defensa adoptados por el grupo y su gobierno.⁵²

En la concepción de un Estado “...el orden jurídico precisa para su existencia de unas normas organizadoras...las normas constitucionales” ...- son unas leyes fundamentales- “...que forman parte integrante necesaria de todo orden jurídico...como fundamento de la organización total del Estado...todo estado está “constituido” de cierta manera y por consiguiente, que todo Estado tiene una “constitución”.⁵³ Análogamente sucede respecto de la comunidad internacional...”⁵⁴y las comunidades de estados regidas por el derecho nacional o comunitario y otras instituciones públicas y privadas que nacen de la mente creadora e innovadora de las personas. El Estado existe porque existe: es un hecho y desde que existe es derecho: no hay más normas para que nazca un Estado. Como el derecho no se agota en las normas, éstas pueden- y es así- existir después de la existencia del ordenamiento jurídico (del cual son parte, elementos): así “nacen” las normas legales estatales”⁵⁵ y comunitarias. El “Estado no preexiste al Derecho Internacional” este es quien lo constituye como “independiente” e “igual” con otros Estados y por ello las normas (al menos unidas de ellas) nacen de la voluntad de los Estados que concurren en el acto “de legislación”,⁵⁶ que no es el único elemento del Derecho Internacional...ni la única fuente. El derecho internacional existe junto e inseparablemente de la existencia de la comunidad de los distintos Estados de la cual éstos son “miembros”. (De un “cuerpo “un “organismo” por más simple que sea en su estructura). El derecho internacional tiene principios que no emanan de la voluntad concurrente de los Estados. Por ejemplo, el asilo⁵⁷ o el

52 Naranjo Mesa, Vladimiro, *teoría constitucional e instituciones políticas*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, séptima edición, 1997, página 198. Se puede leer el capítulo II sobre “los orígenes del estado”,

53 García Pelayo, Manuel, *derecho constitucional*, colección de textos jurídicos universitarios, quinta edición, Madrid, España, pp. 22-23

54 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 10

55 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 9

56 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 10

57 El Asilo es una institución de carácter humanitario de carácter ancestral que los Estados han tenido que aceptar. En Latinoamérica se produjo en el año 1948 unas circunstancias históricas en Perú por las cuales Víctor Raúl Haya de la Torre y los dirigentes del Apra fueron perseguidos. Haya de La Torre se asilo en la embajada de Colombia, donde se le otorgó el asilo y se le participo al gobierno de Perú, el cual se negó a otorgarle el salvoconducto. La Corte Internacional de Justicia conoció del caso y determinó que Colombia no podía calificar el delito de manera unilateral, que el asilo fue mal otorgado, pero no decidió la entrega de Haya de La Torre porque no estaba previsto, tal y como lo exigía Perú. Esta decisión dejó en claro una situación ambigua: que Perú no estaba obligado a entregar el salvoconducto, pero Colombia tampoco tenía la obligación de entregar a Haya De la Torre. Estos hechos generaron la necesidad de regular jurídicamente esta situación. Ello se hizo en la convención Sobre Asilo Diplomático

uso de la fuerza contra un Estado para obligarlo a respetar el ordenamiento internacional con medidas de carácter político, militar o económico que se dictan por las organizaciones internacionales. Los tratados han regulado el ejercicio y la aplicación de los principios en ambos casos, pero parten de su existencia.⁵⁸ Podemos citar como ejemplo en materia de derechos humanos en el campo del derecho penal internacional la creación por la comunidad internacional de la Corte Penal Internacional, en fundamento al Estatuto de Roma aprobado el 17 de julio de 1998, el cual se aprobó con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. “Esta votación supuso un gran avance histórico y la conclusión inequívoca de la voluntad de frenar decididamente la impunidad de graves violaciones de Derechos Humanos”⁵⁹ donde el principal autor de los delitos son los miembros del alto gobierno de una nación.

En cuanto a otro ente natural de la persona como ser en relación que es la formación de una familia, fundamento del perfeccionamiento de la persona y de la propagación de la especie la relación conyugal y la familia es la institución más esencial y fundamental de la sociedad; en esta materia se han configurado unas normas jurídicas que concretan diversos aspectos personales y patrimoniales.

En cuanto a los negocios jurídicos, los miembros de la Iglesia, de los estados nacionales, de los comunitarios son los que “establecen relaciones y también normas: derivadas de la autonomía”⁶⁰. En cada Institución existe de manera natural la necesidad del gobierno y de la especificación de los derechos y de los deberes, mandatos y prohibiciones que imperan en las relaciones sociales. El Estado, las organizaciones internacionales y comunitarias, las familias las empresas, el trabajo, reconocen éstas y protegen las normas que ella origina y crean en base a las situaciones de hecho los requerimientos de legalidad y justicia. “La institución tampoco es una sola persona (sujetos

y Territorial de 1954, celebrada en Caracas en la cuales se reiteró el Derecho al Asilo como un “principio jurídico interamericano” y se estableció que el Asilo solo procede por delitos políticos y no comunes y que la calificación de la naturaleza del delito solo corresponde al Estado Asilante, quien deberá obtener las informaciones que fueren necesarias para su decisión, que deberá ser respetada.

58 Pérez Olivares, Enrique, op cit.

59 Ambos Kai, estudios de derecho penal internacional, editado por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2004, página 99. El Estatuto de Roma persigue crear una “conciencia jurídica universal” para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de “los crímenes más graves de trascendencia internacional para la comunidad internacional en su conjunto” (artículos 1 y 5) tales como: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, descritos en los artículos 6, 7, 8 los tres primeros, por cuanto el crimen de agresión no se ha definido.

60 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 10

de derecho) es necesario que entre en relación con cosas (objetos de derecho); comporta un poder. No basta una relación entre un sujeto y un objeto: en la familia hay varios elementos: unas relaciones conyugales, personales y patrimoniales, unas facultades en relación con la prole, que implican relaciones con otros sujetos que la integran, asimismo normas que regulen la patria de potestad que sirven para ordenar las conductas de sus miembros, de las personas que están a su servicio, sus huéspedes.”⁶¹

“Las instituciones no se concretan nunca en una sola relación jurídica (lo que reflejaría una concepción subjetiva del derecho) presupone una conexión entre al menos dos entidades distintas. La institución implica la existencia de relaciones pero no se reduce a ellas pues es derecho objetivo, las precede ya que constituye la estructura para que esas relaciones puedan ser calificadas de jurídicas. Es como el ambiente en que vive la relación”⁶². Habría que pensar en el requerimiento de las personas de la necesidad de que sujetos distintos a los que se hallan en conflictos definan la justicia de los casos concretos. No es este trabajo el indicado para apuntar a las realidades históricas o sociales del nacimiento de la teoría general del proceso en sus tres aspectos esenciales de la jurisdicción, acción y proceso, que conforman una canalización de exigencia natural de justicia de manera coactiva, cuando no hay cumplimiento voluntario de la obligación. En las instituciones “hay un ordenamiento interno autónomo que reduce a unidad de gobierno y de dirección una serie de elementos”.⁶³ Ello sucede en un estado, empresa, escuela, hacienda, club, asociación, fundación: son microcosmos jurídicos...” Estas instituciones son percibidas y reguladas por el Estado o por los Estados comunitarios desde otras perspectivas. Por ejemplo, una persona jurídica es en sí misma una institución, una organización, un ordenamiento jurídico que vincula los órganos, distribuye atribuciones y poderes, etc. Tiene su ordenamiento interno derivado de su “voluntad propia”, no el que le da otra institución superior: por ejemplo, el Estado que le atribuye personalidad jurídica”⁶⁴.

Hay pues dos clases de instituciones: las que pertenecen a la categoría de cosas inertes y las que forman verdaderos cuerpos sociales, instituciones corporativas que el sistema jurídico debe considerar como figuras independientes: tienen autonomía. Producen derecho: disciplinario, consuetudinario, estatutario o “legal...”.

61 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 10

62 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 10

63 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 11.

64 Pérez Olivares, Enrique, op. cit, p. 11.

Santi Romano considera útil esta concepción pero procede a rectificarla ampliándola y desprendiéndola de la figura del Estado (moderno), sin asignar a éste la función de ser fuente única de derecho. Considera que institución y derecho tienen identidad.⁶⁵ Además señala algunas características que la perfilan.⁶⁶

Características

Las características de las instituciones son las siguientes: 1) “Debe tener una existencia objetiva y concreta, su individualidad debe ser exterior y visible. No en el sentido impropio (la Prensa es una institución) o técnico jurídico o instituto (la donación, la compra venta) relaciones y normas singulares que en función de los caracteres típicos que presentan en relación con una figura común, son reagrupados en conjunto solo conceptualmente. 2) Manifiesta la naturaleza social del hombre pero (no son siempre hombres relacionados entre sí, pues pueden coexistir o sucederse), unidos por intereses comunes o continuos que tienen una finalidad, una misión. Puede consistir en un conjunto de medios, materiales o inmateriales, personales o reales, patrimoniales o de naturaleza ideal, destinados a servir de modo permanente a un fin determinado en beneficio de personas que no la constituyen: les son ajenas. 3) Son administradas por hombres pero no se componen de hombres. Es un ente cerrado que puede considerarse in se y per se, por tener una individualidad propia, aun cuando pueden ser instituciones de instituciones. El Estado es una institución dentro de la comunidad internacional, al mismo tiempo está integrado por instituciones: niveles de poderes, (poder municipal, poder estatal, estados federados) poderes funcionales (legislativos, ejecutivos, judicial) establecimientos, con mayor o menor autosuficiencia y autonomía, que se coordinan o se integran y subordinan, que se complementan o son antitéticos.⁶⁷ 4) Es una unidad delimitada y permanente: no pierde su entidad aun cuando cambien sus elementos concretos, que le pueden haber dado origen pero que al darle vida se integran en ella. Derecho, ordenamiento jurídico e institución: se implican mutuamente. Messineo subraya el aspecto normativo y señala que institución y norma nacen uno del otro. La institución es tal en cuanto establece normas, y la norma deriva su fuerza.”⁶⁸

65 Pérez Olivares, Enrique, op cit. pp. 7-10

66 Pérez Olivares, Enrique, op cit.

67 Leer en la CRBV la estructura del poder público en Venezuela.

68 Pérez Olivares, Enrique, op cit. pp. 7-8.

De seguidas a estas características vamos a señalar algunas observaciones sobre la norma jurídica y la relación jurídica que se constituyen en los aspectos objetivos y subjetivos de la pluralidad de vínculos que se crean en el Derecho.

