



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 24
ABRIL DE 2024

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR

Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO XII • N.º 24 • ABRIL DE 2024

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

PRINCIPIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Iván Aróstica Maldonado

Principios del derecho público en el constitucionalismo chileno.
1980 y después

13

ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Humberto Romero-Muci

El petro venezolano:
reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta

39

Alejandro Lagos Torres

Inflación y derecho:
el profundo vínculo entre el derecho y la confianza en la moneda

101

Sebastián A. Quiroz Muñoz

La hipoteca a la inversa:
la destrucción axiológica a cargo de los mercados regulatorios financieros

137

DERECHOS FUNDAMENTALES

Rudi Di Marco

Tramonto della teoria liberal-radicle?
Un'evidenza nel campo politico-giuridico dopo la pandemia da COVID-19
i nuovi diritti tra oscuramento dell'intelligenza e cecità della volontà

155

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Juan Ignacio Contardo González

Ilegalidad de los casinos y casas de apuestas deportivas en línea
(Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 152.138,
caratulada Polla Chilena de Beneficencia S.A. con Mundo Pacífico S.A.
de 12 de septiembre de 2023)

179

Rodrigo Céspedes

Nacionalidad, derecho internacional y cargas públicas:
un caso durante la vigencia de la Constitución de 1833

191

RECENSIONES

Juan Ignacio Contardo González

Principio pro consumidor y extensión de su protección
de Mauricio Tapia

201

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

211

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su vigésimo cuarto número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas chilenos, venezolanos e italianos.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: “Principios de derecho constitucional”, “Orden público económico” y “Derechos fundamentales”.

En el ámbito de los “Principios de derecho constitucional” presentamos un trabajo del expresidente del Tribunal Constitucional chileno, profesor Iván Aróstica Maldonado. Se titula “Principios de derecho público en el constitucionalismo chileno: 1980 y después”. En él se resalta, desde una visión panorámica, la importancia de los principios de juridicidad y de servicialidad del Estado como elementos basilares del derecho público, de cara a los fenómenos desconfiguradores que hoy amenazan con disgregar todo sentido institucional y toda finalidad sustantiva.

En el área del “Orden público económico” publicamos tres estudios. El primero, de autoría del profesor Dr. Humberto Romero-Muci, miembro de número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, titulado “El petro venezolano: reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta”. En él se sostiene la tesis de que el petro no es moneda ni unidad de cuenta monetaria. Tampoco es un criptoactivo. Se trata de una forma simulada para dolarizar y descontinuar el uso del bolívar como unidad de cuenta de las obligaciones tributarias principales y accesorias.

El segundo artículo en el área corre por cuenta del profesor Alejandro Lago Torres. Se denomina “Inflación y derecho: el profundo vínculo entre el derecho y la confianza en la moneda”. Se examina la inflación como fenómeno monetario y sus efectos económicos, junto a algunas situaciones de especial relevancia jurídica en relación con el pago de obligaciones. El tercer trabajo que ponemos a disposición del lector es de autoría del profesor Sebastián Quiroz sobre la hipoteca a la inversa y la destrucción axiológica a cargo de los mercados regulados financieros.

En el campo de los “Derechos fundamentales”, incluimos el análisis del profesor Dr. Rudi Di Marco titulado “Tramonto della teoria liberal-radical? Un’evidenza nel campo politico-giuridico dopo la pandemia da Covid-19”.

I nuovi diritti tra oscuramento dell'intelligenza e cecità della volontà". En él se critican los denominados "nuevos derechos"; se les considera una pretensión puramente voluntarista de consecuencias gravosas para el normal funcionamiento de la política, el derecho y la administración de los recursos públicos.

En "Comentarios de Jurisprudencia" hemos recibido el análisis del profesor Dr. Juan Ignacio Contardo sobre el caso "Polla Chilena de Beneficencia c/ Mundo del Pacífico", con interesantes reflexiones acerca del problema de la ilegalidad de los casinos y casas de apuestas en línea. El segundo comentario pertenece al profesor Dr. Rodrigo Céspedes y, como es ya costumbre, aborda un caso histórico: "García" (1907), sobre nacionalidad y no inscripción en los registros militares para prestar servicio en el Ejército.

Finalmente, en las "Recensiones" publicamos la reseña del profesor Dr. Juan Ignacio Contardo respecto de la obra de Mauricio Tapia: *Principio pro consumidor y extensión de su protección* (Santiago, Rubicón, 2023).

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 24 | 2024

Principios de derecho constitucional

PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO. 1980 Y DESPUÉS

PRINCIPLES OF PUBLIC LAW IN CHILEAN CONSTITUTIONALISM. 1980 AND AFTER

*Iván Aróstica Maldonado**

“La modernidad es lo transitorio, lo fugitivo,
lo contingente, la mitad del arte,
cuya otra mitad es lo eterno y lo inmutable”

Charles Pierre Baudelaire, *El pintor de la vida moderna*.

Resumen

Es esta la introducción a una obra mayor, sobre el origen, contenido y aplicación de algunos de los más caros principios generales del derecho público que reconoce el orden jurídico occidental. Para el caso de Chile, se resalta la constitucionalización en 1980 (entre otros) de los principios de juridicidad y de servicialidad del Estado, en normas supremas y basilares que “obligan” directa e inmediatamente.

De cara a una legislación dispersa y desordenada como es la administrativa, la aplicación conforme con la Constitución de dichos principios deviene reforzada, ya en su clásico papel aglutinante o cohesivo, tocante a la interpretación e integración de las leyes, ya en rol inspirador, atinente tanto a la dictación de nuevas leyes basadas en ellos como a la abrogación de aquellas normas que les sean contrarias, opuestas o distintas.

Palabras clave: principios generales del derecho, principios sustanciales y principios formales, constitucionalización, constituciones doctrinarias o militantes y constituciones utilitarias o instrumentales, experiencia chilena.

* Expresidente del Tribunal Constitucional chileno. Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de Bolonia. Profesor de Derecho Administrativo. Correo electrónico: iarostica@vtr.net

Artículo enviado el 12 de marzo de 2024 y aceptado para su publicación el 12 de abril de 2024.

Abstract

This is the Introduction to a larger work, on the origin, content and application of some of the most expensive general principles of public law recognized by the Western legal order. In the case of Chile, the constitutionalization in 1980 (among others) of the principles of legality and service of the State stands out, in supreme and basilar norms that “oblige” directly and immediately.

In the face of dispersed and disordered legislation such as administrative legislation, the application of these principles in accordance with the Constitution becomes reinforced, either in its classic agglutinating or cohesive role, regarding the interpretation and integration of laws, or in its inspiring, relevant role. both to the issuance of new laws based on them and to the repeal of those norms that are contrary, opposite, or different.

Keywords: general principles of law, substantial principles and formal principles; constitutionalization; doctrinal or militant constitutions and utilitarian or instrumental constitutions; Chilean experience.

Introducción

El *Diccionario del español jurídico* registra dos conceptos diametralmente distintos respecto a los “principios generales del derecho”¹, diferenciándolos en razón de su origen o proveniencia. En primer término, señala que son los “1. Principios de derecho natural consistentes en un conjunto de verdades jurídicas establecidas universalmente por la recta razón (doctrina iusnaturalista)”. En segundo lugar, los define como aquellos:

“2. Valores deducidos de los propios procesos aplicativos de las normas positivas, que contribuyen a orientar su aplicación ajustada a los ideales

¹ Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario del español*, p. 1276.

Otro diccionario dice: “Son aquellos principios que expresan los valores materiales en los que se basa un ordenamiento jurídico, y mediante los cuales se constituyen las convicciones ético-jurídicas fundamentales que informan la organización jurídica de una comunidad. Es común que se diga que es la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica. En un Estado de derecho, además de ser la fuente orientadora e informadora del ordenamiento jurídico, cumple una función integradora del derecho, aplicándose después de la ley y la costumbre. Hay tres clases de principios generales del derecho, a saber: los principios naturales, propios del derecho natural; los principios tradicionales que reflejan las particularidades de un pueblo; y los principios políticos reflejados en la Constitución política de una comunidad, y que se supone subordinados de los dos anteriores”: Rogelio MORENO RODRÍGUEZ, *Diccionario jurídico-economía sociología política ecología*, p. 571.

de justicia, a las convicciones sobre lo justo, que mantiene la comunidad en cada momento, y que expresan los jueces y demás operadores jurídicos principales”².

Ambas definiciones destacan por su radical disparidad, comoquiera que, de alguna manera importante para el derecho público occidental, representan un regusto, una cierta reviviscencia tardía de aquel viejo dilema entre la sujeción a la *lex digna* (*princeps legibus alligatus*) o, bien, a la *lex regia* (*princeps legibus solutus*). Esto es, si el soberano se encuentra atado a algo que es esencial y debe acatar una suerte de principios rectores o preceptos más altos que lo trascienden o –por el contrario– si puede hacer y deshacer leyes a voluntad e imponer nuevos principios una y otra vez, aduciendo atender *per rerum mutationes et temporum*. Cuestión que viene acuciando al mundo jurídico por lo menos desde que el derecho romano de Justiniano se redescubriera en Bolonia allá hacia fines del siglo XI³.

Y que –por eso– adquieren una relevancia digna de considerar, cuando de llevar los principios generales a un texto supremo se trata, por concerner a las relaciones de las personas con el poder estatal⁴. De estos se va a hablar, y no de las normas constitucionales o legales que particularizan algunos de dichos principios abocándolos a un tema concreto, que no serán objeto de estudio en esta oportunidad. Sin por ello desatender su máxima importancia práctica, dado que siendo “leyes generales” por albergar justamente “principios generales”, configuran el referente con arreglo al cual habrá de juzgarse si el derecho de igualdad ante la ley e interdicción de la arbitrariedad resulta o no menoscabado por ulteriores leyes especiales y

² Independientemente de su acierto, estas definiciones ahorran recalar en la extensa (y muchas veces inconducente) discusión acerca de qué se entiende por tales principios y de dónde ellos se extraen.

Seguro, en la materia siempre será un referente obligado Giorgio DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho*. Lo mismo que Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Atinente al origen de la denominación “principios generales del derecho” y cuáles son sus funciones, un encuentro con la obra de Alejandro Guzmán Brito resulta obligada: *El origen y expansión de la idea de “Principios del Derecho”*.

³ Para una aproximación al tema, desde la óptica en que lo vamos a abordar, está la enjundiosa obra de Ernst H. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, pp. 124-133.

⁴ Ya se había visualizado que uno de los elementos de todo régimen constitucional (el primero) es: “Un núcleo de ideas que constituyen el principio o principios que son criterios del orden. Estos principios no son siempre fáciles de deslindar porque contienen, confusamente entremezcladas, legitimaciones del poder que se aceptan como fundamento de la obediencia y concepciones del fin que el Estado debe proponerse”: Luís SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 51.

leyes excepcionales⁵. Conviene dejarlo aquí solo anotado: mientras las leyes especiales mantienen los mismos principios de las leyes generales, aunque adoptando determinadas modalidades y matizaciones a fin de acomodarlas a las particulares características que ofrecen ciertos casos o personas, en cambio, las leyes excepcionales –que han de exhibir una justificación todavía mayor para apartarse de aquella– se dictan sobre la base de principios antitéticos o inspiradas en directrices contrarias, opuestas o distintas a aquellas reglas comunes que son de uso proverbial⁶. Mismas razones cualificadas que deben concurrir si se pretende derogar o sustituir una de aquellas leyes generales⁷.

Despejado lo anterior, en lo que viene se pondrá el foco solo en aquellos principios que son adoptados positivamente con el nivel de abstracción y generalidad que les es característico y sin dejar, por ello, de ser principios. Pues según como respondan a alguna de las dos definiciones dadas, su positivización hace entrar de lleno en la clasificación formulada por Karl Loewenstein, que diferencia entre las Constituciones *ideológicas*, que –según él– por cobijar principios trascendentes e inmutables se asimilarían a un “catecismo”, y las constituciones *utilitarias*, que por asépticas y sedicentemente neutrales se compararían con una “guía de teléfonos”⁸.

Reflejándose en ambas categorías las chilenas de 1980 y 1925, respectivamente, se puede hablar mejor de Constituciones valorativas o doctrinarias en el primer caso, como aquellas que recogen esos principios superiores y trascendentes del orden natural, y de Constituciones adjetivas o procedimentales en el segundo, como aquellas cuya centralidad radica en las formas como el régimen positivo va adoptando las mutaciones respecto a las creencias o postulados que, en un momento dado, imperan en cada sociedad. O si se quiere, desde un punto de vista más omnitemporal y para empezar a delinear el contrapunto histórico que pretendemos trazar, cabe igualmente parafrasear la dicotomía de Charles Howard McIlwain, po-

⁵ Tómese por caso el principio general del “doble conforme” que se materializa en el recurso de “apelación” regulado dentro de un código procesal común, y al que le sigue una ley especial que establece procedimientos y plazos distintos para su tramitación. Que “no procede recurso de apelación” contra una resolución que de no existir esta negación sí procedería, configura una ley excepcional que amerita una correlativa justificación excepcional y altamente calificada, so pena de ser anulada por inconstitucional a fin que, eliminada la excepción, retome vigencia la regla.

⁶ Antonio VODANOVIC H., *Curso de derecho civil basado en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Parte General y los sujetos de derecho. 1ª. Parte*, pp. 18-20.

⁷ Decía Ulpiano: “solo una razón de utilidad evidente justifica establecer algo nuevo en contra del derecho vigente que durante tanto tiempo se vino observando” (D. 1.4.2): Rafael DOMINGO (dir.), *Principios de derecho global*, p. 135.

⁸ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 211-213.

niendo a un *constitucionalismo antiguo*, receptor de ciertos principios fundamentales, de frente a un *constitucionalismo moderno*, destinatario de principios instrumentales o meramente pragmáticos⁹.

A nadie escapará que llevar estos principios a una Constitución implica hacerse cargo de una cierta fricción entre ambos, de su mutuo antagonismo incluso, como lo demuestra el hecho de que el principio de separación de poderes, originalmente, tuvo por designio impedir que los jueces revisaran los actos de la autoridad, a costa del principio de juridicidad y del derecho a una tutela judicial efectiva. En efecto, apenas la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 estipuló que toda Constitución debe consagrar tanto la “separación de poderes” como la “garantía de los derechos” (art. 16)¹⁰, al poco tiempo la preeminencia del primero y el acrecimiento de un Poder Ejecutivo sin parangón con las limitadas potestades de que gozaba el Monarca en el Antiguo Régimen, diseñado ahora para implementar los cambios revolucionarios que ameritaba la regeneración de una nueva sociedad, trajo consigo la interdicción para los tribunales de conocer cualquier reclamo de particulares contra los nuevos actos estatales, impuesta por la Ley de 16-24 de agosto de 1790 (art. 13) y luego repetida por el decreto de 16 de Fructidor del año III (1795)¹¹. Y con la guillotina a la vuelta de la esquina¹².

Ahora, como la formulación de estas dispares definiciones y clasificaciones no implica postular la existencia de Constituciones químicamente puras¹³, lo cierto es que la tensión interna entre las dos concepciones reseña-

⁹ Charles HOWARD McILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, 166 pp.

¹⁰ Georg JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 148 pp.

¹¹ Eduardo SOTO KLOSS, “Notas sobre el Tribunal de Conflictos francés”, pp. 169-187; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, pp. 42-51.

Para la época prerrevolucionaria y los pormenores del choque de la “nobleza de toga” (asentada en los parlamentos judiciales) con la pujante burguesía (que había accedido a cargos del gobierno y reclamaba cambios radicales), cada cual procurando imponer su propio estatuto vital o dharma (su *lex privata* o “privilegio”), en que “el antagonismo de fondo procede del concepto de Estado: ¿tradicional o moderno?”, v. Jean SÉVILLA, *Históricamente incorrecto. Para acabar con el pasado único*, pp. 144 y 154-159.

¹² Durante la Carta de 1925, el mismo principio de separación de poderes se esgrimió por el Poder Judicial para negarse a revisar la juridicidad de los actos de la autoridad, quedando sin protección real los derechos lesionados por ella: nuestro *Estado de derecho y nulidad de derecho público*, pp. 129-139 (en especial p. 134 nota 12).

¹³ Discurriendo acerca de esta dicotomía –constituciones “ideológicas y utilitarias”– se ha dicho: “Un mínimo de ideología es inevitable en toda Constitución que realmente frene el poder y asegure unos derechos y libertades a los ciudadanos, y así ocurrió desde los comienzos del constitucionalismo. Con todo, las constituciones clásicas resultaban poco ideológicas en comparación con la numerosa caterva de constituciones ideológicas del siglo xx, algunas

das no se resuelve evadiendo el problema, con lecturas contemporizadoras y procurando congeniar principios fundamentales y principios instrumentales con meras expresiones de estilo, como cuando todo esto se confía únicamente a idílicas interpretaciones armónicas (que, las más de las veces, no envuelven, sino renuncias temporales o *self-restraint* por uno y otro lado), pues no hay evidencia de que la solución pase por transacciones en unos textos ambidiestros o carentes de una identidad definida, cuyo nombre sería el de constituciones *eclécticas* o *mixtas*¹⁴.

No hay intención de ocuparse aquí de todo el inmenso tema consistente en determinar cuáles habrían de ser taxativamente los mentados principios generales¹⁵, enfrascándonos en una discusión tan erudita como a menudo estéril, no pocas veces rayana en la logomaquia. Tendente a evitar que cualquier sentimiento subjetivo o juicio de valor pueda invocarse de modo antojadizo como principio general, más provechoso resulta cortar el nudo gordiano y partir por identificar algunos universalmente conocidos como tales, encuadrándolos a continuación dentro de aquellos caracterizados como portadores de verdades jurídicas trascendentes y superiores (primera definición) o dentro de aquellos que hacen aflorar y motorizan esos valores subyacentes al devenir del ordenamiento positivo (segunda definición).

de las cuales destilaban tanto partidismo que casi resultaban panfletarias”, cuyo es el caso, destaca, de las “constituciones socialistas o socializantes”: Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional*, p. 31.

¹⁴ Aparte de la anfibología en que se incurre al hacer sinónimos “principios” y “derechos”, recalaremos más adelante en otra confusión: en hacer pasar como “principios” lo que no son más que “conceptos vagos” y “palabras ambiguas” introducidas en una Constitución, no con afán de hallar la justicia subyacente a un caso e imprimir estabilidad a las normas jurídicas, sino –de la Constitución vigente a la Constitución viviente– para alentar una constante recreación de la misma por medio de argumentaciones deliberativas, constructivistas y “creativas”, por parte de unos jueces agentes del cambio social: entre muchos en esta perspectiva, Pedro P. GRANDEZ C., *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, 212 pp.

¹⁵ Sobre el polisémico alcance que se le atribuye a la voz “principios generales del derecho”, partiendo por la imprecisión en que incurren autores como Ronald Dworkin, véase también a Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, pp. 39-44.

Un repertorio de estas discusiones puede hallarse en Máximo PACHECO, *Teoría del derecho*, pp. 423-427. También en Juan David TERRAZAS PONCE, “Algunas consideraciones sobre los principios generales del derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”, pp. 133-159.

Entre dichos *principios fundamentales* cabe enunciar el principio pro-libertad que proscribe toda suerte de arbitrariedad estatal; el contiguo principio de juridicidad y de tutela judicial efectiva, en cuya virtud todo abuso o exceso en el ejercicio de potestades públicas ha de poder ser reclamado efectivamente en sede judicial y ante el juez natural, así como el principio de servicialidad que manda al Estado gobernar con vistas al bien común general sin sacrificar libertades individuales ni derechos esenciales. Entre los *principios instrumentales*, son de mencionar: el principio de separación de poderes o de distribución de competencias estatales, el principio de jerarquía normativa y el de legalidad, los principios de publicidad y de irretroactividad de las normas, el de interpretación progresiva de las reglas legales y el principio de ponderación en caso de colisión entre derechos, entre otros¹⁶.

¿Qué importa que estos estén presentes en una u otra de esas categorías de Constitución? ¿Es posible que –por sobre banderías– se imponga una Constitución dúctil, consagratoria de un emulsionado donde se congregan principios fundamentales y principios instrumentales, casi por definición rivales, sin caer por ello en una contradicción en los términos?

Lo que se propone a los fines que ahora interesan, es dar a conocer el origen y contenido de los antes mencionados principios generales del derecho público contemporáneo (fundamentales e instrumentales) que caracterizan cada tipo de Carta Fundamental (doctrinaria o pragmática), enseña a tratar de entender las causas que motivan la adopción de uno u otro modelo, en trance de incompatibilidad, para terminar formulando una apreciación crítica atinente a los efectos que esta elección conlleva. Crítica que ha de extenderse, también, al caso de las Constituciones eclécticas, con tendencia a la cohabitación de principios fundamentales con principios instrumentales.

Más concretamente, se tratará enseguida de satisfacer tres objetivos específicos, a saber:

- Describir: de dónde emanan y en qué consisten esos principios generales, junto con señalar cuál es su función en diferentes ámbitos de aplicación, ahondando en su papel inspirador y cuestionador de las leyes políticas y administrativas;
- Explicar: porqué se prefieren unos y se descartan otros principios rectores, o fundamentales o instrumentales, hipotetizando que

¹⁶ No entran en ninguna de estas dos categorías aquellos que algunas leyes crean y denominan como “principios”, pero que no son “generales”, ya que no pasan de ser ideas-eje ideadas para vertebrar un determinado cuerpo legal, a los solos efectos de facilitar la interpretación armónica del resto de su propio articulado.

entre otras causas impacta una disímil comprensión acerca “del derecho” y la primacía que en cada tipo de Constitución quiera darse o a la justicia o a la ley, esto es, a los tribunales o al legislador¹⁷ y

- Evaluar: los efectos jurídicos que ocasiona la incorporación de estos diferentes principios en una u otra Constitución política o ley fundamental, considerando la experiencia recogida en Chile durante los procesos constitucionales de 1980 y de los años 2020-2023.

¿En alguna dimensión reconocible de la cultura occidental, es donde encuentran su raíz y razón de ser los mentados principios generales del derecho público?¹⁸ La recepción y preeminencia dadas en una Constitución, o a los principios fundamentales (Constituciones valorativas o doctrinarias) o a los principios instrumentales (Constituciones adjetivas o procedimentales), ¿hasta dónde reflejan una opción o por la justicia trascendente o por la legalidad inmanente? ¿Primacía de una justicia superior o de una legislación que dimana de la pura política? Siendo así, tocante a las consecuencias o efectos de esta supremacía, ¿puede ella derivar o en activismo judicial o en una legislación ideológica? ¿El derecho reconoce algún “más allá” prevalente o solo debe atender al “más acá” de las normas contingentes? ¿Soluciona algo constitucionalizar una mixtura, supuestamente equilibrada, entre principios fundamentales y principios instrumentales?

Son cuestiones radicales, esas, que no siempre han merecido una preocupación explícita y a fondo por parte de nuestra cátedra, aunque el capítulo I de la Constitución de 1980 sobre “Bases de la Institucionalidad” –cuyo rico contenido doctrinario fue justamente en concreto destacado¹⁹– estuvo desde siempre en la arena político-partidista por parte de quienes han querido transitar desde una “constitución militante” hacia una “minimalista” o “habilitante”, merced a una reversión a la más plástica e instrumental Constitución de 1925. Más solidaria con la política (cambio) que con

¹⁷ En este sentido se alude también al modelo constitucionalista o judicialista, en contraposición con el modelo democrático o legalista en Marina GASCÓN ABELLÁN y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, pp. 274-276 y 309-310.

¹⁸ Para los cursantes de la diplomatura anual “Trayectoria de la Sociedad Occidental” (versión 1988) impartido por la Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago), un referente obligado en el tema nos será siempre la obra de su genio y director: Julio RETAMAL FAVEREAU, *Y después de Occidente, ¿qué?*, 381 pp. Igualmente indispensable para empezar a trazar estos orígenes: Christopher DAWSON, *La religión y el origen de la cultura occidental*, 254 pp.

¹⁹ En este sentido véanse las tempranas sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en causas roles n.º 19, considerando 9.º; n.º 46, considerandos 19.º y 21.º; n.º 167, considerando 10.º y n.º 280, considerando 12.º, entre muchas.

la justicia (estabilidad), como se reveló en la práctica, y por eso querida desde la vereda del poder, por contra, la ausencia en esta última Carta de una parte dogmática o con principios jurídicos esenciales determinó que la Corte Suprema careciera de referentes normativos superiores para declarar inconstitucionales ciertas leyes “injustas” a raíz de su rotundo contenido ideológico, frustrando así la eficacia real del recurso de inaplicabilidad (art. 86), además de coartar la justiciabilidad de los actos administrativos, cuando a su respecto los jueces conocían (en los pocos casos que lo hacían) reclamos de mera ilegalidad, en circunstancias que dichas leyes servían de escudo a la propia autoridad²⁰.

Como no hay monedas de una sola cara, ocurre que cuando se abre la puerta a los tribunales para controlar los actos estatales por importar conflictos de relevancia jurídica, el reverso de lo anterior es el temor a la “justicia del cadí”, según dice la expresión atribuida a Richard Schmidt. Revela ello el sempiterno recelo del poder político contra la “nobleza de toga” operando desde los tribunales, que anida desde el acmé de la Modernidad entre los revolucionarios de 1789, y que en el siglo xx va a metamorfosear en el repudio hacia el “gobierno de los jueces”, según los anatematizara Eduard Lambert en 1921, cuando buscó inhibir o acoquinar a la Suprema Corte estadounidense para que no declarara inconstitucionales las leyes progresistas con que la izquierda demócrata pretendía imponer el *New Deal*. Hoy –como ayer– cada tanto se hace presente el mismo reproche contra el “activismo judicial” y el “riesgo democrático” que representarían los tribunales controlando los actos del Estado.

Se rechaza *a priori* y no pocas veces sesgado contra el “activismo judicial” que envuelve una triple petición de principios, necesitados de justificación: que cualquier cosa pública o privada que interese absorber a la clase dirigente puede ser catalogada de “cuestión política” y se torna susceptible de ser capturada por una normación legislativa o administrativa del Estado; que para efectos de su gestión los políticos (parlamentarios y burócratas) estarían mejor capacitados que los tribunales, producto de su predisposición para llegar a consensos partidistas o por el supuesto manejo de un conocimiento tecnocrático superior, y que la determinación tomada en sede política, al estar separada de la justicia en todas o algunas de sus facetas, gozaría del mérito de ser injusticiable. “Todo es político y nada más que político”, resume esta autoasignación de poderío²¹.

²⁰ Iván ARÓSTICA M., *Estado de derecho y revolución legal. Chile: 2014-2020*, pp. 166-183.

²¹ Polémica que está lejos de amainar. La Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica de nuevo es imputada de exacerbar sus atribuciones y de entrar en la arena política,

El fenómeno inverso, como se sabe, al “activismo judicial” está representado por la figura de los “tribunales de Potemkin”, denominación que envuelve a aquellos órganos jurisdiccionales formalmente independientes, pero que en la práctica adoptan una actitud débil o servil frente a los poderes de turno, dado que se limitan a resolver las impugnaciones contra los actos oficiales del Estado apegándose solo a la letra de la ley creada por los partidos políticos dominantes, y no pocas veces legitimando con ello conductas de constitucionalidad dudosa²².

Son estos conceptos y cuestiones los que se examinan a continuación, siempre con idéntico trasfondo y pulsando la misma tecla: es la sujeción estricta a estos principios raigales, inmutables y universales, ampliamente decantados por una larga tradición jurídica, en cuanto son de aplicación forzosa en la práctica y quitan poder discrecional a jueces, funcionarios y legisladores para imponer sus propias agendas a la hora de aplicar el derecho, lo único que, verazmente permite desterrar el protagonismo ideológico.

Existen numerosas obras donde la doctrina ha recalado en todos o algunos de estos principios, sea para mostrar cómo han sido incorporados en los respectivos textos legislativos o supremos, sea para profundizar en algunos de ellos²³. Pero ninguna ha sido escrita desde la perspectiva dialéctica con que se quiere cotejar esos dos conceptos que definen los “principios generales”, donde laten concepciones procedentes de matrices jurídico-culturales muy diferentes acerca de eso que es “el derecho”, y cuya plasmación en una ley fundamental o en una Constitución política por incumbir

el 24 de junio de 2022, cuando declaró que el aborto carece de garantía constitucional, el 1 de julio de 2023 al disponer que el gobierno no puede perdonar deudas en perjuicio de los acreedores, y el 29 de junio de 2023, día en que sentenció que la discriminación positiva pugna con el derecho constitucional a la igual protección de las leyes. En Chile, que las apelaciones al principio de “separación de poderes” para enervar a los tribunales no son cosa del pasado, se puede observar cada vez que el Tribunal Constitucional fue acusado de transformarse en una “tercera cámara” o a la Corte Suprema de inmiscuirse en “políticas públicas”, cuando revisan actos estatales que con alcance general afectan derechos particulares.

²² María Victoria MURILLO, Steven LEVITSKY y Daniel BRINKS, *La ley y la trampa en América Latina*, pp. 40, 60, 83 y 114.

²³ Una panorámica sólida y completa, en Chile, puede encontrarse en Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, *Principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, 275 pp.

al derecho público, en sus distintas manifestaciones, ora como principios sustanciales ora como principios formales, importa asignar una distinta preeminencia a la justicia o a la legalidad.

Un botón de muestra de este contrapunto lo ofrece el mandato a los jueces de fallar con arreglo a la ley y nada más que a la ley; precisamente desde que se les impone la obligación de “referimiento al legislador”, en una época tan remota como al promulgar Justiniano el *Digesto* con la constitución *Tanta*: en caso de no existir normas que resuelvan una controversia o existiendo, esta es oscura o ambigua, “remítase por los jueces a la autoridad imperial” para que provea la solución. Como el derecho humano tiende siempre hacia el progreso –decía su justificación– y nada hay que pueda permanecer sin cambios, en caso de surgir litigios que no estén cubiertos claramente por las leyes,

“solicítense el remedio al emperador, pues Dios puso la gracia imperial al frente de las cosas humanas, para poder enmendar y ajustar toda novedad”.

De igual modo lo previó el *Código Civil* chileno, cuyo art. 5.º manda:

“La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que notaren en ellas”²⁴.

Hasta que el propio Justiniano derogó posteriormente esta cohibición que pesaba sobre los jueces, en las *Novelas*:

“Mandamos que ningún juez, de ningún modo y en ningún tiempo, comunique a nuestra serenidad las causas de que conocieren; por el contrario, ellos deben examinar perfectamente el litigio y resolverlo conforme con lo que les pareciere ajustado *al derecho y a la ley*” (énfasis agregado)²⁵.

Y por esa creencia en una justicia que el juez puede hallar más allá de la ley, se explica que la prevaricación judicial acontece, según el *Código Penal*, al desobedecer el juez esta doble sujeción: por fallar a sabiendas “contra ley expresa y vigente” (art. 223 n.º 1) y al dictar sentencia “manifiestamente injusta” (art. 225 n.º 1). Y de allí viene también el deber de “inexcusabilidad”, estatuido en el *Código Orgánico de Tribunales* de 1943

²⁴ La misma regla consulta el *Código Orgánico de Tribunales* (art. 102 inciso segundo n.º 4). La Constitución de 1823, acta de bautismo del Poder Judicial, en su art. 149 atribuía a la Suprema Corte de Justicia la facultad de conocer en única instancia “2º En las dudas sobre la inteligencia de una ley para consultar al Senado, proponiendo su dictamen”.

²⁵ Citado por Ítalo MERELLO ARECCO, *Historia del derecho. Evolución de las fuentes del derecho privado occidental en sus textos y contextos*, pp. 175-177.

(art. 10) y luego –asumida la importancia que habrían de jugar los principios generales– en la Constitución de 1980 (art. 76), naturalmente por razones que conciernen a la necesidad de realzar el papel que ocupan los aludidos principios a la hora de juzgar las leyes políticas o administrativas y sus actos de aplicación²⁶.

Es en este campo donde ellos adquieren la mayor significación, cuando a mediados del siglo XX se encarga al juez –a petición de un afectado en sus derechos– revisar la validez de los actos de la autoridad, introduciéndolo en materias de derecho público y haciéndolo sentenciar acorde con esos dos referentes, que con el paso del tiempo no necesariamente van a responder a los mismos principios inspiradores: la justicia y la legalidad²⁷.

Lo anterior mueve a internalizar la importancia creciente que reviste la aplicación efectiva de los principios generales del derecho público una vez constitucionalizados, y del (des)encuentro dialéctico que en tal evento puede producirse entre aquellos que con más inclinación responden a la justicia o a la legalidad. Ha de atenderse que, al revisar los actos de la autoridad estatal, esa aplicación de los principios generales no se reduce a desempeñar un mero papel exegético en la interpretación de las leyes vigentes²⁸, ni se restringe a representar un papel únicamente como integrador de los vacíos dejados por una legislación ausente o deficiente²⁹, según se les relega cuando se profesa la preeminencia de la ley positiva y se dejan los principios sustantivos o fundamentales al margen del sistema, cual si fueran elementos extralegales y por eso destinados a cumplir un mero papel subsidiario.

Relegación a un segundo plano que se explica, en parte, cuando la ley positiva se identifica con un Código *Civil* decimonónico que prácticamente

²⁶ Aldo TOPASIO FERRETI, “Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispano y chileno”, pp. 155-164.

²⁷ Lo que se dirá aquí respecto a los tribunales vale para la Contraloría General de la República, encargada, asimismo, de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, conforme a la Constitución y su Ley orgánica n.º 10336.

²⁸ El *Código Civil* chileno, al reglar en su título preliminar § 4. *Interpretación de la ley*, los elementos literal, lógico y sistemático, señala en su art. 24: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

La concepción tradicional acerca de esta última regla de interpretación legal puede encontrarse en Carlos DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica*, pp. 58-60 y 149-160.