III. La norma jurídica especificidad, objetividad, sanción, abstracción y generalidad

La norma jurídica es “el núcleo fundamental del Derecho considerado en su aspecto objetivo”. La relación jurídica “constituye el elemento más importante desde el punto de vista subjetivo”. Legisladores, administradores, jueces, abogados, interpretes en general de las normas jurídicas deben tener en cuenta el fondo, la esencia, el contenido de la institución que se regula, en el ejercicio de sus funciones.

Las instituciones son el reflejo de la diversidad de relaciones de las personas y de los aspectos ya señalados unidos entre sí, pero diferentes, como la *moralidad, la socialidad, juridicidad y politicidad*.

Toda autoridad debe conformar el proyecto de una nación en el ámbito de la juridicidad con fundamento en la moralidad y la socialidad que específicamente captan en los proyectos lo constructivo para la sociedad y respeten la dignidad humana, la libertad y la justicia y los fines del derecho bien común, seguridad jurídica.

La vida social refleja la convivencia en sociedad y la pluralidad de normas jurídicas y relaciones jurídicas reconocidas. Ello “conduce a sostener que el derecho no es la norma sino lo que la envuelve, lo que le da apariencia”,⁶⁹ tampoco las relaciones jurídicas agotan y abarcan lo complejo de las relaciones sociales.

En cuanto a la norma jurídica hay coincidencia en señalar dos características esenciales: la objetividad y la sanción jurídica, además de las ya tradicionales de generalidad, abstracción, legitimidad, imperatividad y coercibilidad.⁷⁰

69 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 4

70 Se pueden señalar otras importantes: *Generalidad*: Señala Dabin que la norma se encuentra establecida fuera de todo “caso individual”. *Abstracción* es una operación del espíritu humano por “la cual éste aísla el objeto conocido de su existencia concreta, prescinde de sus notas individuales y se queda con la esencia de dicho objeto. *Legitimidad*: Lo legítimo es lo “cierto, genuino y verdadero en cualquier línea”. En el aspecto formal: que esta dictada por una autoridad competente. En el aspecto material significa

En la primera característica la objetividad de la norma comporta que “el derecho consta de normas que, separadas de la conciencia de quienes deben observarlas, (y de quienes tienen la facultad normativa de promulgarlas o interpretarlas) adquieren una existencia propia y autónoma”⁷¹, para calificar y valorar los actos humanos como justos o injustos.⁷²

El orden jurídico exige del hombre en sus relaciones con los demás una rectitud y una actitud que consiste en “dar a cada uno lo que es suyo”, principio básico del orden jurídico, para tratar de crear un orden social justo que busque una convivencia posible en la paz, el bien, la libertad y la verdad.⁷³

Los conflictos entre los individuos de una sociedad y entre ellos y el todo requiere de una intervención que personifica la unificación de las partes en un yo social, agregaría o comunitario, que “es establecido por el derecho: es el reino de la objetividad”,⁷⁴ para determinar los derechos y deberes de las personas en las instituciones y respetar el valor justicia.

La concreta efectividad del derecho reclama valores superiores para decidir los conflictos de intereses sin sesgos de carácter subjetivos, por intereses bastardos, políticos o económicos. “La justicia material y el derecho natural se deben concretar en el caso” y corresponde a los jueces la resolución en justicia de los conflictos intersubjetivos, siendo ésta una función cuasi divina. En expresión de Ángel Ossorio la justicia debería constituirse en un verdadero poder. Le correspondería hacerlo en razón de que es la clave de la bóveda para manejar el Estado de manera equilibrada y garantizadora de los derechos

que la norma “es legítima por su contenido, es decir, dirigida a obtener el orden más favorable al bien común” a la seguridad jurídica y a la justicia con respeto a la dignidad de la persona, razón y ser del derecho. *Imperatividad*: Se deriva de la palabra imperio que significa mandar con autoridad, impone un deber, no aconseja, ni persuade, no trata de convencer, manda... el mandato se refiere “al modo de conducirse exteriormente” (OLASO, op cit). *Coercibilidad* Posibilidad lógica de aplicar una sanción. El Derecho está constituido por normas jurídicas generales y abstractas, coercibles, legítimas, de obligatorio cumplimiento de manera voluntaria o forzosa

71 Pérez Olivares, Enrique, op cit. pp. 4-5

72 “el derecho se inserta en el sistema racional de relaciones sociales, que son relaciones interpersonales- de persona a persona- en las cuales el hombre actúa en su condición de ser personal y responsable; son pues los actos humanos a través de los cuales el hombre actúa jurídicamente, esto es, actúa como persona en el mundo de las relaciones jurídicas. (Cuatro lecciones de derecho Natural, Javier Hervada, p. 23).

73 “...en todas las culturas existen deberes y derechos entre padres e hijos, se valora la gratitud y la lealtad, se desprecia la mentira, se defiende la vida, se aprecia el valor del guerrero y la imparcialidad del juez. Estas constantes atestiguan que hay valores reconocidos como buenos en todos los tiempos y culturas y que sus contrarios son malos. (Ayllón, José Ramón, Ética razonada, ediciones palabra, p. 14)

74 Pérez Olivares, Enrique, op cit.

humanos. “Ya que quien tiene la potestad sobre los bienes, la libertad, la honra y la vida de sus semejantes, puede juzgarse colocado en aquella categoría de los héroes que la mitología intercalaba entre los dioses y los hombres”.

Los jueces tienen mando, señorío para restaurar los derechos humanos o puede vulnerarlos si no se ajusta de manera objetiva, al derecho y a la justicia, cuando decide conflictos del sector privado y del sector público. El derecho no es solo norma, es la entidad misma que fija la norma (es decir reconocimiento de la autoridad de la que emana la norma), entidad que es “impersonal”, es poder que trasciende y es “superior” sobre los individuos. No es concebible derecho sin legislador pues el juez no es verdadero “creador de derecho”, ya que se guía por la justicia, la equidad del caso concreto, que son algo distinto a la norma jurídica (ésta por naturaleza se refiere a una serie de acciones, por lo que es general y abstracta)⁷⁵.

En cuanto a la segunda característica la sanción jurídica, es “algo” añadido a la norma y que concede “un derecho de coacción que garantiza o protege el primer “derecho.” Esto abre una cadena de preceptos pues la segunda, (la sanción), para que sea jurídica, exige otro precepto...”⁷⁶

“La coercibilidad es nota peculiar no de la norma sino del ordenamiento. Es en el complejo orgánico del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto que se encuentre la sanción: deriva, como freno connatural y necesario, del poder social (en contra de la injusticia la arbitrariedad y la violencia). Ella precede la norma, es la base sobre la que se funda la norma. Es pues otro elemento que integra el Derecho no siendo Derecho (si el derecho es solo norma): ello es una inconsistencia.”⁷⁷

En el plano ideal del derecho sancionador existen un conjunto de principios rectores que determinan las bases de la aplicación de las sanciones en derecho. Es aceptado de manera universal en la civilización occidental el principio de la materialidad (no se castigan los pensamientos sino los actos externos) ; el principio de la legalidad por el cual solo se sanciona lo que está previsto y descrito de manera previa y escrita en la ley, salvo en materia de derecho penal internacional;⁷⁸ el principio de que es necesario para la sanción

75 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 5

76 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 5

77 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 5

78 De seguidas unas observaciones sobre el tratamiento que el derecho penal internacional ha dado al principio de la legalidad de los delitos y las penas del texto El Estado Criminal de Ives Ternon. A raíz de la segunda guerra mundial, se ha tenido que aplicar una excepción respecto al principio de la legalidad de los delitos y las penas, el prin-

que se afecten bienes jurídicos protegidos o derechos humanos, como los principales, la vida y la libertad, y el principio de la culpabilidad, que el acto humano externo sea reprochable a una persona a título de dolo o culpa.⁷⁹

El Derecho no se reduce a un orden estrictamente normativo ni se vincula las raíces del sistema jurídico únicamente a la voluntad del Estado: éste no tiene- repetimos- el monopolio de las fuentes del derecho, que se han definido por la doctrina en tres aspectos concatenados: las fuentes próximas con las fuentes intermedia y última.⁸⁰

Las tres clases de fuentes de derecho indicadas lejos de excluirse se complementan. El ideal es que las normas jurídicas no se aparten, se desvíen o distancien de la naturaleza de las cosas, que respeten las exigencias naturales de la persona como ser relacionado, su vida, dignidad y libertad. La síntesis de lo anterior la resumimos en la expresión del filósofo del derecho Del

cipio de la irretroactividad y la prohibición de la analogía, en esta materia punitiva. En efecto cuando se constituyó el Tribunal Militar Internacional el 8 de agosto de 1945 para juzgar los hechos sucedidos en dicha guerra los jueces en aplicación de la costumbre y del derecho natural desaplicaron tales principios y procedieron al castigo de los culpables. Hoy la situación es distinta por la aprobación del Estatuto que creo la Corte Penal Internacional que contiene el derecho penal internacional sustantivo y adjetivo y se consagra el principio de la legalidad de los delitos y las penas en su forma clásica, no permitiéndose la definición del delito por el procedimiento de analogía, ni la aplicación de la retroactividad, principios éstos que tuvieron que desaplicarse por los juristas de Nuremberg Sin embargo “la ley de Roma confirma la histórica discusión sobre el alcance y límites del principio nullum crimen afirmando que el reconocimiento del principio “no afectará la caracterización de ninguna conducta como delictiva bajo la ley internacional *independientemente de este Estatuto.*” (artículo 22. 3) con lo que, cualquier forma creada por el hombre no descrita en tal estatuto, que vulnere los derechos humanos, pudiera ser objeto de sanciones de acuerdo con este criterio y bajo los mismos principios que inspiraron a los juristas de Núremberg.

79 E. Ambos Kai, Revista penal número 7, la ley, Univr4sidad de Salamanca, enero 2001 se puede leer un amplio análisis en relación con la “responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional y la jurisprudencia de Núremberg a la Haya”, en el mismo se citan los casos de juzgamiento del alto mando Nazi, de los comandantes argentinos y otros.

80 *Fuente próxima:* Dentro del Estado y la sociedad son los modos de manifestación de la voluntad jurídica predominante en un pueblo. Es el concepto técnico-jurídico que alude a la creación de la norma por una autoridad reconocida por el Derecho positivo mediante un procedimiento señalado en la legislación constitucional. *Fuentes intermedias:* Están en la misma naturaleza humana, más allá del Estado y de la sociedad. Ésta última la conforman personas corpóreo-espirituales en sus dimensiones esencialmente humanas y sociales. *Fuente última:* “Finalmente para la filosofía trascendente, la fuente última del Derecho se encuentra en el Ser Supremo creador del orden universal que imprime la noción del orden y de la justicia en la conciencia de los hombres. (fuente de consulta OLASO, obra citada, tomo II)

Vecchio:” Hay una fuente de la fuente de derecho, y es el espíritu humano y su propia y esencial naturaleza; pues de ningún modo puede prescindirse del concurso de aquellas fuerzas vivas de la conciencia de las que nace realmente el Derecho”. La elaboración del derecho no es un problema teológico sino de la recta razón que debe purificarse para no engeguerse por la soberbia o el poder. “Esta recta razón debe tratar de discernir (más allá de las opiniones de moda y de las corrientes de pensamiento de moda) qué es lo justo, el derecho en sí mismo, lo que es conforme a la exigencia interna del ser humano de todos los lugares, y que lo distingue de aquello que es destructivo para el hombre... Si a ese derecho en sí se lo quiere llamar derecho natural, o de cualquier otra manera, eso es un problema secundario. Pero allí donde esta exigencia interior del ser humano, el cual está orientado como tal al derecho, allí donde esta instancia que va más allá de las corrientes mudables, no puede ser ya percibida, y, por tanto, el “fin de la metafísica” es total, el ser humano se ve amenazado en su dignidad y en su esencia...”⁸¹

La moralidad y la socialidad y esencialmente la juridicidad exige, reclama valores superiores, derechos fundamentales, derechos humanos, imprescindibles, universales, irrenunciables como atributos inherentes a la dignidad humana, que se concretan en las normas jurídicas constitucionales, internacionales y comunitarias. No es posible fijar el orden jurídico con carácter excluyente y total con base a un orden normativo, que siempre tendrá importancia pero no agota la realidad del hombre como ser en relación, en sus actos humanos externos.

Las personas en su vida de relación en lo social, familiar, económico y político crean las relaciones sociales intersubjetivas en las que si se respetan los derechos de los demás no se causan conflictos de intereses , pero si violentan el principio básico del orden moral, haz el bien y evita el mal, y el principio básico del orden jurídico, dar a cada lo suyo, impulsan , hacen brotar la necesidad de lucha por el derecho, en el cuerpo social, para concretar soluciones justas en base a las normas jurídicas regulatorias, objetivas y sancionatorias.

81 Joseph Ratzinger. La Crisis Del Derecho (1999) - Cardenal Joseph Ratzinger - Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe. Los dos riesgos actuales del derecho. El fin de la metafísica y la disolución del derecho por presión de la utopía. Discurso al serle conferido el grado de doctor *honoris causa* en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad LUMSA].

IV. Consideraciones sobre la relación jurídica

En cuanto a la relación jurídica la persona es un ser en relación creador que convive dentro de entes o cuerpos fundados en la vida social. Y dentro de estos ambientes su conducta hacia los demás puede ser justa o injusta, respetando o desconociendo derechos o incumpliendo deberes. El derecho se encuentra insertado en las relaciones humanas que tienen importancia para la vida social. Por tanto en vista de fines y objetivos políticos, sociales, económicos u otros, las normas jurídicas reconocen “ la relación humana para ser transformada en relación jurídica” ... en consecuencia , toda relación jurídica es una relación social , pero no sucede a la inversa: no toda relación social es una relación jurídica. Solo aquellas relaciones sociales que en razón de su función económica-social (u otras) son merecedoras de tutela jurídica y así lo reconoce expresamente una norma del ordenamiento jurídico, y producen efectos de Derecho son, en consecuencia, relaciones jurídicas”.⁸² Por ello por su propia naturaleza de ser relacionado cuyo fin “es la organización social perfectiva, en su doble vertiente de justicia y seguridad”⁸³ (y agregaría bien común), se hace un requerimiento “tutelado y disciplinado por el Derecho” del cual nacen derechos subjetivos⁸⁴ por lo que se refiere al sujeto activo de la relación y deberes jurídicos⁸⁵ por lo que se refiere al sujeto pasivo de la misma. “El derecho es una relación o vínculo que liga a las personas entre sí o con ciertos objetos o cosas. La vida del derecho se desarrolla en una red complicada de relaciones jurídicas que enlazan las personas en mutuas conexiones y forman gran parte de la vida social”⁸⁶ e institucional. El derecho está “...dirigido u ordenado a otro...” implica relacionabilidad, organización. Por ello “un derecho supone que algo está ordenado a un sujeto a quien se le debe” ... Un derecho supone una relación del sujeto con otro sujeto o con un objeto jurídico, “de manera que éste se le adecue o conmensure, se ordene a él...” En efecto “las relaciones jurídicas no se dan aisladas; forman más bien, la tupida red de derechos y obligaciones en que está sumida la persona.

82 Egaña, Manuel Simón, opt. cit. p. 178

83 Balbin, Rafael María de, *la relación jurídica natural*, segunda edición Universidad Monteávila, Caracas, Venezuela, p. 120 y p. 110

84 Son las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico a los sujetos de derecho con capacidad de goce o ejercicio para obrar válidamente, exigir o utilizar los medios de defensa en la satisfacción de sus fines e intereses reconocidos como bienes jurídicos , los cuales autorizan al titular a proceder a requerir de los demás el debido respeto a su derecho, pues de lo contrario pueden usarse los medios coactivos que serán obligatorios en casos de interés público o facultativos en caso de interés privado.

85 Es la necesidad de observar una determinada conducta (acción u omisión) bajo la amenaza de una sanción coactiva impuesta por la norma en orden a obtener un bien jurídico. Es más amplia que el termino obligación (deber del sujeto en las relaciones entre particulares) comprende el deber jurídico “todo mandato normativo”.

86 Balbin, op cit, pagina 117, pie de página número 331.

Este conjunto de derecho y deberes que tenemos frente a una sociedad y sus miembros constituye la situación jurídica... conjunto de derechos y deberes-determinados o eventuales que el derecho atribuye a una persona colocada en ciertas condiciones...por ejemplo la situación de la mujer casada, del menor, del heredero...”⁸⁷, el matrimonio, el contrato, el delito, el estado y las instituciones públicas o privadas. Y en la otra vertiente: la del deber jurídico. “...El deber supone una conducta- acción u omisión- naturalmente debida a otro. Supone también una relación, si bien distinta relacionalmente opuesta a la anterior...Derecho y deber son correlativos, lo cual quiere decir que se dan dos relaciones recíprocas, en las que hay una cierta disparidad de contenido, una oposición relativa. Derechos y deberes naturales se presentan como relaciones jurídicas naturales...se aprecia este carácter de relacionalidad en todo el ámbito jurídico...el Derecho...es... relacional... el núcleo de lo jurídico se constituye con caracteres relacionales y organizativos. Pero la base del orden jurídico se encuentra “en la naturaleza humana, de la que dimana un Derecho primario, que se llama natural y sirve de fundamento a la construcción jurídica positiva... se dan unos derechos naturales- en ocasiones llamados innatos- que constituyen como el presupuesto de toda normación positiva. Se citan entre ellos el derecho a la vida, la libertad, a la integridad corporal, a la salud, a la procreación de hijos en el matrimonio, como derechos referentes a la existencia corpórea; y otros más que se refieren a garantías políticas, a la libertad personal, al dominio sobre las cosas y posibilidad de enajenarlas y transmitir las...”⁸⁸

Todo lo que concierne a la justicia virtud jurídica por excelencia- se refiere a una igualdad, una ordenación, una adecuación a otro...la justicia se refiere a los otros, se coloca en ámbito de alteridad, por tanto, también de relacionalidad, tiene como presupuesto básico la existencia de derechos y deberes correlativos y la alteridad, su relación con otros. De este modo se explica más profundamente la socialidad del fenómeno jurídico en su conjunto, así como sus restantes características. Las relaciones jurídicas forman una tupida trama que integra el orden jurídico...el derecho, lo justo indica relación.⁸⁹

De esta relacionalidad en la vida social, nacional, internacional o comunitaria se crean instituciones con fines diversos, nacionales e internacionales, humanitarias, sociales, políticas, ambientales, de filantropía, etc. que tienen una exigencia de regulación, en cuanto a los sujetos, objeto y sus rela-

87 Olaso, op cit, tomo II p. 260

88 Balbin, op. cit. p. 115

89 Balbin, op. cit. pp. 115-117. Para ampliar el tema se puede leer en este texto páginas 118-142 la relación jurídica natural.

ciones jurídicas, sus deberes y derechos con características, esencia, principios generales, con sus órganos de gobierno, dirección y sanciones. El derecho debería sistematizar esas sociedades en un ordenamiento en su totalidad y unidad, esto es, una institución, o unas instituciones que requieren ser reguladas a través de las normas jurídicas, para que su funcionamiento se ajuste a los objetivos requeridos en su normativa, dentro de los fines de bien común, seguridad jurídica y justicia.

V. *Pluralidad y relación de ordenamientos jurídicos*

Dada la diversidad de Instituciones hay una pluralidad de ordenamientos jurídicos: están relacionados entre sí y aún pueden ser parte de otro ordenamiento que lo comprende o ser reconocido aun por una institución de instituciones como lo es la comunidad internacional como independientes y autónomos...”⁹⁰ o las uniones comunitarias económicas y políticas y todo el entretejido, entre otros, que requiere de regulaciones jurídicas en la globalización, la tecnología de la informática, la protección del ambiente de su degradación, la explotación del espacio y toda la problemática de los refugiados que se producen en los países limítrofes de estados por conflictos interiores.