²⁹ El *Código de Procedimiento Civil* chileno, en su art. 170, exige que las sentencias definitivas han de contener: “5º. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

Téngase en cuenta la misma prevención que se hizo en la nota precedente, en cuanto a que no existe unanimidad en la doctrina de que los principios generales del derecho, por sí solos, puedan servir para integrar los vacíos o defectos de la legislación existente.

se basta a sí mismo, al regular de manera sistemática y coherente una o más temáticas completas del ordenamiento privado, hasta casi agotarlas en todos sus pormenores, al compás de experiencias prácticas seculares y con el respaldo del riguroso derecho romano. Mas no cuando se trata de la legislación tocante al derecho administrativo, en no pocas ocasiones desprolija e improvisada, muchas veces abordada con tal precipitación o carencia de información justificadora que, a medio hacer o en la forma de una “ley corta” o de meras “glosas” presupuestarias, resultan tan contraproducentes como perjudiciales³⁰.

Dichas dos primeras funciones de los principios generales (interpretativa e integradora) se imponen hoy sin discusión:

“Frente a una legislación hipertrófica y heterogénea, expresión de una acción política arbitraria, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico no pueden más que encontrar su anclaje en los principios supremos establecidos en la Constitución”,

concluyen los juristas italianos Lucio Pegoraro y Ángelo Riniella³¹. Antes, lo había anotado del mismo modo Alejandro Nieto, al apuntar:

“La Constitución ha propiciado, pues, el regreso de los valores al Derecho y, además, al positivizar algunos de ellos ha dado una estabilidad al repertorio axiológico básico que no se conocía desde el Decálogo bíblico y la consecuencia ha sido un mecanismo de control de las leyes a las que de nuevo se inserta en una escala de valores como peldaños intermedios”³².

El constitucionalista y exjuez italiano Gustavo Zagrebelsky, aludiendo a la “función unificadora de la Constitución” con sus principios y valores superiores, agrega:

“Las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la provisión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”³³.

³⁰ En el célebre discurso “Constitución y Poder Judicial” (1959) el jurista y rector de la Universidad de Tubinga, Otto Bachof, basaba precisamente en el absolutismo parlamentario y la hipertrofia legislativa la decisión de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 de potenciar al Poder Judicial como un contrapeso necesario o “una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos”: Ricardo RIVERO ORTEGA, “Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo”, pp. 85-127.

³¹ Lucio PEGORARO y Ángelo RINELLA, *Derecho constitucional comparado 2*, volumen A: “Sistemas constitucionales”, p. 112.

³² Alejandro NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, p. 50.

³³ Gustavo ZALGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 39-40.

Y Paolo Grossi, jurista y expresidente de la Corte Constitucional italiana:

“La Constitución se sitúa como un orden jurídico superior respecto a la urdiembre legal ordinaria. Superior en cuanto a que, al pertenecer al estrato de las raíces profundas de la sociedad, pertenece por ello mismo a un estrato de valores y los manifiesta, imponiendo su observancia a todos los poderes del Estado, comenzando por el legislativo”³⁴.

Pero Eduardo García de Enterría fue más lejos todavía, y nosotros con él:

“La Constitución como norma superior, que consagra en una formulación concentrada y categórica los grandes valores sobre los que se asienta una comunidad determinada, además de la forma en que ésta ordena sus poderes”,

en calidad

“de un higher Law, un Derecho más alto, con claras raíces en el Derecho Natural, capaz de prevalecer sobre las leyes ordinarias e, incluso, de erigirse en canon de validez de las mismas”³⁵.

Vale decir, sin perjuicio de aquellos cometidos tocantes a la interpretación e integración de las leyes, en lo que viene se destacarán estos otros dos cometidos que suelen pasar inadvertidos para cuando se opta por consagrarlos como principios intraconstitucionales (*Bases institucionales* se llamarán en Chile³⁶), con algún espesor sustantivo y a modo de garantía frente al legislador y gobernantes circunstanciales. Consiste el tema en haberseles asignado a los principios generales del derecho público otras dos funciones muchísimo más penetrantes que el modesto cometido de simples “mandatos de optimización” (con que *ex profeso* se les busca achatar): el poder motriz para impulsar la dictación de nuevas normas y el poder corrector para cuestionar las leyes existentes. Lo que acontece asaz mar-

³⁴ Paolo GROSSI, *La primera lección de derecho*, p. 77.

³⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, p. 41.

³⁶ Las “Bases de la institucionalidad”, que conforman el capítulo I de la Constitución chilena de 1980, contienen algunos de estos principios sustanciales del derecho público, con más las normas básicas que los hacen imperativos jurídicos, descartando que se trate de “preceptos programáticos” o “consejos de perfección” a los que no se vincula ninguna obligación.

La LRC n.º 21533 (17 de enero de 2023), que estableció las reglas procedimentales para crear una nueva Constitución, introdujo, además, un art. 154 fijándole doce “bases institucionales y fundamentales” que debía contemplar; entre ellas, ciertos principios generales del derecho público occidental según los vamos a desarrollar.

cadamente respecto de aquellas que se han denominado constituciones doctrinarias, como la chilena de 1980 (en contraste con la de 1925) y la alemana de 1949 (en contraste con la de Weimar de 1919).

Baste anticipar aquí que el surgimiento de estos dos nuevos papeles que se encomiendan a los susodichos principios sustanciales se correlaciona –por contraste– con una política que no reconoce límites, indiscriminadamente absorbente de toda realidad jurídica a la par que impermeable a cualquier idea de justicia superior. Y si, además, en el ámbito de las decisiones políticas viene operando la sustitución de la metafísica por la ideología y su concreción es la ley, se entenderá, entonces, porqué resulta justificado engarzar el tema con la necesidad de evitar el mal –tantas veces anunciado por insignes *ius* administrativistas más sensibles con los derechos de las personas– que la ley pueda convertirse en la más fuerte y formidable “amenaza para la libertad” y hasta en instrumento para “la perversión del orden jurídico” en su totalidad³⁷.

Tocante a los antecedentes que permiten establecer el marco dentro del cual se inscriben y adquieren sentido los principios del derecho público contemporáneo, se verá que los reseñados principios instrumentales destinados a procesar los valores y contravalores imperantes en un momento dado en una determinada sociedad, no solo encajan bien en la Teoría Pura del Derecho y sus derivas actuales³⁸, muchas de ellas enderezadas a entronizar dogmas ideológicos que desafían los rudimentos mismos de la razón jurídica tradicional, sino que –yendo más atrás– son los únicos que encuentran cabida dentro de la Modernidad, desde que, en lo que hace al derecho, esta impusiera la supremacía absoluta de la cambiante voluntad legal (monárquica o popular), con independencia de cualquier constreñimiento trascendente y superior de carácter suprapolítico.

Mientras que, por contraposición, los principios fundamentales empalman mejor dentro de una Teoría Sustantiva del Derecho, más afin con los orígenes greco-cristianos y las fuentes metafísicas del derecho público occidental. Brevemente: desde que el Mythos griego (de la *Iliada* y la *Odissea* de Homero a la *Teogonía* de Hesíodo) va a coincidir con el Verbo cris-

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

³⁸ Inclúyase dentro de estos giros al “positivismo jurídico”, en cuanto pretensión de discutir los fundamentos del derecho *ab origine* e intento de sustitución por unos postulados en sintonía con los paradigmas de la posmodernidad global.

tiano (con el *Génesis* 1:2 e *Isaías* 45:18-19), en cuanto a que hubo un logos divino creador del cosmos, separándolo del caos anárquico y desordenado, concebido como un mundo ordenado y con significado, donde se insertó al ser humano, la consecuencia es que toca al hombre –a *imitatio Dei*³⁹– desarrollar el pensamiento sistemático para descubrir –en la hermenéutica de esos textos fundacionales y en la contemplación de dicho orden natural armónico– qué es lo verdadero, justo y bueno⁴⁰.

En virtud de dicha revelación o contemplando tal realidad es que el ser humano –dice esta concepción– puede deducir los primeros principios de la ley natural; y todavía más fácilmente puede hacerlo cuando se trata de aquellos principios cuyos términos son accesibles inmediatamente a todos, sin mayor complejidad, como son los que Tomás de Aquino denomina *communissima*. Interesa resaltar ahora dos, habida cuenta que están en la raíz misma de aquello que Solón bautizó como *Eunomía*⁴¹ y que hoy se llama Estado de derecho: “actuar conforme a la razón” y “el bien hay que hacerlo y perseguirlo”⁴².

Como puede verse, el marco de referencia dentro del cual se van a tratar estos principios fundamentales, implica su inserción dentro de un horizonte hermenéutico mayor, ya que, por su propia naturaleza como manifestaciones primarias de concepciones que le confieren unidad de sentido al derecho, como partes de un universo espiritual, ameritan –más que análisis encaminados al conocer– síntesis orientadas a comprender. Si además ello permite revalorizar y despertar conciencia acerca del significado histórico-cultural que poseen estos principios generales del derecho público de matriz occidental, al propio tiempo posibilita entender la dimensión antagonica que poseen con los mencionados principios instrumentales de

³⁹ A “imitación de Dios” (mimesis), que es “andar por todos sus caminos y apearse a Él” (*Deuteronomio* 11:22 y 28:9), constituye una extensión obvia de que el hombre fue creado a *imago Dei*, a imitación de Dios (*Génesis* 12:26).

⁴⁰ Sobre este “orden natural” y sus derivaciones jurídicas, Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo. Principios, fundamentos y organización*, pp. 96-115. Recuerda ello lo dicho por Tomás de AQUINO: “todo el conjunto del universo está sometido al gobierno de la razón divina”: ST 1-2 q.91 a.1, Respuesta. Cito según: *Suma Teológica VI*, p. 52.

⁴¹ La *Eunomía* aparece primero como una divinidad en la *Teología* de Hesíodo (903), nacida de la unión de Zeus con Temis, junto a la *Dike*; aunque su concreción como sinónimo de buen orden jurídico acaecería en el siglo VI a.C., principalmente gracias a Solón: Anna JELLAMO, *Il camino di Dike*, p. 17.

⁴² Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO, “Los primeros principios de la ley natural y sus propiedades”, pp. 11-41. Véase AQUINO, *op. cit.*, 1-2 q.94 a.5, Respuesta y a.6, Respuesta; también q.100 a.11, Respuesta, pp. 137-138, 140 y 311-312.

Se oye allí el eco lejano, cómo no, de Solón: “No aconsejes lo más agradable, sino lo mejor. Toma por guía la razón. No te familiarices con lo malo. Venera los dioses”: Diógenes LAERCIO, *Vidas de los filósofos más ilustres*, p. 54.

la Modernidad; y tanto más lo serán con las creencias e ideas de la Posmodernidad, de la tarda modernidad, declaradamente contrarias a la metafísica o a los “relatos comprensivos” procedentes del “logocentrismo” y de la “mitología blanca”, etcétera.

A este respecto se sostendrá que mientras los principios instrumentales de la Modernidad han sido utilizados para desplazar dichos principios fundamentales, relegando o postergando su aplicación a un papel secundario y para casos excepcionales, por su parte los principios más radicales de la Posmodernidad apuntan directamente a alterarlos, gracias a su eversión o deconstrucción, como parte de un movimiento tendente a consumir un retorno a la totalidad primordial que estaba indivisa antes del logos originario. Se recalará a fin de adentrarse en las manifestaciones de este fenómeno, en los fracasados proyectos presentados por la Convención Constitucional el 2022 y por el Consejo Constitucional el año 2023⁴³.

Un trabajo comprensivo de los temas reseñados debe comenzar –como no– por trazar una genealogía del derecho público occidental. Siendo por esto necesario visitar la fuente depositaria donde se incuban aquellos principios sustanciales que, a modo de componentes ancestrales o células originarias, constituyen el material genético de este actual derecho público occidental. Precisamente, al hablar de tales repositorios, cabe volver sobre la diferencia que hacían los romanos entre el *ius venit* (“de dónde el derecho viene o procede”), como son sus fuentes inmateriales metafísicas y filosóficas, y el *ius constant* (“de cómo el derecho se muestra o consta”), donde se ubican los textos formales que contienen la legalidad estatal.

Se recordará que fue Cicerón, el último defensor de la República romana (106-43 a.C.), quien primero habría usado la voz “fuente de las leyes y el derecho” (*fons legum et iuris*) en su obra *Las leyes (De Legibus)*, al decir que en el “derecho político” las fuentes no se hayan en las *Doce tablas* ni en el edicto del pretor, sino que en “los principios más profundos de la filosofía” (libro I, v 14-18)⁴⁴. Es en estas “más profundas fuentes” –enseñaba él– donde se descubren los “principios del derecho” y de donde arranca la definición de ley

“consistente en la razón suprema, grabada en nuestra naturaleza, que nos ordena qué es lo que debe hacerse y prohíbe sus contrarios” (libro I, VI 18).

⁴³ Hubo coincidencia entre ambas propuestas, ambas rechazadas por la ciudadanía, en el propósito de plasmar principios tales como el de “interculturalidad”, de “no discriminación” y el de “diversidad” o “pluralidad de visiones”, que serán asunto de análisis.

⁴⁴ Se cita por la versión (1989) de CICERÓN, *La República. Las leyes*, pp. 196-198.

Dado que, concluye:

“si el fundamento del derecho lo constituyera la voluntad de los pueblos, las decisiones de sus jefes o las sentencias de los jueces, sería conforme a derecho robar, cometer adulterio, falsificar testamentos, si tales acciones fueran aprobadas mediante votación o por aclamación de la multitud” (libro XVI)⁴⁵.

Luego, se abrevará de dichas fuentes. De los materiales jurídicos que se encuentran depositados en estas “profundas fuentes” hay que comenzar extrayendo lo que alguna vez fue conocido como “ideal del buen gobierno”, el que más allá de sus diferentes concreciones normativas, se asienta en la conjugación de dos principios claves para la conformación y desarrollo posterior del derecho público occidental, cuales son el “principio de juridicidad” y el “principio de servicialidad” del Estado.

En la Constitución de 1980, dentro de su capítulo I titulado “Bases de la institucionalidad”⁴⁶, fue plasmado el principio de juridicidad, principalmente en sus arts. 6.º y 7.º (amén del art. 2.º de la Ley n.º 18575 orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado). El otro, el principio de servicialidad, lo recoge dicha Constitución en su art. 1.º inciso cuarto (ídem la referida Ley n.º 18575 en su art. 3.º inciso primero). De esta forma, a partir de una metafísica donde se descubre su génesis y de una ley fundamental donde se escrituran, se estará en condiciones de concluir –con Aristóteles– que los citados principios generales del derecho público constituyen justamente y en especial para la institucionalidad de Chile “aquello primero desde o a partir de lo cual algo es, se hace o se conoce”⁴⁷.

Si bien los principios generales del derecho rigen *per se o proprio vigore*, sin que les sea menester una canonización normativa, más adelante nos ocuparemos de su positivización, que lo fue –primordialmente– con miras a hacerlos exigibles en procura de restablecer la justicia quebrantada y –al mismo tiempo– a fin de quitarles ese halo de excesiva generalización e imprecisión con que usualmente se les formula, porque razones de certeza

⁴⁵ CICERÓN, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁶ En la Constitución chilena la alusión a unas “bases” hace referencia al establecimiento de un conjunto sistemático de principios generales y reglas básicas tocantes a cierta temática fundamental. Así, por ejemplo, en virtud de su art. 38 inciso segundo se dictó la Ley n.º 18575 orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y en línea con el art. 63 n.º 18 constitucional se dictó la Ley n.º 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. El art. 63 N° 20, a continuación, indica de igual manera que es materia de ley “ Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

⁴⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, v, 1, 1013^a.

o de seguridad jurídica aconsejan que no cualquier idea o sentir pueda ser invocado por jueces y legisladores a la hora de justificar sus determinaciones, bajo pena de nulidad.

Para de ahí estudiar el propósito declarado que animó su plasmación en la Carta de 1980, relativo a la consecución de la justicia, habida cuenta que al establecer estos principios en preceptos que revisten la condición de directamente “obligatorios”, con arreglo al art. 6.º constitucional⁴⁸, les permite cumplir por sí mismos las señaladas funciones u objetivos que les son consustanciales: las de pautar la interpretación de todo el ordenamiento jurídico en su integridad; de subrogar los vacíos o defectos que se observen en las reglas vigentes; de impulsar la dictación de los actos legislativos y administrativos que les son conformes, siendo el Estado responsable por omisión o falta de servicio y –por último– la de servir de patrón de censura jurídica frente a leyes y actos administrativos que le sean antagónicos o disconformes.

Enseguida, habrá que hacerse cargo de la aludida áspera relación, aún de la rivalidad, entre los principios fundamentales y los instrumentales. Una desavenencia o nada disimulada enemistad que viene de antaño y que se sigue expresando hoy de múltiples maneras, como se ha anticipado al referir al “principio de separación de poderes” como inhibidor del control judicial sobre los actos de la autoridad estatal. Cuyas repercusiones pueden advertirse hasta hoy, cuando el “principio de legalidad”, o sea, la sola invocación de la ley elaborada por el mismo Estado a la medida de sus propias conveniencias, basta para provocar el rechazo de la inmensa mayoría de los “reclamos de ilegalidad” que los particulares suelen intentar en tribunales contra los actos de la autoridad administrativa, a despecho de que la vigencia efectiva de un Estado de derecho implica la sumisión de la Administración “a la ley y al Derecho”, tal cual reza el art. 20.3 de la Ley Fundamental de Alemania y el art. 103.1 de la Constitución de España⁴⁹.

Incluso, se destacará que el régimen constitucional chileno de 1980 es más incisivo todavía en cuanto a que ni siquiera a pretexto de “resquicios legales” u otra “arbitrariedad” legislativa o gubernamental cabe enervar la

⁴⁸ Reza así el art. 6.º citado: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República” (inciso 1.º). “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (inciso 2.º). “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley” (inciso 3.º).

⁴⁹ Para el distinto resultado que iguales normas producen en Alemania y España confróntese: Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, pp. 24 y 46.

potestad de los tribunales superiores del Poder Judicial para restablecer “imperio del derecho” (art. 20), o la de los tribunales inferiores para revisar a fondo los actos administrativos que, aunque basados en la ley, *ultra vires* incurran en todo otro cualquiera “abuso o exceso de poder” (art. 2.º inciso primero de la LOC n.º 18575)⁵⁰. Por lo mismo que el Tribunal Constitucional debe fallar “de acuerdo a derecho” (art. 92 inciso quinto) al revisar tanto leyes como aquellos actos administrativos que caen dentro de su esfera de control.

Lo que no implica sustituir la arbitrariedad legislativa o administrativa por la arbitrariedad judicial, dado que las respectivas sentencias se basan rigurosamente en los mencionados principios sustanciales vertidos en la propia Carta Fundamental⁵¹.

Finalmente, se discutirá la consagración de esas Constituciones híbridas o heteronormas, que colocan a la par principios sustanciales y principios procedimentales, en términos que pueden tornarlos rivales y en circunstancias que estos han de disponerse en función de facilitar la implementación de aquellos. Se recalará aquí en textos que, incluso, insertan principios fundamentales divergentes entre sí, cuyo es el caso del paradójico proyecto del Consejo Constitucional creado por la LRC n.º 21533 y que fuera rechazado el 17 de diciembre de 2023.

Bibliografía

- ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *Principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016.
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica VI*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2013.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, prólogo y traducción de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Editorial Gredos 2014.
- ARÓSTICA, Iván, “Estado de derecho y nulidad de derecho público”, en Enrique NAVARRO BELTRÁN (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Santiago, Universidad Finis Terrae/Editorial ConoSur, 2001.

⁵⁰ En esa misma tónica, el *Código Penal* tipifica como simple delito el hecho que un empleado público expida resolución manifiestamente “injusta” en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo (art. 228).

⁵¹ Para asegurar lo cual, de que no toda aspiración o apelación a la equidad pueda servir de fundamento a un fallo, lógicamente la Corte Suprema tendría que abandonar el criterio reductor, de que la nulidad o casación en el fondo de una sentencia no puede tener lugar cuando se infringe un precepto constitucional que no se haya concretado en alguna ley. SCS rol n.º 810-09, de 23 de diciembre de 2011, considerando 9.º, entre muchas más.

- ARÓSTICA, Iván, *Estado de derecho y revolución legal. Chile: 2014-2020*, Valencia/Santiago, Tirant lo Blanch/ Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, 2023.
- BAUDELAIRE, Charles Pierre, *El pintor de la vida moderna*, Madrid, Alianza Editorial, 1863.
- CICERÓN, *La República, Las leyes*, Juan María Núñez González editor, Madrid, Ediciones Akal. 1989.
- DAWSON, Christopher, *La religión y el origen de la cultura occidental*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2010.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial 1971.
- DOMINGO, Rafael (dir.), *Principios de derecho global*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003.
- DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, 3ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, reimpresión, Navarra, Editorial Aranzadi, 2011.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Los primeros principios de la ley natural y sus propiedades", en *Revista de Derecho Público*, n.ºs 55/56, 1994.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2016.
- GRÁNDEZ C., Pedro P., *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2016.
- GROSSI, Paolo, *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El origen y expansión de la idea de "Principios del Derecho"*, Santiago, Legal Publishing, 2014.
- HOWARD MCILWAIN, Charles, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- JELLAMO, Anna, *Il camino di Dike*, Roma, Donzelli Editore, 2005.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Granada, Editorial Comares, 2009.
- KANTOROWICZ, Ernst H., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, segunda reimpresión, Madrid, Ed. Akal, 2022.
- LAERCIO; Diógenes, *Vidas de los filósofos más ilustres*, traducción directa del griego y prólogo de José Ortiz y Sanz, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1959.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel-Planeta, 2018.
- MERELLO ARECCO, Ítalo, *Historia del derecho. Evolución de las fuentes del derecho privado occidental en sus textos y contextos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2023.

- MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, *Diccionario jurídico-economía sociología política ecología*, Buenos Aires, La Ley, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Diccionario del español jurídico*, Madrid, Real Academia Española/Consejo General del Poder Judicial, 2016.
- MURILLO, María Victoria; Steven LEVITSKY y Daniel BRINKS, *La ley y la trampa en América Latina*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2021.
- NIETO Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- PACHECO, Máximo, *Teoría del derecho*, 5ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- PEGORARO, Lucio y Ángelo RINELLA, *Derecho constitucional comparado 2*, Buenos Aires, Editorial Astrea, volumen A: “Sistemas constitucionales”, 2018.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Andavira editora, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Teoría constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, 2011.
- RETAMAL FAVEREAU, Julio, *Y después de Occidente, ¿qué?*, 9ª ed., Santiago, Arcus Editorial, 2020.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 146, 1998.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luís, *Curso de derecho constitucional comparado*, 7ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1988.
- SÉVILLA, Jean, *Históricamente incorrecto. Para acabar con el pasado único*, 3ª ed., Madrid, El Buey Mudo, 2016.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Principios, fundamentos y organización*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2022.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Notas sobre el Tribunal de Conflictos francés”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 9, 1968.
- TERRAZAS PONCE, Juan David, “Algunas consideraciones sobre los principios generales del derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, año 11, n.º 1, 2004.
- TOPASIO FERRETI, Aldo, “Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispano y chileno”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 9, 1983.
- VODANOVIC H., Antonio, *Curso de derecho civil basado en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Parte General y los sujetos de Derecho. 1ª. Parte*, Santiago, Editorial Nascimento, 1971.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Siglas y abreviaturas

a.C.	antes de Cristo
art.	artículo
arts.	artículos
<i>D.</i>	<i>Digesto</i>
dir.	director
ed.	edición <i>a veces</i> editor, editorial
LOC	Ley orgánica constitucional
LRC	Ley de reforma constitucional
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
v.	véase

Orden público económico

EL PETRO VENEZOLANO: REFLEXIONES SOBRE UNA FALACIA MONETARIA Y PRETENDIDA UNIDAD DE CUENTA

THE VENEZUELAN PETRO: REFLECTIONS ON A MONETARY FALLACY AND ALLEGED UNIT OF ACCOUNT

*Humberto Romero-Muci**

Resumen

El petro no es moneda ni unidad de cuenta monetaria. Tampoco es un criptoactivo. Se trata de una forma simulada para: i) dolarizar y ii) discontinuar el uso del bolívar (y la UT) como unidad de cuenta de las obligaciones tributarias principales y accesorias. El uso del petro infringe los arts. 318 constitucional, 3 y 146 del COT 2020 y 116 de la LBCV que ordenan el uso del bolívar como unidad de cuenta y pago de las obligaciones tributarias como un requisito de estricta reserva legal.

Palabras clave: petro, dolarización, deslegalización, expolio fiscal.

Abstract

The Petro is neither a currency nor a monetary unit of account. Is not a cryptoasset either. It is a simulated way to (i) dollarize and (ii) discontinue the use of the bolivar (and the UT) as the unit of account for main and accessory tax obligations. The use of the Petro violates articles 318

* Individuo de número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (sillón n.º 14). Académico honorario en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Magister en Leyes de Harvard Law School. Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Profesor titular y jefe de la cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello.

Mi agradecimiento al abogado José Solarte por generar las estadísticas y los gráficos empleados en este estudio y al bachiller Andrés Mendoza por su paciente revisión y ajuste al texto. A Rayma Suprani por autorizar el uso de su inteligente caricatura sobre el petro.

Artículo recibido el 27 de febrero de 2024 y aceptado para su publicación el 12 de abril de 2024.

of the Constitution, 3 and 146 of the COT 2020 and 116 of the LBCV that mandate the use of the bolivar as a unit of account and payment of tax obligations as a requirement of strict legal reserve.

Keywords: petro, dollarization, delegalization, fiscal plunder.

Introducción

Me pregunté qué trabajo de investigación podía presentar como credencial de mérito a esta ilustre corporación, tomando en consideración que me especializo en los temas áridos del derecho tributario y financiero. Consideré que tenía que ser un tema atractivo y actual sobre la circunstancia venezolana; un tema que pudiera cautivar el interés de mi auditorio. Inmediatamente pensé en el polémico y controvertido “petro”. Pero, por supuesto, me refiero al petro venezolano.

El petro es una muestra trágica de la desinstitucionalización y de la ruina económica de Venezuela. Anticipo que solo es un nombre vacío. Un eufemismo ideológico para idiotizar el lenguaje y la información económica en el país¹.

En los instrumentos normativos de su creación se identifica como el:

“[...] criptoactivo soberano, respaldado y emitido por la República Bolivariana de Venezuela sobre una plataforma de cadena de bloques federada [...] sobre la base de sus riquezas minerales e hidrocarburos”².

La realidad es que, el petro no es, ni ha sido un “criptoactivo”, ni tiene respaldo en ningún activo subyacente, ni es intercambiable por monedas o algún activo físico. Tampoco es una moneda, ni siquiera una unidad monetaria de cuenta, porque no está designado, ni se le atribuye función monetaria de curso legal por el ordenamiento jurídico venezolano³. Es más, siempre estará refe-

¹ Humberto ROMERO-MUCI, “La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC2 No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019”. “El Petro es el nuevo artilugio del régimen y partido de gobierno para continuar desarticulando el sistema monetario nacional. Un criptoactivo que encubre el propósito de ser un salvavidas financiero para el proyecto político fracasado y destructivo denominado *socialismo del siglo XXI*”, Discurso de contestación al discurso de incorporación del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

² REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto constituyente n.º 6370. Sobre la creación de la SUPCACVEN, cfr. con REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto ley n.º 3196.

³ Humberto ROMERO-MUCI, “El petroengaño contable. Análisis jurídico del Decreto No. 4025, de la Providencia 097-2019 de SUNACRIP y del proyecto de BA VEN NIF

rido a otra unidad monetaria que significa el valor efectivo de intercambio (el dólar), lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.

La realidad es que, hoy por hoy, es un medio ilegítimo para dolarizar la economía venezolana. Un expediente de repudio al bolívar como unidad de cuenta, particularmente para fines tributarios. Está anclado a un valor fijo de sesenta dólares desde 2018. Se suma a una larga lista de desafueros normativos destinados a discontinuar el uso del bolívar, en particular su ajuste por inflación a través de la UT⁴ e imponer la moneda extranjera (“dolarización”⁵) como medio de cuantificación y factor de corrección del valor de las obligaciones tributarias materiales y sancionatorias⁶. Esta salida es una frontal antinomia de los arts. 318 constitucional, 3 y 146 del COT de 2020) y 116 de la LBCV, que imponen el bolívar como moneda de presentación y pago excluyente de la obligación tributaria y sus accesorios, por ser materia de la exclusiva reserva legal tributaria.

Específicamente constituye una forma de “dolarización” por “sustitución de activos”. Su uso tiene causa en el colapso de credibilidad del bolívar

No. 12 de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEFF preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de los EEFF medidos en criptoactivos”).

⁴La discontinuación de la UT es una tendencia involutiva que responde a una estrategia del poder dirigida a manipular la aplicación de los enunciados normativos y los fundamentos de la corrección monetaria. Se origina en la reforma del COT de 2001 y se potencia en las reformas de 2014 y 2020. Se presenta en su inicio como una subestimación y retraso del ajuste alejándose de la variación del INPC publicados por el BCV. A ellos se sumó la omisión deliberada del BCV de publicar de manera oportuna los índices de inflación (INPC) a partir de 2015 hasta 2017, y todavía con retrasos espasmódicos, impidiendo el derecho a la corrección monetaria y fiscal para dichos cierres económicos. Con las reformas del COT de 2020 se desvinculó la UT de la corrección según el INPC del BCV y se dejó a la discreción de la administración tributaria, con lo cual se deslegalizó el ajuste y se desvirtuó el propósito de corrección.

En este contexto involutivo se crearon mecanismos de corrección monetaria análogos para fines tributarios, nacionales y municipales, tales como la UTS, los pretendidos ajustes según el “salario mínimo nacional”, el “valor internacional del gramo de oro”, el uso del llamado “petro” para fines tributarios municipales y estatales y “el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV” (“dolarización”). Algunos de estos mecanismos fracasaron o nunca fueron implementados y otros están en vigor.

⁵Por “dolarización” entiendo el concepto técnico económico que denota “[...] el fenómeno que tiene lugar cuando una moneda sustituye a otra en el cumplimiento de las funciones de medio de pago y de reserva de valor. Al proceso de reemplazo en la función como medio de pago se le denomina ‘sustitución de monedas’ y a la función como reserva de valor, ‘sustitución de activos’”. Alberto CASTELLANO MONTIEL, “La demanda de dinero y la sustitución de monedas y de activos en Venezuela: 1997-2008”, p. 90.

⁶Por ejemplo, el previsto en los arts. 91 y 92 la reforma del COT de 2020, que introdujo el ilegítimo criterio del “[...] equivalente a [...] veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela”.

por la hiperdevaluación y la hiperdepreciación del curso legal venezolano. No es vano recordar que la depreciación acumulada del bolívar desde 1999 al cierre de 2022 es de dos billones ochocientos setenta mil por ciento. Solo en el año 2022 la depreciación del bolívar fue 280,83 %⁷. Estos resultados representan el colapso macroeconómico más agudo de la historia mundial que ubican al país en la trágica situación calificada como “emergencia humanitaria compleja”⁸. Tienen su fallo de modo directo en la instrumentalización del Banco Central de Venezuela para financiar el gasto público (*recticus*: el gasto del régimen)⁹ con la emisión de dinero inorgánico¹⁰ (monetización del déficit fiscal)¹¹.

Aparte de la ilegitimidad de origen¹² del petro, su objetivo es sustituir al bolívar y entronizar el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que este utiliza, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. En el ámbito económico, esa sustitución:

- i) evita los riesgos cambiarios del bolívar y
- ii) asegura indirectamente una protección de valor de los saldos monetarios por el poder adquisitivo del dólar o alguna otra moneda fuerte.

En esta investigación demuestro cómo el petro es otra engañifa ideológica de la neolengua del poder para esconder y evadir la ruina económica del país. Para este fin haré referencia a:

- i) cómo la economía venezolana fue destruida por la hiperinflación,
- ii) cómo el bolívar degeneró en una moneda disfuncional,

⁷ El dólar pasó de Bs. 608,90 en promedio durante el año 1999 a Bs. 1 748 000 000 000 000 el 31 de diciembre de 2022 (o Bs. 17,48, una vez que se eliminan catorce ceros producto de tres las reconversiones monetarias del bolívar desde 2007). Eso representa una depreciación del bolívar frente al dólar de 287 075 053 374 838 %, es decir, doscientos ochenta y siete billones setenta y cinco mil cincuenta y tres millones trescientas setenta y cuatro mil ochocientas treinta y ocho veces desde el año 1999.

⁸ *Informe de la Misión Independiente de las Naciones Unidas sobre Venezuela*. Se trata de la más ostensible constatación, documentación y declaración objetiva de que estos últimos veinte años el autoritarismo en Venezuela socavó profunda y gravemente el estado democrático y social de derecho mediante el progresivo desmantelamiento de sus instituciones, con el trágico debilitamiento de la dignidad y los derechos humanos de todos los venezolanos. Véase www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx [fecha de consulta: 7 de septiembre de 2023].

⁹ Humberto ROMERO-MUCI, “La ilegítima dolarización de las sanciones tributarias”, p. 297.

¹⁰ Humberto GARCÍA LARRALDE, “Algunas implicaciones de la dolarización transaccional en Venezuela”.

¹¹ ROMERO-MUCI, “La ilegítima...”, *op. cit.*, p. 87.

¹² El denominado decreto constituyente sobre criptoactivos ni es decreto ni es constitucional, por ser una vía de hecho normativa producto de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente. ROMERO-MUCI, “El Petroengaño...”, *op. cit.*

- iii) cómo el petro apareció en este contexto como un sucedáneo para la dolarización de *facto* de obligaciones tributarias,
- iv) denunció la inconstitucionalidad de su uso como una unidad de cuenta para deslegalizar y desnaturalizar la obligación tributaria en violación de los principios de reserva legal, razonabilidad de la ley y, en particular, taxatividad penal y prohibición de retroactividad normativa para el cálculo de sanciones y cómo se le usa como un medio para el aprovechamiento de daños por hecho ilícito creados por el propio Estado sobre el sistema monetario y fiscal venezolano.

El llamado petro nunca tuvo futuro. Así lo confirman su falta de respaldo o, peor, su mal respaldo, su ilegitimidad jurídica y su falta de reconocimiento efectivo como medio de intercambio. Solo ha servido para generar más inflación, ocultar la corrupción y pasar a la historia como el nombre infame de otro vehículo faccioso para ejercer el poder ideológico y la dominación en una economía arruinada. O, solo, para recordar que ese nombre es un mal nombre o el mismo nombre de un fetiche usado por los espiritistas (loas) del vudú como representación de la violencia, la muerte, la venganza y como herramienta para afianzar la ambición de poder o de riqueza de aquellos que lo invocan.