Todo el sistema jurídico conforma una pluralidad y relación de los ordenamientos jurídicos los cuales tienden “a organizarse en torno a los engranajes que mueven las instituciones existiendo “conjuntos de normas” y principios rectores que regulan cada institución” que están unificadas. Se ha sostenido en la jurisprudencia que en caso de inconstitucionalidad de una ley que “si la “institución o el sistema son en si inconstitucionales; tal inconstitucionalidad revierte sobre todas las normas” Al efecto ha sido criterio pacífico y reiterado... que “no cabe interpretar aisladamente una norma sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte”.⁹¹ Suele no

⁹⁰ Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 11-12.

⁹¹ En sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Plena de fecha 6 de noviembre de 1997 se declaró la inconstitucionalidad total de la ley sobre vagos y maleantes en base a la violación de principios constitucionales como la igualdad, legalidad penal, violación del derecho a la defensa y del juzgamiento por el juez natural al ser sentenciado con privación de libertad, en sede administrativo y no judicial y el principio de la materialidad del derecho penal, por cuanto este dispositivo legal castigaba a la persona por lo que es y no por lo que hace consagrando el derecho penal del autor y no el derecho penal del acto. El caso viene relacionado con lo expuesto en fundamento a que a los jueces se les planteo con el dispositivo legal si debería declararse la inconstitucional parcial o total y para optar por ésta última solución acudieron a las consideraciones doctrinales siguientes: “Por cuanto el sistema en general adoptado por la ley sobre vagos y maleantes a juicio de esta corte, es inconstitucional, tal situación crea un mecanismo de vasos comunicantes que se transmite a todas sus normas, las cuales tiene sentido y finalidad dentro de ese régimen establecido. Tal y como lo ha

admitirse esto: el “estatismo” tiende a afirmar que solo hay dos ordenamientos: el estatal y el interestatal; todos los demás como “satélites” o “adherencias” del Estado y es éste el que les da la condición jurídica. Así se consideró de manera errónea, desde la antigüedad. En la edad media se reconoce y manifiesta la pluralidad de ordenamientos. Con el Estado moderno se desconoce esta pluralidad o se la deriva de la voluntad estatal que le da fundamento expresamente o la tolera... “.⁹² Sin embargo existen una serie de instituciones , de origen natural, conformes a la dignidad ontológica y moral de la persona en los fines de moralidad, socialidad, juridicidad y politicidad, con fines lícitos que desarrollan sus propias estructuras, órganos de gobierno y dirección y producen el requerimiento de normativa jurídica propia, donde se concretan los objetivos, deberes y derechos.⁹³

sostenido la doctrina (Hauriou, Santi Romano, Viehweg), el ordenamiento jurídico tiende a organizarse en torno a los engranajes que mueven las instituciones, existiendo “conjunto de normas” que regulan cada institución. Si la “institución o el sistema son en sí inconstitucionales; tal inconstitucionalidad revierte sobre todas las normas que la componen, aun cuando cada dispositivo considerado en sí mismo, individualmente, fuera de su contexto, no sea contrario al texto fundamental. Al efecto ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Corte que “ no cabe interpretar aisladamente una norma sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte

92 Pérez Olivares, Enrique, op cit, p. 11-12.

93 Por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones con fines de beneficencia, las fundaciones, los organismos internacionales de ayuda humanitaria, de defensa del ambiente. Y podemos citar dos que son producto de la reacción de la gente de bien contra quienes ejecutaron acciones malignas, dañinas en contra de la dignidad de la persona y su libertad. La primera es con ocasión del terrorismo de estado que se ejecutó en Argentina cuando gobernaron los comandantes argentinos, las abuelas de la Plaza de Mayo se organizaron para identificar los bebés nacidos de sus hijas en cautiverio que le fueron arrebatados y entregados a otras familias. Las abuelas presionaron con marchas, presencia en los medios de comunicación, obras de teatro, poesía, danzas, música, humor, deporte para hacer presentes y enviar un mensaje de identidad. Constituyeron equipos de trabajo en áreas de salud, labores legales. Todo se puede resumir en una obra que se denominaba “Vos sabéis quien soy, a propósito de la duda. De este esfuerzo de las abuelas de plaza de mayo se impulsó la derogación de la Ley de Obediencia Debida N° 23.521 dictada en Argentina el 4 de junio de 1987, por presión de los militares. durante el gobierno de Raúl Alfonsín que estableció una presunción iuris et de iure (que no admite prueba en contrario) de obediencia debida, para excluir la responsabilidad penal a los miembros de las fuerzas armadas que cometieron asesinatos y torturas, desapariciones forzadas durante la guerra sucia y el proceso de reorganización en el mencionado país. Se excluyó de responsabilidad penal a los militares por debajo del grado de coronel en los delitos que implicaban terrorismo de estado. Esta ley fue declarada nula en 2003 por iniciativa del presidente Néstor Kirchner. Y fueron procesados los militares sobre los cuales había pruebas de su responsabilidad.

Además, nacieron dos instituciones que tuvo que crear el estado Las dos instituciones fueron la comisión nacional por el derecho a la identidad (CONADI) creada por Ley 23511, decreto 7-89 y el banco nacional de datos genéticos, único banco que existe contra los delitos de esta naturaleza, cuyo objetivo es que los bebés nacidos en cautiverio conocieran cuando tuvieran conciencia para ello, la verdad y con plena libertad decidieran. Una abuela dijo de manera sabia ante el temor de si acudirían o no a saber la verdad, “no nos preocupemos cuando sean grandes, van a buscarnos”. (notas

De ello no se escapa la posibilidad de creación de instituciones de carácter ilícito, como la mafia, que conviven bajo normas de disciplina y obediencia en el marco de sus actuaciones, aun cuando regidos por normas inmorales y dañinas. En este sentido también se generan normativas lícitas en instituciones, entre otras, como la familia, el trabajo, el comercio, las relaciones internacionales en las que se dictan regulaciones para sistematizar sus propósitos, deberes y derechos.

En efecto en la familia célula esencial de la sociedad, núcleo natural y principal preceptora de la persona, en la cual los padres, primeros educadores, “tienen un deber-derecho primario en comparación con la incumbencia educativa de otros; es insustituible e inalienable, esto es, que no puede delegarse totalmente en otros ni otros pueden usurparla” (San Juan Pablo II homilía a las familias cristianas, Madrid, 2 de noviembre 1982).

Así como en las empresas, las organizaciones variadísimas de la sociedad se dan un régimen disciplinario, generan órganos diferenciados...” etc.⁹⁴ En relación con el trabajo se ha creado la figura de las regulaciones del contrato individual y del contrato de trabajo colectivo para solucionar las diferencias entre empresarios y trabajadores. En cuanto al contrato colectivo de trabajo, éste “... no puede reducirse a un simple contrato (más que *inter partes* es *supra partes*) y resulta de la vinculación de dos ordenamientos jurídicos particulares (de los trabajadores y de los empleadores-empresarios) que el derecho estatal no reconoció durante largo tiempo; otro ejemplo son los entes no reconocidos por el Estado como personas jurídicas y que sin embargo echan mano a otras figuras jurídicas sin que puedan considerarse que son fraudes a la ley...”⁹⁵

“Por ello se ha sostenido por parte de la doctrina que “toda comunidad orgánica es capaz de producir derecho” (V. Gierke). Santi Romano advierte que hay identidad entre instituciones y derecho objetivo y que éste no se reduce a normas y relaciones sino que comprende y con carácter esencial, la organización. Donde hay autoridad hay derecho aun cuando puede

personales de entrevistas a las abuelas de plaza de mayo en televisión) De la misma manera puede citarse en el segundo caso el grupo constituido después de la segunda guerra mundial para perseguir a los mandos del nazismo, identificarlos y juzgarlos, entre los que cabe destacar la identificación, y detención en Argentina en donde trabajaba y tenía a su familia y el juicio en Israel, con posterior condena a muerte de Adolfo Eichman, creador del plan de solución final que condujo al asesinato de seis millones de judíos, entre los cuales había un millón quinientos mil niños.

94 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 12

95 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 12-13

haber ordenamientos que no comportan subordinación: son paritarios: el ordenamiento internacional respecto de los Estados”.⁹⁶

En cuanto a los tipos de relaciones entre los ordenamientos jurídicos el papel de trabajo citado los resume: por el origen; por los fines; por la perfección; por la personalidad; por la reciprocidad y por la relevancia:

1) *“Por el origen:* Instituciones originarias y como tales son ordenamientos jurídicos originales e independientes, no establecidos por otras instituciones. Instituciones derivadas y por tanto cuyo ordenamiento jurídico le es dado por una institución distinta, “superior”, que la “subordina”. Instituciones cuyo ordenamiento es en parte originario en parte derivado (Estados descentralizados; se discute el caso de los Estados Federales s.s.).

2) *Por los Fines:* Fines particulares, singularmente limitadas: la eficacia del ordenamiento se limita a ellos y por tanto la dependencia de los miembros está delimitada. Fines generales, potencialmente ilimitados: el Estado por ejemplo, que sin embargo no es aún ente universal; la sujeción de sus elementos es más amplia pero nunca total (ámbitos de los Derechos Humanos Fundamentales, por ejemplo, en la que el Estado es sujeto pasivo de la relación con sus ciudadanos con la obligación de respetarlos, normas de solidaridad de ayuda humanitaria). Sin embargo, no siempre el ordenamiento jurídico rige solo a los elementos que constituyen a la institución pues éstas pueden tener como destinatarios a quienes no la constituyen (un Estado extiende su potestad a un Territorio que no es propio: ejemplo un “protectorado “o recibe a refugiados dándole status jurídico a su permanencia dentro de su territorio). Debe también recordarse que hay instituciones simples y complejas (“instituciones de instituciones”) y en estas últimas las subordinaciones pueden ser de distintos grados. 3) *Por la perfección:* a) Pueden ser “perfectas” no se apoyan ni suponen otras instituciones. b) Imperfectas: se apoyan en otras de las cuales dependen o están por ellas coordinadas, las suponen (la comunidad internacional supone los Estados) o se oponen más a o menos abiertamente a otras instituciones.