I. Involución de la economía venezolana 2013-2022: hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar

I. LAS CAUSAS

La hiperinflación e hiperdepreciación pulverizaron el poder adquisitivo del bolívar, colapsando el sistema monetario nacional.

Hoy esta es una moneda disfuncional. Como tal perdió su capacidad para atesorar valor, servir como unidad de cuenta y como medio de pago. En trece años, lleva tres reconversiones y la quita de catorce ceros. Entre febrero de 1999 y diciembre de 2022, la inflación acumulada es de un 51 246 900 000 000 o cincuenta y un billones %. En veintiún años se depreció 18 310 104 529 517 %.

Estas cifras son difíciles de expresar, asimilar y entender¹³.

¹³ Billón: un millón de millones, que se expresa por la unidad seguida de doce ceros. Véase <https://dle.rae.es/bill%C3%B3n> [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2023].

A. La hiperinflación

La causa de la hiperinflación se ubica en la pérdida de la autonomía del BCV en desmedro del equilibrio socioeconómico del país¹⁴. Se indujo al incumplimiento de sus deberes constitucionales y legales de mantener la estabilidad de los precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria de curso legal en frontal infracción de arts. 3, 320 y 318 constitucionales¹⁵.

Con las sucesivas reformas de la LBCV de 2001¹⁶, 2002¹⁷, 2005¹⁸, 2009¹⁹, 2010²⁰ y 2015²¹ el instituto emisor fue instrumentalizado²² por el régimen para implementar una política monetaria expansiva para con-

¹⁴ LUIS ZAMBRANO SEQUIN, “Notas con relación a las reformas a la Ley del Banco Central de Venezuela”. “En la reforma del 2005 incorporó la figura del ‘[...] nivel adecuado de las reservas internacionales’ con el objeto de permitir la transferencia de recursos ‘excedentarios’ en divisas, sin contrapartida efectiva alguna, a entes financieros del Gobierno que ejecutan gastos cuasifiscales. Además, se estableció que los excedentes de los ingresos externos de PDVSA, después de restar el aporte fiscal al Gobierno y los recursos requeridos para sus operaciones internas y externas, también se deben transferir a estos entes financieros públicos. Con esta reforma se debilitó la gestión de la política monetaria y cambiaría al reducir el control de la autoridad monetaria sobre los activos internacionales públicos que respaldan finalmente a la unidad monetaria nacional, además se instituyó un mecanismo que permite el financiamiento gratuito del Gobierno mediante la emisión monetaria sin respaldo”.

¹⁵ En el preámbulo de la Constitución de 1999 se señala el objetivo de la constitucionalización de la autonomía del BCV: “[...] Se le da rango constitucional a la autonomía del Banco Central de Venezuela en el ejercicio de sus funciones para alcanzar un objetivo único y exclusivo. Este se precisa como el de estabilizar el nivel de precios para preservar el valor de la moneda. La autonomía del Banco Central implica que la autoridad monetaria debe ser independiente del Gobierno y se prohíbe constitucionalmente toda práctica que obligue al Banco Central a financiar o convalidar políticas fiscales deficitarias. En el ejercicio de sus funciones el Banco Central de Venezuela no podrá emitir dinero sin respaldo”. Este es un cometido estatal indubitable, condicionante axiológico del sentido y la finalidad del BCV en particular y de la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico sobre las materias conexas.

¹⁶ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 37.296.

¹⁷ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial extraordinario*, n.º 5.606.

¹⁸ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 38.232.

¹⁹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 39.301.

²⁰ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 39.419.

²¹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto n.º 2179.

²² LUIS FRAGA LO CURTO, “Las soluciones institucionales a la crisis inflacionaria”.

lidar políticas fiscales deficitarias del sector público y financiar u otorgar créditos directos a PDVSA²³ y otras empresas del Estado. Además, perdió su facultad para administrar las reservas internacionales que respaldan la convertibilidad del bolívar, flexibilizó los criterios para determinar los activos que sirven para tales reservas, emitió descontroladamente dinero inorgánico y el nombramiento de su junta directiva fue secuestrada por el presidente de la república, excluyendo todo control desde la Asamblea Nacional. Todo esto degeneró la perversa hiperinflación y la destrucción del valor externo del bolívar.

Estos incumplimientos son causa directa del mal común que vive hoy el país, de la inestabilidad y vulneración de su economía; de la dolorosa miseria, de la oprobiosa desigualdad y del enorme sufrimiento humano de la población. Todo ello representa un incumplimiento grosero de los fines constitucionales más elementales del Estado venezolano, en particular una dejación de “la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad” y “[...] la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo [...]”²⁴.

Todas estas situaciones ilícitas y dañinas son imputables al Estado venezolano. Las propias estadísticas del BCV demuestran la clara relación

²³ En concreto, en la reforma de la LBCV de 2015, el legislador delegado inoculó el veneno de la hiperinflación en el art. 37(2). Allí se estableció una excepción a la prohibición para el BCV de otorgar créditos directos al gobierno nacional o cualquier otro ente de carácter público o mixto. Sin embargo, en un esfuerzo fútil de disimulo, la misma redacción hace pasar por excepción a la prohibición de crédito al gobierno, una excepción normativa que se convirtió en la regla de permiso a la emisión inorgánica de bolívares. Así, la parte final del mismo ordinal incluye una excepción que niega la prohibición de principio: “[...] podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, cuando objetivamente exista amenaza interna o externa a la seguridad u otro perjuicio al interés público, que calificará el Presidente o Presidenta de la República mediante Informe confidencial; o en aquellos casos en que hayan sido aprobados de forma unánime por los miembros del Directorio”. Sobre los demás controles del ejecutivo sobre el BCV, José Ignacio, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional, pp. 107; véase, también, Anabella, ABADI, *15 años de violaciones a la autonomía del BCV. Proceso constante, resultado fulminante*”; ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, “Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares”.

²⁴ Art. 3: “El Estado tiene como sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines”.

entre los aumentos de la liquidez monetaria, el financiamiento monetario de los déficits públicos, la hiperinflación y su correspondencia con el desplazamiento del tipo de cambio²⁵.

Pero hay más desafueros imputables a esta entidad. En ese contexto de perfidia entre los años 2016 hasta abril de 2019 este banco omitió la publicación tempestiva de las cifras sobre inflación y otras cuentas nacionales en el país. Cuando publicó en 2019 la información omitida reveló el fracaso de la gestión económica del sector público durante esos años concretamente el reconocimiento de la hiperinflación, el decrecimiento económico y la involución de la economía venezolana a niveles de 1948²⁶.

El desastre económico continua hoy²⁷. Solo para tener una idea del tamaño de la destrucción de la economía venezolana basta con mencionar la serie estadística sobre las variaciones del PIB entre los años 2014 hasta el cierre de 2022. Estas cifras revelan el colapso macroeconómico más agudo de la historia mundial:

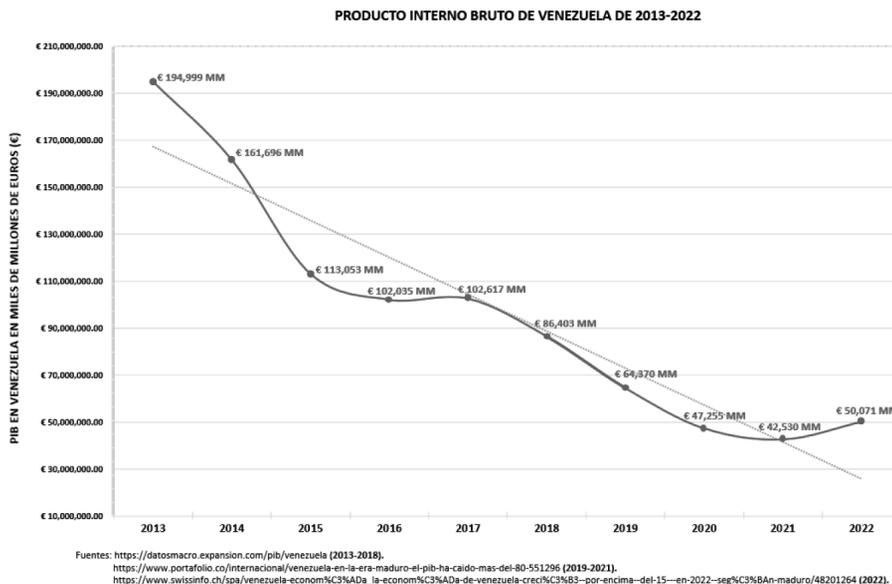
- i) un ciclo recesivo (decrecimiento económico) de ocho años seguidos,
- ii) una contracción agregada de 77 % del PIB.

²⁵ Humberto GARCÍA LARRALDE, “Lineamientos de una política cambiaria para la competitividad en Venezuela”.

²⁶ Según García Larralde, “Las cifras revelan una caída de la actividad económica del 36,1% entre 2012 y 2017.”

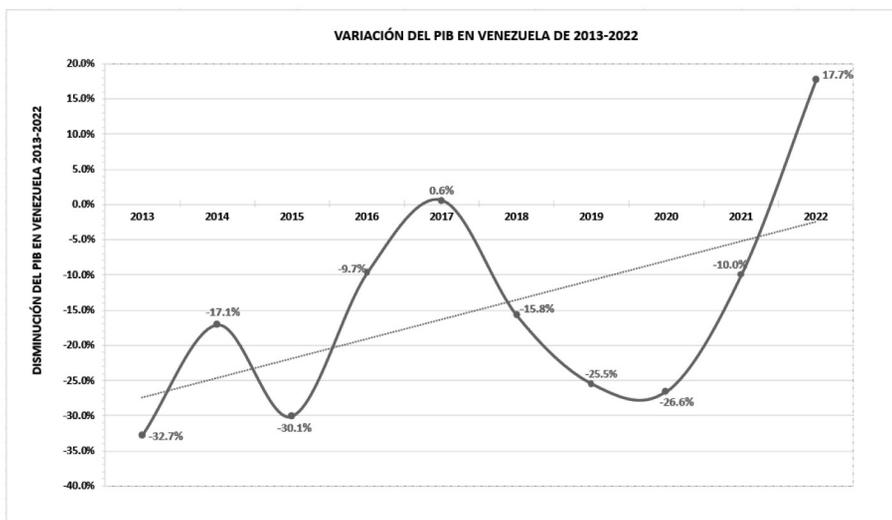
De proyectarse para todo el año 2018 el comportamiento observado durante los primeros nueve meses, la contracción habrá sido del 48,1 % para el periodo presidencial completo. Esto significa una contracción promedia en el ingreso de cada venezolano del 51,6 %, situándolo en términos absolutos en un nivel ligeramente inferior al de 1950. Es la contracción más pronunciada de un país que no esté en guerra, mayor que la de Grecia en el siglo XXI, y que el de Ucrania o de Cuba en la década de 1990. Humberto GARCÍA LARRALDE, “La catástrofe que al fin reconoce el BCV”.

²⁷ “[...] Las razones de esta tragedia están en las equivocadas políticas, derivadas del modelo político-ideológico del Socialismo del Siglo XXI y no en las sanciones económicas aplicadas por el gobierno de los Estados Unidos, como alegan quienes ejercen el gobierno. Es necesario aclarar que el año en que fueron introducidas sanciones financieras a la República y a PdVSA (2017), el Estado venezolano se vio imposibilitado de pagar su deuda internacional (default) aislándose, por su cuenta, de los mercados financieros mundiales. Asimismo, para el momento de entrar en vigencia las sanciones petroleras (21.01.2019), la producción de crudos había caído a apenas la tercera parte de la de 2013. Si bien puede decirse que esas sanciones acentuaron ese declive –hoy se produce apenas el 16%–, es evidente que la destrucción de la capacidad productiva de la industria petrolera ya había ocurrido. Las sanciones personales, por su parte, no son contra Venezuela, si no a funcionarios imputados de haber violado derechos humanos y/o incurrido en corruptelas. Por tanto, no tienen repercusiones económicas”. ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS, *Pro-nunciamento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas*.



Fuente: BCV.

La caída interanual es de: -3,9 %, -6,2 %, -17,0 %, -15,7 %, -19,6 %, -35,05 %, -30,0 %, -10,0 % para 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, respectivamente, y una recuperación de 17,73 % para 2022, después de ocho años seguidos de caída.



Fuente: BCV.

Una situación calificada como “emergencia humanitaria compleja en Venezuela”²⁸. Quizá lo más doloroso sean los cinco millones cuatrocientos mil habitantes desplazados o emigrados en los últimos quince años según ANCUR²⁹.

Por su parte la hiperinflación despuntó vertiginosamente con porcentajes interanuales escandalosos. Va desde 2014 con 68 %, en 2015 180 %, en 2016 274 %, en 2017 862 % en 2018 de 130,060 %, 2019 de 9585 % y 2020 de 2959 %, según información del BCV e INE para 2020.



Fuente: BCV.

²⁸ Véanse www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de# y <https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991>. “[...] El país sigue sufriendo una hiperinflación, una grave escasez de alimentos y medicinas, y una grave crisis humanitaria. Esta situación ha obligado a alrededor de una sexta parte de la población a abandonar el país, con más de cinco millones de venezolanos que habrían emigrado hasta abril de 2020, según estimaciones del ACNUR²⁹”; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. Cuadragésimo quinto período de sesiones 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020 Tema 4 de la agenda Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo, 15 de septiembre de 2020”.

²⁹ Véase www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html. “Las personas continúan saliendo de Venezuela para huir de la violencia, la inseguridad y las amenazas, así como la falta de alimentos, medicinas y servicios esenciales. Con más de 5 millones de venezolanos y venezolanas que se encuentran viviendo en el exterior, la gran mayoría en países de América Latina y el Caribe, esta se ha convertido en una de las principales crisis de desplazamiento del mundo”.

La razón principal de la hiperinflación consiste en el financiamiento directo y sin límite de las empresas y entes públicos, incluida PDVSA por el BCV. Para este fin se modificó la LBCV en 2009 con el objetivo deliberado de habilitar esta práctica nociva y manifiestamente contraria a la función de un banco central cuya misión es la estabilidad de los precios y el valor de la moneda local.

La creación de dinero, con frecuencia es utilizada por los gobiernos como un instrumento recaudatorio, esto es, la inflación tiene una funcionalidad como impuesto. El privilegio monopolístico en la creación de dinero es equivalente a permitirle que establezca un impuesto sobre los activos monetarios (exacción monetaria)³⁰. Este ingreso ficticio se introduce en los circuitos económicos como un aumento de la masa monetaria en la forma de préstamos del BCV al gobierno o a sus empresas públicas. Esto implica un gasto público clandestino que eleva el precio de los bienes y servicios presionando para un mismo nivel de oferta de estos.

Pero lo que es peor, la hiperinflación colocó al Estado en una trampa deficitaria porque redujo la recaudación impositiva real proveniente de actividades domésticas con una resistencia a la baja del gasto público (efecto Tanzi-Olivera)³¹.

Desde 2014, la situación venía empeorando con la caída de los precios del petróleo con sensible impacto en los aportes fiscales de origen petrolero sobre el presupuesto del gobierno central. En paralelo, la inflación fue encontrando combustible; la recesión económica hizo manifiesta la profundización de la erosión de los ingresos tributarios internos.

“Con una renta de origen petrolero mermada, ingresos tributarios internos insuficientes y sin acceso al financiamiento internacional, el sector público no encontró otra fuente de financiamiento que la impresión explosiva de dinero primario”³².

En concreto, en la reforma de la LBCV de 2015, el legislador delegado inoculó el veneno de la hiperinflación en el art. 37(2). Allí se estableció una excepción a la prohibición para el BCV de otorgar créditos directos al gobierno nacional o cualquier otro ente de carácter público o mixto. Sin embargo, en un esfuerzo fútil de disimulo, la misma redacción hace pasar por excepción a la prohibición de crédito al gobierno, una excepción normativa

³⁰ Con razón dijo John Keynes: “no hay un medio más útil ni seguro para subvertir las bases actuales de la sociedad que la corrupción de la moneda”. Véase esta cita en Geoffrey BRENNAN y James BUCHANAN, *El poder fiscal. Fundamentos analíticos*, p. 146.

³¹ GARCÍA, “Lineamientos..”, *op. cit.*, p. 19.

³² Leonardo VERA AZAF, “¿Hacia dónde avanza el desorden monetario venezolano?”, p. 15.

que se convirtió en la regla de permiso a la emisión inorgánica de bolívares. Así la parte final del mismo ordinal incluye una excepción que niega la prohibición de principio:

“[...] podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, cuando objetivamente exista amenaza interna o externa a la seguridad u otro perjuicio al interés público, que calificará el Presidente o Presidenta de la República mediante Informe confidencial; o en aquellos casos en que hayan sido aprobados de forma unánime por los miembros del Directorio”³³.

Venezuela entró, en el último trimestre de 2017, en un contexto de hiperinflación ahogada por los compromisos externos, con precios e ingresos petroleros insuficientes para cubrir las necesidades de la economía nacional; sin reservas, incumplió sus compromisos financieros y aislada de los mercados internacionales de crédito (en *default*), lo que obligó a eliminar el régimen de control de cambios y sus ilícitos y a liberar el tipo de cambio a mediados de 2018³⁴.

B. La hiperdepreciación del bolívar

El bolívar no solo se desintegró en valor internamente. También perdió todo valor de conversión con otras monedas extranjeras. Esa debacle se destapó con la derogación del régimen cambiario en vigor desde el año 2003. Tuvo su causa por la exacerbación de los incontables controles sobre la economía, los embates a la libertad económica, la propiedad y la confianza de los ciudadanos.

En efecto, el régimen de cambio se desreguló y despenalizó en agosto de 2018. Tanto las contrataciones en moneda extranjera como las operaciones de cambio de monedas fueron sustancialmente liberalizadas, mediante (a) el efecto derogatorio de todas las normas sancionatorias a través del “Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos”³⁵ y el (b) desmontaje que hace el nuevo Convenio Cambiario No. 1 (CC No. 1) de todos los convenios cambiarios que integraban el antiguo régimen cambiario. En su lugar, se crearon y organizaron nuevas opciones institucionales de intercambio para el comprador o vendedor del bolívar por la moneda

³³ Sobre los demás controles del ejecutivo sobre el BCV, véase HERNÁNDEZ, “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 107; véase, también, Anabella ABADI, “15 años de violaciones a la autonomía del BCV. Proceso constante, resultado fulminante; ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, “Opinión...”, *op. cit.*

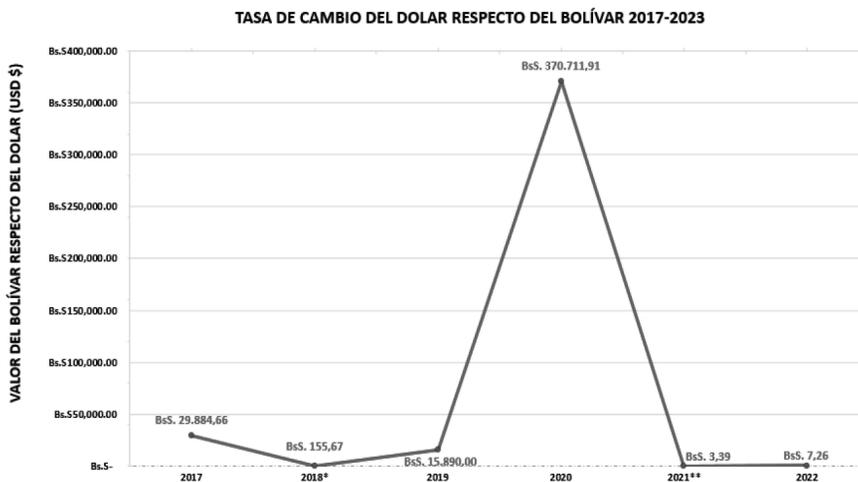
³⁴ VERA, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos, en *Gaceta Oficial*, n.º 41.452, *op. cit.*

extranjera denominado “sistema de mercado cambiario” en esencia de libre flotación.

El ajuste cambiario fue de 2.268 % solo en ese año de 2018.

A su vez, el ritmo explosivo de la cotización del dólar socavó la confianza y pulverizó el valor externo de la moneda nacional³⁶.



La tasa de cambio utilizada para realizar nuestro calculos durante los años 2017 y 2018 fue la tasa del dólar no oficial, toda vez que en aquellos años seguía en vigencia tasas de cambio fijas. Durante los años 2019 al 2021 utilizamos la tasa promedio del Banco Central de Venezuela.

2018*: El 20 de agosto de 2018, el Ejecutivo Nacional emitió el Decreto No. 3.548, a través de cual se reexpreso la unidad monetaria nacional dividiendo las unidades monetarias de aquel momento entre cien mil (100.000).

2021**: El 6 de agosto de 2021, el Ejecutivo Nacional emitió el Decreto No. 4.553, a través de cual se reexpreso la unidad monetaria nacional dividiendo las unidades monetarias de aquel momento entre un millón (1.000.000). El Decreto entró en vigencia el 1 de Octubre de 2021.

Fuente: BCV.

La hiperinflación es mucho más que un alza acelerada de precios que afectan el bienestar de los consumidores. Este fenómeno monetario impacta las expectativas de inversión, la productividad, la estructura de precios relativos, en general toda la dinámica de la economía.

El proceso hiperinflacionario surge como una crisis de credibilidad que afecta a las expectativas de los agentes económicos. En el límite cuando los precios tienden al infinito, el repudio por la moneda es generalizado, incluido el propio sector público y la economía corre el riesgo de convertirse, en ex-

³⁶ Puede consultarse el contraste de la serie sobre el PIB constante, según precios de 1997, su variación porcentual anual, así como el PIB *per capita* desde 1950 a 2021. La fuente de información es el BCV. La serie desde 2019, son cálculos basados en la caída estimada por el FMI. En cuanto a la población, la serie es del INE hasta 2014, y de ahí fue modificada para asimilar la migración de seis millones de venezolanos entre esa fecha y 2021.

tremo, en una economía no monetaria con unos costos aún más devastadores sobre el bienestar³⁷.

II. La disfunción del bolívar y la dolarización transaccional de la economía

1. EL CONCEPTO ECONÓMICO DE LA DOLARIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

Con la hiperinflación los operadores económicos iniciaron una progresiva sustitución espontánea por la moneda extranjera como marcador de precios para transacciones en moneda local. Su causalidad atiende a la simple razón del mayor riesgo y poca rentabilidad de la moneda de curso legal atizada por la pérdida de confianza en la misma. Así devino forzosamente la pérdida de las funciones del bolívar como moneda, tanto para ser un medio de reserva de valor como para denominar y pagar obligaciones pecuniarias.

El colapso del control de cambio establecido en 2003 y los controles de precios obligaron a su desmontaje en 2018. Se impuso la libertad de contratación en moneda extranjera y una libertad de cambio. Así lo confirman la llamada ley constituyente derogatoria del régimen del control de cambio y sus ilícitos³⁸ y el CC n.º 1 vigente³⁹.

La liberación de la tasa de cambio detonó el repudio del bolívar, primero como medio para atesorar valor, de modo complementario como medio para denominar obligaciones pecuniarias y, por último, hasta para asegurar el uso de la moneda extranjera con exclusión del bolívar.

En este contexto la “dolarización”⁴⁰ es el fenómeno económico que denota la pérdida de cualquiera de estas funciones. Se trata de una situación fáctica espontánea. Cuando el proceso de “dolarización” enfatiza los aspectos

³⁷ FRANCISCO SÁEZ y LUIS ZAMBRANO SEQUIN, “De la inflación crónica a la hiperinflación: el equilibrio al borde del abismo”.

³⁸ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos, en *Gaceta Oficial*, n.º 41.452, *op. cit.*

³⁹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, convenio cambiario n.º 1, en *Gaceta Oficial*, n.º 6.405.

⁴⁰ Sobre la dolarización transaccional de la economía venezolana, véase PEDRO PALMA CARRILLO, *La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)*, p. 365; HUMBERTO GARCÍA LARRALDE, “Crítica del actual control de cambio en Venezuela”. Sobre las posibilidades jurídicas de una dolarización formal, de derecho o propiamente dicha en Venezuela, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, p. 314.

transaccionales e implica sustitución de las funciones como *medio de pago* de la moneda de curso legal, se denomina “sustitución de monedas”. Por su parte, cuando el énfasis del proceso recae sobre la función del dinero como *reserva de valor*, se denomina “sustitución de activos”⁴¹.

La dolarización transaccional de la economía venezolana es el resultado del colapso de la capacidad estatal del modelo socialista de desarrollo implantado en Venezuela desde 1999 hasta el presente⁴². Derivó en un “estado frágil” en medio de una “emergencia humanitaria compleja”⁴³. Otros autores califican como un “estado fallido”⁴⁴. En este contexto la dolarización transaccional de la economía aparece como una forma institucional informal para el intercambio de bienes y servicios⁴⁵.

También la dolarización transaccional agravó la desigual distribución del ingreso, pues alimentó la inflación para aquellos que solo tienen posi-

⁴¹ CASTELLANO, *op. cit.*, p. 98.

⁴² José Ignacio HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Control de cambio y de precios en Venezuela. Auge y colapso institucional 2003 2020. Del modelo socialista a la dolarización de facto*, p. 157.

⁴³ El concepto emergencia humanitaria compleja denota una violación masiva y deliberada de los derechos humanos. También es entendida como una expresión del fracaso del modelo de desarrollo de un país, sus implicaciones estimulan la conflictividad. El fracaso del sistema político y de la gestión de conflictos por la falta de unas instituciones con legitimidad popular, con mecanismos que permitan canalizar las reivindicaciones y disputas políticas, así como controlar a las autoridades. Véase www.civilisac.org/emergencia-humanitaria-compleja/las-emergencias-humanitarias-complejas-caracter-politico#:~:text=Se%20trata%20de%20crisis%20humanitarias,sociales%20y%20pobreza%20subyacente%3B%20que [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2023].

⁴⁴ Es tal la situación de quiebre institucional del Estado venezolano que, con razón se califica de “Estado fallido”, esto es: “[...] no cuenta con la capacidad necesaria para atender sus cometidos públicos”. Señala José Amando Mejía Betancourt, que el fracaso que acarrea el Estado venezolano hace inaplicable el derecho tributario: “[...] el sistema tributario venezolano perdió su efectiva vigencia conjunto con la Constitución que establece sus bases fundamentales en los artículos 316 y 317 [...]” // “[...] es el derecho donde se manifiesta con mayor evidencia el ejercicio del poder público y su carácter coactivo. // es un típico derecho de la actividad administrativa de coacción y por ello extraordinariamente sensible a su legitimidad política y constitucional, donde el contribuyente dispone de unas garantías muy importantes. // ante el derrumbe del Estado derecho a todo el sistema tributario venezolano desapareció y el derecho tributario perdió su efectiva vigencia. // si el estado fallido venezolano no existe entonces evidente su incapacidad para formar obligaciones tributarias como sujeto activo que es la trama esencial del derecho tributario”. José Armando MEJÍA BETANCOURT, “El sistema tributario venezolano ante un estado fallido”, p. 416. Véase, también, José Ignacio HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “Estado fallido y recaudación tributaria en Venezuela”, p. 424

⁴⁵ HERNÁNDEZ, “Estado...”, *op. cit.*, p. 158. “El intercambio generalizado de bienes y servicios en divisas incluso al margen de los precios regulados, es resultado de instituciones informales que han surgido debido al colapso de la capacidad total para ejercer su función monetaria. Estas instituciones informales que surgen en (áreas de limitada estatalidad) han sido toleradas por el régimen autoritario”.

bilidades de compra en bolívares. Ello desnuda la odiosa realidad del empobrecimiento de los que no tienen o generan divisas⁴⁶.

La dolarización transaccional de la economía se ha extendido a todos los dominios de la actividad económica, incluso a la tributación. Su intención es inmunizar deslealmente a la administración acreedora de los riesgos de la depreciación del bolívar y la ventaja de la sustitución por un activo de poder adquisitivo más homogéneo como unidad de cuenta, trasladando los riesgos inflacionarios y cambiarios al ciudadano contribuyente.

La expresión más saliente es la dolarización de las sanciones tributarias en la reforma del COT de 2020⁴⁷. Con esta reforma se desplazó el uso de la UT y con ello, el bolívar como unidad de cuenta para el cálculo de las sanciones tributarias.

Se hizo lo mismo con la designación del llamado petro para ser utilizado como unidad de cuenta para el cálculo de los tributos y sanciones municipales según el llamado ANAT⁴⁸ presentado por el entonces vicepresidente del área económica y ministro de Petróleo Tareck El Aissami en ejecución de la sentencia n.º 78 de fecha 7 de julio de 2020 y n.º 118 de fecha 18 de agosto de 2020⁴⁹ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

El petro también se utiliza para denominar el *quantum* de tributos de tipo fijo como es el caso reciente de las tasas para los servicios fedatarios de los registros y notarias en la reforma de la LRYN⁵⁰.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES POR LA HIPERINFLACIÓN Y LA HIPERDEPRECIACIÓN DEL BOLÍVAR

Las consecuencias de la destrucción del poder adquisitivo del bolívar son relevantes desde un punto de vista jurídico, pues la responsabilidad por los

⁴⁶ GARCÍA, “Algunas...”, *op. cit.*

⁴⁷ Humberto ROMERO-MUCI, “Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias”, p. 1576

⁴⁸ El ANAT es otra vía de hecho, parte de la conjura orquestada por la inconstitucional Sala Constitucional para *desconstitucionalizar, deslegalizar y desdemocratizar* las facultades de armonización tributaria de la Asamblea Nacional y, en particular, usurpar la autonomía tributaria de los municipios, para imponer autoritariamente su voluntad de poder.

⁴⁹ Véanse www.tsj.gob.ve/-/sala-constitucional-del-tsj-ordena-a-los-alcaldes-no-sus-criptores-del-acuerdo-nacional-de-armonizacion-tributaria-municipal-a-adherirse-en-un-lapso-de [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2023]; <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/310057-0118-18820-2020-19-0333.HTML> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].

⁵⁰ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Registros y Notarias, en *Gaceta Oficial*, n.º 6.668 extraordinario, Caracas, 16 de diciembre de 2021.

daños de la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar son de plano imputables al mal funcionamiento del BCV.

Este ente público incumplió su deber institucional de “lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor de la moneda”⁵¹. Muy por el contrario, puso en pie una política deliberada y una práctica consistente de emisión inorgánica de bolívares para el financiamiento del gasto del poder central y sus empresas públicas.

La falencia del BCV compromete la responsabilidad patrimonial de la república en la destrucción del sistema monetario y de todos los daños causados a la economía nacional, a los ciudadanos y a su nivel de vida, a su bienestar y prosperidad *ex* art. 2, 6 y 140 constitucionales.

De allí la ilegitimidad de cualquier medida de corrección o ajuste de obligaciones tributarias principales o accesorias a favor de cualquier administración tributaria, vinculadas al uso de otra moneda o referencia de valor como el dólar o del llamado petro entre la fecha de la comisión del ilícito y la de su liquidación o pago.

Se trataría de un provecho o lucro indebido a expensas del daño creado por el propio Estado, pues nadie puede beneficiarse de un ilícito propio o ajeno. Lo contrario implica el absurdo de tolerar una desigualdad adicional al daño causado por el Estado con la hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar, que se convierte en un objeto jurídicamente protegido. Algo inaceptable en el Estado Social de Derecho y de Justicia, pues la legitimidad de los fines normativos es condición de validez del ordenamiento y, en particular, de las normas que afectan derechos y garantías constitucionales.

En efecto, si el Estado es responsable por los daños y perjuicios causados por su actividad ilícita, con mayor razón, *a fortiori*, no puede ni debe beneficiarse, enriquecerse o lucrarse de los daños causados por su actividad sea dolosa, culpable o no. Esto aplica tanto a la administración tributaria nacional, como a cualquier otra administración pública, porque también

⁵¹ Art. 318 de la Constitución: “Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria”. Art. 5 de la LBCV: “El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor de la moneda”; art. 7: “Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones: 1. Formular y ejecutar la política monetaria; 9. Ejercer con carácter exclusivo, la facultad de emitir especies monetarias”; art. 21: corresponde al directorio ejercer la suprema dirección del Banco Central de Venezuela, En particular, tendrá las siguientes atribuciones en: 2. formular y ejecutar las directrices de la política monetaria y establecer los mecanismos para su ejecución, así como realizar los ajustes que resulten de su seguimiento y evaluación. En este sentido ejercerá las facultades atribuidas al Banco Central en materia de encajes y otros instrumentos de política monetaria.

es ilegítimo el enriquecimiento de cualquiera a partir del hecho ilícito de otro. Sobre esto volveré más adelante. Por ahora solo avanzaré la convicción sobre la ilegitimidad del ajuste de las sanciones tributarias de la hiperdepreciación del bolívar según la cotización de la moneda de mayor valor para aprovechar a la administración tributarias.

Particularmente dañina fue la política deliberada de opacidad del BCV de omitir la publicación tempestiva de las cifras sobre inflación en el país y otras cuentas nacionales entre los años 2016 hasta abril de 2019. Se trató del incumplimiento de un deber de transparencia de interés general, del que depende el derecho a la información veraz y oportuna de la población para el ejercicio de otros derechos particulares, entre ellos la corrección monetaria de derechos y obligaciones pecuniarias para todo tipo de propósitos contractuales, la actualización de beneficios y derechos laborales, la tutela judicial efectiva mediante la actualización de condenas de sumas de dinero por los tribunales y, por supuesto, el derecho tributario a la corrección de bases imponibles, alícuotas y cuotas tributarias⁵². Esta fue una situación del todo vergonzosa coonestada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁵³.

III. Antecedentes del uso del petro como un sucedáneo para la dolarización de las obligaciones tributarias

1. LA CREACIÓN Y JUSTIFICACIÓN NORMATIVA DEL PETRO

El término ‘petro’ es una expresión del discurso populista. Responde a una técnica totalitaria de cambiar o innovar el sentido de las palabras hasta el punto de crear un lenguaje nuevo, una neolengua, apropiado a sus intereses, con la finalidad de generar apoyo al propósito dirigista o de dominación⁵⁴.

El 8 de diciembre de 2017, a través del decreto 3196 (el decreto de creación), el Ejecutivo nacional creó la SUNACRIP⁵⁵, indicando en sus considerandos:

⁵² Humberto ROMERO-MUCI, “La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre de 2019”, pp. 54

⁵³ Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, sentencia de la Sala Político-Administrativa, n.º 935. Véase comentarios de Allan BREWER-CARÍAS, “El secreto y la mentira como política de Estado y el fin de la Obligación de Transparencia”.

⁵⁴ Véase Manuel RACHADEL, p. 24.

⁵⁵ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto ley n.º 3196, *op. cit.*

“[...] es necesario el desarrollo de una nueva Divisa Internacional, que será el futuro de las divisas alineada en las ideas y propuestas del Comandante Hugo Chávez, con respaldo en Materias Primas como Petróleo, así como otros commodities, entre ellos el oro, diamante, coltán y el gas; apoyada y desarrollada por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela”.

Asimismo, allí se introduce una primera definición:

“cripto-activo intercambiable por bienes y servicios, y por dinero fiduciario en las casas de intercambio de cripto-activo nacionales e internacionales, y al mismo tiempo ejerce funciones de commodities, ya que se puede utilizar como un instrumento de refugio financiero por estar respaldado en barriles de petróleo venezolano, en la forma de un contrato de compra/venta con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico”.

Desde sus inicios, esta idea del petro contempla su categorización como criptoactivo susceptible tanto de intercambio como de instrumento financiero para la especulación o el ahorro, bajo la pretendida justificación de estar respaldado tanto por petróleo venezolano como por diamantes, coltán o gas⁵⁶.

Posteriormente, en el decreto constituyente n.º 6370 de fecha 9 de abril de 2018⁵⁷, se lo definió como una criptomonedas cuyas características son:

“[...] criptoactivo soberano, respaldado y emitido por la República Bolivariana de Venezuela sobre una plataforma de cadena de bloques federada [...] sobre la base de sus riquezas minerales e hidrocarburos”.

En este sentido, se hace referencia a que el petro es una criptomonedas venezolana, emitida por la república (soberana) sobre una plataforma de bloques (*block-chain*) federada y respaldadas por riquezas minerales e hidrocarburos.

Para las criptomonedas, su *Whitepaper* o su *Libro blanco* es el documento técnico que informa en detalle de sus protocolos, elementos criptográficos, emisión, circuito de uso y otros elementos, sirviendo de respaldo normativo, garante de certeza y transparencia sobre su uso. En el caso del petro, su *whitepaper* ha tenido diversas modificaciones, lo cual le resta confianza y transparencia.

En enero de 2018, en su primer *whitepaper*⁵⁸ se indicaba una emisión inicial de cien millones de PTR. Se estableció, asimismo, que se realizaría una preventa del 38,4 % de dicha emisión en marzo 1 de 2018; una oferta inicial del 44 % en marzo 21 de 2018 y que el resto permanecería en manos de la

⁵⁶ Art 3.º del decreto de creación.

⁵⁷ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto constituyente *Gaceta Oficial*, n.º. 6370, *op. cit.*

⁵⁸ www.petro.gob.ve/files/petro-whitepaper.pdf [fecha de consulta: 1 de agosto de 2023].

SUPCACVEN (17,6 %). La adjudicación se realizaría con la adjudicación de los 82 400 000 de tokens.

La siguiente modificación de su *whitepaper* indica que su distribución de la primera emisión sería: 49 % venta al público y 51 % de reserva legal en manos de la SUNACRIP y la TCV, monto que no sería transado o comercializado bajo ningún concepto. De igual manera indicaba que la distribución de los fondos recaudados en la venta en el mercado primario de la primera emisión sería: 8 % desarrollo del ecosistema, 10 % TCV; 13 % Fondo de Desarrollo del Petro y 69% Fondo de Reserva.

Es importante destacar que el bitcoin, criptoactivo de mayor aceptación global –generado a partir de su minado en *block-chain*– llegará en 2140 a veintiún millones de unidades (al 1 de febrero de 2020 su cantidad era de aproximadamente dieciocho millones), lo que es una primera señal de abultamiento de la emisión inicial de petros, lo cual atenta contra su valor, amén del hecho que, tal y como indica su *whitepaper*:

“el Petro contará con tantas emisiones a como haya lugar en relación a las reservas fijadas como respaldo principal, en un lapso de diez años. Cada emisión tendrá una cantidad finita a emitir, por lo tanto, el Petro es finito”.

En su preventa indicaba que en febrero de 2018 se crearían *token* ERC-20 en la plataforma ETH. Sin embargo, su manual de adquisición indicaba que utilizaría la plataforma NEM y con posterioridad, en la cuenta oficial en Twitter del petro⁵⁹ señaló que la adquisición también se podría realizar por EtherDelta.

El 1 de octubre de 2018, en el *whitepaper* aprobado y publicado por la SUNACRIP, denominado “El PETRO hacia la revolución digital económica” se descartan las plataformas ETH y NEM y se crea un sistema propio utilizando el algoritmo X11 de once funciones *hash* que utilizará un mecanismo de verificación por consenso híbrido entre PoW y PoS de bloques de 4 MB, generados cada sesenta segundos.

Según Juan Cristóbal Carmona⁶⁰, la confusión y la desinformación caracterizan los primeros pasos dados por el régimen en su implementación. Las declaraciones emitidas y los actos jurídicos dictados por altos personeros del Poder Ejecutivo, no solo fueron ambiguas, sino, también, contradictorias; han atentado contra la seguridad jurídica que demanda una medida de este tipo. Todo ello se agrava, al tratarse de medidas que tienen como soporte los inválidos decretos de declaración de Estado de Excepción y Emergencia Económica y las actuaciones inconstitucionales de la asimis-

⁵⁹ <https://twitter.com/PetroSoporte> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

⁶⁰ Juan Cristóbal CARMONA BORJAS, *Mundo jurídico de las Criptomonedas*, p. 249.

mo inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente cuestionada por su origen y desempeño.

Más allá de lo señalado, el factor decisivo de la ilegitimidad jurídica de la irregular iniciativa del régimen es el inconstitucional y engañoso respaldo en yacimientos petroleros y minerales preciosos, que se pretende atribuir al señalado “criptoactivo”, así como el endeudamiento que pareciera suponer sin contar con la aprobación de la Asamblea Nacional.

Juan Cristóbal Carmona contrasta al petro con las criptomonedas tradicionales, poniendo en evidencia las grandes diferencias entre ambas figuras, efectúa un profundo análisis sobre los vicios de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad de la referida invención y al igual que con las criptomonedas, descarta la posibilidad de equipararlo al dinero y solo considerarlo como un bien o cosa⁶¹.

Sin embargo, a la fecha⁶² sigue presentado oficialmente como:

- i) la primera moneda digital emitida por la República Bolivariana de Venezuela,
- ii) establece su valor anclado a la canasta de *commodities* venezolana,
- iii) tiene su propio *blockchain* y explorador de bloques,
- iv) regulado y supervisado por la SUNACRIP y
- v) con modalidades de adquisición en el mercado primario y mercado secundario (*exchanges*)⁶³.

2. NATURALEZA DEL PETRO:

SOLO UN NOMBRE VACÍO

Según mi criterio, el petro no es moneda, criptomoneda, criptoactivo ni tampoco unidad monetaria. Se trata de un nombre vacío que sirve como subterfugio ideológico para pretender idiotizar el lenguaje económico, contable y jurídico. Su finalidad oculta es la dolarización transaccional de las prestaciones que lo aplican. Es otro mecanismo de control social al servicio del poder autoritario y la dominación política del país.

En el ámbito jurídico, ni los “criptoactivos” ni el petro tienen condición de moneda porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano. Tampoco los convierte en dinero ni en criptoactivo por más que el Estado pretende imponerlo de hecho respecto de determinadas operaciones comerciales o servicios públicos⁶⁴.

⁶¹ CARMONA, *Mundo...*, *op. cit.*, p. 266.

⁶² 8 de septiembre de 2023.

⁶³ Véase www.petro.gob.ve/es/ [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2023].

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 268.

La cualidad legal de moneda está institucionalizada a través de la designación normativa del medio de pago y la atribución a dicho medio del poder liberatorio ilimitado de obligaciones pecuniarias en una jurisdicción política. En Venezuela, solo el bolívar tiene reconocimiento como moneda de curso legal. Así lo confirman el art. 318⁶⁵ de la Constitución y los arts. 106⁶⁶ y 107⁶⁷ de la LBCV. La Constitución solo faculta de manera alternativa la posibilidad jurídica de una moneda en el contexto de la integración latinoamericana y caribeña. No prevé otras formas monetarias legales.

Para los poderes públicos la juridicidad implica y exige que, lo no previsto expresamente, está prohibido de modo implícito, es nulo e inválido (art. 137 constitucional). Más aún, contrariar la designación monetaria constitucional, implica una usurpación del rango constitucional y de la función constituyente, para modificarlo, imponiendo una pretendida nueva moneda de curso legal o funciones de curso legal de imposible cumplimiento práctico.

Ni siquiera bajo el pretexto de una superior jerarquía normativa del llamado decreto constituyente sobre criptoactivos⁶⁸ pudiera justificarse la

⁶⁵ Art. 318. “Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley”.

⁶⁶ Art. 106: “La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República”.

⁶⁷ Art. 107: “Corresponde al Banco Central de Venezuela el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República. Ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias”.

Queda a salvo la regulación relacionada con la emisión de especies para el intercambio de bienes y servicios entre prosumidores, en el ámbito comunal.

⁶⁸ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto constituyente *Gaceta Oficial*, n.º 6370, *op. cit.*

modificación exclusiva del bolívar como moneda de curso legal, o imponerse funciones monetarias a otros medios, pues ese decreto solo limita su superioridad a los actos de rango legal y no a la Constitución, norma intangible como acto supremo y vértice del orden jurídico en Venezuela.

Demás está decir que el denominado decreto constituyente sobre criptoactivos ni es decreto ni es constitucional, por ser una vía de hecho normativa producto de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente.

Toda autoridad usurpada es inválida y sus actos nulos (art. 138 constitucional). Por lo tanto, cualquier pretensión normativa subalterna de instituir especies monetarias o con esa pretensión, al margen de las posibilidades definidas en el ámbito constitucional, constituye una usurpación de funciones y una extralimitación de atribuciones sea tanto por la pretendida Asamblea Nacional, los municipios o cualesquiera otros actos de usurpación que lo refieren. De modo, pues, que todos los actos de aplicación del llamado petro están viciados de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad y determinan la nulidad e invalidez de todos aquellos otros actos de aplicación.

Ni los “criptoactivos” ni aquel tienen funcionalidad monetaria para servir como unidad de cuenta. Esto lo comprueba su falta de condición económica de dinero y, por lo tanto, su no idoneidad para ser utilizado como denominador homogéneo de valor para la expresión cuantitativa de los elementos de los EEFF.

Tanto es así que, ni siquiera para fines contables los criptoactivos se clasifican como “efectivo” o como “monedas” según los estándares técnicos de las NIIF⁶⁹. Entre otras razones porque los criptoactivos no tienen calidad de curso legal en ninguna jurisdicción, esto es, no son de recepción obligatoria ni están respaldados por gobiernos o instituciones oficiales. En Venezuela ya dejó claro que el petro no está instituido ni designado como moneda de curso legal.

Los criptoactivos, con independencia de que puedan ser usados como medios de cambio, no tienen idoneidad para fijar precios de bienes y servicios directamente. Para denominar precios la unidad de cuenta requiere ser divisible al céntimo, lo cual no es fácil en todos los casos por la volatilidad de los precios de los criptoactivos. Siempre dependen de la referencia a una moneda para cumplir una función de cambio. Si el precio del criptoactivo varía, solo se conoce su valor en términos de esa otra moneda de

⁶⁹ IFRS. Véase PRICE, WATERHOUSE COOPERS, “Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS, No 2019-05 In depth: a look at current financial reporting issues”.

referencia, lo cual genera confusión, complica su función comparativa de valor y resulta ineficiente⁷⁰.

En definitiva, los criptoactivos no son de uso generalizado en la denominación de los elementos patrimoniales que de forma típica representan transacciones o hechos económicos con relevancia económica, contable o jurídica. No representan la sustancia de la actividad económica o de los recursos empleados por los entes económicos en la forma de transacciones sobre compras, ventas, mantenimiento de instrumentos sobre el patrimonio y de deuda, extinción de pasivos y otras formas de crédito. Tampoco cumple por sí mismo una función de significación económica confiable o de almacenamiento de valor de aceptación general. Su falta de uniformidad de valor implica inestabilidad y, por lo tanto, no puede facilitar la comparación de elementos patrimoniales en el tiempo. No aporta a la eficiencia económica ayudando a los inversores a identificar oportunidades y riesgos para mejorar la asignación del capital mediante el uso de un lenguaje confiable que reduzca los costos de capital y los de información.

En el caso del petro su uso como un pretendido medio de pago tiene una funcionalidad liberatoria limitadísima, impuesta a través de la autoridad (y de la normatividad) para transacciones solo de tipo administrativo (que impliquen pagos en moneda extranjera por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de esas obligaciones monetarias en esta unidad o como *token* para el intercambio de bienes proveídos en exclusiva por entes gubernamentales⁷¹). El petro siempre estará referido a otra unidad monetaria que signifique el valor efectivo de intercambio, lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.

Peor aún, como pretendido criptoactivo es del todo cuestionado en su validez jurídica⁷² y hasta sancionado a escala internacional⁷³, lo que lo hace

⁷⁰ Aleksandra BAL, *Taxation, virtual currency and blockchain*, p. 51.

⁷¹ Véase REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto n.º 4096, en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, n.º 6.504, “[...] mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de servicios en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR), que en él se especifican”.

⁷² CARMONA, *Mundo...*, *op. cit.*, p. 204

⁷³ “A la luz de las recientes acciones tomadas por el régimen de Maduro para intentar eludir las sanciones de los EEUU mediante la emisión de una moneda digital en un proceso que la Asamblea Nacional democráticamente electa de Venezuela ha denunciado como ilegal, ordenaremos que [...] todas las transacciones relacionadas con [...] cualquier moneda digital o ficha digital, emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela a partir del 9 de enero de 2018, están prohibidas”. Disponible en www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/vz_eo_petro.pdf [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2023]; www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-taking-additional-steps-address-situation-venezuela/ [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2023].

inapropiado para generar confianza. Tanto es así que la pequeña historia del petro es equívoca e incierta. La mejor doctrina sobre la materia da cuenta que desde que se anunció su creación (enero de 2018), este se presentó como criptoactivo, en tanto que para octubre de ese mismo año había sido implementado adicionalmente como UCF, para el caso de emisión y renovación de pasaportes. Desde entonces su valor ha sido ajustado en varias ocasiones con máxima “[...] informalidad, imprecisión, inconsistencia, dispersión y complejidad [...]” por anuncios del Presidente de la República. Incluso, la última intención es convertirlo en medio de pago para tasas por servicios públicos⁷⁴.

Lo más grave: con cierto eufemismo se dice que el valor del petro es un misterio⁷⁵. Lo cierto es que no hay un mercado eficiente que evidencie con transparencia su valor. En medio de tanta opacidad hoy su valor es el que aparece en la página web de la SUNACRIP, esto es, no tiene un valor propio, sino el que le fije el régimen.

⁷⁴ Juan Cristóbal CARMONA BORJAS, “¿Cuánto vale el petro?”.

⁷⁵ a) En un inicio, se pretendió que un petro equivaliera al precio de un barril de petróleo. Así apareció en el primer borrador del *Whitepaper*.

b) Cuando Nicolás Maduro el 17 de agosto de 2018 aludió al petro como UCF para fijar el monto del salario mínimo, mantuvo esa misma posición –un petro equivale a un barril de petróleo–. En ese momento el barril se cotizaba a USD 60. De allí que se dijera que equivalía o valía USD 60.

c) A medida que fue avanzando esta idea y seguramente habiéndose emitido el supuesto criptoactivo, la SUNACRIP comenzó a publicar su valor. Poco después se modificó el *Whitepaper* y se estableció que su valor a efectos de su primera emisión estaría determinado por una fórmula que se basa en una cesta de *commodities* integradas por: petróleo, hierro, oro y diamantes. Nunca quedó del todo claro si cuando se decía a efectos de su primera emisión era la fijación del precio de venta inicial o si permanentemente esa emisión se valoría con base en esa fórmula.

El petro en teoría puede transarse en el mercado secundario de modo libre y, por tanto, su valor de mercado pudiera ser diferente al de la fórmula del *whitepaper*.

c) Luego, el BCV dejó de publicar en su página web el valor de este como UCF que valga observar se quedó en USD 80 desde abril de 2019. De esta cotización más nunca se habló. Hoy, solo se encuentra en la página de la SUNCARIP dicha cotización.

d) Es de observar que el último aumento de salario mínimo no se basó en él. Muchas ordenanzas que lo habían adoptado (UCF/USD 80) tuvieron que hacer cambios para adaptarse y adoptar a esos mismos fines al petro como Unidad de Valor.

En todo caso, este desapareció como UCF.

Su valor actual es posible conseguirlo oficialmente y es el que publica la SUNACRIP que, en principio, obedece a la fórmula del *Whitepaper*.

A tal punto es cierto lo señalado que, conforme a las publicaciones efectuadas por la SUNACRIP, el 23 de julio de 2019, el “criptoactivo soberano” se cotizaba a Bs. 447 533,19, el 30 de agosto de 2019 en Bs. 1 225 583,02, el 9 de diciembre de 2019 en Bs. 2 513 711,58 y el 8 de enero de 2020 en Bs. 3 349 956,26. Es así como, en menos de seis meses experimentó una variación del 748 %.

Por lo tanto, ni los “criptoactivos” ni el petro pueden cumplir función de unidad monetaria para fines de reporte y mucho menos de cuantificación de la situación patrimonial.

Pero hay más. Porque ninguno tiene la condición jurídica de moneda ni cumplen función de unidad de cuenta monetaria, no pueden ni deben utilizarse como unidad de medida legal para fines tributarios, no son idóneos, ni necesarios para tal fin. No responden a un fin legítimo.

3. APLICACIONES DEL PETRO PARA FINES FINANCIEROS Y TRIBUTARIOS

Su uso como unidad de cuenta tiene varios intentos fallidos de implementación, tanto para fines financieros como tributarios. El objetivo es el mismo. Imponer un medio de cambio que no es monetario, que nadie demanda, que no genera confianza a ningún usuario. Solo interesa para la hegemonía del poder político.

Por ejemplo, con el decreto n.º 3719 de fecha 28 de diciembre de 2018⁷⁶, se pretendió obligar a la determinación y pago en “moneda extranjera” o en “criptomonedas” de obligaciones tributarias por transacciones ocurridas en territorio nacional denominadas en moneda extranjera o en criptomonedas. Nunca fue implementado por la propia Administración Tributaria. Fracásó estrepitosamente. Con razón fue cuestionado como inconstitucional e ilegal, no solo por ser una frontal usurpación de materia de rango legal a través de un acto normativo sublegal, sino por contrariar el mandato del art. 146 del COT de 2014, que prescribe el uso del bolívar como unidad de cuenta y pago de las obligaciones tributarias y con ello, pretender deslegalizar la unidad de cuenta y pago de las obligaciones tributarias, aunque sea para transacciones en moneda extranjera como estableció el finado decreto 3719.

En materia financiera, esta unidad trató de usarse como un medio para valorar estados financieros. Así fue ordenado en el decreto n.º 4025 del 19 de noviembre de 2019⁷⁷ (el decreto n.º 4025) y en la providencia n.º 098-2019 de fecha 26 de diciembre de 2019, emanada de la SUNACRIP sobre “el registro contable de operaciones y hechos económicos expresados con criptoactivos”⁷⁸ (la providencia n.º 098-2019). Incluso, pretendió el uso de criptoactivos (que escondían el petro) como unidad de medida contable con la intención de una “doble contabilidad” con el bolívar.

⁷⁶ *Gaceta Oficial*, n.º 6.420, Caracas, 28 de diciembre de 2018.

⁷⁷ *Gaceta Oficial*, n.º 41.763, Caracas, 19 de noviembre de 2019.

⁷⁸ *Gaceta Oficial*, n.º 41.788, Caracas, 26 de diciembre de 2019, modifica la providencia 097-2019 de fecha 23 de diciembre de 2019; *Gaceta Oficial*, n.º 41.787, Caracas, 23 de diciembre de 2019.

Tanto el decreto n.º 4025 como la providencia n.º 098-2019 emplean un sofisma de tránsito para atribuir facultades monetarias a los llamados “criptoactivos”, como si se tratara de unidades monetarias. Se trata de un abuso semántico a partir de la homonimia entre los términos criptoactivos, criptomoneda y moneda.

No solo es un despropósito técnico exigir el uso de criptoactivos como unidad de medida contable, sino que, es más absurdo pretender un “reporte contable dual” con el bolívar como moneda de curso legal.

Las razones son obvias y contundentes:

- i) Los criptoactivos no cumplen función de unidad de medida porque no tiene la condición económica ni jurídica de moneda. Que estos cumplan funciones de medio de cambio y puedan ser valorados económicamente (siempre en términos de alguna moneda), no los convierte, *per se*, en unidad monetaria, ni en unidad de cuenta y mucho menos en moneda.
- ii) La pretensión de una “contabilidad dual” es irrazonable y no cumple un fin legítimo, es contrario al interés público asociado a la confianza y utilidad de la información financiera.

La pretensión de crear la obligación de reportar y presentar una doble contabilidad en criptoactivos (que son petros, en realidad) y bolívares, es considerada una restricción al derecho constitucional a la corrección de la información financiera como expresión los derechos constitucionales a la información veraz, a la libertad económica y la seguridad jurídica. Como toda restricción a un derecho constitucional, solo puede legítimamente operar por vía legal, ser razonable, promover un fin legítimo, el interés general y no ser contraria al orden público.

La pretensión de una “contabilidad dual” constituye una yuxtaposición de conceptos contrarios en sí mismos, es irrazonable, pues en el ámbito técnico solo puede y debe haber una contabilidad, con independencia de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias.

Esta iniciativa de valorar los estados financieros en petros fracasó porque la profesión contable de inmediato se opuso a través de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, señalando que esa pretensión no cumplía con principios de contabilidad de aceptación general en Venezuela y el mundo. Los criptoactivos y el petro no son monedas, razón por la cual no pueden ni deben ser utilizados como unidades de cuenta para fines contables. Lo contrario implicaría que los estados financieros preparados en criptoactivos no cumplirían con principios de contabilidad y, en consecuencia, la información financiera así preparada no podría ser valorada como razonable y sería inútil.

4. LA APLICACIÓN DEL PETRO EN MATERIA TRIBUTARIA MUNICIPAL

Según providencia administrativa SNAT/2017/28 del SENIAT⁷⁹, sin base legal alguna, se decidió el uso de la UT en exclusiva para los tributos nacionales gestionados por la administración tributaria, y prohibir su uso:

“[...] por otros órganos y entes del poder público para la determinación de beneficios laborales o de tasas y contribuciones especiales derivados de los servicios que prestan”⁸⁰.

Con pretendido rango legal esta prohibición aparece recogida con igual tenor en la norma del segundo aparte del párrafo tercero del art. 3 de la pretendida reforma del COT de 2020⁸¹.

Es importante destacar el inmenso dislate regresivo que esta medida causó para el sistema tributario y el sistema jurídico en general. Su efecto es la desarmonización y anarquización de los medios de corrección monetaria tributarios y para otros fines para los que se venía utilizando la UT.

En complemento el art. 346 del COT de 2020 dispuso una suerte de *ultimatum*, según:

“[...] los órganos y entes del Poder Público tendrán un plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación de este Decreto Constituyente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, para sustituir la unidad de medida para la determinación de beneficios laborales o tasas y contribuciones especiales derivadas de los servicios que prestan, en los casos en que se encuentren actualmente establecidas en unidades tributarias”.

Esta medida es un contrasentido al propósito coherentista de la UT. Implcionó la finalidad de establecer un valor uniforme para la corrección de todo tipo de normas que utilicen unidades monetarias fijas, no solo tributarias, sino laborales, procesales, administrativas, en general todo un ordenamiento que se acopló a un mecanismo uniforme y a una técnica de aplicación uni-

⁷⁹ *Gaceta Oficial*, n.º 6.356, Caracas, 3 de septiembre de 2018.

⁸⁰ Art. 2.º. “El valor de la Unidad Tributaria establecido en esta Providencia Administrativa sólo podrá ser utilizado como Unidad de Medida para la determinación de los Tributos Nacionales cuya recaudación y control sean de la competencia del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, así como de las sanciones impuestas por este Servicio, no pudiendo ser utilizada por otros órganos y entes del poder público para la determinación de beneficios laborales o de tasas y contribuciones especiales derivados de los servicios que prestan”.

⁸¹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley Orgánica de Aduanas, *Gaceta Oficial Extraordinaria* n.º 6.507.

versal para ajustar el valor constante del bolívar en el uso de unidades monetarias en las definiciones normativas.

La exclusión comentada tuvo un inmediato efecto anarquizante del sistema tributario y una licencia a la deslegalización e improvisación en una materia que supone el orden y la coherencia de un diseño técnico objetivo, único y funcional.

Varios municipios reaccionaron estableciendo sus propios criterios de corrección monetaria “[...] bajo parámetros totalmente arbitrarios y disímiles, de dudoso rigor técnico frente al mismo fenómeno inflacionario”⁸². Algunos municipios se vincularon al

- i) salario mínimo nacional⁸³,
- ii) el propio INPC publicado por el BCV o “[...] cualquier criterios técnicos, económicos y sociales necesarios para garantizar los servicios y obras sociales [...]”⁸⁴,
- iii) el valor del oro según el precio internacional publicado por el BCV⁸⁵,

⁸² Elvira DUPOUY MENDOZA, “Consideraciones sobre la constitucionalidad e ilegalidad de actualización de las multas establecidas en el Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas”, p. 345.

⁸³ El municipio bolivariano Chacao del Estado Miranda creó la Unidad de Valor Fiscal Municipal Tributaria, con base en el “0,125% del salario mínimo nacional vigente a raíz de la reconversión monetaria realizada en el mes de agosto de 2018”. Cfr. Ordenanza de creación de las unidades de valor fiscal en Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, publicada en *Gaceta Municipal del Municipio Chacao*, n.º 8.796 Extraordinaria de fecha 5 de febrero de 2018). Disponible en https://atencionalciudadanochacao.blogspot.com/2019/02/gaceta-municipal-nro-extraordinario_5.html [fecha de consulta: 6 de agosto de 2023].

⁸⁴ El municipio bolivariano Carirubana del Estado Falcón creó la UCAM, con base en el “Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Banco Central de Venezuela (BVC) o en su defecto con base a criterios técnicos, económicos y sociales necesarios para garantizar los servicios y obras sociales de su competencia[...]”. Cfr. Ordenanza de creación y aplicación de la UCAM del municipio Carirubana, publicada en *Gaceta Municipal*, n.º 343-2018 Extraordinaria de fecha 31 de mayo de 2018). Disponible en www.alcaldiadecarirubana.com.ve/documentos/ORDENANZA%20DE%20CREACION%20Y%20APLICACION%20DE%20LA%20UNIDAD%20DE%20CALCULO%20ARITMETICO%20MUNICIPAL.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2023].

⁸⁵ Véase municipio Carrizal del Estado Miranda: ORDENANZA SOBRE LA UNIDAD TRIBUTARIA MUNICIPAL de fecha 30 de agosto de 2019. Art. 4.- “Se fija el valor de la “Unidad Tributaria Municipal” (UTM)”, en 0.36% del precio referencial en bolívares de un gramo de oro, según la progresiva cotización internacional del mineral publicada por el Banco Central de Venezuela”. Señala la respectiva exposición de motivos. “[...] Finalmente la adopción del precio referencial en bolívares del precio del gramos del oro como factor de recuperación y estabilización de los tributos municipales, [...] se adopta luego de exhaustivos análisis; el oro como es sabido, es utilizado internacionalmente como un mineral de respaldo de conos monetarios, además quien determina los precios del valor del oro son los mercados

- iv) el “[...] 15% del valor fijado por el sistema de mercado cambiario oficial manejado por el BCV”⁸⁶ o
- v) el valor del llamado “petro”⁸⁷.

En medio de esta tormenta anarquizante se produjo un conjunto de las más insólitas decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su péfido propósito de desconstitucionalizar el Estado de derecho y en particular el sistema tributario. Un ejemplo patético de cómo el juez constitucional usurpó los poderes legislativos de la Asamblea Nacional y de los Estados y municipios, propiciando la concentración del poder y la centralización política de la federación, mutando la Constitución para imponer una solución autoritaria a la pluralidad tributaria.

Por una seguidilla de sentencias de la Sala Constitucional n.º 0250, 078, 118, 0161, 0273⁸⁸ en colusión con varios órganos del Estado y con ciertos operadores políticos, se puso en pie una acción para *desconstitucionalizar, deslegalizar, desdemocratizar y centralizar* autoritariamente las reglas sobre tributación municipal, al margen de las facultades armonizadoras de la Asamblea Nacional y en fraude a la autonomía tributaria de los Estados y municipios. Para este fin se justificó la aprobación inconstitucional del ANAT, suscrito por el CBA.

mundiales, es decir, que los factores económicos nacionales, no afectan dicho precio; y por el contrario es considerado como una cobertura en caso de procesos inflacionarios como los que actualmente está pasando Venezuela”.

⁸⁶ El municipio Chacao del Estado Miranda, reformó la ordenanza sobre el “Unidad de Valor Fiscal Municipal”. Abandonó la referencia al “salario mínimo” y lo vinculó al “valor del dólar publicado en el mercado cambiario regulado por el Banco Central de Venezuela” (cfr. Ordenanza de creación de la Unidad de Valor Fiscal Municipal, publicada en *Gaceta Municipal Extraordinaria* n.º 8.824 de fecha 12 de abril de 2019). Disponible en https://atencionalciudadanochacao.blogspot.com/2019/02/gaceta-municipal-nro-extraordinario_5.html [fecha de consulta: 6 de junio de 2023]. También reformó la Unidad de Valor Fiscal Sancionatoria equivalente a “0,080% del valor de la moneda publicada por el sistema de mercado cambiario oficial regulado por el BCV” art. 4.

⁸⁷ El municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital creó la “Unidad Tributaria Municipal” equivalente a los “bolívares que correspondan al uno coma siete por ciento (1.7%) del criptoactivo Petro fluctuante creado mediante Decreto No. 3.196 publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.346 Extraordinaria de fecha 8 de diciembre de 2017” (Ordenanza mediante la cual se establece la Unidad Tributaria Municipal en jurisdicción del municipio bolivariano Libertador del Distrito Capital, publicada en *Gaceta Municipal*, n.º 4.535 de fecha 27 de febrero de 2020). Disponible en <https://sumat.gob.ve/wp-content/uploads/2020/03/Ordenanza-N%C2%B0-4535-Unidad-Tributaria-Municipal-en-Jurisdiccion%CC%81n-1.pdf> [fecha de consulta: 9 de agosto de 2023].

⁸⁸ Sentencias de la SC (i) n.º 0250 de fecha 8 de agosto de 2019, (ii) n.º 078 de fecha 7 de julio de 2020, la (iii) n.º 118 de fecha 18 de agosto de 2020 y las (iv) n.º 0161 del 20 de noviembre de 2020 y 0273 de fecha 30 de diciembre de 2020, en colusión con otros poderes del Estado y operadores políticos.

Pero más allá de esta otra vía de hecho, me interesa resaltar el contenido referido al uso del llamado “petro” para el cálculo de tributos y sus accesorios⁸⁹. El ingrediente más nefario del ANAT consistió en “aprobar el uso del petro”, al que define como criptoactivo venezolano

“[...] para ser utilizado como unidad de cuenta para el cálculo dinámico de los tributos y sanciones, cobrando exclusivamente a partir de su equivalente en bolívares soberanos [...]”,

indicando que se hace “[...] con el firme propósito de avanzar en su uso como criptoactivo para fortalecer este ecosistema”.

Como denuncié en su oportunidad, su uso constituye una forma de “dolarización” por “sustitución de activos” que tiene su causa en la hiperdevaluación y la hiperdepreciación del bolívar. Sus objetivos son sustituir el bolívar y entronizar el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que este usa, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. Con independencia de su ilicitud, en el ámbito económico, esa sustitución asegura una medida de equilibrio entre el uso del bolívar y la protección de valor de forma indirecta en el dólar o alguna moneda dura.

En efecto, su valor no responde a los cambios del poder de compra del bolívar, ni al entorno económico venezolano, ni al de la prestación del servicio de registros y notaría. El petro solo pretende medir la especie monetaria a la que se refiere de modo implícito (el dólar), la cual no tiene conexión ni causalidad con la medición y recuperación de los costos del servicio de registros y notaría que pretende ajustar. Es simplemente la sustitución indirecta del bolívar por otra moneda de valor estable.

En definitiva, se trata de una forma inadecuada y desproporcionada de agravar la situación fiscal del contribuyente sustituyéndola y sometiéndola a las vicisitudes del valor o de quien decida fijar el valor del llamado petro.

En esta pretendida corrección de valor no hay una finalidad legítima, sino un provecho sobre el daño ilícito causado por el propio Estado con la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar, de la que no puede ni debe beneficiarse ninguna administración pública.

Así, la impostura de su uso según ANAT en 2022 como unidad de cuenta de las obligaciones tributarias, sanciones e intereses moratorios en la tributación municipal pronto perdió vigencia con la aparición en 2023

⁸⁹ Otros temas abordados en el ANAT fueron: (i) exhortación de cambios normativos en treinta días, (ii) reducción del Clasificador de Actividades Económicas, (iii) aprobación de la tabla de valores catastrales, (iv) creación de un servicio de asesoría, (v) creación de una taquilla única virtual o física, (vi) formalización de instancias de coordinación.

de la LOCAPTEM⁹⁰, que impuso el uso de moneda extranjera publicada por el BCV como “[...] unidad de cuenta ‘dinámica’ para el cálculo de los tributos, accesorios y sanciones [...]”⁹¹. Continúa la intención nefaria de dolarizar y deslegalizar la obligación tributaria y sus accesorios, al menos sin la máscara del llamado petro.