4) Por la personalidad: a) Con personalidad jurídica: tienen poder de subordinación de sus otros elementos. b) Sin personalidad: no la tienen y, o son paritarios (comunidad internacional) o un elemento tiene supremacía.

5) *Por la reciprocidad.* Recíprocamente independientes. Una independiente y otra dependiente, por coordinación, subordinación o supremacía.

96 Pérez Olivares, Enrique, op cit. p. 12-13

6) *Por la relevancia*: a) Irrelevante una de otra: no hay relaciones. b) Relevante; la existencia, el contenido o la eficacia de una están condicionados por otro ordenamiento a título jurídico, no de facto, es decir, por que esté comprendido en él, o formen parte de otra institución en grados de subordinación que la realidad nos muestra variables, o uno sea presupuesto del otro (que es a su vez complejo) o dos independientes dependen de un tercero en todo o en parte; por ejemplo, estado, mercado común, regional, asociación continental de libre comercio; o porque uno es “producto” de una sucesión de otro (de uniones personales de reyes a uniones reales en las que un régimen desaparece)⁹⁷.

VI. *La justicia como fin del derecho*

El fin es “aquello por lo cual algo existe o se hace”. Por ello de manera general el del Derecho consiste de manera principal y esencial en lograr la justicia en los casos concretos y contribuir a articularse con otros objetivos inseparables, el bien común y la seguridad jurídica. Cada uno con su campo de aplicación, pero todos vinculados entre sí. (Tomo I del S.J. Luis María Olaso “Relación entre los fines del derecho”, página 433 437).

Se ha señalado que el fin de derecho “no consiste ni en el servicio del individuo, ni del cuerpo social, ni de la paz social, ni del desarrollo, ni del progreso (...fines extrínsecos); el fin del Derecho es específico. No tiene más que un nombre: la justicia. Naturalmente entendida como la entendió Aristóteles, no como una utopía, un estado ideal: “sino algo real, una virtud, una actividad, una o varias clases de comportamientos”. (Villey Michel, op. cit, página 72).

En el libro quinto de la *Ética a Nicómaco* que es un libro de moral al desarrollar los diversos tipos de comportamientos y sus fines Aristóteles se ha visto en la necesidad de describir los fines de las diferentes virtudes o vicios y así dirigir su mirada a un imperativo real de la vida de relación con los demás: la conducta justa y la injusta.

Se ha indicado que la filosofía de Aristóteles era muy conocida y aplicada en Roma, la cuna donde nació el derecho, al disponer de procedimientos y órganos judiciales “comparables con la “justicia griega” donde la misión de los jueces era “decir lo que era de cada uno”.

97 Pérez Olivares, Enrique, op cit.

Clístenes o Pericles crearon al parecer el Tribunal de los Heliastas formado por los ciudadanos que habían alcanzado la edad de treinta años, habían formado parte de la asamblea legislativa popular y podían conocer las leyes y costumbres jurídicas. Los Heliastas prestaban un juramento que expresa: Votaré con arreglo a las leyes y a los decretos del pueblo ateniense y de la Bulé de los quinientos. No votaré a favor de un tirano, ni de un oligarca, y si es atacado el poder del pueblo ateniense, y si se habla o si se le hace votar en contra, yo no lo consentiré. No accederé a una abolición de las deudas particulares ni a un reparto de las tierras y casas de los atenienses...No recibiré presentes a título de heliastas, ni por mí, ni por medio de otro para mí, hombre o mujer, de mi conocimiento, sin simulación ni maniobra alguna. Yo escucharé al acusador y al acusado con toda imparcialidad y emitiré el fallo sobre el objeto preciso de la causa. (Viñas Horacio, *Ética y derecho*, ediciones pannedille, 1972, Buenos Aires, Argentina página 37). ...la tarea del juez (en Roma) se encontraba definida así: buscar si tal o cual bien, tal o cual esclavo, o tal campo, es de tal litigante...". (Villey Michel, op. cit, página 105).

Sin embargo, la justicia se concreta no solo en lo contradictorio de un proceso judicial, sino como virtud en las relaciones intersubjetivas en el plano socio-político y cuando no se da "lo que es justo a la persona "surgen los conflictos de intereses en todos los ámbitos. Nadie puede negar que "el derecho como realidad espiritual, solamente se da en el ser humano, tiene como sujeto a la persona. En las cosas no hay derecho... el Derecho es lo justo".

"Que el hombre dé al hombre lo que a éste corresponde: he aquí el fundamento en el que se basa toda justa ordenación sobre la tierra. Toda injusticia significa, en cambio, que le es retenido o quitado al hombre lo que es suyo, y, que le es quitado o retenido no por la desgracia, la mala cosecha, el fuego o el terremoto, sino por el hombre." La injusticia – en expresión de Javier Hervada- es subjetiva como "disposición o hábito del alma que inclina a lesionar a otro en su derecho" ("yo quiero" y "yo actué") y es objetiva, crea un "desorden en las relaciones humanas como consecuencia de la negación o lesión de los derechos de cada uno. Lo propio de la justicia es el respeto del otro. Lo propio y específico de la injusticia es la lesión al derecho ajeno.

Jacques Maritain señala que el derecho define el campo de la justicia al expresar que "... la noción de justicia está ya contenida en la de derecho, pero lo está en estado implícito, y es por medio de la noción misma de derecho que se la desprende y se la pone en evidencia. La justicia se encuentra así definida por medio del derecho: dar a cada uno lo suyo, lo que es debido".

El valor superior de la justicia está inscrito en la naturaleza de la persona. “Según una necesidad interna que les propia, el hombre está dotado de politicidad y juridicidad; estas características no pueden decirse que le vengan de fuera, como algo artificial o añadido. El hombre es animal social y político; y aún más: jurídico. Todo hombre, por serlo, es raíz de Juridicidad”. “Reina la justicia cuando las tres obligaciones fundamentales de la vida en sociedad son cumplidas: obligaciones entre los individuos (justicia conmutativa), obligaciones de la sociedad hacia el individuo (justicia distributiva) y obligaciones del individuo con la sociedad (justicia legal). Modernamente se ha desarrollado el concepto de justicia social que tiene como objetivos crear las condiciones de bien común, seguridad jurídica y equilibrio social para que las personas desarrollen sus naturales talentos y la prestación de los servicios que fundamenten el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad y libertad (alimentación, salud, educación, trabajo vivienda). Todo el sector público y privado con sensibilidad social se interesa por arbitrar fórmulas de lucha contra la pobreza. El campo de la justicia social, es oficio de los políticos. La implementación de una “sociedad idealmente justa...es función de los políticos no de los magistrados ni de los abogados que siempre tratan de resolver casos singulares”.

La naturaleza de la persona en su carácter de ser relacionado da nacimiento en la vida social, nacional, internacional o comunitaria a instituciones que se conforman con características, esencia y objetivo propios, con principios rectores, **órganos de gobierno y dirección**, definiendo deberes y derechos. Estas instituciones instan a dictar leyes que las regulen para definir lo justo en las diversas relaciones sociales nacionales, internacionales y comunitarias en la diversidad de relaciones jurídicas. Nacen del uso de la libertad de ser humano. “...El derecho es realidad espiritual de libertad. No reside propiamente en a las normas sino que se refiere al uso de la libertad, que recae sobre conductas ajenas y sobre las cosas mismas”.

Dentro del contexto citado en cada institución hay un precitado de principios rectores, los cuales se convierten en la verdadera fuente de las soluciones jurídicas, “... a los problemas planteados en la realidad histórica”. Son principios de amplia tradición que se han conformado a lo largo de la historia, alguno de los cuales, los identifica la doctrina como dogmas jurídicos⁹⁸,

98 Dogmas jurídicos son “aquellos conceptos jurídicos que se caracterizan por su fijeza y carácter absoluto y que se obtienen de la experiencia mediante un proceso de abstracción y generalización. (OLASO, Tomo I) En el derecho romano en el libro I de las Instituta del señor Justiniano se expresan tres aspectos relevantes en la concepción de derecho, entre otros, el primero concepto de justicia (constante y perpetua voluntad que da a cada uno su derecho), jurisprudencia (conocimiento de las cosas divinas y

que conservan dentro de la naturaleza de cada institución sus perfiles para ser los soportes de la solución de los casos singulares y en los planteamientos de elaboración, interpretación e integración, de las leyes. En este aspecto son esenciales los principios generales del derecho, como “valores o exigencias jurídicas básicas” que sirven de cimiento al ordenamiento jurídico o a categoría o ramas del mismo, o como verdades jurídicas universales.

En el preámbulo y en los principios y normas de las constituciones se consagran algunos principios fundamentales inspiradores que marcan el proyecto de una Nación tales como la persona como razón y ser del derecho, la libertad, la igualdad, la paz, la solidaridad la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.⁹⁹ Sin embargo aunque no estén expresamente previstos los principios y valores orientadores y rectores no consagrados de manera expresa, deben ser reconocidos como valores que infiltran todo el tejido de normas jurídicas que regulan la vida social de un pueblo.^{100 101 102.}

humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto y los tres preceptos (vivir honestamente, no causar daño a otro y dar a cada uno lo suyo).

- 99 El preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de 1999 señala, entre otros principios, la invocación de la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro liberador, el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana y como valores la libertad, igualdad, justicia y paz internacional (artículo 1). Se concretan estos principios y normas en los artículos 1 al 9 y se resalta como fines esenciales del estado la defensa de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 3). Y además se constituye un Estado democrático y social de derecho y de justicia que debe propugnar como valores superiores de su ordenamiento jurídico la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. (artículo 3)
- 100 Mans Puigarnau Jaime M., los principios generales del derecho, casa editorial Bosch, Barcelona, España, 1957.
- 101 Mans Puigarnau, op. cit, p. XXVII. El autor citado Mans Puigarnau enumera las principales notas que caracterizan los principios generales del derecho señalando tres ideas básicas: principalidad, generalidad y juridicidad. “En relación a la primera, la idea de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón, condición y causa. En orden a la segunda la de género en oposición a especie y la de pluralidad en oposición a singularidad. Finalmente, en punto a la tercera- la juridicidad, ya hemos dicho que se refería a ella en todos sus múltiples aspectos y facetas”
- 102 Mans Puigarnau, op. cit, p. XXVIII. El autor citado acoge un concepto integral del ámbito de los principios generales del derecho y señala que “no pueden limitarse a los derecho natural o a los de la equidad, ni a los de un determinado sistema de derecho positivo, ni a los del derecho doctrinal o científico; sino que, por el contrario, los principios generales del derecho abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementos que inspiran la conciencia y el sentido jurídico (principio de derecho y equidad naturales) y que informan el sistema de normas que

Igualmente brotan nuevos principios rectores en las nuevas instituciones nacidas de la iniciativa y creatividad de las personas que el derecho tiene que admitir en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas y relaciones jurídicas.