5. USO PARA DOLARIZAR LAS TASAS DE REGISTRO Y NOTARIAS

a. Deslegalización de la base de cálculo de las tasas registrales y notariales

El pretexto de su uso como unidad de cuenta sirvió también para ocultar otra protuberante deslegalización en la fijación de los tipos tributarios de las tasas de registros y notarias entre límites máximos y mínimos denominados en esta unidad⁹². Esto ocurrió con la reforma de la LRYN⁹³.

Los servicios de registros y notarias comprenden ochenta y tres tasas, de las cuales quince son de nueva creación en la pretendida reforma de la LRYN.

⁹⁰ *Gaceta Oficial*, n.º 6.755, Caracas, 10 de agosto de 2023.

⁹¹ Art. 14: “Los estados y municipios solo podrán utilizar como unidad de cuenta dinámica para el cálculo de los tributos, accesorios y sanciones el tipo de cambio de la moneda de mayor valor publicado por el Banco Central de Venezuela, sin perjuicio que las obligaciones deban pagarse exclusivamente en la cantidad equivalente en bolívares, al tipo de cambio vigente para la fecha del pago del tributo, accesorio o sanción”.

⁹² He dicho en otra oportunidad que la pretendida reforma de la LRYN es un pretexto para esconder la dolarización, la deslegalización y el expolio de las tasas registrales y notariales. Humberto ROMERO-MUCI, “Dolarización, deslegalización y expolio por el uso del Petro como unidad de cuenta de las tasas en la reforma de Ley de Registros y Notarias”, p. 575. Allí demuestro que: “[...] el Petro es una impostura facciosa y usaremos argumentos pragmáticos para justificar que la reforma no promueve fines constitucionales legítimos, particularmente condena a la sociedad venezolana a la inseguridad del tráfico jurídico. Analizamos (i) las antinomias asociadas a la ‘dolarización’ y a la deslegalización por el uso del Petro como unidad de cuenta para denominar las tasas por servicios de notarias y registros, (ii) la violación del principio de equivalencia de costos como especificación del deber de contribuir a la cobertura de lo que por servicios públicos registrales y notariales, (iii) la deslegalización por omitir la regulación de un mecanismo legal de cálculo de la compensación de costes para la fijación del valor de las tasas correspondientes y (iv) los efectos lesivos por el aumento desproporcionado de las tasas registrales y notariales con la introducción del Petro para el ejercicio de otros derechos constitucionales íntimamente vinculados a la fe pública notarial y registral”. Concluyo señalando: “La pretendida reforma de la LRYN es una clara demostración del desprecio a la certeza del derecho y su predictibilidad. Un enorme daño a la confianza, la efectividad y estabilidad de las instituciones tributarias y sobre todo a la fe pública registral y notarial”.

⁹³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Registros y Notarias, en *Gaceta Oficial*, n.º 6.668 extraordinario, *op. cit.*

La fijación de las tasas aparece documentada en cuatro sendas providencias del SAREN para cada categoría de servicios registrales y notariales, a saber: los registros públicos⁹⁴, los registros mercantiles⁹⁵, los registros principales⁹⁶ y los servicios del notariado⁹⁷.

En concreto, la descripción de todos los hechos impositivos de las tasas y la fijación de los tipos impositivos fijados en esta unidad monetaria están establecidos en las providencias del SAREN.

Este otro desafuero también se desdice de la garantía de la reserva legal porque concede a la administración de registros y notaría un margen de discrecionalidad inaceptable para la concreción de las condiciones de determinación de la tasa aplicable en cada hecho imponible. Semejante desafuero es otra forma de deslegalización prohibida, que infringe el art. 3, párrafo segundo del COT 2020.

Por más que el COT 2020 faculte como una práctica legítima la delegación de la fijación de la alícuota entre límites cuantitativos máximos y mínimos, lo cierto es que esa concreción de alícuotas se produce en un contexto en el que el legislador abdicó en establecer un criterio legal técnico de fijación de la tasa. Esa abdicación de regulación implica una degradación prohibida del rango legal que pretenden esconderse detrás de una delegación para la fijación de alícuotas entre límites, cuando, en realidad, es una delegación prohibida de la cuantía de las tasas mismas. Semejante abdicación a la regulación de la metodología de cálculo de las tasas de registros y notaría equivale a una deslegalización prohibida en infracción de la reserva legal tributaria que ordena el art. 317 Constitucional y el art. 3 del COT 2020.

La fijación de la tasa debe estar justificada empíricamente como un parámetro técnico de recuperación de costes. El precio de una tasa no es un capricho de valor que se fija de forma acomodaticia en una taquilla, ni es un cálculo antojadizo “al-ojo-por-ciento”. Esta es una racionalidad que es susceptible de control para que opere con legitimidad el cambio de valor. En la actualidad, el sistema y método para definir tales costos y la forma de hacer su cálculo para atribuirlo a las prestaciones específicas deben ser fijados por la ley⁹⁸.

⁹⁴ Se encuentra regulada en SAREN, providencia n.º 001, Caracas, fecha 6 de enero de 2022; *Gaceta Oficial*, n.º. 42.301, Caracas, 20 de enero de 2022.

⁹⁵ Se encuentra regulada en SAREN, providencia n.º 002, Caracas, fecha 6 de enero de 2022; *Gaceta Oficial*, n.º. 42.301, *op. cit.*

⁹⁶ Se encuentra regulada en SAREN, providencia n.º 003, Caracas, 6 de enero de 2022; *Gaceta Oficial*, n.º. 42.301, *op. cit.*

⁹⁷ Se encuentra regulada en SAREN, providencia n.º 004, Caracas, 6 de enero de 2022; *Gaceta Oficial*, n.º 42.301, *op. cit.*

⁹⁸ Por ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional señaló a este respecto: “El principio de certeza del tributo consagra que la norma que establece el tributo debe ser clara, con el sistema y método para fijar el monto de las tarifas del sistema y método para definir el costo

Se trata de una determinación objetiva. La estimación de la base de cálculo de la tasa debe cifrarse según módulo de cálculo predeterminado. Esa valoración solo puede ser técnica, nunca una discrecionalidad política. Ese patrón de cálculo debe ser parte del procedimiento establecido por ley que, el SAREN debe seguir para determinar la tasa a pagar en cada situación de hecho tipificada como imponible.

Pero si ya es una infracción insubsanable que el legislador haya omitido un estudio previo de costos del servicio y fijar una fórmula para la determinación de tales costos de las tasas de registros y notarías a través de la prestación del servicio correspondiente, más abyecto es que omita la regulación de un procedimiento que debe ser así establecido y delegue en la administración del servicio de registros y notarías la fijación última del valor de la tasa y que esta proceda a tal fijación de valor sin justificar ni demostrar la debida equivalencia de costos mediante providencia.

Por eso el pretendido proceso legislativo de la LRYN deslegalizó la determinación de las tasas correspondientes, no solo por designar como ilegítimo el petro como una unidad de cuenta no monetaria y controlada de forma subjetiva, sino por omitir un módulo objetivo de cálculo de la compensación de costes para la fijación del valor de las tasas correspondientes.

En consecuencia, las providencias n.ºs 1, 2, 3 y 4 todas de fecha 6 de enero de 2022 emanadas del SAREN, son nulas por usurpar la función legislativa tributaria, carecen de validez jurídica y no producen efecto alguno, conforme a los arts. 137 y 138 constitucionales.

En el ámbito económico, la denominación dolarizada de las tasas es un “sobreprecio” que encarece los servicios fedatarios de la administración de registros y notarías. Por más inelástica que sea la demanda del servicio, la desproporción del sobreprecio inhibirá algo de su demanda y con ello devendrán los efectos de sustitución, informalización de la prestación y la corrupción como alternativas racionalizadoras de hecho.

No hay duda de que el ajuste del precio de las tasas a que se refiere la reforma de la LRYN vuelve a poner sobre el tapete la *vetus quaestio* de la necesidad (quién, cómo y cuánto) del financiamiento de la producción de estos bienes públicos.

de las tarifas de las tasas y contribuciones exigencia que [...] solo admite como excepción, la posibilidad de que la ley permita a las autoridades administrativas fijar la tarifa de las tasas y contribuciones, siempre y cuando en los mismos actos se haya previsto el sistema y método para establecer los costos y los beneficios de los que depende la tarifa. Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-198 del 2012. (M.P. Nilson Pinilla: marzo 14 del 2012)”. Véase www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-198-12.htm [fecha de consulta: 9 de junio de 2023]. Véase, también, César Augusto ROMERO MOLINA, Ligia COLMENARES, Andrea MURILLO, “Sistema y método para fijar las tarifas de tasas y las contribuciones”.

Coincido con la obvia constatación de que “todos los derechos tienen costos”. Por eso la necesidad también obvia de la dotación de recursos públicos para cubrir las responsabilidades de protección institucional para atenderlos. Esa es la racionalidad que preside el principio constitucional según que “[...] todos estamos obligados al financiamiento de los gastos públicos”.

Pero independiente de los fines de interés general que presiden la atención de los cometidos y funciones públicas en un estado social, no hay duda de que cuando el costo de cualquier servicio público puede identificarse con relativa precisión, este debe ser cubierto por el usuario correspondiente. Más aún, hablar de costos no solo es un problema de presupuesto, sino de transparencia y responsabilidad democrática. La justificación de costos y beneficios lleva al corazón de la ética pública, o de cómo se reparten los gastos públicos.

Es del mismo modo entendible que el valor de las tasas por los servicios de registros y notarías requerían de un ajuste para actualizar los valores deformados por la hiperinflación desde la última reforma de 2014, incluso, y muy a pesar de estar cifradas en UT. Lo cierto es que el desajuste de valor por la hiperinflación, la subestimación y los rezagos correctivos de la UT, tienen directa responsabilidad en el fallo del Estado y de la administración tributaria en particular. Si el ajuste de costos se justifica, nada justifica el uso del petro como unidad de cuenta, ni la desproporción de su actualización. Cualquier ajuste de costos debe tender al equilibrio entre este y el beneficio que obtiene el usuario por su prestación, incluida la eficiencia del servicio. El ajuste debe ser el precio óptimo de equilibrio, esto es, el que reponga el gasto del servicio y proteja y permita el ejercicio de los derechos del ciudadano usuario. Ese es el racero de eficiencia económica que mandan los arts. 141, 299 y 311 constitucionales, para el ejercicio de la función administrativa, como condición del régimen socioeconómico e imperativo de la gestión fiscal. El sobreprecio de las tasas de registros y notarías se traduce en una externalidad negativa al tráfico jurídico.

Pero así como ningún ciudadano tiene el derecho de enriquecerse o a aprovecharse de bienes públicos específicos de forma gratuita (*free rider*) tampoco tiene el deber de empobrecerse soportando detracciones patrimoniales desproporcionadas y expolatorias que no representan una equivalencia de valores y exceden el costo del servicio prestado o que menoscaban el ejercicio de sus derechos fundamentales, íntimamente ligados a la prestación del servicio público a los que interesa el orden público y la seguridad jurídica.

b. Desproporción y expolio por la dolarización de las tasas notariales y registrales

Las restricciones normativas solo son razonables y, en consecuencia, legítimas, cuando las soluciones jurídicas resultan adecuadas y proporcionadas a

dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad (idoneidad y necesidad) en sede constitucional.

El objetivo de la pretendida reforma de la LRYN es radicalmente fiscalista.

Ese despropósito aparece confesado en la exposición de motivos: elevar la recaudación del servicio administrativo⁹⁹. Se limita al cambio de la unidad de cuenta, la introducción de quince nuevos hechos impositivos y a organizar la exacción del servicio público de registros y notarias. La pretendida reforma nada añade a la eficiencia del servicio de registros y notarias.

De esta forma se hace obvio, en consecuencia, que con el cambio de unidad de cuenta la administración de los registros y notarias se garantiza:

- i) un ingreso actualizado por tales servicios vinculados de forma indirecta al valor de una divisa estable, a la vez que
- ii) el valor del petro puede ser manipulado a voluntad por el régimen, en cualquier momento, sin estar expuesto a los riesgos inflacionarios o por la depreciación externa del bolívar y
- iii) patentiza con cierto descaro un hiperdesproporcionado incremento de valor de las tasas correspondientes.

La irracionalidad que preside la pretendida reforma legislativa es indubitable:

El solo cambio de la unidad de cuenta se traduce en un incremento, promedio, del 1 358 250,00 %¹⁰⁰ sobre el mismo valor de la UT a valores actuales.

Con facilidad se advierte la sustitución de la unidad de cuenta UT por el petro, uno a uno, en cada caso de los noventa y cuatro hechos impositivos

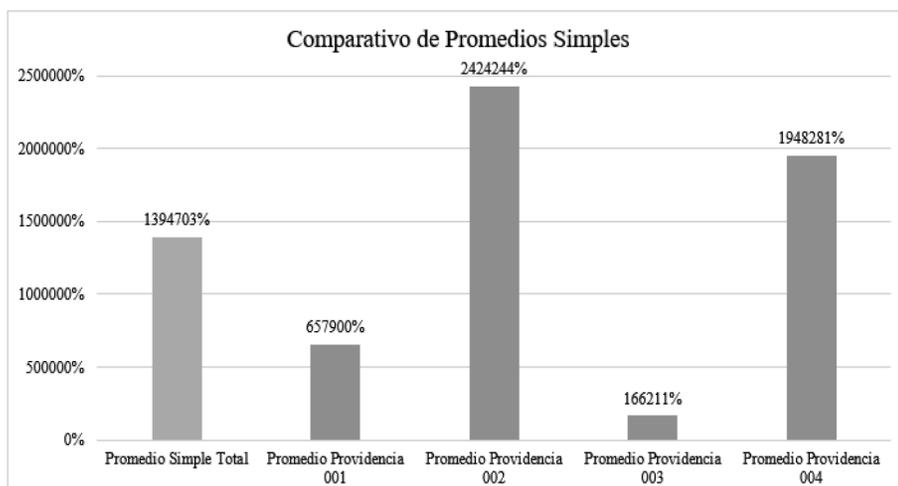
⁹⁹ “En la actualidad, el valor de los trámites no es proporcional a la realidad operativa y económica que ejecutan las oficinas registrales y notariales (arrendamiento, papelería, pago de nómina, equipamiento ofimático y tecnológico, proyectos de innovación, entre otros)”. (...) “vista la afectación de la unidad tributaria actual fijada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado vigente y la implementación de la nueva unidad monetaria, las tasas por prestación de servicio de las oficinas del Servicio Autónomo de Registros y Notarias quedan exentas en su mayoría, lo que ineludiblemente incide en la disminución de la recaudación, siendo insostenible para este organismo el desarrollo de la capacidad de la prestación del servicio y autonomía financiera que se genera por los servicios prestados a través del cobro de las tasas y aranceles establecidos en el mencionado decreto, sin menoscabo del aporte del mensual que se le realiza al tesoro nacional” Exposición de motivos de la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado. Disponible en www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/proyectos/informe1_1635353044.pdf-20211027164404.pdf [fecha de consulta: 12 de agosto de 2023].

¹⁰⁰ Demostración: valor UT: Bs. 0,02 (USD 0,0044); valor petro: Bs. 272,4 (USD 60). Cociente: 1 358 250 %. T/C de referencia BCV: Bs. 4,52750000 (2 de febrero de 2022).

por tasas de registro y notaría que incluye la reforma, de los cuales solo quince son nuevos como ya señalé. La *media aritmética* (\bar{x}) es 1 394 703 % y la *mediana* es 449 070 %.

Abajo se identifican los promedios aritméticos de los ajustes en cada providencia del SAREN. Se observa que los ajustes a las tasas de registros mercantiles (\bar{x} 2 424 244 %) y notaría (\bar{x} 1 948 281 %) son los más elevados por encima de la media aritmética total.

Promedio total	Providencia 001 Registros públicos y SAREN	Providencia 002 Registros mercantiles y SAREN	Providencia 003 Registros principales y SAREN	Providencia 004 Notaría públicas y SAREN
1 394 703 %	657 900 %	2 424 244 %	166 211 %	1 948 281 %



Se trata de una imposición no solo desproporcionada económicamente, sino irrazonable, caprichosa, expoliatoria, notoriamente desconectada de los fines institucionales que las tasas tributarias deben cumplir en el contexto del servicio de registros y notaría. La desproporción compromete el goce de la seguridad jurídica empeñada a través de las funciones fedatarias que cumplen los registros y notaría con carácter excluyente. Además, inhibe el ejercicio de otros derechos constitucionales de los usuarios íntimamente ligados a la seguridad jurídica que implica la fe pública que otorgan los registros y notaría a los particulares. Este bloqueo se torna en ilegítimo e inconstitucional.

Como se ha dicho certeramente¹⁰¹ que el aumento de las tasas registrales y notariales afecta, entre otros tantos:

- i) el derecho a la justicia consagrado en el art. 26 constitucional, puesto que los mandatos y poderes judiciales así como las respectivas sustituciones, revocatorias, son necesarios para el ejercicio de este derecho ante el sistema de justicia que se obstaculiza por lo gravoso que resulta para los justiciables el otorgamiento de tales instrumentos;
- ii) la transmisión y de uso de propiedad y los derechos de asociación que son determinantes para los estímulos de la iniciativa privada y la libertad económica según el art. 299 y que el Estado debe estimular y no restringir o eliminar e injustificadamente,
- iii) los derechos referentes al estado civil, por lo costoso de las tasas que pueden resultar en la rectificación de actas de nacimiento, de las declaraciones de voluntad, la legalización de actas de nacimiento y testamentos, las capitulaciones matrimoniales y las particiones hereditarias y conyugales.

No solo el cambio de unidad de cuenta es poco idóneo, sino que el diseño de algunos de los hechos impositivos no representa contraprestación por el servicio respectivo, valorándose por criterios ajenos a este. Esta desconexión causal en sí misma desnaturaliza la tasa y la convierte en un impuesto oculto a la prestación del servicio registral y notarial de que se trate.

IV. Inconstitucionalidad de la “dolarización” o su uso en el cálculo de obligaciones tributarias

La dolarización consiste en el cambio de la unidad de cuenta para denominar la obligación tributaria, sea principales o accesorias. Se sustituye la UT denominada en bolívares por la moneda extranjera o por petro, denominado en dólares, aunque se diga repetidamente que el pago es en bolívares¹⁰². Esta es la típica sustitución de activos que se da en un expediente de dolarización. La obligación se cuantifica en la moneda extranjera y desplaza el bolívar como unidad de valoración. El efecto práctico de la dolarización es invertir en contra del deudor el riesgo inflacionario y cambiario del bolívar, quien siempre deberá liberarse por el contravalor de la moneda extranjera frente al bolívar a la fecha de pago. Esta es una práctica desleal, que no persi-

¹⁰¹ Román DUQUE, *Desvirtuación del sistema tributario, la violación de derechos ciudadanos y la inseguridad jurídica de la ley de reforma de la ley de registros y notariado*, p. 2.

¹⁰² Véanse arts. 83,85-87, Ley del Banco Central de Venezuela.

que un fin legítimo, porque los efectos distorsionantes de la inflación y de la depreciación del bolívar son imputables a los fallos de la acción pública. El Estado no debe ni puede beneficiarse de su propio ilícito¹⁰³.

He señalado en varias oportunidades¹⁰⁴ que, la “dolarización” de sanciones en el COT de 2020 así como su uso como criterio de valoración de obligaciones y sanciones tributarias municipales constituye una protuberante antinomia de los arts. 146 y 3 encabezado del COT de 2020, que obligan a la presentación y pago del tributo y sus accesorios en bolívares, con exclusión de cualquier otra moneda y *a fortiori*, de cualquier pretendido sucedáneo monetario de cuantificación como el petro.

Ello en sí mismo constituye una ilegalidad e inconstitucionalidad por:

- i) deslegalizar la moneda para denominar obligaciones tributarias y
- ii) contradecir el uso del bolívar como moneda de uso forzoso para denominar y pagar las obligaciones tributarias.

Semejantes infracciones invalidan cualquier pretendida aplicación de tasas o cualquier otra obligación tributaria medidas en petros.

1. INFRACCIÓN DE LA RESERVA LEGAL:

DESLEGALIZACIÓN PROHIBIDA DE LA UNIDAD DE CUENTA

En efecto, el art. 146 del COT de 2020 señala que los montos de la base imponible y de los créditos y débitos de carácter tributario que determinen los sujetos pasivos o la administración tributaria, en las declaraciones y planillas de pago de cualquier naturaleza, así como las cantidades que se determinen por concepto de tributos, accesorios o sanciones en actos administrativos o judiciales, se expresarán y pagarán en bolívares.

La redacción de este enunciado solo varió con respecto al texto del mismo art. 146 del COT de 2014 señalando que la determinación solo se haría en “bolívares”, dejando abierto la posibilidad del pago en alguna moneda extranjera, según disposición de la ley creadora del tributo o por disposición del Ejecutivo Nacional. Obsérvese que el uso del medio de pago se limita a una “especie monetaria”, lo que, en principio, excluye al petro por no ser una especie monetaria, sino un *token* o a lo más un pretendido criptoactivo.

Por otro lado, la única moneda de curso legal en Venezuela es el bolívar¹⁰⁵; corresponde exclusivamente al BCV la facultad de emitir moneda de curso legal, prohibiendo esa acción a cualquier otra institución pública

¹⁰³ Ya lo he comentado en otra oportunidad, ROMERO-MUCI, “La ilegitimidad...”, *op. cit.*, p. 1578.

¹⁰⁴ Humberto ROMERO-MUCI, “La metamorfosis kafkiana de la Unidad tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias”, p. 29.

¹⁰⁵ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley del Banco Central de Venezuela, art. 106.

o privada¹⁰⁶. En complemento, se atribuye al bolívar el poder liberatorio sin limitación alguna para el pago de obligaciones públicas y privadas, y con una redacción equívoca

“[...] sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban un pago de impuestos, contribuciones obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago”¹⁰⁷.

En todo caso, la redacción del art. 146 del COT de 2014 es objetable porque la identificación de la moneda de pago del tributo es *indelegable*, en razón de que todo lo relativo a la determinación de la obligación tributaria es materia de reserva legal, incluyendo la unidad monetaria de cuantificación y pago, según confirma el art. 3 del mismo *Código*. Todas estas previsiones deben venir determinadas desde el rango legal. Semejante desafuero equivale a una deslegalización prohibida que acarrea la nulidad de la eventual decisión del Ejecutivo de utilizar un medio de pago distinto al bolívar, así como el de cualquier acto de ejecución de aquella.

Por su parte, esta nueva redacción del art. 146 del COT de 2020 establece que, tanto la *expresión* como el *pago* de la obligación tributaria será en bolívares, sin perjuicio de las *excepciones que establezca el Banco Central de Venezuela a requerimiento del Ministerio con competencia en materia de Finanzas*. Por un lado, concreta el principio del carácter pecuniario de la obligación tributaria, esto es, el bolívar está en la denominación como en la solución o pago de la obligación, pero por otro, incurre en el mismo vicio de deslegalización de la unidad monetaria de cuantificación o de pago de la obligación tributaria al establecer una regulación indeterminada sobre las pretendidas “excepciones que establezca” el BCV.

Las excepciones que prevé el artículo 116 de la LBCV sobre el carácter liberatorio pleno y exclusivo del bolívar para el pago de obligaciones públicas y privadas, se refiere a las modalidades de “pago” de tributos y de la facultad de aquellas de estipular modalidades de pago. En ningún caso se trata de facultar la denominación de las obligaciones tributarias en monedas extranjeras o en otras unidades de cuenta, no solo porque la LBCV no lo prescribe expresamente, sino porque ello sería contrario a la reserva legal tributaria que exige la identificación de la unidad de cuenta como condición esencial del diseño del tributo.

Pero hay más. La indeterminación de su valor es también una prueba de la deslegalización del pretendido medio de ajuste.

¹⁰⁶ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley del Banco Central de Venezuela, art. 106, *op. cit.*, art. 107.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, art. 116.

Se ha dicho correctamente:

[“... Es humo...] cualquier aplicación que emplee *blockchain* que no sea universalmente verificable e inmutable con datos internos del propio sistema o que dependa de terceros [...]”¹⁰⁸.

Más del 51 % del poder computacional del petro está en manos del régimen. Los bloques de información son modificables y no son verificables por terceros. La disposición de este no la realiza el propietario efectivo a través de un *wallet*, libres del control de la SUNACRIP, sino a través de *exchanges*. Estos intermediarios están muy controlados por la Superintendencia, esto es, mandatarios sin representación autorizados por la administración de criptoactivos. Esto en sí mismo hace presumir una falta de transparencia y descentralización de la verificación de la autenticidad de las transacciones.

El *blockchain* utiliza funciones *hash*, que es una forma matemática de crear huellas digitales únicas de cualquier información, huellas fáciles de verificar. Si se cambia cualquier dato, como un bloque con transacciones, la huella (el *hash*) cambia evidenciando la manipulación. Eso sí, solo si todos tienen la misma cadena y alguien cambia algo¹⁰⁹.

Para hacer evidente que su valor es artificial y manipulado, basta con revisar la serie estadística del comparativo en dólares del precio del petro y el barril de petróleo desde su creación, tal como lo demostraré en el gráfico más adelante. Además, no tiene un mercado observable, ya que, si lo tuviera fluctuaría, particularmente si fuera real la pretendida integración de valor con activos subyacentes con su propio mercado observable como son el petróleo, oro, coltán y otros minerales valiosos como ofreció el *whitepaper* que fundamentó su creación.

En efecto, el petro fue creado en 2018 y desde entonces tiene un valor estable en el rango de los USD 60¹¹⁰ mientras que el petróleo ha oscilado entre los USD 41,47 y los USD 86,94. Incluso, en el año 2020 en el umbral del comienzo de la pandemia del COVID 19 el petróleo descendió a USD 41,47 y los futuros bajaron a valores negativos¹¹¹, sin embargo, el petro no se inmu-

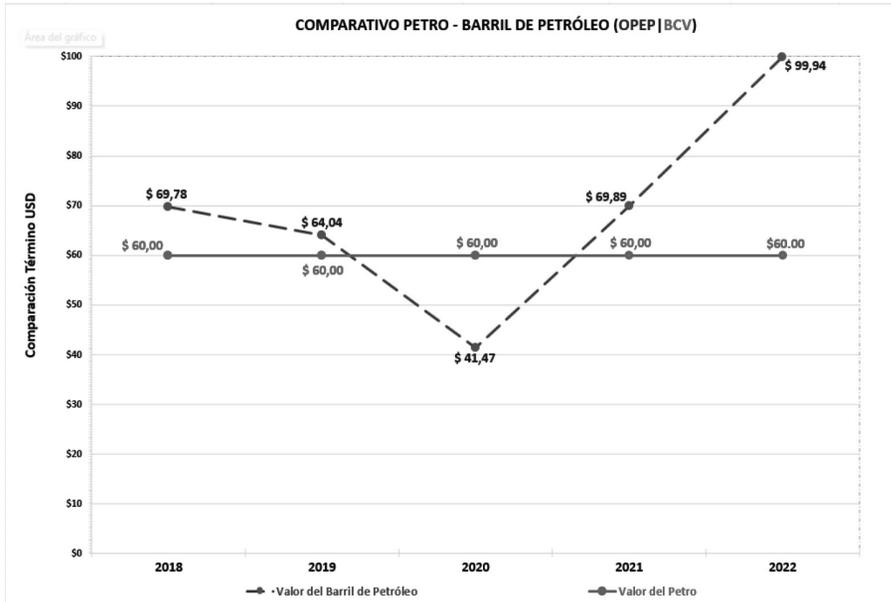
¹⁰⁸ Álvaro MARÍA, *Filosofía de Bitcoin*, p. 53.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Así lo confirma el valor reportado por el BCV (referencia en “otras divisas”). Véase [/www.bcv.org.ve/estadisticas/graficos/precios-petro](http://www.bcv.org.ve/estadisticas/graficos/precios-petro) [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2023].

¹¹¹ “El precio del barril de petróleo ha caído alrededor de 70%, llegando incluso a mostrar precios negativos en el marcador de crudo del mercado estadounidense, *West Texas Intermediate* (WTI), el 20 de abril (ver figura 1.A). Según cifras de la *Energy Information Administration*, la demanda de petróleo global se ha reducido en al menos 18 millones de barriles diarios (mbd) a causa de la pandemia, una cifra equivalente al 20% de la demanda global (ver figura 1.B). De un promedio de aproximadamente 60 dólares por barril (\$/b), el

tó. Todavía a la fecha de la finalización de este art. 8 de septiembre de 2023, en plena guerra de ocupación de Ucrania por Rusia, tampoco se inmutó del valor de USD 60 cuando el precio del petróleo WTI está en USD 90, 70¹¹².



Fuente: OPEP.

Por lo tanto, la medición de la tasa se hace depender de una cotización incierta a la fecha de su pago. No se trata de un medio de valor determinable y objetivo, sino de un criterio incierto y arbitrario. Su medición depende del valor que la SUNACRIP le asigne.

En definitiva, su uso implica una deslegalización prohibida de la unidad de cuenta en la base de cálculo de las obligaciones tributarias principales o accesorias.

2. DESNATURALIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Pero, además, la dolarización y el uso del petro implican una desnaturalización de la obligación tributaria, en bolívares, porque desde el punto de vista

crudo hoy cotiza en aproximadamente ~20\$/b, llevándolo a niveles no vistos desde finales del siglo XX, en un período caracterizado por presentar un mercado completamente saturado". Véase <https://blogs.iadb.org/energia/es/la-crisis-de-los-precios-de-petroleo-ante-el-covid-19-recomendaciones-de-politica-para-el-sector-energetico/> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2023].

¹¹² Véase www.preciopetroleo.net/ [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2023].

económico la sustituye o transforma en esa otra especie monetaria extranjera que se utiliza como factor de corrección, con independencia de que se pague en bolívares. La obligación pecuniaria que nace en bolívares se transforma en una obligación en moneda extranjera. Se altera el objeto de la prestación. El dólar o el petro se convierte sobrevenidamente, por causa legal, en sustancia de la prestación monetaria, esto es, se usan como un parámetro para fijar un índice de valor adquisitivo en otra moneda de curso legal¹¹³.

La sola transformación a dólares o a petros de la obligación pecuniaria nacida en bolívares por concepto de impuestos, tasas o por cualquier accesorio de la obligación tributaria, hace de la obligación material o de la sanción una obligación de valor en esas mismas medidas, prohibida por el art. 146 del COT. Expone al contribuyente a las vicisitudes y riesgos de ambos cuando la obligación tributaria es sí o sí en bolívares. Su fin, como en toda dolarización por sustitución de activos, consiste en evitar e invertir el riesgo cambiario del bolívar. En este caso desplazar el riesgo cambiario con deslealtad hacia el contribuyente.

Esto, aparte de prohibido, es discriminatorio con el resto de las mediciones de los elementos de la obligación tributaria que deben determinarse en bolívares y no en otra especie monetaria o pseudomonetaria. Incluso, es desleal al entorno institucional y económico en el que la moneda de curso legal es el bolívar, a la vez que moneda funcional de los agentes económicos cuyo entorno económico se verifica sobre todo en bolívares. Los ingresos, costos y gastos son sustancialmente medidos en bolívares, aunque puedan ser transados en otras monedas. El bolívar sigue siendo preponderante sustancia monetaria de la actividad económica en Venezuela.

En efecto, todos los documentos que se presentan ante los registros y notarías deben estar expresados en bolívares, incluidos los que contengan valores en moneda extranjera. Así lo ordena el art. 130 de la LBCV. Peor

¹¹³ Esto es lo que se denomina en materia contractual una “cláusula de valor en moneda extranjera”. La cláusula no cambia la naturaleza del objeto de la obligación. Este sigue siendo una obligación pecuniaria. Su objetivo es proteger al acreedor contra la inflación o la depreciación monetaria respecto de otra moneda. Véase James-Otis RODNER, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, p. 266. El autor comenta que la obligación expresada en moneda extranjera como moneda de cuenta o como moneda de pago siempre se comporta igual que una obligación pecuniaria. Por lo tanto, se aplica: i) el principio nominalístico (el mismo número de unidades monetarias), ii) no se puede oponer la pérdida del valor externo de la moneda, iii) la deuda en moneda extranjera es homogénea (la denominación representa un mismo objeto o valor monetario), iv) indestructible (la obligación siempre puede ser cumplida porque el objeto dinero no perezca por situaciones sobrevenidas) y v) los intereses aplicables a las deudas en moneda extranjera es la tasa de interés prevaleciente en el derecho interno de la moneda extranjera de que se trate. *Op. cit.*, p. 269.

aún, todos los costos de las administraciones públicas son en bolívares, pues el entorno económico de la administración es en bolívares¹¹⁴.

Es más, llama muchísimo la atención la decisión, por contradictoria, del mismo legislador de la reciente reforma de la LIGTF¹¹⁵ de justificar el gravamen de las transacciones en moneda extranjera con un tipo agravado con el pretexto del fomento del uso del bolívar¹¹⁶.

Si la política pública es incentivar el uso del bolívar como moneda y curso legal, ¿por qué entonces las obligaciones tributarias principales o accesorias se denominan en petros (*recticus*: dólar) o en la moneda extranjera de mayor valor publicada por el BCV?

Otro desaguisado que hace protuberante la incoherencia de dolarizar la obligación tributaria y sus accesorios es la previsión del art. 14 de la LO-CAPTEM según la cual los intereses de mora tributarios también se dolarizan y se someten a la tasa de interés prevista en el COT como límite máximo. La inconsistencia técnica y la incoherencia valorativa de esta previsión consiste en que está pensada para obligaciones pecuniarias denominadas en bolívares y no en dólares¹¹⁷. Permitir un interés de mora en bolívares para una obligación dolarizada no solo es desproporcionado por excesivo, sino que equivale a desfigurar la naturaleza indemnizatoria del interés de mora por un propósito lucrativo y usurario inconsistentes con la mora y la función recaudatoria del tributo.

Basta contrastar la diferencia entre el interés de mora tributaria del 66,94 % respecto de la tasa activa del dólar en su mercado de legal (según la Reserva Federal de Estados Unidos¹¹⁸) que está en el 5,25 % al cierre del mes de julio de 2023, esto es, una diferencia de 12,7 veces.