Cada principio, a su vez es reflejo del concepto de justicia contenido en el juego de los derechos y deberes, que anima y da sentido al trabajo del jurista en los casos concretos tanto nacionales como internacionales. El derecho es una ciencia de asuntos singulares; la finalidad de la actividad jurídica es la solución justa de los casos concretos y a ello esta administrada toda la actividad jurídica y en ella tuvo su origen histórico. Es evidente que el carácter creativo y las situaciones de hecho que se plantean en los territorios nacionales y en el mundo internacional ameritan la elaboración de normas jurídicas y de relaciones jurídicas de muy variada índole, como lo es toda la normativa internacional, constitucional, de los negocios internacionales, la propiedad intelectual y de autor, la tecnología informática y la plataforma global, las negociaciones internacionales, y todo lo que acontece en el mundo económico o político, o en las normas sobre protección del medio ambiente. Como ejemplo de tales Instituciones. se pueden citar, entre otras, el estado, el sistema democrático, la familia, los organismos nacionales e internacionales, la propiedad, el contrato, el acto administrativo, el delito, el comercio nacional e internacional, la banca, el seguro, la tecnología, la potestad administrativa, los experimentos científicos, las organizaciones oficiales o no para proteger el medio ambiente, las instituciones de carácter humanitario, los organismos internacionales de regulación del armamento nuclear, etc. El carácter dinámico, creativo e innovador de la persona genera una complicada realidad de tal magnitud que la norma jurídica no puede agotar el derecho y la justicia. Habría que ejemplificar la anterior afirmación con los requerimientos legales en materia de derecho internacional, tecnología e informática e internet y todos sus derivados, que han transformado el modo de vida

regulan las instituciones (principios sistemáticos de derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencia del derecho) y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte del derecho o reglas técnicas jurídicas) ... los principios generales de derecho están integrados “por los principios de derecho natural, permanentes, inmutables e universales y, complementariamente y complementariamente, por los principios básicos que informan la mentalidad jurídica en un determinada fase o ciclo histórico de la civilización. El principio *pacta sunt servanda* es un principio de derecho natural, los principios contenidos en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789...” y todas las declaraciones sobre los derechos humanos...el principio esencial de respeto a la dignidad humana, a la libertad y los fines del derecho con su contenido material en la seguridad jurídica, el bien común y preferentemente en el valor justicia, resumidos en una máxima universal de Ulpiano: *vivir honestamente (honeste vivere)*, no dañar a nadie (*alterum non laedere*) y dar a cada quien lo que es suyo (*sum cuique tribuere*)

de las personas y su manera de investigar y adquirir conocimientos desde la plataforma global y también la forma de negociación, en los planteamientos que se crean por la globalización de la economía y por la creación de polos de desarrollo en los países asiáticos, Corea, India, China conjuntamente con Rusia, Estados Unidos, Europa y América.. Dentro de este contexto se plantean también cuestiones muy delicadas y peligrosas para la humanidad como la proliferación de armas nucleares, las negociaciones de los Estados en esta materia, la lucha contra la pobreza en los todos los países, la conformación de gobiernos injustos, la corrupción, el enriquecimiento ilícito, el delito, la trata de blancas, el aborto, la perversión contra la inocencia de los niños y adolescentes, la mafia políticas y económicas.

Todos estos supuestos han traspasado las fronteras y vulnerado el concepto tradicional de soberanía de las naciones y han creado la necesidad de regulaciones y convenios jurídicos de naturaleza muy diversa a lo tradicional. Asimismo, los tratados y convenios que se han acordado por los estados relativos al uso para fines pacíficos del espacio ultraterrestre, las telecomunicaciones por satélites y la necesidad de normas que regulen las relaciones jurídicas incipientes en esta etapa pero que cada vez que la investigación espacial avanza, necesitara de la descripción de las situaciones de hecho y de las consecuencias jurídicas, en las diversas relaciones jurídicas que se crearan.¹⁰³

103 “Tratado sobre el espacio ultraterrestre”, de 1966. Es el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes. En el mismo, se estipula que el espacio ultraterrestre es patrimonio de la humanidad, y que, por tanto, no puede ser objeto de apropiación por parte de ninguna nación, sea cual sea su grado de desarrollo científico o económico, debe ser accesible a la exploración y uso, con fines pacíficos, por parte de toda la comunidad internacional. “Acuerdo sobre salvamento”, de 1967. Es el acuerdo sobre salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre. Éste garantiza la devolución de material espacial o equipos hallados en territorio ajeno a la autoridad de lanzamiento y el auxilio a tripulantes de naves espaciales en caso de aterrizaje de emergencia o accidente. “Convención sobre responsabilidad”, de 1971. Es la convención sobre la responsabilidad internacional de los daños causados por objetos espaciales. En la misma, se estipula la responsabilidad del Estado que realice un lanzamiento, de aquellos daños causados por los objetos espaciales arrojados sobre la superficie terrestre, o a aeronaves en vuelo, incluidas personas o bienes a bordo. “Convenio sobre el registro”, de 1974. Se trata del convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre. A través del citado registro todos los Estados que lanzan objetos al espacio proporcionarán a la Organización información al respecto. Dicho registro es mantenido en la Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre. “Acuerdo sobre la Luna”, de 1979. Este es el acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y en otros cuerpos celestes. En el mismo, se desarrollan los principios básicos del Tratado de 1966 -relativos a la Luna y cuerpos celestes- y se establece la regulación de la futura exploración y explotación de los recursos naturales que allí se encuentren.” (Google Instruments internacionales para el uso pacífico del espacio)

Es evidente que la norma reclama el hecho y el hecho reclama a la norma. Pero es esencial el conocimiento objetivo, pleno de la realidad de cada Institución de que se trate y de sus principios rectores para instrumentar la elaboración e interpretar la solución justa de los casos concretos. El arte de lo justo en la aplicación del derecho a los casos concretos, de lo cual los abogados deben ser especialistas, requiere específicamente el conocimiento de los principios rectores y fines de las Instituciones fundamentales del Derecho y de principios y normas constitucionales que conforman y moldean las normas jurídicas en dos aspectos.¹⁰⁴

El primero es la cardinal función de lo institucional de servir de fundamento, cimiento, de base de sostén, de columna a todo el edificio de las normas jurídicas y marcar cual debería ser la conducta de los abogados en sus diferentes roles.

El segundo “consiste en informar (informar en el sentido de la escolástica, quiere decir dar la forma sustancial), proporcionar un contenido; de ese modo, los principios se infiltran en las normas y le atribuyen un contenido en determinada dirección. Por eso se habla de integración entre principios y normas”¹⁰⁵.

En este aspecto la función de los políticos en la elaboración del derecho, en el plano nacional e internacional es esencial para el logro de la justicia nacional e internacional dictando normas que protejan a la persona y a los pueblos en sus derechos fundamentales y en sus derechos humanos.

“La justicia es el objeto y, por tanto, también la medida intrínseca de toda política. La política es más que una simple técnica para determinar los ordenamientos públicos: su origen y su meta están precisamente en la justicia, y ésta es de naturaleza ética. Así pues, el Estado se encuentra inevitablemente de hecho ante la cuestión de cómo realizar la justicia aquí y ahora. Pero esta pregunta presupone otra más radical: ¿qué es la justicia? Éste es un problema que concierne a la razón práctica; pero para llevar a cabo rectamente su función, la razón ha de purificarse constantemente, porque su ceguera ética,

104 Los principios y normas contenidos en los artículos 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la que se resalta que “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad... y propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político y la educación y el trabajo como los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

105 Cassagne, Juan Carlos, *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Editorial ciencias de la administración., Buenos Aires, Argentina, pagina 18.

que deriva de la preponderancia del interés y del poder que la deslumbra, es un peligro que nunca se puede descartar totalmente...”.¹⁰⁶

El organismo del derecho responde a una moral. Señala Ossorio que “...el hombre necesita un sistema moral...lo bueno, lo equitativo, lo prudente, lo cordial- agregaría lo justo- no ha de buscarse en la Gaceta. Viene de mucho más lejos, de mucho más alto...”. (Ossorio, op. cit, pagina 13 y 34).

El derecho es de carácter tópico y la justicia se juega en el caso concreto nacional o internacional planteada, en su solución concurren pluralidad de circunstancias políticas, económicas, sociales y principalmente geopolíticas, entre las cuales uno es el de carácter jurídico. No hay compartimientos estancos en el orden universal y el orden jurídico es una parte de ese todo.

VII. *Carácter tópico del derecho*

El hombre tiene un saber práctico respecto del bien y poseemos un sentido de justicia de carácter natural, no se necesita ser abogado para plantearse una situación de respeto o desconocimiento de derecho e incumplimiento de deberes. Toda persona sin ser filósofo o jurista, ante actos que son condenables tienen la expresión: “que inmoralidad”, “no hay derecho”, “eso no es justo”. El *principio básico del orden moral*: haz el bien y evita el mal.¹⁰⁷ Complementa el *principio básico del orden jurídico*: dar a cada uno lo que le corresponde, su derecho.¹⁰⁸

106 Papa Benedicto XVI en su carta encíclica “Dios es Amor” publicada el 25 de diciembre de 2005 señala que: “El orden justo de la sociedad y del Estado es una tarea principal de la política. Un Estado que no se rigiera según la justicia se reduciría a una gran banda de ladrones, dijo San Agustín; “remota itaque istitia quid sunt regna nisi magna latrocinia”.

107 El principio objetivo del orden moral se expresa por el mandato: haz el bien evita el mal. Los elementos del orden moral se determinan de acuerdo a un principio superior de perfección de la ley moral y son los siguientes: a) Todos los actos humanos se relacionan con la lucha en la consecución de los trascendentales del bien, la verdad, la belleza y la unidad. b) Hay deberes y normas morales en todas las situaciones. c) En la calificación de la moralidad del acto humano se deben considerar unidos para su evaluación moral o inhumano cada uno de los tres elementos que lo componen, el objeto, el fin y las circunstancias, los cuales deben ser concurrentes.”

108 En el orden jurídico el principio objetivo es la justicia, el dar a cada uno lo suyo que es su derecho. Este es el objetivo de toda la ciencia del Derecho. Los elementos jurídicos que se determinan de acuerdo con el principio superior del orden social son los siguientes: a) Los actos humanos intersubjetivos (en cuanto justos o injustos); b) Las normas jurídicas constitucionales, legales, reglamentarias, los actos administrativos y los contratos, con arreglo a los principios bases del orden jurídico, el principio de la legalidad y el principio de la libertad; c) Los deberes jurídicos y los derechos subjetivos; d) La relación jurídica, los hechos jurídicos, los actos jurídicos, el negocio jurídico; e) Los mandatos y prohibiciones. El principio objetivo del orden jurídico se expresa en

Pero el hombre en un ejercicio errado de su libertad genera perturbaciones que lo pueden conducir a degradarse o a degradar. De la búsqueda en cualquier nivel social de la solución justa nace en cada hombre el ímpetu, la fuerza la lucha para que prevalezca el derecho y la justicia. “...en la lucha por el derecho...sea el interés o el dolor que causa la lesión legal, o la idea del derecho...” los hombres se impulsan “...a entrar en la lid, todos se dan la mano para trabajar en una obra común: la protección del derecho contra la arbitrariedad”. “...La defensa del derecho es un acto de la conservación personal y, por consiguiente, un deber del que llega a ser lesionado para consigo mismo...”. Todas las grandes conquistas del hombre en la historia política y del derecho se podrían resumir en la frase de Ihering “... la lucha del derecho... es...lucha contra la injusticia... que durara tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia...”La abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria, la libertad de conciencia, (agregaría la democracia como régimen político) no han sido alcanzadas sino después de una lucha de las más vivas que con frecuencia han durado siglos y muchas veces ha costado torrentes de sangre”.¹⁰⁹ Por ese Ihering señala que el Derecho es un medio y un fin. El medio se reduce a la lucha contra la injusticia y el fin la justicia. Este autor indica que cada pueblo que ha conquistado sus derechos tiene un lazo interno como el que se establece “... al comienzo de la vida en el nacimiento...entre la madre y el hijo...un zorro o un buitre puede perfectamente robarles: pero ¿quién arrancará fácilmente al hijo de entre los brazos de su madre? ¿Quién despojara a un pueblo de sus instituciones y de sus derechos alcanzados a costa de su sangre?...No es solamente la costumbre quien da vida a los lazos que ligan a los pueblos con su derecho, sino que el sacrificio es quien los hace más duraderos y cuando Dios quiere la prosperidad de un pueblo , no se la da por caminos fáciles, sino que le hace ir por los caminos más difíciles y penosos...en este sentido no vacilamos en afirmar que la lucha que exige el derecho para hacerse práctico , no es un castigo, es

el mandato “Dar a cada uno lo suyo”. La principal función del abogado es luchar por la justicia. En el texto sobre los mandamientos del abogado de Eduardo Couture se expresa: Tu deber es luchar por el derecho, pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia. (Comentario resumido del texto citado de Olaso)

- 109 Von Ihering, Rudolph “la lucha por el derecho” publicada por la editorial Temis, Bogotá , Colombia, 1990 , pp. 11, 54, 62 y 63 . En este mismo texto se puede leer la larga historia de los hombres por erradicar una institución como la esclavitud. En la historia de los Estados Unidos de América (EUU) puede leerse la lucha de Martín Luther King en cuanto a los derechos civiles y políticos de los afro americanos especialmente su discurso denominado “Yo tuve un sueño “y las enmiendas y leyes que se promulgaron para consagrarlos. Asimismo, la lucha por la liberación de la India del poderío de Inglaterra que emprendió Mahatma Gandhi.

una bendición”.¹¹⁰ Por otra parte indica que cuando una persona o un pueblo defiende su derecho contra la arbitrariedad está defendiendo su existencia moral. “Toda injusticia no es, por lo tanto, más que una acción arbitraria, es decir un ataque contra la idea de derecho”. En este sentido expresa que si a una persona le duele los riñones, el hígado, los pulmones, ello afecta su existencia física. “El dolor físico nos anuncia una perturbación en el organismo, la presencia de una influencia funesta; nos abre los ojos al peligro que nos amenaza y nos obliga a remediar a tiempo. Pues lo mismo es el dolor moral que nos causa la injusticia voluntaria...este dolor moral, fuerza a combatir la causa de donde nace, no tanto por acabar con él, como por mantener la salud, que se encontraría en peligro si lo sufriese pasivamente sin obrar contra él, y le recuerda en una palabra, el deber que tiene de defender su existencia moral, como la emoción producida por el dolor corporal le recuerda el deber de defender su existencia física...”.¹¹¹

Concluye este autor que hay que sentar una verdad de orden superior en estos aspectos que la resume en la siguiente idea:” todo individuo atacado, defiende en su derecho las condiciones de su existencia moral”.¹¹² El Derecho tiene un carácter tópico: es el problema y no el sistema lo que constituye el centro del pensamiento jurídico. Del “problema” (caso) que se descubre, se pasa a la formulación de principios rectores del Derecho y a la articulación de todo un sistema para alcanzar la Justicia. En consecuencia de lo expuesto se puede afirmar que “el ordenamiento jurídico y su fin (justicia como fin, instituciones como entidad central) pueden entrar en crisis por pérdida de contacto con la realidad”. No se puede crear un orden ideal fuera del orden real.

La ingeniería jurídica elaborada fuera de la realidad no logra reformar las Instituciones ni los pueblos. El legislador dictando leyes no cambia la realidad ni a las personas, a menos que violenta la ley, el orden, la tranquilidad y la seguridad de la sociedad. En este orden de ideas el juez debe fundamentar

110 Von Ihiering, Rudolph, op cit, pp 4,11 y 16.

111 Von Ihiering, Rudolph, op cit, p. 35-36. En este mismo texto se dan tres ejemplos de la forma como las personas defienden sus derechos, en diferentes roles El campesino puede litigar con más pasión, tenacidad y lucha la tierra que posee para su siembra, que un litigio sobre el honor de su persona. En cambio, los oficiales militares no podrían soportar pacientemente una ofensa contra su honor, porque la defensa del mismo es una cuestión de importancia especial. Y señala el autor que un oficial sometido a un juicio sobre el derecho de propiedad y un campesino en una cuestión de honor, se verá la diferencia que existe entre ambos procesos. Lo mismo como tercer ejemplo el comerciante en el que el crédito es para él, lo que el honor para el militar y lo que la propiedad para el campesino. Para estos casos la propiedad, el honor y el crédito es la condición de sus vidas.

112 Von Ihiering, Rudolph, op cit, p. 39

sus sentencias en las normas y principios jurídicos y cuando sea porque las normas positivas y formales son insuficientes o porque la realidad exige nuevas valoraciones, debe acudir a los principios rectores, principios generales del derecho y a la esencia de las instituciones. Ello exige apreciar adecuadamente los presupuestos históricos y metodológicos, tomar conciencia que el juez (o el que legisla) no es “libre...” a los valores humanos, a la persona, dignidad y libertad y a los fines del derecho, a los valores superiores o a los derechos fundamentales y que en el orden valorativo de los hechos, en la aplicación del Derecho no puede arbitrarse una solución justa sin tener en cuenta la unicidad, lo irrepetible y único de la situación concreta; de las personas o instituciones implicadas; la justicia y la visión institucional; y los principios rectores de las instituciones que inspiran, dan contenido y fundamento a todo el ordenamiento jurídico.

En cuanto elaboración de derecho toda la confección de las normas jurídicas y su aplicación deben tener siempre presente que “el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana (Gaudium Spes 24, 1). Además, es necesario señalar con Santo Tomás de Aquino (summa teológica 1-2, 93, 3 ad 2) que la legislación humana sólo posee carácter de ley cuando se conforma a la justa razón En la medida en que ella se apartase de la razón, sería preciso declararla injusta, pues no verificaría la noción de ley, sería más bien una forma de violencia”.

“Quitada, en efecto, al derecho su base constituida por la ley divina natural y positiva, y por lo mismo inmutable, ya no queda sino fundamentarlo sobre la ley del Estado como su norma suprema, y he aquí precisamente el principio del Estado absoluto. A su vez el Estado absoluto intentará necesariamente someter todas las cosas a su arbitrio y especialmente hacer que el derecho mismo sirva a sus propios fines”.¹¹³ El Estado debe crear un clima de seguridad jurídica subjetiva y objetiva y concretar el valor justicia y pro-

113 De seguidas cita del texto completo del discurso a la Rota Romana, el 13 de noviembre de 1949 del Papa Pío XII a cuatro años de haber terminado la segunda guerra mundial, señalaba que “Unas circunstancias como las presentes dan –ciertamente que no en todas partes pero sí en amplia medida– el espectáculo de una crisis en la administración de la justicia que sobrepasa las habituales deficiencias de la conciencia cristiana” ... “las causas inmediatas de esta crisis se deben buscar en el positivismo jurídico y en el absolutismo de Estado; dos manifestaciones que, a su vez, derivan y dependen la una de la otra. Quitada, en efecto, al derecho su base constituida por la ley divina natural y positiva, y por lo mismo inmutable, ya no queda sino fundamentarlo sobre la ley del Estado como su norma suprema, y he aquí precisamente el principio del Estado absoluto. A su vez el Estado absoluto intentará necesariamente someter todas las cosas a su arbitrio y especialmente hacer que el derecho mismo sirva a sus propios fines”.

pugnar el bien común y respetar el principio de la subsidiaridad¹¹⁴. “Lo que hace falta no es un Estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo al principio de subsidiaridad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales y que unen la espontaneidad con la cercanía a los hombres necesitados de auxilio”.¹¹⁵

“...El derecho es ante todo la solución justa del caso concreto lo debido a otro en una circunstancia determinada, la ipsa res iusta. Este es el analogado principal del término derecho que, de modo derivado, se aplica a las normas jurídicas y a las facultades jurídicas o derechos subjetivos.