Por lo tanto, con la dolarización de los tributos (incluido el petro) se hace evidente:

¹¹⁴ En el caso de los registros y notarias es patético: ¿Por qué si las escrituras registrales y notariales deben expresarse en bolívares, la tasa que grava el registro o la inscripción del documento debe denominarse en petros (*recticus*: dólares), ¿aunque se pague en bolívares?; ¿por qué si los costos del SAREN son en bolívares, los ingresos por tasas deben denominarse en él?

¹¹⁵ *Gaceta Oficial*, n.º 6.687, Caracas, 25 de febrero de 2022.

¹¹⁶ Véase exposición de motivos de la LIGTF: “[...] incentivar en términos tributarios el uso del bolívar, haciendo más barato su uso respecto de las divisas, apoyando así al fortalecimiento gradual de nuestra moneda nacional”. p. 2.

¹¹⁷ No pudiendo exceder 1,2 veces la tasa activa promedio interbancaria fijada por el BCV, esto es, la tasa promedio de los seis bancos comerciales y universales del país con mayor volumen de depósitos, excluidas carteras con intereses preferenciales. Art. 66 del COT 2022. Véase serie estadística de la tasa de interés activa interbancaria en www.bcv.org.ve/estadisticas/tasas-de-interes [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].

¹¹⁸ Véase <https://datosmacro.expansion.com/tipo-interes/usa> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].

- i) un trato incoherente, desigual y el despropósito de tomar ventaja del contribuyente,
- ii) implica una deslegalización prohibida de la unidad de medida de los tributos y sus accesorios y
- iii) persigue un fin ilegítimo y particularmente inmoral.

3. INCONSTITUCIONALIDAD POR INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD PENAL, LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD NORMATIVA Y DE RAZONABILIDAD DE LA LEY

En ambos casos, la dolarización de las multas, incluido el uso del petro, son mediciones inidóneas contrarias a la previsibilidad y certeza de la sanción penal. Son paradigmas de la deslegalización y subjetividad del aplicador. Infringen los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la ley.

Al igual que el ajuste de las sanciones al valor de la UT a la fecha del pago, en el supuesto negado que fuera válido el ajuste por la dolarización de las sanciones o por un sucedáneo como aquel, cualquier ajuste posterior a la fecha de la comisión del ilícito desvirtúa la actualización de la sanción, implica la aplicación retroactiva de un valor que no representaba el valor real del dólar o del petro al momento de la infracción y la convierte en un mecanismo reñido con el mismo propósito sancionatorio (sea represivo o disuasivo) de la multa, aparte de un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva como evidencio más adelante.

En su caso, lo que, *ex hipótesis* podría ajustarse es el valor original de la sanción expresada en dólares al momento de la comisión del ilícito. Esta es la única circunstancia en la que se conoce y puede determinarse con certeza el valor de la sanción y, por lo tanto, sus consecuencias previsibles. El conocimiento previo se reduce al contenido *in obligationem* de la obligación pecuniaria por la multa, no al contenido material *in solutionem* de la misma, pues su conocimiento previo a la comisión del ilícito fiscal es imposible¹¹⁹. Es contrario a la legalidad penal, ajustar la sanción sea al momento del pago voluntario o previa determinación de la Administración, pues se trata de momentos *ex post facto* desconocidos en el tiempo. Un ajuste en estas circunstancias constituye una situación incierta que implica una corrección indeterminada.

En mi opinión no es aceptable el pretexto de la finalidad disuasiva de la multa indeterminada para justificar la corrección de su valor a la fecha de

¹¹⁹ Carlos H. WEFER, "Inflación y derecho penal tributario. Las sanciones tributarias como obligaciones de valor", p. 32.

su pago. Esa explicación solo encubre el despropósito de la aplicación arbitraria de la misma.

Que la finalidad de la pena pueda ser preventiva o disuasiva, no justifica ni se asegura con la incerteza o la indeterminación de su valor. La creación de una multa de cuantía incierta por indeterminada es un sinsentido que la desnaturaliza inconstitucionalmente y la convierte en un medio arbitrario que depende de la voluntad del aplicador, esto es, *lex incerta*¹²⁰.

Al igual que el ajuste de las sanciones al valor de la UT a la fecha del pago, la dolarización de las sanciones o su pago en petros, constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, ya que:

- i) inhiben a los contribuyentes a recurrir el acto administrativo por temor a la mayor onerosidad que pueda repercutir sobre la deuda tributaria, la incertidumbre de las resultas del pleito y el prolongado transcurso del tiempo hasta la decisión final y se
- ii) traduce en el despropósito de pretender perpetuar la ineficiencia de la administración tributaria en la recaudación de los tributos.

3. INCONSTITUCIONAL PRETENSIÓN DE PROVECHO DE DAÑOS POR HECHO ILÍCITO

Como he dicho, es ilegítimo que alguna administración pública pueda beneficiarse de su propio acto ilícito o del ilícito y los daños causados por el Estado a los ciudadanos (*Ex turpi causa*).

Pretender un ajuste de la sanción tributaria según el valor del dólar o del llamado petro a la fecha del pago constituye un aprovechamiento ilegítimo del acreedor tributario sobre el daño antijurídico imputable directamente al funcionamiento ilegal del BCV, al ser causa eficiente, directa y absoluta de la hiperinflación y de la hiperdepreciación del bolívar.

La pretendida dolarización de las sanciones tributarias constituye una intención de provecho por causa ilícita de la administración pública que debe y puede ser rechazado por el afectado por vía de excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, en caso de fiscalización y consecuente liquidación de alguna presunta infracción cifrada en “dólares” o su eufemística enunciación como “[...] el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV [...]”.

Ahora bien, la prohibición de aprovechamiento de un ilícito tiene su propia racionalidad. Así como el ciudadano tiene derecho y acción para exigir indemnización por los daños causados por la prestación de la actividad administrativa *ex art. 140* constitucional, con mayor razón, *a fortiori*, tiene

¹²⁰ Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, p. 141.

derecho a oponerse y excepcionarse de cualquier pretendido provecho, compensación o lucro de alguna administración pública que tenga fundamento en un hecho ilícito imputable al Estado, como una pretensión ilegítima *ex turpi causa*, tal como es el caso de los daños al poder adquisitivo del bolívar causado a la población por la hiperinflación o la hiperdepreciación del bolívar.

Ya he demostrado que la pérdida de poder adquisitivo por hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar es un daño directo e inmediato imputable al funcionamiento ilegal e inconstitucional del BCV.

Ante esta situación, en cada caso que se reclame a algún contribuyente una infracción a la legalidad tributaria y pretenda determinarse el ajuste dolarizado de la sanción, la administración tributaria estaría individualizando un aprovechamiento injusto del daño monetario. Si bien el perjuicio es general por la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar imputable a la acción ilícita del BCV, es inaceptable pretender lucrarse o aprovecharse de manera individual del deudor de la sanción pecuniaria, reclamándole la pérdida de valor de la moneda envilecida por el propio Estado, esto es, aparte de infligir el daño general (la pérdida del poder adquisitivo del bolívar), beneficiarse también del mismo daño (el ajuste del poder adquisitivo del bolívar) en situaciones particulares. El contribuyente no tiene deber de soportar el daño antijurídico individualizable.

El aprovechamiento injusto evaluable en el ámbito económico será la medida de la depreciación del bolívar frente a la moneda de mayor valor que pretenda aplicarse para ajustar la multa entre la fecha de la comisión de la infracción y su liquidación o pago.

Ese aprovechamiento injusto compromete, como es claro, los derechos fundamentales de propiedad, igualdad, tutela judicial efectiva y razonabilidad de la ley.

Ese importe representa el daño antijurídico y efectivo al poder adquisitivo de bolívar cuyo resarcimiento se pretende de manera ilícita.

Aun así, solo si verifica el ingreso efectivo de la sanción ajustada según el valor de la UT, del dólar o del llamado petro a la fecha del pago, semejante ingreso constituiría un supuesto de “enriquecimiento injusto o sin causa lícita” a favor de la hacienda pública. En este caso particular, el enriquecimiento injusto tiene causa en el daño antijurídico individualizado por la depreciación del bolívar directamente imputable al funcionamiento inconstitucional e ilegal del BCV y responsabilidad del Estado.

Así las cosas, el ciudadano contribuyente tiene derecho y acción para reclamar la *devolución* de lo ingresado de forma inconstitucional *ex art. 67* del COT de 2021 y acumular una pretensión indemnizatoria o de condena para reintegrar los mayores daños que implique el pago indebido o el enri-

quecimiento injusto¹²¹, que en hiperinflación excede con creces la tasa activa promedio incrementada en 1,2 veces. Todo ello para producir un pleno restablecimiento de la situación jurídica lesionada como recoge nuestro ordenamiento en el art. 140 constitucional, no solo para asegurar una reparación integral, sino evitar el desequilibrio patrimonial entre las partes de la relación jurídico-tributaria¹²².

4. OTRAS LESIONES CONSTITUCIONALES POR LA DOLARIZACIÓN DE LAS SANCIONES TRIBUTARIAS

Cifrar las multas según el tipo de cambio vigente de la moneda de mayor valor al momento del pago o en función de un pretendido sucedáneo monetario como el petro, también implica una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹²³.

Ese pretendido ajuste supone un bloqueo ilegítimo al acceso a la justicia por la desproporción causada por la mayor onerosidad que puede significar el ejercicio de su derecho de impugnación frente al reclamo administrativo y la pendencia del proceso y el efecto inhibitorio que semejante amenaza económica implica (el ajuste permanente de la tasa de cambio de la divisa utilizada como medio de corrección hasta el momento incierto del pago) frente a la incerteza de las resultas y la prolongación del lance judicial. Tal situación, en la práctica, constituye un subterfugio legal para enervar de modo parcial la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva y que puede obligar a los contribuyentes a allanarse al viciado reclamo fiscal. Esto es lo que en otras jurisdicciones del derecho comparado se identifica como el “efecto congelamiento” (*chilling effect*) en el ejercicio de derechos protegidos a nivel constitucional, como aquellas prácticas violatorias del principio constitucional de proporcionalidad¹²⁴.

¹²¹ Véase TRIBUNAL PRIMERO CONTENCIOSO TRIBUTARIO, sentencia de fecha 4 de diciembre de 2003, caso Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles, S.A. (SOFAVEN) vs. SENIAT “además de acogerse al criterio del legislador tributario respecto al *quantum* indemnizatorio, resulta plenamente compatible con los principios generales del Derecho y también derechos constitucionales categóricamente formalizados (en los artículos 2, 26, 30, 49, 115, 140, 257 y 259) de tutela judicial efectiva, responsabilidad del Estado y reparación justa e integral de los daños imputables al Estado, a los cuales se suman los principios del Código Civil (art. 1178), de donde es claro que el daño (y el enriquecimiento injusto) ocurre desde el momento mismo del pago indebido, daño que puede ser resarcido por medio de intereses moratorios”.

¹²² Sobre la posibilidad de la acumulación de una pretensión de devolución y una indemnizatoria, Fernando CASANA, *La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos tributarios*, p. 11.

¹²³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 26.

¹²⁴ Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 45.

En definitiva, los mandatos consagrados en los arts. 91 y 92 del COT de 2020, así como los criterios sobre el ajuste de sanciones tributarias por la UT mantenidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia¹²⁵ (aplicables a la dolarización de las sanciones tributarias), constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, ya que inhiben a los contribuyentes a recurrir el acto administrativo por temor a la mayor onerosidad que pueda repercutir sobre la deuda tributaria, la incertidumbre de las resultas del pleito y el prolongado transcurso del tiempo hasta la decisión final.

Finalmente, el absurdo que plantea la dolarización de las sanciones según el tipo de cambio de otra moneda o el uso de llamado petro, también se traduce en el despropósito de pretender perpetuar la ineficiencia de la administración tributaria en la recaudación de los tributos a través de un sistema que garantiza una automática y desproporcionada “indemnización”¹²⁶, premiándosela por su desidia en total contradicción con los derechos y garantías de los ciudadanos, consagrados en la Constitución y en la ley.

Epílogo: el colapso del petro

En Venezuela estos últimos veintitrés años la mentira domina como política de Estado todos los ámbitos de la acción pública¹²⁷. Se trata de algo más turbio que la simple ilegalidad¹²⁸. El engaño ha sido sistemático¹²⁹, pro-

¹²⁵ Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 4 de junio de 2014, con ponencia del magistrado Emilio Ramos González, caso Tamayo & CIA., S.A. vs. República de Venezuela (Fisco Nacional), en *Gaceta Oficial*, n.º 40.468, 5 de agosto de 2014. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165176-00815-4614-2014-2012-1813.HTML> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2023]; Humberto ROMERO-MUCI, *Uso, abuso y perversion de la Unidad Tributaria*, pp. 89; ROMERO-MUCI, “La metamorfosis...”, *op. cit.*

¹²⁶ José Andrés OCTAVIO LEAL “El ajuste por inflación de las sanciones pecuniarias en el Código Orgánico Tributario de 2001”, p. 68.

¹²⁷ Allan BREWER CARIAS, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente: 1999-2015*, p. 10.

¹²⁸ Paráfrasis del comentario de Piero Calamandrei en su del libro *Il facismo come regime della menzogna*, Roma, Laterza, 2014: “[...] fue algo más profundo y complicado que una turbia ilegalidad: Fue la simulación de la legalidad, el fraude legalmente organizado a la legalidad. A la tradicional clasificación de las formas de gobierno cabía agregar, ahora, una palabra que lograrse darle significado a este nuevo y distinto régimen: El gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada, del fraude constitucional”, citado por BREWER, *op. cit.*

¹²⁹ Todo tipo de mentiras en todos los ámbitos de la acción pública.

gresivo¹³⁰, acumulativo¹³¹ y del todo destructivo de la institucionalidad estatal.

Se practicó una indeterminación radical del derecho, se corrompió el lenguaje y hasta se falsificó la historia para convertirlos en instrumentos de dominación impúdica y delirante.

La racionalidad del derecho se redujo a la simple “voluntad del más fuerte”. Privan las falacias, el decisionismo y la arbitrariedad. “Verdad” y “justicia” perdieron todo contenido y se convirtieron en simples mascaradas ideológicas de la “voluntad del poder”.

Se impuso una neolengua al servicio de la manipulación y la dominación ideológica, así como para la incomunicación, la exclusión y la discriminación entre los venezolanos. Incluso, se falsificó la historia patria para instrumentalizar el pasado con fines políticos.

El ocultamiento y la manipulación de la información económica y sus derivados institucionales no son excepción. En particular, se fijaron artificialmente los precios de bienes y servicios (que se llamaron con eufemismo “precios justos”¹³²) y los márgenes máximos de ganancia por producto, se controlaron las tasas de interés bancarias, incluida la manipulación del precio de la moneda extranjera, los salarios y demás costos laborales, se ocultaron y manipularon las estadísticas sobre inflación (INPC), crecimiento económico, deuda pública y otros datos macroeconómicos sobre el desempeño de la economía.

En este contexto de engaño apareció el petro aparentando modernidad e innovación. Pero este, como toda engañifa ideológica nunca pudo ocultar la realidad. La sospecha de su intención nefaria siempre fue evidente y hoy está más que confirmada. En la vorágine de improvisaciones y regulaciones, fracasos de implementación hoy el petro queda reducido a un nombre vacío, que sirve como artilugio para dolarizar la economía.

Las más recientes noticias en los medios de comunicación especializados¹³³ refieren su posible desaparición por motivos técnicos, la ineficiencia de su gestión y vínculos en una trama de corrupción con la estatal PDVSA.

¹³⁰ Mentira tras mentira.

¹³¹ Mentiras sobre mentiras.

¹³² Juan D. ALFONSO, Alejandro GALLOTTI y Carolina SOTELDO, *Análisis jurídico económico y financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa que lo complementaria*; José I. HERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley del régimen cambiario y sus ilícitos en el contexto de la nueva Ley Orgánica de Precios Justos*; Carlos GARCÍA SOTO, Claudia NIKKEN (COORDS.), *Ley de costos y precios justos*.

¹³³ Véase www.bloomberglinea.com/latinoamerica/venezuela/se-acerca-el-fin-del-petro-la-criptomoneda-venezolana-tras-reajuste-interno-y-deudas-por-pagar/ [fecha de consulta: 7 de septiembre de 2023].

Conclusiones

1. El petro no es una moneda, ni siquiera una unidad monetaria de cuenta, porque no está designado, ni se le atribuye función monetaria de curso legal por el ordenamiento jurídico venezolano. Tampoco es un “criptoactivo”. Es solo un nombre vacío. Un eufemismo ideológico para esconder la ruina económica, opacar el lenguaje y la información económica en el país.
2. Siempre estará referido a otra unidad monetaria que significa el valor efectivo de intercambio (el dólar), lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.
3. Independientemente de la ilegitimidad de origen, su objetivo es sustituir al bolívar y entronizar el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que este usa, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. Desde la perspectiva económica, esa sustitución:
 - i) evita los riesgos cambiarios del bolívar,
 - ii) su valor puede ser manipulado a voluntad por el régimen, en cualquier momento, sin estar expuesto a los riesgos inflacionarios o por la depreciación externa del bolívar.
4. Ello en sí mismo constituye una ilegalidad e inconstitucionalidad por:
 - i) deslegalizar la moneda para denominar y pagar obligaciones tributarias y sanciones y
 - ii) contradecir el uso del bolívar como moneda de uso forzoso para denominar y pagar las obligaciones tributarias.
5. Particularmente, es inconstitucional e ilegal la dolarización de las sanciones tributarias, sea el uso del:
 - i) “[...] tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV [...]” o
 - ii) el petro vigente a la fecha del pago para dimensionar las multas expresadas en el ámbito normativo en términos de dicha unidad de valor y no según la vigente a la fecha de la comisión del ilícito.
6. La “dolarización” de sanciones en el COT de 2020 constituye una protuberante antinomia de los arts, 146 y 3 encabezado del COT de 2020, que obligan a la presentación y pago del tributo y sus accesorios en bolívares, con exclusión de cualquier otra moneda y *a fortiori*, de cualquier pretendido sucedáneo monetario de cuantificación como el petro.

7. Esa salida es una frontal antinomia de los arts. 318 constitucional, 3 y 146 del COT de 2020 y 116 de la LBCV que imponen el bolívar como moneda de determinación, presentación y pago excluyente de la obligación tributaria y sus accesorios, por ser materia de la exclusiva reserva legal tributaria.
8. Con la dolarización de los tributos se hace evidente un trato incoherente, desigual y el despropósito de tomar ventaja del contribuyente.
9. Pretender un ajuste de la sanción tributaria según el valor del dólar o del llamado petro a la fecha del pago constituye un aprovechamiento ilegítimo del acreedor tributario sobre el daño antijurídico imputable al funcionamiento ilegal del BCV, al ser causa eficiente, directa y absoluta de la hiperinflación y de la hiperdepreciación del bolívar.

Bibliografía

- ABADI M., Anabella, “15 años de violaciones a la autonomía del BCV. Proceso constante, resultado fulminante”. Disponible en <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/07/Violaciones-Autonomi%CC%81a-BCV-2018-Anabella-Abadi-M.-.pdf> [fecha de consulta: 23 de agosto de 2023].
- ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, “Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares”. Disponible en [www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Opinión%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20dólares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Opinion%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20d%C3%B3lares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf) [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Pronunciamiento en rechazo a los “Decretos Constitucionales” que pretenden modificar el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de impuesto al valor agregado dictadas por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, de fecha 2 de febrero de 2020. Disponible en <https://derysoc.com/pronunciamento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales/> [fecha de consulta: 3 de agosto de 2023].
- ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS, *Pronunciamento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas ante la situación económica* de fecha 9 de marzo de 2021. Disponible en <https://ancevenezuela.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/20210309-PronunciamentoANCE.pdf> [fecha de consulta: 21 de agosto de 2023].

- ALFONSO, Juan D.; Alejandro GALLOTTI y Carolina SOTELDO, *Análisis jurídico-económico y financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa que lo complementaria*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2015.
- BAL, Aleksandra, *Taxation, virtual currency and blockchain*, Wolters Kluwer, Series on International Taxation, No. 68, 2019.
- BRENNAN, Geoffrey y James BUCHANAN, *El poder fiscal fundamentos analíticos*, Madrid, Unión Editorial, 1987.
- BREWER-CARIAS, Allan, "El secreto y la mentira como política de Estado y el fin de la Obligación de Transparencia". Disponible en <http://allanbrewercarias.com/documentos/el-secreto-y-la-mentira-como-politica-de-estado-y-el-fin-de-la-obligacion-de-transparencia-de-como-el-tribunal-supremo-de-justicia-libero-inconstitucionalmente-al-banco-central-de-venezuela-de-cumplir/> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2023].
- BREWER CARIAS, Allan, *La mentira como política de estado. Crónica de una crisis política permanente: 1999-2015*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, colección de Estudios Políticos, n.º 10, 2015.
- CARMONA BORJAS, Juan Cristobal, *Mundo jurídico de las criptomonedas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019.
- CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, "¿Cuánto vale el petro?". Disponible en www.acienpol.org/ve/wp-content/uploads/2020/04/CU%C3%81NTO-VALE-EL-PETRO-.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2023].
- CASANA MERINO, Fernando, *La responsabilidad patrimonial de la administración derivada de actos tributarios*, Granada, Comares, 2016.
- CASTELLANO MONTIEL, Alberto Gregorio, "La demanda de dinero y la sustitución de monedas y de activos en Venezuela: 1997-2008", en *Economía*, xxxvii, 34, julio-diciembre, 2012.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. Cuadragésimo quinto período de sesiones 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020 Tema 4 de la agenda Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo, 15 de septiembre de 2020". Disponible en www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto de 2023].
- Discurso de contestación al discurso de incorporación del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Disponible en www.acienpol.org/ve/cmancienpol/Resources/IndividuosDocs//246/Discurso2.pdf [fecha de consulta: 1 de agosto de 2023].
- DUQUE CORREDOR, Román José, *Desvirtuación del sistema tributario, la violación de derechos ciudadanos y la inseguridad jurídica de la ley de reforma de la ley de registros y notariado*, Caracas, Fundación Alberto Adriani, 2022.
- DUPOUY MENDOZA, Elvira, "Consideraciones sobre la constitucionalidad e ilegalidad de actualización de las multas establecidas en el Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas", en Rafael BADELL MADRID, Enrique URDANETA

- FONTIVEROS, Salvador YANNUZZI RODRÍGUEZ (coords.), *Libro homenaje al doctor Luis Cova Arria*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020, tomo III.
- FRAGA LO CURTO, Luis, “Las soluciones institucionales a la crisis inflacionaria”. Disponible en www.academia.edu/32884364/SOLUCIONES_INSTITUCIONALES_A_LA_CRISIS_INFLACIONARIA_Por_Luis_Fraga_Lo_Curto_Abogado_UCAB [fecha de consulta: 20 de agosto de 2023].
- FRAGA PITTALUGA, Luis Jesús, *Algunos comentarios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario de 2020*. Disponible en <https://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/e-learning/item/9-algunos-comentarios-sobre-la-reforma-del-codigo-orgnico-tributario-de-2020> [fecha de consulta: 19 de agosto de 2023].
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Responsabilidad patrimonial de la administración*, 2ª ed., Granada, Editorial Comares, colección Derecho Administrativo Práctico, 2020.
- GARCÍA LARRALDE, Humberto, “Algunas implicaciones de la dolarización transaccional en Venezuela”. Disponible en www.lapatilla.com/2021/01/22/humberto-garcia-larralde-algunas-implicaciones-de-la-dolarizacion-transaccional-en-venezuela/ [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].
- GARCÍA LARRALDE, Humberto, “Crítica del actual control de cambio en Venezuela”. Disponible en www.academia.edu/10234449/Cr%C3%ADtica_del_actual_control_de_cambio_en_Venezuela [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].
- GARCÍA LARRALDE, Humberto, “La catástrofe que al fin reconoce el BCV”. Disponible en www.descifrado.com/2019/07/28/humberto-garcia-larralde-la-catastrofe-que-al-fin-reconoce-el-bcv/ [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].
- GARCÍA LARRALDE, Humberto, “Lineamientos de una política cambiaria para la competitividad en Venezuela”. Disponible en www.academia.edu/36643330/Lineamientos_de_una_pol%C3%ADtica_cambiaria_para_la_competitividad_en_Venezuela [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].
- GARCÍA SOTO, Carlos; Claudia NIKKEN (coords.), *Ley de costos y precios justos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, colección de Textos Legislativos n.º 53, 2012.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 8ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2016.
- HERNÁNDEZ, José I., *Comentarios a la nueva Ley del régimen cambiario y sus ilícitos en el contexto de la nueva Ley Orgánica de Precios Justos*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2014.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 153-154, 2018.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 145-146, enero-junio 2016.

- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Control de cambio y de precios en Venezuela. Auge y colapso institucional 2003 2020. Del modelo socialista a la dolarización de facto*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, colección Estudios Jurídicos, n.º 146, 2021.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Estado fallido y recaudación tributaria en Venezuela”, en Leonardo PALACIOS MÁSCUEZ, Sevillano ABACHE CARVAHAL y Juan Manuel ALBACETE (coords.), *Derecho tributario contemporáneo (libro homenaje a los 50 años del Asociación Venezolana de Derecho Tributario)*, Caracas, Editorial Jurídica venezolana, 2019.
- MARIA, Álvaro D., *Filosofía de bitcoin*, Madrid, Libros.com, 2022.
- MEJIA BETANCOURT, José Amando, “El sistema tributario venezolano ante un estado fallido”, en Leonardo PALACIOS MÁSCUEZ, Sevillano ABACHE CARVAHAL y Juan Manuel ALBACETE (coords.), *Derecho tributario contemporáneo (libro homenaje a los 50 años del Asociación Venezolana de Derecho Tributario)*, Caracas, Editorial Jurídica venezolana, 2019.
- OCTAVIO LEAL, José Andrés “El ajuste por inflación de las sanciones pecuniarias en el Código Orgánico Tributario de 2001”, en *Revista de Derecho Tributario*, n.º 115, julio-septiembre 2007.
- PALMA CARRILLO, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana/Ediciones IESA, 2020.
- PRICE, WATERHOUSE COOPERS, “Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS, No 2019-05 In depth: a look at current financial reporting issues”, December 2019. Disponible en www.google.co.ve/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjHvtzGzPzmAhWRjFkKHVjJAAAQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.pwc.com%2Fgx%2Fen%2Faudit-services%2Fifrs%2Fpublications%2Fifrs-16%2Fcryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifrs-pwc-in-depth.pdf&usg=AOvVaw0WanW8JzR1yMVbpzaGN Xbt [fecha de consulta: 7 de septiembre de 2023].
- RACHADEL, Manuel, Prólogo, en Allan BREWER-CARÍAS, *La mentira como política de estado. Crónica de una crisis política permanente (Venezuela 1999 2015)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, colección Estudios Políticos, n.º 10, 2015.
- RODNER, James-Otis, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, 2ª ed. concordada con la jurisprudencia venezolana y los principios UNIDROIT, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- ROMERO MOLINA, César Augusto; Ligia COLMENARES; Andrea MURILLO, “Sistema y método para fijar las tarifas de tasas y las contribuciones”, en *Derecho y Políticas Públicas*, vol. 15, n.º 17, enero-junio 2013.
- ROMERO-MUCI, Humberto, Discurso de recepción académica del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, sillón No. 30, el día 6 de noviembre de 2018 en el Paraninfo del Palacio de las Academias, sobre “Múltiples caras de

- los criptoactivos. Especial referencia al caso del PETRO”. Disponible en www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/Discurso-246.pdf [fecha de consulta: 7 de septiembre de 2023].
- ROMERO-MUCI, Humberto, “Dolarización, deslegalización y expolio por el uso del Petro como unidad de cuenta de las tasas en la reforma de Ley de Registros y Notarías”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 167, enero-marzo de 2022.
- ROMERO-MUCI, Humberto, “El petroengaño contable (análisis jurídico del Decreto No. 4025, de la Providencia 097-2019 de SUNACRIP y del proyecto de BAVEN NIF No. 12 de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEFF preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de los EEFF medidos en criptoactivos)”, en Caterina BALASO TEJERA (coord.), *Libro homenaje a Allan Brewer Carías en sus 80 años de evolución del derecho público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, CIDEP, 2020.
- ROMERO-MUCI, Humberto, “La ilegítima dolarización de las sanciones tributarias”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Montevilla, Derecho y Sociedad*, n.º 18, diciembre 2021.
- ROMERO-MUCI, Humberto, “La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre de 2019”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 13, 2019.
- ROMERO-MUCI, Humberto, “La metamorfosis kafkiana de la Unidad Tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias”, en Gustavo URDANETA TROCONIS, Rafael BADELL MADRID, Belén RAMÍREZ LANDAETA, Carlos Luis CARRILLO ARTILES, Antonio SILVA ARANGUREN, Gonzalo PÉREZ SALAZAR (coords.), *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Caracas, Fundación de Derecho Administrativo, 2022, tomo II.
- ROMERO-MUCI, Humberto, “Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias”, en Rafael BADELL MADRID (coord.), *Libro homenaje a Cecilia Sosa Gomez*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021, tomo I.
- ROMERO-MUCI, Humberto, “La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre de 2019”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 13, 2019.
- ROMERO-MUCI, Humberto, *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, serie Estudios n.º 111, 2015.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, tomo I: “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”.
- SAEZ FRANCISCO y LUÍS ZAMBRANO SEQUIN, “De la inflación crónica a la hiperinflación: el equilibrio al borde del abismo”. Disponible en www.academia.edu/41521655/De_la_inflaci%C3%B3n_cr%C3%B3nica_a_la_hiperinflaci%C3%B3n_El_equilibrio_al_borde_del_abismo [fecha de consulta: 19 de agosto de 2023].

- VERA AZAF, Leonardo, ¿Hacia dónde avanza el desorden monetario venezolano? Disponible en <https://ancevenezuela.org.ve/hacia-donde-avanza-el-desorden-monetario-venezolano/> [fecha de consulta: 19 de agosto de 2023].
- WEFFE E., Carlos H, “Inflación y derecho penal tributario. Las sanciones tributarias como obligaciones de valor”, en *Revista de Derecho Tributario*, n.º 150, abril-junio, 2016.
- ZAMBRANO SEQUIN, Luis, “Notas con relación a las reformas a la Ley del Banco Central de Venezuela”. Disponible en www.academia.edu/334101/Nota_con_relaci%C3%B3n_a_las_reformas_a_la_ley_del_Banco_Central_de_Venezuela [fecha de consulta: 19 de agosto de 2023].

LEGISLACIÓN

- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Código Orgánico Tributario*, en *Gaceta Oficial extraordinaria*, n.º 6.507, Caracas, 29 de enero de 2020.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, convenio cambiario n.º 1, en *Gaceta Oficial*, n.º 6.405, Caracas, 7 de septiembre de 2018.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto n.º 4096, en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, n.º 6.504, Caracas, 14 de enero de 2020.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos, en *Gaceta Oficial*, n.º 41.452, Caracas 2 de agosto de 2018.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto constituyente n.º 6370 de 9 de abril de 2018, sobre Cripotoactivos y la Cripotomoneda Soberana Petro, en *Gaceta Oficial*, n.º 6370 de fecha 9 de abril de 2018.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto ley n.º 3196 de 8 de diciembre de 2017, en *Gaceta Oficial*, n.º 6.346 de fecha 8 de diciembre de 2017.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, decreto n.º 2179, mediante el cual se dicta el decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial extraordinario*, n.º 6.211, Caracas, 30 de diciembre de 2015.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 37.296, Caracas, 3 de octubre de 2001.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial extraordinario*, n.º 5.606, Caracas, 18 de octubre de 2002.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 38.232, Caracas, fecha 20 de julio de 2005.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 39.301, Caracas, 6 de noviembre de 2009.

- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Registros y Notarías, en *Gaceta Oficial*, n.º 6.668 extraordinario, Caracas, 16 de diciembre de 2021.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, n.º 39.419, Caracas, 7 de mayo de 2010.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley del Banco Central de Venezuela, en *Gaceta Oficial extraordinario*, n.º 6.155, Caracas, 19 de noviembre de 2014.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley Orgánica de Aduanas; *Gaceta Oficial Extraordinaria* n.º 6.507, Caracas, 29 de enero de 2020.

SENTENCIAS

- Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, n.º 0250 de fecha 8 de agosto de 2019.
- Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, n.º 078 de fecha 7 de julio de 2020.
- Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, n.º 118 de fecha 18 de agosto de 2020.
- Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, n.º 0161 de fecha de 20 de noviembre de 2020.
- Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, n.º 0273 de fecha 30 de diciembre de 2020.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 4 de junio de 2014, caso Tamayo & CIA., S.A. vs. República de Venezuela (Fisco Nacional), publicada en *Gaceta Oficial*, n.º 40.468 de fecha 5 de agosto de 2014. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165176-00815-4614-2014-2012-1813.HTML> [fecha de consulta: 19 de agosto de 2023].
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, sentencia de la Sala Político-Administrativa, n.º 935 de 4 de agosto de 2015 caso Asociación Civil Transparencia Venezuela contra el Presidente del Banco Central de Venezuela. Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/180378-00935-5815-2015-2015-0732.HTML> [fecha de consulta: 19 de agosto de 2023].

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- <https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].
- www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2023].
- www.bcv.org.ve/estadisticas/otras-monedas [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2023].
- www.bloomberglinea.com/latinoamerica/venezuela/se-acerca-el-fin-del-petro-la-criptomonedas-venezolana-tras-reajuste-interno-y-deudas-por-pagar/ [fecha de consulta: 19 de junio de 2023].

www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de# [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2023].