Hacia esta realidad y finalidad, la solución justa del caso concreto, va dirigida toda la actividad jurídica y en ella tuvo su origen histórico.

La resolución en justicia de los conflictos intersubjetivos constituye el epicentro, el momento central, la clave de bóveda de todo el sistema jurídico” nacional e internacional.^{116 117 118}.

114 “El principio de subsidiaridad se opone a toda forma de colectivismo. Traza los límites de la intervención del Estado. Intenta armonizar las relaciones entre individuos y sociedad. Tiende a instaurar un verdadero orden internacional” (CIC 1885) (Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de su competencia, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad y ayudarlo a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales con miras al bien común)

115 Benedicto XVI, encíclica, *Dios es Amor*, publicada el 25 de diciembre 2001, Ediciones Tripode, 2006, Caracas, Venezuela, pp. 38-40

116 Alfonso, Santiago, *Revista la Ley*, número 141, 25 de julio de 1997, Buenos Aires, República Argentina

117 Gordillo, Agustín “Método en derecho, aprender, enseñar, escribir, crear, hacer”, Editorial Civitas, Madrid, España, 1995, capítulo I, los objetivos del aprendizaje. En este texto Agustín Gordillo expresa que “cualquiera haya de ser el modo de desempeño del profesional, magistrado o funcionario judicial, funcionario público, abogado de empresa, abogado asesor o litigante, siempre lo principal y central será resolver. O ayudar a resolver, casos concretos o problemas concretos

118 García De Enterría en su prólogo a Viehweg “Tópica y Jurisprudencia”, Madrid, 1963 citado por Gordillo Agustín, “el método en el Derecho”. Editorial Civitas 1995 señala: La ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares.

Las lecciones de un espíritu viril y santo

Guillermo Yepes Boscán
pp. 484-487

“Donde hay humildad, hay sabiduría”
Santo Tomás de Aquino

Estas palabras en memoria del Doctor Enrique Pérez Olivares, quien fuera el fundador -entre muchísimas otras obras trascendentes- de la Universidad Monte Ávila y, por consiguiente, mentor de la publicación hemerográfica de la Facultad de Derecho de la UMA que hoy acoge este modesto texto, no quiere ser otra cosa que mi afectivo testimonio de admiración y filial amistad que se suma al merecido homenaje que la UMA rinde a su creador.

Enrique Pérez Olivares, espíritu viril y santo, es un símbolo perpetuo de apasionada entrega a la tarea civilizadora de la patria y de servicio al humanismo cristiano como medio eficiente de elevación de los ciudadanos venezolanos. Entendemos que éste quiere ser también un reconocimiento a la pulcritud de la condición moral que lo distinguió y un homenaje a la modestia y ejemplar humildad casi sobrehumana que con su vida y enseñanzas en variados campos -entre ellos la ética práctica, la educación universitaria, las humanidades, la política y el derecho- dio testimonio de brillante inteligencia y ardor católico.

Enrique Pérez Olivares merece esta pública ofrenda por haber sido en vida un hombre cabal de quien un amigo adversario político suyo, Héctor Silva Michelena, trazó con esta paráfrasis su retrato: “Enrique fue un apasionado de la verdad y tuvo el coraje de no confundirla con la amistad. Unió eso sí, desde siempre, la una con la otra, en una rara pieza humana”. Ciertamente, Enrique fue la encarnación de una vieja consigna de la juventud Demócrata Cristiana: *la verdad enunciada, la justicia practicada y el amor vivido*.

En la actualidad vivimos tiempos confusos y difíciles, destructores y relativistas, que hacen más lacerante la ausencia de espíritus iluminados por el absoluto y la rectitud viril de alguien como Enrique, convirtiendo en más desoladora y dolorosa su desaparición física, aun cuando tengamos la certeza de que comparte la gloria con Jesucristo, el Señor de la historia, y el gozo infinito del Padre.

El torrente devastador de naturaleza material, intelectual, moral y cultural que recorre al país, parece arrastrarlo todo, sin embargo, la corriente malhadada de los días no ha podido acabar con la totalidad impecable del ejemplo y el arsenal de virtudes que lo adornaron. En ocasiones, deja en pie recuerdos de hombres que se religan a lo que está más allá del tiempo devorador de todo. Uno de esos hombres fue Enrique Pérez Olivares. Sus mensajes de superación se grababan en el alma de sus coterráneos con sello de fuego y, otras veces, con el ejemplo de su misma vida. En definitiva, con la coherencia entre ambos, el mensaje y el ejemplo existencial, Enrique marcó siempre las coordenadas de su vida.

Con su santidad nos enseñó a unos cuantos a arder en la hoguera del amor más extremo: la del encuentro con Dios después de haber estado extraviados por largo tiempo entre las contorsiones de la víbora del pecado y la ausencia de la gracia. Descendimos a los infiernos de la humana pasión, confiando en que él oraba y rogaba por nosotros sin perder jamás el consuelo que nos daba con su palabra y su amistad. Nos juramentamos a sacramentar su modestia y a despreciar y combatir al mundo superficial y frívolo del presente. Heredamos de él la concepción de la Fe, la Esperanza, la Caridad y la Solidaridad concebidos como absolutos. Descubrimos el aliento de la profecía tras las huellas de su permanente oración y de su gracia. Aprendimos, en fin, que la gracia es un rayo que nos hiere a cada cual en el camino, cada vez que marchamos, con obstinación y contumacia, hacia Damasco a oponernos de mil maneras distintas al Señor nuestro Dios.

Debo confesar que el pecado y la gracia son nuestra vida diaria, la constituyen tal como hilos distintos conforman un tejido, en el cual es difícil distinguir a primera vista los componentes de la trama. Tan humano es el pecado, como humanos son los instrumentos de la gracia. Después de la hoguera espiritual a imagen de Enrique Pérez Olivares, la búsqueda del heroísmo y la santidad como propuesta para la vida de todos los días floreció en nosotros, a pesar de que el pequeño mundo en que discurre nuestro tiempo, donde lo extraordinario de la gracia casi no se manifiesta en signos visibles y donde la miserabilidad de la falta y la presencia del mal tienen que ver con el hálito de las pasiones desmesuradas, más bien se expresan a través de hábitos y estados del alma cercanos del alma a la ciclópea dimensión que calzaba la actitud del amigo Enrique.

La misteriosa contradicción que enfrenta el corazón del hombre entre el amor humano y el amor divino sólo encuentra un remedio de solución en la muerte. Es un llamado a la humildad y a la entrega del destino personal en manos de Dios. No se trata de incendiar la existencia en una espontánea crucifixión personal, sino de encontrar -como nos enseñó Enrique - la ley de Dios, cuyo otro nombre es Amor, más allá de la letra que mata el espíritu que es el engendradora de la vida. **El reverso de la trama** y **El fin de la aventura**, obras de Graham Greene, fueron entonces, como tratados vivientes sobre la gracia y el pecado en su oculta e incesante dialéctica cotidiana.

Después del aprendizaje que nos inculcó Enrique Pérez Olivares, advertimos, por vez primera con claridad todo el significado de la naturaleza caída del hombre: privación del amor, incomunicación y soledad, que sólo trascienden a merced de la gracia, don gratuito y arbitrario, hasta el punto

que su manifestación puede ser tan sólo el apetito de algo tan distinto de la propia e ilevantable perversidad.

“El puente de plata” que era él, como lo denominé un día en la dedicatoria de mi libro **El esplendor de las formas**, nos sirvió para atravesar sin obstáculos el armónico mundo de los manuales de teología y de la inclinación apologética. Enrique me arrancó del universo conflictuado y conflictivo de la interioridad, para hacerme abordar un estilo de cristianismo donde la alegría se expresa a través de la paradoja y el retruécano: el combate se trasmuta en anuncio del triunfo final del Bien, la Belleza y la Verdad. El pecado resulta ser un extravío al que la gracia es capaz de aniquilar y el mundo viene a ser el lugar donde la grandeza y la bondad de Dios se expresan en cada crepúsculo, en cada paisaje, en cada instante de plenitud, que son derrotas de la tristeza humana del mal, del demonio en suma.

Seguramente algunos amigos no queden conformes con este tono religioso, pero como deseamos en algo emularlo, serle fiel a su ejemplo y a su enseñanza apegada a la verdad de Cristo y del Evangelio –debemos recordar su condición de laico comprometido en el Opus Dei- queremos dejar más allá de incomodidades cordiales, el testimonio de auténtica admiración y el verídico afecto de los que fuimos tocados por su luz interior.

Recémosle a él, que está en el cielo, para que interceda por nosotros y nos aumente la fuerza para combatir con mayor empeño lo que el Papa Emérito Benedicto XVI nombró “la tiranía del relativismo” que tanto mal está ocasionando en Venezuela y en el mundo.

Rogamos asimismo, a María la madre de Cristo, para que con su santísima intersección, con Enrique acurrucado a su lado, nos ayude en la empresa titánica de iluminar con su luz divina las sombras que ocultan los valores del mundo creado por Dios.

Maracaibo, 13 de mayo de 2017.

Guillermo Yepes Boscán

Normas Editoriales de Derecho y Sociedad

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con el Código de Ética de Derecho y Sociedad.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico derechoysociedad@uma.edu.ve.
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sintetizen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones. (Ver anexos “A” y “B”).
6. El trabajo debe tener una extensión mínima de 5.000 palabras y máxima de 35.000 palabras.
7. Estará prohibido en el texto resaltar en negritas, cursiva, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
8. Tipo y tamaño de letra:
 - Tipo de letra: Baskerville tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
9. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.

10. Alineación del texto:

- Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
- Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
- Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

11. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC. El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:

- Tipo de cita: estilo Chicago en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
- El estilo Chicago puede ser encontrado en: https://www.chicago-manualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
- Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
- Las citas de más de cuarenta palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de cinco espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.

2. Las notas a pie de página deben estar en letra Baskerville 8.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Derecho y Sociedad serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.

ISSN 1317-2778



9 771317 277003