Siglas y abreviaturas

ANAT	Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal
ANCUR	Agencia de las Naciones Unidas para Refugiados
art.	artículo
arts.	artículos
BCV	Banco Central de Venezuela
Bs.	bolívar
CBA	Consejo Bolivariano de alcaldes de la República Bolivariana de Venezuela
CC	Convenio Cambiario
<i>Cfr.</i>	<i>confer</i>
CIDEP	Centro para la Integración y el Derecho Público
coord.	coordinadora
coords.	coordinadores
COT	Código Orgánico Tributario
COVID 19	Coronavirus Disease 2019
ed.	edición <i>a veces</i> editor
EEFF	Estados financieros
ETH	Ethereum
FMI	Fondo Monetario Internacional
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IFRS	International Financial Reporting System
INE	Instituto Nacional de Estadística
INPC	Índice Nacional de Precios al Consumidor
IPC	Índice de Precios al Consumidor
LBCV	Ley del Banco Central de Venezuela

LIGTF	Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras
LOCAPTEM	Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios
LRYN	Ley de Registros y Notarias
MB	megabytes
n.º a veces No.	número
NEM	New Economy Movement
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
PDVSA	Petróleos de Venezuela, S.A.
PIB	producto interno bruto
PoW	Prueba de Trabajo
PoS	Prueba de Participación
pp.	páginas
PTR	petros
S.A.	sociedad anónima
SAREN	Servicio Autónomo de Registros y Notarias
SC	Sala Constitucional
SCS	Sala de Casación Social
SENIAT	Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria
SUNACRIP	Superintendencia Nacional de Criptoactivos
SUPCACVEN	Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas Venezolana
T/C	Tipo de cambio
TCV	Tesorería de Criptoactivos de Venezuela
UCAM	Unidad de Cálculo Aritmético Municipal
UCF	Unidad De Cuenta Fluctuante
USD	United States Dollar
UT	Unidad Tributaria
UTS	Unidad Tributaria Sancionatoria
v.	véase

vol. volumen
WTI West Texas Intermediate
www World Wide Web

INFLACIÓN Y DERECHO: EL PROFUNDO VÍNCULO ENTRE EL DERECHO Y LA CONFIANZA EN LA MONEDA

INFLATION AND LAW: THE DEEP LINK BETWEEN LAW AND TRUST IN CURRENCY

*Alejandro Lagos Torres**

Resumen

Se analiza la inflación y su vínculo con el derecho y el Estado. En un primer momento, se estudia la inflación como fenómeno monetario y sus efectos económicos, junto a algunas situaciones de especial relevancia jurídica en relación con el pago de obligaciones. Posteriormente, se examina la importancia de que el derecho y el Estado promuevan y mantengan en el tiempo la confianza en la moneda como condición necesaria para el bienestar social.

Palabras clave: inflación, moneda, derecho, estado, confianza.

Abstract

Inflation and its link with law and the State are analyzed. At first, inflation is studied as a monetary phenomenon and its economic effects, along with some situations of special legal relevance in relation to the payment of obligations. Subsequently, the importance of law and the State promoting and maintaining trust in currency over time as a necessary condition for social well-being is examined.

Keywords: inflation, currency, law, state, trust.

* Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca (España). Correo electrónico: alagostorres@gmail.com

Artículo recibido el 20 de febrero de 2024 y aceptado para su publicación el 12 de abril de 2024.

Introducción

En el último tiempo, y en especial como consecuencia de los efectos de la pandemia del COVID-19, ha resurgido en la contingencia el fenómeno de la “inflación”, que la doctrina suele definir

“como el crecimiento continuo y generalizado de los precios de los bienes y servicios existentes en una economía, el cual es medido y observado mediante la evolución de algún índice de precios”¹.

Lo anterior es sin perjuicio de otras experiencias inflacionarias que se están experimentando en los últimos años en la región producto, más bien, de decisiones gubernamentales, como ocurrió en Venezuela desde 2015 y en Argentina desde 2023, en ambos casos manifestando el índice de medición tres dígitos de inflación anual.

Por tanto, la definición de manual de la inflación trata del aumento sostenido del “nivel de precios”, fenómeno que origina una depreciación del dinero, una verdadera disminución de su valor, lo cual es equivalente a lo que la historia conoce como el “envilecimiento de la moneda”, que es la acuñación de las monedas reduciendo su proporción de metal fino, perdiéndose su poder adquisitivo como resultado de la disminución de su ley. Por ejemplo, en la Edad Media la libra tornesa en Francia redujo su contenido de plata en un 74,1 % entre 1258 y 1499, el florín de Florencia lo hizo en un 72,4 % entre 1280 y 1499, y la libra inglesa en un 46,8 % entre 1260 y 1499, adulteración que generó, además, inflación por aumentar la oferta monetaria, aunque es claro que el fraude y la inflación son dos procesos diferentes².

Por el contrario, a diferencia de aquellos casos en que el dinero se deprecia por manipulación de la acuñación, suele ocurrir que el dinero no se desvaloriza espontáneamente o por causa del azar, sino que, como ya se ha dicho, esto se produce por cambios en el contexto en el cual se utiliza la respectiva unidad monetaria. Así, la primera gran inflación documentada sin que haya habido fraude en la acuñación se relaciona con la mítica peregrinación a La Meca del Mansa del Imperio de Mali Musa I en 1324, quien, al efectuar generosas donaciones de oro a lo largo de su viaje, introdujo en el tráfico tal cantidad de circulante, que provocó una fuerte devaluación de dicho metal en los años siguientes, generándose una verdadera hiperinflación en el Próximo Oriente. Y la forma de corregirla fue que el mismo Musa I, para restablecer el equilibrio del mercado del oro, debió tomar prestado

¹ Cristián LARROULET VIGNAU y Francisco MOCHÓN MORCILLO, *Economía*, p. 478.

² Francisco COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, p. 245.

todo el que le fue posible llevar de los prestamistas de El Cairo a un muy elevado interés³.

Otro histórico ejemplo de hiperinflación es el fenómeno resultante de la llegada a Europa del oro llevado desde las Indias por el Imperio español en el siglo XVI, estando muy bien documentado que esta importante inyección de circulante no generó prosperidad en el Viejo Mundo, sino solo un fuerte aumento de los precios de bienes y servicios⁴. Este último caso es interesante, por cuanto permitió el desarrollo del estudio moderno de la oferta y la demanda por la más tarde conocida como Escuela de Salamanca, en que destacados clérigos como Martín de Azpilcueta observaron que en los lugares donde había más metal circulando los bienes y servicios eran más costosos que en los sitios en que escaseaba el metal, concluyendo, entonces que dicha diferencia de precios tenía relación con la oferta monetaria^{5, 6}.

Generalmente, cuando los países se enfrentan a crisis o severos estados de necesidad, suelen recurrir a la emisión monetaria para sufragar los gastos necesarios para enfrentar las contingencias. El típico ejemplo son las guerras, por ejemplo, durante las guerras napoleónicas y en las guerras mundiales los beligerantes suspendieron el padrón oro para poder emitir dinero fiduciario, aun a riesgo de provocar inflación.

En Chile, luego de la dictación de la ley de bancos de emisión de 1860, fue una constante la depreciación de la moneda a contar de la suspensión de la convertibilidad en 1878, y ni aun la creación del Banco Central en 1925 logró estabilizar la inflación como resultado de la constante intervención del poder político en el desempeño de un instituto emisor que, en teoría, era un órgano técnico y no sometido al gobierno de turno. Así, entre 1940 y 1989 el país experimentó una tasa media anual de inflación de un 43 %, con apenas seis años de alza de precios de un solo dígito, y otros cinco años de clara hiperinflación con un índice de tres dígitos entre 1972 y 1976⁷. Y luego, una vez que la autonomía del Banco Central fue efectiva, con la dictación de su Ley Orgánica Constitucional n.º 18840 de 1989, la inflación chilena se logró mantener en un solo dígito desde 1994, con solo

³ A. J. H. GOODWIN, "The Medieval Empire of Ghana", p. 110.

⁴ Jesús L. PARADINAS FUENTES, *El pensamiento económico de la Escuela de Salamanca*, p. 4.

⁵ PARADINAS, *op. cit.*, p. 4 y ss.

⁶ Este planteamiento es similar al que luego en los siglos XIX y XX defendería la llamada Escuela Austriaca de Economía, de la mano de destacados economistas como Carl Menger, Ludwig von Mises y Friedrich von Hayek.

⁷ Andrés BIANCHI L., "La independencia del Banco Central de Chile: los años iniciales", p. 16 y s.

una breve excepción en 2022-2023 como consecuencia de la pandemia de COVID-19 y de la gran inyección de liquidez provocada por la autorización de tres retiros de fondos de las AFP.

Se entiende por “dinero” el conjunto de activos en una economía que las personas utilizan con regularidad para comprar bienes y servicios a otras personas⁸. Por esta razón, en otras épocas se ha utilizado como intercambio la sal, alguna pieza de metal o, incluso, en situaciones extremas, como en los campos de batalla o en la cárcel, los cigarrillos.

Se dice que el dinero presenta características tales como ser un medio de pago aceptado por la sociedad; es un bien duradero, es decir, que al no ser perecedero sirve para realizar transacciones presentes y futuras; es fácil de transportar; es divisible, por lo que sirve para realizar tanto transacciones de escaso como de alto valor; es homogéneo, o sea, cualquier unidad es idéntica a las demás; y tiene oferta o cantidad limitada para así garantizar su valor económico⁹.

Además, se reconoce que tiene tres principales funciones, que juntas lo distinguen de otros activos en la economía como: bonos, acciones, bienes raíces u obras de arte. Estas son:

- i) es un medio de pago, pues los compradores lo entregan a los vendedores cuando desean comprar bienes y servicios;
- ii) es una unidad de cuenta, ya que es el criterio que utilizan las personas para anunciar precios y registrar deudas y
- iii) es un depósito de valor, puesto que las personas pueden servirse de él para transferir el poder de compra del presente al futuro¹⁰.

Cristián Larroulet agrega como función que es también un patrón de pago diferido, porque los pagos que han de efectuarse en el futuro generalmente se especifican en él¹¹.

Mas dinero y moneda no son lo mismo. Si bien el primero, en su función de medio de pago, facilita muchísimo el comercio, porque evita la necesidad de que a una transacción concurra la “doble coincidencia de deseos”, propia del trueque, en que cada parte debe tener lo que a su vez la contraparte desea, lo que hace al trueque tan dificultoso e ineficiente, la moneda tiene la ventaja de ser un compromiso de las autoridades que facilita el intercambio de bienes y servicios, que es, con frecuencia, aceptada porque los ciudadanos tienen confianza en ella, no por decreto de la autori-

⁸ N. Gregory MANKIW, *Principios de economía*, p. 610.

⁹ Sergio A. BERUMEN, *Lecciones de economía para no economistas*, p. 429.

¹⁰ MANKIW, *op. cit.*, p. 611; Paul KRUGMAN, Robin WELLS y Kathryn GRADY, *Fundamentos de economía*, p. 483 y s.; Paul SAMUELSON y Williams D. NORDHAUS, *Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica*, p. 472.

¹¹ LARROULET y MOCHÓN, *op. cit.*, p. 390.

dad. El dinero es la representación del valor real de los bienes y servicios de una sociedad porque los ciudadanos le reconocen valor; en cambio, la moneda puede ser sinónimo de aquel, pero no lo será si los ciudadanos no la aceptan como tal. Por tanto, una moneda solo existe cuando es la representación real, aceptada por la mayoría, del valor del dinero¹². En consecuencia, aquel sirve “mientras sirve”, mientras haya confianza en él, en otras palabras, mientras sea “la moneda” que las personas utilizan en sus transacciones. Por contrario, cuando hay una muy alta inflación, el problema subyacente es la pérdida de confianza de los ciudadanos en la moneda, lo cual es mucho más complejo que un mero aumento de los precios. Así, en el reciente caso argentino, las personas ahorran en dólares o celebran contratos a largo plazo en dólares, no por el alza de los precios o la depreciación de la moneda, sino porque han perdido la confianza en la “estabilidad de la moneda”. Y a la inversa, es del todo factible, y de hecho en una economía sana es lo normal, que en un momento dado se produzca un aumento significativo del nivel de los precios, pero sin que por ello las personas pierdan la confianza en la moneda.

De esta forma, cuando se trata de inflación, ¿qué es lo que ocurre en la mente del ciudadano común? En definitiva: ¿qué es lo que percibe el lego? La teoría señala que los precios suben, mas ¿es esto, en verdad, así? Lo complejo del fenómeno para la comprensión del hombre medio es que la inflación “no se ve” en un instante determinado, sino que, más bien, “se siente” o “se percibe” a lo largo de cierto tiempo. Resulta indispensable considerar un determinado lapso para cuantificar la inflación, lo cual contribuye a que este fenómeno sea gran parte de las veces percibido como demasiado abstracto, ambiguo o, incluso, para los más escépticos, como algo “oscuro”. De hecho, entre los legos no son pocos quienes consideran que, de plano, la inflación no existe, sino que responde a comportamientos colectivos concertados, siendo las alzas de precios el resultado de colusiones.

En realidad, esta percepción se puede explicar reconociendo que, para cuantificar la inflación, la autoridad competente efectúa una estimación de la variación de los precios que han experimentado los bienes y servicios que componen una canasta básica, esto es, para determinar la alteración de los precios es forzoso o que se considere un cierto lapso ya transcurrido. No es una medición directa en tiempo real, como cuando se calcula una longitud, una masa o una velocidad, sino que se trata de una estimación respecto del pasado, una suerte de “medición indirecta” sobre una cierta cantidad de días anteriores al presente. Esta estimación se parece a la observación del

¹² Daniel LACALLE, *La gran trampa. Por qué los bancos centrales están abonando el terreno para la próxima crisis*, p. 60 y s.

firmamento, ya que, cuando se mira una estrella, lo que se ve en realidad es la luz por ella emitida, pero en el momento en que esta llega, o sea, hay un desfase temporal entre el momento en que la estrella emitió la luz y aquel en el que es percibida en la Tierra, por ejemplo, dicho desfase es de ocho minutos entre la Tierra y el Sol y de 4,22 años luz entre la Tierra y Próxima Centauri, la estrella más cercana al Sol. Por ende, tanto en la inflación como en la astronomía, las mediciones son estimaciones mirando el pasado.

Dicho todo lo anterior: ¿qué es realmente la inflación?, ¿cómo influye esta en las personas?, ¿qué papel deben desempeñar respecto de ella el derecho y el Estado?, ¿qué controversias jurídicas se han suscitado últimamente? En las próximas páginas se intentará responder.

I. ¿Qué es la inflación?

Para contestar esta pregunta, a modo de síntesis, se revisarán las principales teorías que pretenden explicar la inflación. En general, hay acuerdo en la doctrina en cuanto a que la inflación es el aumento generalizado del nivel de precios, lo que incluye a economistas neoclásicos como Gregory Mankiw¹³ y a miembros de la síntesis neoclásica originada del neokeynesianismo como Paul Krugman¹⁴ y Paul Samuelson¹⁵. Por consiguiente, la inflación no es una mera subida de precios de bienes y servicios, no es un evento puntual, aun cuando sea común a todos los bienes y servicios, sino que se trata de un incremento general del nivel de precios durante un periodo determinado¹⁶.

Pero los precios suben o bajan por muchas razones. A corto plazo, los movimientos de la inflación tienen una estrecha relación con el ciclo económico, y así, cuando la economía está deprimida y es difícil encontrar puestos de trabajo, la inflación tiende a disminuir y, a la inversa, cuando la economía está en auge, la inflación tiende a aumentar. Por el contrario, a largo plazo, el nivel general de precios está determinado sobre todo por la oferta monetaria, esto es, la cantidad total de activos que pueden utilizarse con facilidad para adquirir bienes y servicios¹⁷. Además, aquí se debe señalar el concepto de “inflación subyacente”, que es aquella que para su cálculo

¹³ MANKIW, *op. cit.*, p. 633.

¹⁴ KRUGMAN, WELLS y GRADY, *op. cit.*, p. G-6.

¹⁵ SAMUELSON y NORDHAUS, *op. cit.*, p. 632.

¹⁶ BERUMEN, *op. cit.*, p. 349.

¹⁷ KRUGMAN, WELLS y GRADY, *op. cit.*, p. 320.

excluye aquellos bienes cuyo precio es más relativo o suele variar bastante, como son los alimentos y los combustibles, por ser más sensibles a eventos transitorios sobre los que carecen de influencia los bancos centrales, como guerras o condiciones climáticas¹⁸ y, por tanto, refleja mejor la inflación a mediano plazo, permitiendo gestionar con más certeza la política monetaria.

La inflación es un fenómeno dinámico que va variando en el tiempo, y debido a ello se distinguen, al menos, tres tipos de esta:

- i) una inflación “baja”, que se caracteriza porque el alza de precios se produce con lentitud y de una manera predecible, lo que ocurre en general cuando su resultado anual es de un solo dígito, en cuyo caso se puede afirmar que los precios se comportan de una manera más o menos estable y las personas confían en el dinero porque conserva su valor mes a mes, con lo cual, por ejemplo, se atreven a celebrar contratos a largo plazo;
- ii) una inflación “galopante” o “muy alta”, que es aquella que anualmente se halla entre los límites de dos a tres dígitos, la cual es muy común en países que tienen gobiernos débiles o que experimentan guerras o revoluciones, por ejemplo, tasa de inflación de un 50 % o 700 %, generando severas distorsiones económicas que llevan a las personas a adoptar medidas de resguardo como vincular los contratos a algún índice de precios o divisa fuerte como el dólar y
- iii) la “hiperinflación”, que ocurre cuando el alza de precios alcanza un millón o, incluso, un billón por ciento en un año, exacerbándose, en este caso, las distorsiones económicas, y de la que solo es posible salir si la autoridad adopta medidas severas¹⁹.

En todo caso, no obstante lo dicho, se entiende que la primera de ellas –la “baja”– comienza a ser preocupante cuando el índice supera el 7 % anual, y por esta razón las metas de los bancos centrales suelen establecerse alrededor del 2 % al 4 %, entendiendo que “un poco” de este fenómeno puede ser beneficioso para los gestores de la política monetaria, pues les da margen de maniobra para, de ser necesario, practicar una política monetaria expansiva como forma de estimular la economía, bajar la tasa de interés sin que llegue a ser negativa (menor que cero)²⁰, por cuanto esta

¹⁸ BERUMEN, *op. cit.*, p. 352.

¹⁹ SAMUELSON y NORDHAUS, *op. cit.*, p. 634 y s.

²⁰ La tasa de interés es negativa cuando los bancos centrales pagan a los bancos comerciales para que estos presten dinero a sus clientes y, por tanto, por ser esta una situación contraria a la lógica de funcionamiento de la banca, a la larga es perjudicial para la actividad bancaria en su conjunto y no es sostenible en el tiempo.

última situación, a la larga, es perjudicial para la banca y no es sostenible en el tiempo.

Este encarecimiento de los precios también puede ser anticipado o no anticipado (o por sorpresa), según si es o no previsible y si responde o no a las expectativas que las personas se van formando según las circunstancias, siendo no anticipada la realmente nociva para la economía, por cuanto introduce incertidumbre a las relaciones de intercambio, llevando, en definitiva, a los agentes económicos a experimentar una pérdida de confianza que los inhibe de actuar.

Por último, se suele distinguir entre inflación de la demanda agregada y la de costes. La primera ocurre cuando los actores económicos planean unos gastos que superan la capacidad de producción de la economía, con lo cual esa demanda insatisfecha presiona los precios al alza. En tanto, la segunda tiene lugar cuando los precios se incrementan producto del aumento de los salarios y demás componentes de los costos de producción. En este aspecto, tanto monetaristas como keynesianos consideran que la demanda agregada es el factor determinante de este incremento excesivo, sin perjuicio de que ambas escuelas postulan diferentes explicaciones sobre las causas que provocan el comportamiento de la demanda²¹.

Para la “teoría cuantitativa del dinero” o “teoría clásica”, la cantidad disponible de este determina el nivel de precios, en tanto la tasa de crecimiento de la cantidad de dinero disponible determina la tasa de inflación²². Lo interesante de este planteamiento es que los problemas que ella genera no son resultado del aumento del nivel de precios en sí mismo, sino que es la tasa de variación de los precios lo que realmente crea problemas²³. Se dice que esta teoría tiene sus orígenes en los trabajos del ya mencionado Martín de Azpilcueta de la Escuela de Salamanca, siendo en los siglos posteriores mejor elaborada y dotada de más contenido económico, para, luego, quedar expresada en la famosa “ecuación cuantitativa”, que relaciona la cantidad de dinero con su velocidad de circulación y su valor en la producción de bienes y servicios de la economía²⁴, la cual establece el principio de la “neutralidad monetaria”, esto es, que los cambios en la oferta de este activo no afectan a las variables del sector real, en otras palabras, la cantidad de circulante no afecta las variables del PIB, sino a las variables mo-

²¹ LARROULET y MOCHÓN, *op. cit.*, p. 480 y ss.

²² MANKIW, *op. cit.*, p. 634 y ss.

²³ KRUGMAN, WELLS y GRADY, *op. cit.*, p. 362 y s.

²⁴ En la ecuación cuantitativa $M \times V = P \times Y$, la cantidad de dinero M multiplicada por su velocidad de circulación, esto es, el número de veces que el dinero cambia de manos V , es igual al nivel de precios del producto P multiplicado por el PIB real o producción agregada de un país en términos reales Y .

netarias (el nivel de precios). Mas hay acuerdo en que, a largo plazo, la cantidad de dinero afecta la inflación²⁵.

Para los keynesianos, el dinero no solo se demanda para hacer frente a las transacciones, sino que, también, como un activo, por lo que, en este último caso, su demanda puede absorber, en determinadas circunstancias, los aumentos de la oferta monetaria sin necesidad de que se produzcan alteraciones en los precios. Así, si partiendo de una situación de pleno empleo en la que el gasto total es suficiente para absorber toda la producción, y por causas sobrevinientes como mejoras en las expectativas empresariales se produce un crecimiento de la demanda de inversión, habrá un aumento autónomo en la demanda agregada y el gasto monetario o nominal será superior. Entonces, en estas circunstancias, habrá un exceso de demanda que provocará el aumento de los precios, hasta que por fin, dicho aumento iguale el incremento del gasto²⁶.

Por tanto, la incidencia de la demanda agregada sobre los precios dependerá de la situación puntual de la economía, esto es, del nivel de recursos desempleados. De esta perspectiva, la relación entre la oferta monetaria y el nivel de precios no sería tan directa como señala la ecuación cuantitativa de la teoría clásica, lo cual explica la importancia que los keynesianos atribuyen al corto plazo, que se grafica de forma muy didáctica con la famosa frase de John M. Keynes “en el largo plazo todos estaremos muertos”, refiriéndose a la urgencia de abandonar el padrón oro. En definitiva, el dinero tiene valor como activo líquido, y como su velocidad de circulación no es constante, la oferta monetaria debe ser gestionada de forma discrecional.

Para los monetaristas el origen de la inflación es diferente. A partir de la teoría cuantitativa, señalan que la causa que explica el comportamiento de la demanda agregada es el aumento de la cantidad de dinero por encima del crecimiento de la producción. Si en una economía que en su inicio no experimenta tensiones inflacionistas ocurre un aumento de su cantidad, los agentes económicos dispondrán de una mayor liquidez, y como para los monetaristas el dinero se mantiene básicamente para las transacciones, las personas tendrán una cantidad mayor de la que precisan e intentarán gastar el exceso en la compra de otros activos rentables o aumentando su demanda de bienes y servicios corrientes. En estas circunstancias, si además la actividad económica tiene empleada la totalidad de los factores productivos, la producción física de bienes y servicios no podrá aumentar a corto plazo, con lo cual esta demanda incrementada no se podrá satisfacer me-

²⁵ MANKIW, *op. cit.*, p. 639 y ss.

²⁶ LARROULET y MOCHÓN, *op. cit.*, p. 483 y ss.

diante un aumento en la producción y, en consecuencia, los precios experimentarán una subida. En definitiva, estos suben porque hay un exceso de oferta monetaria, hay demasiadas unidades monetarias en circulación, por sobre las posibilidades de la capacidad productiva²⁷.

Por esta razón, señalan los monetaristas, que a corto plazo la política monetaria no puede ser discrecional, debe ser predecible, sin sobresaltos, con el fin de evitar la ocurrencia de inflación por sorpresa, para ser capaz de transmitir confianza a los agentes económicos, lo cual puede sintetizarse de manera didáctica afirmando que “el corto plazo no existe”. Como para ellos la velocidad de circulación del dinero a largo plazo es casi constante, la oferta monetaria debe seguir una evolución que responda a un patrón conocido predeterminado por la autoridad, que es la llamada *regla del k%*, esto es, que la autoridad se compromete a incrementar la oferta monetaria a una tasa fija y conocida de un k% en el tiempo, con el fin de no crear inflación por sorpresa.

En síntesis, esta última implica una pérdida del valor del dinero y, por tanto, no se trata de un problema solo de “precios”, sino que, más bien, la unidad de cuenta “se ha enfermado”. Consiste en un desajuste ocasionado porque la oferta monetaria excede a la demanda de dinero, ya sea porque aumenta o se espera que aumente la oferta o, bien, porque disminuye la demanda, aunque lo normal es que suceda lo primero. En definitiva, hay más dinero en circulación del que las personas en verdad necesitan. Dicha alza es un mecanismo para restablecer el equilibrio entre la oferta y la demanda, en que el dinero disminuye su valor para incrementar su demanda y así absorber el exceso de oferta.

II. Efectos económicos de la inflación

En primer lugar, cabe señalar que muchas personas creen que la inflación las empobrece debido a que incrementa el costo de lo que se compra. Sin embargo, esta opinión es una falacia, pues con dicha subida no solo se incrementan los costos, sino que, también, aumenta el ingreso nominal, es decir, con ella “sube todo junto”. ¿Por qué entonces la inflación es mala si todo se va reajustando de modo simultáneo? Hay que recordar que el principio de la neutralidad monetaria señala que los cambios en la cantidad de dinero influyen en las variables nominales, pero no en las reales, al tiempo que hoy la mayoría de los economistas entiende que la neutralidad mo-

²⁷ LARROULET y MOCHÓN, *op. cit.*, p. 481 y ss.

netaria describe de forma aproximada el comportamiento de la economía a largo plazo. Como resultado de esto, una aplicación del principio de la neutralidad monetaria es el conocido como “efecto Fisher”, según el cual, cuando aumenta la tasa de inflación, la tasa nominal aumenta en la misma proporción, de manera que la tasa de interés real sigue siendo la misma²⁸. En consecuencia, parece claro que el solo hecho de que los precios nominalmente aumenten no es en sí mismo un problema, lo cual no significa que la inflación sea un fenómeno inofensivo para la economía, y que, por tanto, sea un elemento inerte en las relaciones económicas. Al contrario, las repercusiones negativas de la inflación son muchas, de entre las cuales, siguiendo a Gregory Mankiw, se destacarán las siguientes²⁹.

Lo primero es el conocido como costo de “suelas de zapato”, o lo que significa para las personas la pérdida en el tiempo y la comodidad que deben sacrificar para tener menos dinero en efectivo disponible del que tendrían si no hubiese inflación, dada la necesidad de tener que mantener guardada la mayor cantidad de dinero posible en las cuentas de ahorro con el fin de ganar intereses, para así tratar de evitar la rápida desvalorización del efectivo. Para lograrlo, las personas van a acudir al banco con más frecuencia de lo que lo harían en circunstancias normales para hacer giros de pequeñas cantidades de efectivo, y por esta necesidad es que a este coste ineficiente se le llama así, en sentido figurado, queriendo ilustrar con el desgaste de las suelas el sacrificio del todo improductivo que implica tratar de aminorar las pérdidas provocadas por una alta inflación. Este gasto inútil es en especial determinante y se incrementa cuanto mayor es la inflación, pues en tal caso las personas no pueden darse el lujo de conservar la moneda local como depósito de valor, sino que se ven obligadas a cambiar cuanto antes dicha moneda a otros instrumentos o divisas que les ofrezcan un depósito de valor más estable.

En segundo lugar están los llamados “costos de menú”, que son improductividades en que deben incurrir los agentes económicos para ir actualizando los precios de sus productos conforme varían los índices de precios de los bienes y servicios. Lo normal suele ser que esta actualización tenga lugar una vez al año. La denominación de este efecto proviene por analogía de lo que le implica a un restaurante la actualización de su menú, por ejemplo, determinar los gastos, imprimir la nueva carta, enviarlas a proveedores y clientes, publicar los precios, lidiar con la inconformidad de los clientes, etcétera. El problema en una hiperinflación es que los agentes económicos pueden actualizar los precios, incluso varias veces al día solo para poder mantenerse a la par con todos los demás precios de la eco-

²⁸ MANKIW, *op. cit.*, p. 654.

²⁹ *Op. cit.*, p. 646 y ss.

nomía, con lo cual es muy probable que, en un momento determinado, un comerciante es incapaz de saber con certeza cuánto margen está en realidad obteniendo en su negocio.

Un tercer efecto económico es la variabilidad del precio relativo y la mala asignación de recursos, entendiendo por “precio relativo” el valor de un bien o servicio comparado con otros precios de la economía, los que, en ausencia de inflación, serían constantes durante el curso del año. Cuando esta distorsiona los precios relativos, se distorsionan también las decisiones del consumidor y los mercados son menos capaces de asignar los recursos escasos para su mejor uso.

Dicha distorsión ocurre también con los impuestos, lo cual es importante porque estos alteran los incentivos, haciendo que las personas modifiquen su comportamiento, generándose así una asignación menos eficiente de los recursos en la economía. En este caso, la inflación tiende a incrementar la carga impositiva sobre el ingreso obtenido de los ahorros. En definitiva, desalienta el ahorro puesto que, si bien el interés nominal ganado sobre los ahorros en parte compensa los efectos de la subida, es la tasa de interés real después de impuestos la que proporciona incentivo a ahorrar, lo cual hace que el ahorro sea menos atractivo en una economía con alta inflación que en una economía con precios más estables. Y como es el ahorro lo que en una economía proporciona los recursos para invertir, el resultado es que esta alza desincentiva la inversión, con lo cual se perjudica el crecimiento económico a largo plazo.

Otro efecto son los denominados “costes de unidad de cuenta”, que surgen del hecho de que la elevación de precios hace que el dinero se transforme en una unidad de cuenta cada vez menos fiable, en otras palabras, como unidad de cuenta de la economía, esta función del dinero se va degradando³⁰. Estos importes crean confusión e inconvenientes al momento de tomar decisiones, puesto que el dinero, en su función de unidad de cuenta, como efecto de la desvalorización que va sufriendo a través del tiempo, al ir teniendo un valor real distinto, provoca que el cálculo de las utilidades de una empresa o la diferencia entre sus ingresos y sus costos, se vaya volviendo cada vez más complicado producto de la inflación. Por consiguiente, hasta cierto punto, la inflación hace que los inversionistas tengan menos capacidad para distinguir entre las empresas que son exitosas de aquellas que no lo son, lo que, a su vez, obstaculiza a los mercados financieros su labor de asignar el ahorro de la economía a otros tipos de inversión.

Pero quizá el más problemático de todos los efectos nocivos que ella produce sea la redistribución arbitraria de la riqueza, precisamente por lo

³⁰ KRUGMAN, WELLS y GRADY, *op. cit.*, p. 365.

transversal de sus resultados, por cuanto afecta a todas las personas, y no solo a los grandes inversionistas. Esta redistribución aleatoria es más severa cuando la inflación es alta y se produce por sorpresa. En general, se dice que dicha alza favorece al deudor, como a la inversa, con la deflación, esto es, la disminución general de los precios, el acreedor se ve favorecido. Así, al elevarse, el deudor que se ha obligado en términos nominales va a observar que el valor real de su deuda va disminuyendo con el paso del tiempo. Y como una misma persona en una determinada situación será un acreedor y en otro contexto será un deudor, esta elevación produce un reparto de la riqueza al azar, siendo el motivo por el cual se afirma que ocasiona una verdadera redistribución arbitraria de renta. Así, por ejemplo, en el caso de un arrendamiento, con la alta inflación el arrendador se empobrece. Igual ocurre con los salarios, pues se empobrece el empleado, aunque nominalmente el salario sea el mismo. Lo mismo sucede con los créditos con interés fijo, como un hipotecario. Por otra parte, como efecto adicional de esta redistribución aleatoria de la riqueza, cabe señalar como evidente que la alta inflación no ayuda a lograr los objetivos de las políticas sociales. Todo esto ocurrirá mientras no se actualicen los precios de los bienes y servicios, lo que en condiciones normales ocurrirá, por ejemplo, una vez al año, pero esta periodicidad que en un contexto de alza resulta ser insuficiente para armonizar las obligaciones con la tasa de variación que en general experimentan los precios. En definitiva, las personas pierden la confianza en la moneda, pues todo este ruido adicional que se introduce en las obligaciones solo termina traducéndose en incertidumbre para el sistema.

Además, como la inflación beneficia al deudor, y en toda economía el principal deudor suele ser el Estado, es este quien en la práctica se beneficia. De esta forma, un gobierno puede pagar parte de su gasto solo recurriendo a imprimir dinero. Se conoce como “impuesto inflacionario” al ingreso que recaba el Estado por el solo hecho de crear dinero. Cuando los países dependen demasiado de este “impuesto inflacionario”, el resultado es la hiperinflación. Mas nótese que este impuesto no opera como todos los otros, esto es, mediante un cobro que efectúa el Estado, sino que opera de una forma mucho más sutil, que es disminuir el valor del dinero, por lo que el impuesto inflacionario es un impuesto sobre todos quienes guardan dinero, o sea, que diluye la riqueza y el ahorro, afectando especialmente a los más pobres³¹.

Sin embargo, también se afirma que la deflación es peor, puesto que, si bien es de rara ocurrencia, casi siempre llega por sorpresa, resultando en una redistribución de la riqueza de los deudores hacia los acreedores, don-

³¹ MANKIW, *op. cit.*, p. 641 y ss.

de a menudo los deudores son más pobres, generando esta redistribución unas consecuencias bastante perniciosas. En todo caso, la baja ocurrencia de las deflaciones pone de manifiesto que estas por lo general se producen como fruto de dificultades macroeconómicas mayores, por ejemplo, tras una gran contracción monetaria que reduce la demanda general de bienes y servicios en la economía³².

Por último, se dice que los gestores de la política monetaria suelen reaccionar con firmeza cuando aumenta la inflación, no solo para detener el aumento del nivel de precios como tal, sino que para evitar el complejo e, incluso, traumático proceso de reducción de una alta inflación, procedimiento conocido como “desinflación”, por ser este muy difícil y costoso una vez que la tasa de inflación alta se ha convertido en un elemento estable de la economía. Este mecanismo de reducción de la inflación es naturalmente lento, puede durar, incluso, un par de años, y tal como lo indica la “curva de Phillips”, la gráfica que muestra una correlación inversa entre la elevación de precios y el desempleo, para bajarla por fuerza ha de tolerarse un aumento del nivel de cesantía, lo cual resulta gravísimo desde el punto de vista de las consecuencias sociales de la estrategia que la autoridad decida adoptar. En definitiva, se dice que el alza es fácil, pero la desinflación es dura, en especial por los severos costes que implica concretar el ajuste, como lo es el aumento del desempleo que tiende a provocar las medidas que se adoptan para hacerla bajar³³.

III. Algunos problemas jurídicos que provoca la inflación

Ya se señaló que la inflación tiende a beneficiar al deudor a costa del acreedor, donde el principal moroso en una economía suele ser el Estado, no solo en la contratación en general, sino que, también, respecto de los beneficios sociales. Desde esta perspectiva, la subida de precios perjudica más a los pobres, lo cual genera mayores y graves efectos cuando, según lo ilustra la ecuación cuantitativa del dinero, los déficits fiscales se financian con emisión monetaria sin respaldo de mayor actividad económica, pues, entonces, esta solo aumentará, al tiempo que el Estado gana la pauperización de la población. Es indudable que en esta situación comenzarán a manifestarse ciertos niveles de agitación social, impulsados por los efectos que la pre-

³² MANKIW, *op. cit.*, p. 652.

³³ KRUGMAN, WELLS y GRADY, *op. cit.*, p. 367.

sión inflacionaria provocará en el empleo, en la determinación del sueldo mínimo y en diversos grupos de presión como los sindicatos y los gremios.

Pero junto con estos efectos de la inflación, que son observables a escala macro, resulta interesante, sobre todo desde un punto de vista más jurídico, analizar las repercusiones que provoca también en lo micro, esto es, en las relaciones obligacionales entre partes individualmente consideradas, y es esta dimensión específica entre acreedores y deudores la que se comentará a continuación.

El dinero es el medio de cambio por antonomasia, o sea, es una unidad de valor independiente de la materia de que se componga, esto es, sea que se trate de dinero legal (la moneda nacional) o de dinero fiduciario (banca-rio) como sería un talón al portador. Se trata, además, de un bien mueble, fungible, y es un bien productivo, ya que genera interés (frutos civiles)³⁴. En estas características se advierte con claridad las clásicas funciones del dinero: medio de pago, unidad de cuenta y depósito de valor.

Si lo que se debe es una cantidad de dinero, esta deuda constituye un deber de género, el que según el principio de la identidad de la prestación, se satisface de un modo objetivo, meramente aritmético o nominal³⁵. En el caso del dinero, esta obligación de género, que es una obligación fungible por excelencia, tiene, además, la característica de poseer un amplio poder liberatorio, ya que sirve para la adquisición de toda clase de objetos imaginables, ya se traten de bienes o de servicios. Así, con frecuencia las obligaciones de los principales contratos recaen sobre sumas de dinero, como son el precio de la compraventa, las rentas de arrendamiento, los capitales recibidos en el mutuo, los impuestos, las indemnizaciones que se deben por hechos ilícitos, por nombrar algunos casos³⁶.

Cuando se está ante una deuda dineraria, se debe distinguir entre “deudas de dinero” y “deudas de valor”. En las primeras, el deudor está obligado a entregar o restituir una suma de dinero, por ejemplo, el precio de la compraventa; mientras que en las segundas, se debe algo que no es dinero, pero que para su pago se avalúa en este por ser una medida de los valores, como ocurre con la obligación de indemnizar perjuicios³⁷. A su vez, cuando lo que se debe es dinero, hay que subdistinguir entre “obligación de dinero” y “obligación de crédito de dinero”. Estas últimas, según el art. 1.º de la Ley n.º 18010, sobre operaciones de crédito de dinero, son aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la

³⁴ Carlos LASARTE, *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*, p. 422.

³⁵ Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, p. 133.

³⁶ René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, tomo I, p. 337.

³⁷ René RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, p. 52.

otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención, por ejemplo, en el caso del mutuo, como también forman parte de estas el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente, mientras que las primeras son todas aquellas obligaciones dinerarias no comprendidas en la norma, como es el caso del precio de la compraventa. En todo caso, la misma norma señala que no se aplicarán las disposiciones de las operaciones de crédito de dinero a aquellas operaciones correspondientes a contratos aleatorios, arbitrajes de monedas a futuro préstamo marítimo o avío minero.

Pero en relación con la inflación, surge, entonces, el problema de cómo solucionar las deudas dinerarias, esto es, si el pago respectivo debe realizarse considerando o no la depreciación que en el transcurso del tiempo va experimentando el dinero o si el monto debe o no reajustarse. Si bien es cierto que en la actualidad la contratación en Chile suele efectuarse utilizando como índice de referencia la UF³⁸, no es menos cierto que la indexación de por sí tiende a generar una cierta inercia inflacionaria.

En el pasado, tanto en el derecho romano como entre los glosadores de la Edad Media aparentemente primó el criterio *valorista*, esto es, que las obligaciones debían reajustarse; mientras que más tarde, con el proceso de la codificación, comenzó a imponerse el criterio *nominalista*, esto es, que no obstante cualquier devaluación de la moneda, el deudor entiende que cumple restituyendo numéricamente la suma pactada³⁹. Sin embargo, muy pronto en Alemania la jurisprudencia intentó poner atajo a los graves desequilibrios que provocaba la depreciación del dinero, realzando el principio de la buena fe en el cumplimiento de las que presionan más allá de la letra, entendiendo que la persona que recibe moneda a plazo, conforme al criterio nominal, pierde, sin duda, a la vez que, en la misma medida, gana el que paga con esa moneda, produciéndose así un empobrecimiento y un enriquecimiento sin causa, respectivamente, que nadie puede desconocer ni discutir⁴⁰.

Entre los países que siguen el criterio nominalista se puede mencionar a España^{41, 42}, donde, si bien no hay norma que indique el principio de manera explícita, la doctrina y la jurisprudencia lo han deducido de la lectura conjunta de los arts. 1170, 1753 y 1754 del *Código Civil* espa-

³⁸ La UF se creó en 1967 con un ajuste trimestral, luego mensual a contar de 1975 y, finalmente, diario desde 1977.

³⁹ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, p. 296 y s.

⁴⁰ FUEYO, *op. cit.*, p. 134 y s.

⁴¹ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 300 y s.

⁴² LASARTE, *op. cit.*, p. 423.

ñol⁴³. Según Luis Díez-Picazo, aunque el derecho positivo no lo ha formulado de manera clara, se inspira en el principio del nominalismo, como en reiteradas ocasiones ha señalado la jurisprudencia y, por consiguiente, las deudas de dinero se pagan entregando al acreedor su importe nominal y el mismo número de unidades monetarias fijadas o establecidas, aunque el valor de la moneda o su poder adquisitivo hayan experimentado durante el intervalo variaciones o cambios⁴⁴.

Una situación un tanto diferente se encuentra en Francia, donde, si bien el art. 1895 del *Código Civil* francés señala la obligación de devolver solo la suma numérica indicada en el contrato, o lo que es igual, adopta el criterio nominalista^{45, 46} y no obstante la ausencia de notas en los trabajos preparatorios de la norma que puedan entregar luces en cuanto a si esta norma tiene una naturaleza imperativa o tan solo supletoria, la jurisprudencia francesa ha entendido que lo preceptuado en dicho artículo no es materia de orden público⁴⁷.

En la tradición chilena ha imperado el criterio nominalista, el cual tenía su fuente positiva en el art. 2199 del *Código Civil*⁴⁸, derogado en 1974

⁴³ “Artículo 1170: El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.

La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Artículo 1753: El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.

Artículo 1754: La obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 de este Código.

Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio”.

⁴⁴ Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁵ “Artículo 1895: La obligación resultante de un préstamo de dinero es siempre únicamente la suma indicada en el contrato.

Si ha habido aumento o disminución de especies antes del momento del pago, el deudor deberá devolver la suma prestada, debiendo devolver sólo esta suma en las especies vigentes al momento del pago”.

⁴⁶ Jérôme HUET, *Traité de droit civil*, p. 900 et s.

⁴⁷ Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, p. 465.

⁴⁸ “Artículo 2199 (hoy derogado): Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato.

Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hayan fijado o fijaren.

Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria”.

cuando se dictó el decreto ley 455, que reguló por primera vez la operaciones de crédito de dinero, donde dicho artículo, pese a que se ubicaba entre las reglas del mutuo, en general la doctrina y la jurisprudencia entendían que era de aplicación general⁴⁹, a pesar de las conocidas vacilaciones de Andrés Bello en la redacción de dicho precepto, puesto que en el proyecto del año 1853 el artículo equivalente sí ordenaba efectuar los aumentos o rebajas necesarios para la igualdad de los valores por los cuales se cambian en el mercado general iguales cantidades⁵⁰, sin perjuicio de que el inciso final del señalado art. 2199 indicaba: “Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria”, es decir, que al igual que en caso francés, la norma no era de orden público.

En este punto, cabe destacar que en Colombia actualmente sí se encuentra vigente el art. 2224 del *Código Civil* colombiano⁵¹, de idéntica redacción al derogado art. 2199 del *Código Civil* de Chile.

Una alternativa diferente se encuentra en el *Código Civil* de Brasil, en que el art. 315 señala como regla general el nominalismo, pero a continuación prescribe en los artículos siguientes algunos preceptos especiales que pueden alterar la regla general⁵².

Por el contrario, en la actualidad se encuentra como regla general el criterio valorista en el art. 772 del *Código Civil y Comercial Argentino*⁵³.

⁴⁹ RAMOS, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ “Artículo 2224. Préstamo de dinero: Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato.

Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hayan fijado o fijaren.

Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria.

⁵² Artículo 315: Las deudas en dinero deberán pagarse a su vencimiento, en moneda corriente y a su valor nominal, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

Artículo 316: Es lícito acordar el aumento progresivo de cuotas sucesivas.

Artículo 317: Cuando por causas imprevisibles exista clara desproporción entre el valor del pago adeudado y el del momento de su ejecución, el juez podrá corregirlo, a petición de parte, de manera que se asegure, como en la medida de lo posible, el valor real de la prestación.

Artículo 318: Son nulos los acuerdos de pago en oro o en moneda extranjera, así como los de compensación de la diferencia entre el valor de ésta y el de la moneda nacional, salvo en los casos previstos en legislación especial.

⁵³ Artículo 772: Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

Es interesante notar que en Chile los grandes procesos inflacionarios comenzaron a ocurrir después de la promulgación del *Código Civil* en 1855, a partir de la suspensión de la convertibilidad de los billetes en 1878, la cual existía desde la dictación de la ley de bancos de emisión de 1860, sin perjuicio de que, en general, la inflación fue un fenómeno persistente en el mundo desde fines del siglo XIX, por lo que, durante el periodo en el cual Andrés Bello trabajó en la redacción de su *Código*, la inflación era un fenómeno casi desconocido en Chile.

En todo caso, bien se debe precisar que la depreciación en ningún caso constituye una fuente de obligaciones⁵⁴, al tiempo que aún hoy en Chile el nominalismo se entiende que sigue siendo la regla general, sin perjuicio de que existe la posibilidad de aplicar a las obligaciones dinerarias algún sistema de reajuste cuando la ley, la convención o una resolución judicial así lo establezcan⁵⁵.

Entre las estipulaciones de reajustabilidad más usuales se encuentran, por ejemplo, cláusulas oro, moneda de oro y valor oro; cláusulas en moneda extranjera o valor de ellas; cláusulas de pago en mercaderías o valor de ellas y cláusulas de reajuste según índices u otro valor⁵⁶.

Como se dijo, en el Chile actual, el principal índice de reajustabilidad es la UF, la que, no obstante su amplia aplicación en el tráfico jurídico, no por ello está exenta de problemas. Para empezar, tiene el inconveniente natural ya apuntado de que, por ser la inflación un fenómeno que se estima respecto de un lapso ya transcurrido, se trata de una mirada al pasado y, aun cuando la determinación de la UF tiene la virtud de fijar un valor para cada día del mes en curso, como esta valoración se efectúa a partir de una estimación sobre la base del pasado, sería paradójal que pudiese ocurrir que sus valores no reflejen fielmente la inflación en tiempo real, en especial si se está experimentando un importante brote inflacionario. Lo anterior como es obvio, repercute en la contratación: tiene la ventaja de que el reajuste es diario, pero, a la vez, esta misma característica puede perjudicar a las partes por no reflejar bien la realidad y por crear, de por sí, como todo sistema de indexación, una cierta inercia inflacionaria. Además, la UF se publica el décimo día de cada mes, señalando sus valores a diario hasta el noveno día del mes siguiente, es decir, los valores que se publican rigen del décimo día del mes presente hasta el noveno día del próximo mes, con lo cual este índice presenta un desfase natural de diez días respecto del mes calendario. En síntesis, se trata de una buena herramienta, pero que no es óptima a todo evento.

⁵⁴ RAMOS, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁵ ABELIUK, *op. cit.*, p. 338; RAMOS, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ ABELIUK, *op. cit.*, p. 340 y ss.

Para concluir este apartado, se hará una breve referencia a una situación especial de la contratación muy ligada a los fenómenos inflacionarios, la teoría de la imprevisión, que se entiende como:

“una causal de modificación y aun de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse”⁵⁷.

Se distingue la imprevisión del caso fortuito en que este torna imposible la prestación, en tanto la imprevisión solo la hace más gravosa, como también difiere del enriquecimiento sin causa en que este último carece de justificación, mientras que en la imprevisión sí la tiene: el contrato⁵⁸.

Tradicionalmente, la imprevisión ha sido invocada por mutaciones importantes en los precios ocasionadas por guerras, devaluaciones monetarias o inflación desbocada, esto es, que justo su ámbito de aplicación corresponde al fenómeno monetario que aquí se trata: la inflación.

En el derecho público, la imprevisión siempre ha sido acogida por cuanto se le entiende como un contrapeso a las facultades exorbitantes de la administración del Estado en el ámbito de la contratación pública, buscando resguardar, por una parte, la equivalencia prestacional, pero también por otra, entendiendo que el interés general comprometido en la contratación pública debe proteger la continuidad del servicio. Desde esta perspectiva, el advenimiento de circunstancias no imputables que hacen más gravoso para el contratista el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del respectivo contrato administrativo, le habilitan para demandar su revisión judicial, tratando de privilegiar siempre el interés general, en este caso, intentando perseverar en la ejecución del contrato, pero reevaluando sus costos⁵⁹. Esto es así en Chile⁶⁰ y en países como Francia⁶¹ y España⁶². Se dice que en la contratación administrativa la imprevisión no requiere de ley que la declare aplicable, pues se funda en la equidad, la buena fe, el bienestar general, y el repudio al enriquecimiento sin causa⁶³. Por el contrario, en el derecho privado la aceptación de esta teoría ha sido más resistida, haciendo primar la intangibilidad del contrato, aunque con el tiempo, y desde una perspectiva muy pragmática, se ha ido entendiendo que un buen contrato es aquel

⁵⁷ Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, p. 221.

⁵⁸ Bruno CAPRILE BIERMANN, “La imprevisión”, p. 144.

⁵⁹ Jorge BERMÚDEZ SOTO, *Derecho administrativo general*, p. 250 y ss.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Philippe FOILLARD, *Droit administratif*, p. 253.

⁶² Ricardo RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo*, p. 218.

⁶³ Julia POBLETE VINAIXA, *Actos y contratos administrativos*, p. 85.

con un equilibrio razonable, cuya ejecución legítimamente esperada debe poder obtenerse pese a las vicisitudes de su formación o de su ejecución, con lo cual la intangibilidad del contrato ya no es el único valor perseguido y aplicado en materia contractual⁶⁴.

En Chile, en el derecho privado no está regulada la imprevisión y, aunque la mayoría de la doctrina es partidaria de acogerla, se divide en cuanto a si es necesario regularla de manera expresa o, bien, si los textos vigentes la admiten⁶⁵. Entre los países que sí han acogido la facultad del deudor en la contratación privada, se pueden distinguir al menos tres grupos:

- i) hay países en que quien la invoca debe, primero, renegociar extrajudicialmente el contrato y luego, si procede, demandar la revisión judicial, como es el caso de Francia en el art. 1195 de su *Código Civil*⁶⁶;
- ii) existe la posibilidad de que quien invoca la imprevisión pueda optar entre renegociar el contrato o demandar la revisión judicial, como ocurre en el art. 1091 del *Código Civil y Comercial Argentino*⁶⁷;

⁶⁴ CAPRILE, *op. cit.*, p. 142 y s.

⁶⁵ Entre quienes la aceptan, la mayoría entiende que los textos la permiten basados en la buena fe contractual prescrita en el art. 1546 del *Código Civil*, aun cuando René Abeliuk prefiere legislarla al ver en la “ley del contrato” establecida en el art. 1545 un obstáculo insalvable para su aplicación (ABELIUK, *op. cit.*, tomo II, p. 762), Daniel Peñailillo arguye que la expresión “causas legales” del art. 1545 es suficiente para admitirla al reinterpretarla con el sentido de “causas jurídicas” (véase Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, *La responsabilidad contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones*, p. 136 y s.), en tanto Claudio Illanes prefiere no legislarla por desconfianza al abuso de la “excepción de imprevisión” por parte de contratantes inescrupulosos (véase CAPRILE, *op. cit.*, p. 147 y s). En contra de la imprevisión, Pablo Rodríguez sostiene que regularla es peligroso e innecesario, manifestándose partidario de reinterpretar los arts. 44, 1547 y 1558 del *Código Civil* para concluir que solo se responde de la imprevisibilidad si ha habido dolo de parte del incumplidor, por cuanto lo correcto sería probar la diligencia, mas no la prestación misma de la obligación que se ha vuelto más gravosa (ALCALDE, *op. cit.*, p. 138 y ss.).

⁶⁶ “Artículo 1195: Si un cambio imprevisible de las circunstancias en el momento de la celebración del contrato hace que el cumplimiento sea excesivamente oneroso para una parte que no había aceptado asumir el riesgo, ésta podrá solicitar a su cocontratante una renegociación del contrato. Continúa cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación.

En caso de negativa o fracaso de la renegociación, las partes podrán acordar resolver el contrato, en la fecha y en las condiciones que determinen, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el juez podrá, a petición de parte, revisar el contrato o resolverlo, en la fecha y en las condiciones que fije”.

⁶⁷ “Artículo 1091: Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a

- iii) se encuentran países en que, quien invoca la imprevisión, no tiene otra posibilidad que de plano demandar la revisión judicial, como ocurre en el art. 478 y siguientes del *Código Civil* de Brasil⁶⁸ y 868 del *Código de Comercio* de Colombia⁶⁹.

Para terminar, en países como España este fenómeno no está expresamente regulado, pero la doctrina y la jurisprudencia han recurrido a la cláusula “*rebus sic stantibus*” como remedio al desequilibrio patrimonial de las prestaciones que produce una alteración de las circunstancias contractuales⁷⁰, mientras que en Alemania el tema se ha resuelto recurriendo a la teoría de la “alteración de la base del negocio” consagrada en el art. 313 del *Código Civil* alemán⁷¹.

quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

⁶⁸ “Artículo 478: En los contratos de ejecución continua o diferida, si la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor puede pedir la terminación del contrato. Los efectos de la sentencia que se dicte serán retroactivos a la fecha del servicio.

Artículo 479: Podrá evitarse la resolución ofreciendo al demandado modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Artículo 480: Si las obligaciones del contrato recaen sobre una sola de las partes, ésta puede pedir que se reduzca su ejecución o se modifique la forma en que se realiza, para evitar una gravosidad excesiva”.

⁶⁹ “Artículo 868: Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

⁷⁰ LASARTE, *op. cit.*, p. 374 y s.

⁷¹ “Artículo 313: Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo sustancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes nos hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resulten ser falsos.

Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia”.

Pese a que no se discute que en la contratación el principio general siempre debe ser el carácter obligatorio de los contratos, el principio "*pacta sunt servanda*", en los Principios UNIDROIT se entiende que, si la obligación es susceptible de apreciación pecuniaria, un aumento del 50 % o más en el costo podría ser considerado como una alteración "fundamental", aunque esta fórmula en ningún caso puede implicar que los riesgos económicos normales del contrato puedan ser traspasados a la contraparte⁷². Como la posibilidad de revisar llama a revisar, de las opciones que se le pueden reconocer a los contratantes, entre renegociar y luego recurrir al juez, donde la obligación de renegociar primero podría transformarse en una maniobra con fin dilatorio versus demandar directamente y que el juez determine la revisión o modificación; puede ser más viable que el tribunal ordene la suspensión del contrato, sin perjuicio de que en general, mientras el juez conoce del asunto, se entiende que las partes deben seguir cumpliendo lo pactado. En todo caso, los poderes de revisión del juez no pueden implicar la total alteración de lo pactado en su origen por las partes, sustituyendo lo que en principio era un precepto de autonomía privada por un precepto por completo heterónimo⁷³.

IV. ¿Cómo se controla la inflación?

Como se dijo, en las últimas décadas en general se ha impuesto el criterio monetarista, que entiende que la inflación es un problema solo monetario, originado por un exceso de la oferta de monedas por sobre el crecimiento del PIB. Por consiguiente, desde esta perspectiva, la medida fundamental que debe adoptar la autoridad es evitar que la masa pecuniaria supere el PIB real de la economía del país respectivo, con lo cual se reduce la posibilidad de que se originen burbujas, que en algún momento futuro han de colapsar⁷⁴. Por esta razón, los monetaristas plantean que la oferta en efectivo debe experimentar una evolución conocida por los agentes económicos con el fin de no crear inflación por sorpresa, la cual se materializaría en el compromiso de la autoridad monetaria de que dicha oferta irá aumentando a una tasa fija y conocida de un k%.

Como se puede apreciar, este criterio prefiere las reglas a la discrecionalidad que predicen los keynesianos, pero esto no es solo para no crear

⁷² Rodrigo MOMBERG URIBE, "Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos", p. 155.

⁷³ *Op. cit.*, p. 165 y s.

⁷⁴ LACALLE, *op. cit.*, p. 242.

incertidumbre, sino que, además, se dice que la discrecionalidad requiere de un ambiente institucional que proyecte mucha confianza a los agentes económicos, lo que es lo mismo, la confianza es una condición de funcionamiento para que pueda operar adecuadamente la discrecionalidad, y es en virtud de esta necesidad esencial de confianza como condición de funcionamiento que se suele afirmar que, a falta de esta debida confianza, parecen funcionar mejor las reglas⁷⁵. Por otra parte, también se afirma que la discrecionalidad siempre termina generando inconsistencia intertemporal⁷⁶.

En otra época, la manera que se utilizó para resguardar la estabilidad de la moneda fue la adopción del padrón oro, de manera tal que la emisión monetaria debía correlacionarse con la cantidad de reservas metálicas de que disponían en cada momento los bancos centrales, siendo los billetes en circulación convertibles en metal. Sin embargo, el padrón oro igual tenía limitaciones, por ejemplo, tendía a provocar fuertes oscilaciones en el ritmo de la actividad económica y en el nivel de precios, lo que solía ir en contra de los objetivos de la política económica, los países con superávit en sus relaciones económicas con el exterior podían tomar medidas tendientes a cancelar los efectos automáticos de los flujos de oro sobre la cantidad de dinero y, además, el sistema era muy sensible a una crisis de confianza, pues descansaba sobre una base más o menos pequeña de oro y siempre cabía la posibilidad de agotamiento de las reservas disponibles⁷⁷. Por otra parte, el retorno al padrón oro en el mundo actual, con el nivel de endeudamiento masivo que presentan los Estados sería imposible de llevar a cabo porque, incluso si un país lo hiciera, es probable que los otros miembros del sistema bancario de reserva fraccional no pudiesen seguir sus pasos⁷⁸. Y a esto debe agregarse que la experiencia de la época del padrón oro muestra que para que este sistema pueda funcionar, es necesario un Estado pasivo, lo cual parece del todo incompatible con el estándar actual de un Estado al servicio de la persona.

Otra forma de disciplinar la oferta monetaria es utilizar el tipo de cambio. De hecho, a fines del siglo XIX se entendía por “estabilidad de precios” la “estabilidad del tipo de cambio”, por ser esta una condición indispensable para realizar las compensaciones de metal entre los países que requería el padrón oro, muy distinto a la acepción actual en la que se entiende la estabilidad de precios como “control de la inflación”, en otras palabras,

⁷⁵ Héctor Javier CASTRO TORRES, “Aspectos de política monetaria en Colombia: un debate entre las reglas y la discrecionalidad”, p. 23 y s.

⁷⁶ Emilio OCAMPO y Nicolás CACHANOSKY, *Dolarización. Una solución para la Argentina*, p. 285.

⁷⁷ LARROULET y MOCHÓN, *op. cit.*, p. 467.

⁷⁸ LACALLE, *op. cit.*, p. 239.

que esta sea baja y estable. El problema de utilizar el sistema cambiario para estabilizar la inflación es que, de acuerdo con la teoría económica, o se fija el precio o se fija la cantidad, pero no se pueden fijar las dos cosas a la vez. Si se fija el precio, el mercado determinará la cantidad; si se fija la cantidad, el mercado determinará el precio; si se pretende fijar precio y cantidad, la inconsistencia llevará a que se tenga que abandonar uno u otro, o a que se generen políticas que causen inestabilidad en los mercados⁷⁹. Sin embargo, tanto los tipos de cambio fijos como los flexibles presentan ventajas y desventajas: mientras los fijos ofrecen estabilidad a corto plazo, la lógica rigidez que poseen puede originar problemas a largo plazo, en tanto que los flexibles tienden a mostrar inestabilidad en el corto plazo, pero una flexibilidad deseable a largo plazo⁸⁰. Mientras el tipo de cambio fijo suele utilizarse para bajar la inflación cuando hay severos problemas de confianza institucional, en la actualidad parece imponerse en el mundo la “flotación cambiaria” (flexibilidad), privilegiando así la estabilidad a largo plazo, al tiempo que la experiencia demuestra que es imposible para los bancos centrales trabajar con dos anclajes nominales simultáneos como referencia, esto es, o se trabaja con metas de inflación o se trabaja con tipos de cambio fijos, mas no con ambos a la vez, aun cuando el régimen de flotación cambiaria tampoco está libre de la posibilidad de que en algún momento la autoridad lo intervenga (flotación “sucia”).

Una opción parecida al tipo de cambio fijo sería la adopción de una moneda extranjera, pero, en este caso, tomar esta decisión tiene como consecuencia que se deberá asumir que la autoridad monetaria perderá cierta capacidad de maniobra respecto de la gestión de esa particular política.

Dicho todo lo anterior, la solución general para mantener la inflación baja y estable parece ser en efecto tener bajo control la evolución de la oferta monetaria y, por tanto, para hacer bajar la inflación cuando esta se ha incrementado, la autoridad en esta materia debería adoptar medidas conducentes a lograr una disminución de dicha oferta, esto es, retirar unidades de la circulación, pues, como señala la teoría cuantitativa, la inflación es un problema de exceso de oferta. El problema es cómo lograrlo. En primer lugar, será necesario disminuir el gasto público. Pero, además, como es difícil que la autoridad consiga que las personas se desprendan de parte del efectivo que tienen en su poder ante la expectativa de que no recibirán nada a cambio, la alternativa es recurrir a la devaluación, esto es, reducir el valor real de la moneda, que se suele expresar en la moneda de otros

⁷⁹ Valeriano F. GARCÍA, *Para entender la economía política (y la política económica)*, p. 155.

⁸⁰ LARROULET y MOCHÓN, *op. cit.*, p. 470.

países o en términos de oro⁸¹. Tanto con la inflación como con esta solución devaluatoria, se empequeñece la unidad de cuenta, como si se mediera masas en libras en vez de kilogramos, o longitudes en pies en vez de metros, aunque en ambos casos la magnitud de la cosa que se mide no varía. No obstante en este caso, la devaluación no se efectúa con la finalidad de emitir, sino buscando que se restablezcan los precios de equilibrio del mercado. Se trata de un fenómeno que recae en la unidad de medida, no en “el costo” de las cosas. Por esta razón, los países con alta inflación suelen ser “baratos” en comparación, para el extranjero, pues el problema recae sobre la unidad de cuenta, no sobre los precios. Y cuando un país no puede devaluar, por ejemplo, por haber adoptado una moneda extranjera, se suele recurrir como remedio extremo a una “devaluación interna”, esto es, rebajar los costes de producción, por ejemplo, reduciendo los salarios o el precio de los servicios públicos.

¿Cómo determinar la magnitud de la reducción? Para esto, habrá que considerar los “agregados monetarios”, que se definen como el dinero que está en poder del sector privado no bancario, entendiendo por “dinero” a los activos que los agentes económicos están dispuestos a aceptar como medio de pago de bienes y servicios o como reembolso de deuda. En el caso de Chile, los agregados monetarios se definen como M1, M2 y M3, donde M1 es el concepto más líquido de dinero, compuesto por los billetes y monedas en circulación, las cuentas corrientes y cuentas a la vista; M2 considera, además de M1, los depósitos a plazo en pesos chilenos y, por último, M3 incluye M2 y los depósitos en moneda extranjera, así como la tenencia de bonos por parte del sector privado no bancario⁸². Entonces, son los agregados monetarios la herramienta que permite determinar cuánto dinero y de qué características hay en circulación en una economía en un momento determinado.

Mientras que la definición sobre qué elementos componen cada agregado monetario y su evolución depende de cada Banco Central, por lo que es diferente en cada país; en la actualidad se entiende que la inflación la produce M3, y no como intuitivamente pudiese pensarse M1, por cuanto no toda la liquidez que se inyecta a la economía es gastada por los agentes económicos, sino que con frecuencia, sobre todo en épocas de dificultades, mucho de esa mayor liquidez se ahorra, como consecuencia de las expectativas que se van formando las personas^{83,84}. Por esto, la inflación no sería

⁸¹ SAMUELSON y NORDHAUS, *op. cit.*, p. 685.

⁸² BANCO CENTRAL DE CHILE, *Base monetaria y agregados monetarios*.

⁸³ LACALLE, *op. cit.*, p. 193.

⁸⁴ Guillermo DE LA DEHESA, *La crisis de la eurozona ¿Una crisis autoinfligida?*, p. 156 y ss.

producida por un aumento de la base monetaria M1, sino que ocurriría por un incremento del *stock* de dinero en circulación M3, que incluye los ahorros (que son menos líquidos)^{85, 86} y por esta misma razón se entiende hoy que el comportamiento de la tasa de interés refleja mejor la evolución de la inflación que la evolución de los agregados monetarios, que son difíciles de calcular y, además, su definición varía de país en país, lo cual, a su vez, justifica que la principal herramienta de política monetaria de los bancos centrales sea la tasa a la cual estos le prestan dinero a los bancos comerciales, para influir en el tamaño de la oferta monetaria.

V. El papel del derecho y del Estado

Es sabido que a la economía no le gusta la incertidumbre y, por tanto, el papel que en esta materia debe desempeñar la autoridad es precisamente evitarla, dar certeza a los agentes económicos, en definitiva, generar un ambiente de confianza que incentive la actividad económica. Lo anterior cobra especial relevancia cuando se entiende que la razón de ser del Estado moderno es alcanzar el bien común, el bien de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, un Estado al servicio de la persona, pero que ha de obrar sin vulnerar libertades y derechos.

Un Estado servicial no puede ser un ente pasivo, sino que debe estar presto a intervenir cuando así lo haga necesario el logro del bien común, en especial cuando la libre iniciativa de los particulares no es suficiente para alcanzar mediante su accionar el bien común como estándar esperado de conducta. Y en específico, en lo que respecta a la inflación, la labor fundamental de la autoridad será no solo evitar en general brotes inflacionarios, sino que, además, deberá procurar que las intervenciones que sean necesarias para el logro del bien común no sean, a la vez, potencialmente aptas para provocar inflación por sorpresa.

Sin embargo, como es sabido, la tentación de los gobiernos de turno de aumentar el gasto público, aun cuando esto sea necesario para materializar el bien de todos y cada uno, es el perfecto caldo de cultivo para que la oferta monetaria se expanda más allá de lo que precisa la demanda de dinero. Por esta razón, se cree que un Estado servicial, aunque no siempre

⁸⁵ DE LA DEHESA, *op. cit.*, p. 168 y s.

⁸⁶ Esto también explicaría por qué, contradiciendo la teoría, en la práctica, la compra de deuda pública por los bancos centrales por sí sola no generaría de forma automática más inflación, dado que no toda la liquidez que de esta forma se introduce a la economía se transforma en base monetaria, sino que parte importante de dicha liquidez se transforma en ahorro.

grande y omnipotente, sí debe ser un Estado activo, pero que requiere, a su vez, de algún ente que actúe como contrapeso institucional para impedir que la oferta monetaria y la demanda de dinero se desequilibren. En definitiva, se requiere de una autoridad monetaria que tenga la capacidad de servir de contrapeso a eventuales políticas inflacionistas que los gobiernos nacionales puedan adoptar. Por tanto, una política monetaria independiente requiere un banco central que sea en realidad independiente de injerencias políticas, y que, asimismo, tenga un mandato institucional compuesto de pocos, pero claros objetivos de estricto carácter monetario, pero que, al mismo tiempo, goce de una libertad de instrumentos fundada en la naturaleza técnica de la institución⁸⁷.

Ahora bien, la política monetaria tiene limitaciones, por ejemplo⁸⁸: la imposibilidad de eliminar del todo la incertidumbre, por cuanto los supuestos en la realidad no siempre se cumplen (son estocásticos); los retardos temporales, pues siempre los efectos de las decisiones monetarias tardan de entre doce a veinticuatro meses en concretarse⁸⁹; las expectativas racionales de los agentes económicos; la globalización y la interdependencia económica entre las economías; y la inconsistencia intertemporal, que se refiere a los cambios de circunstancias entre el momento en que la autoridad anuncia una medida y aquel en que esta se espera que produzca sus efectos. Además, las medidas imprevistas siempre producen efectos de *shock*.

Otro aspecto importante que muchas veces se olvida, es que la política monetaria no tiene la capacidad de reemplazar reformas estructurales, sino que solo ayuda en el corto tiempo, por tanto, “tiene fecha de caducidad”⁹⁰, mientras los desequilibrios estructurales se solucionan. Esto último le corresponde a la política fiscal⁹¹, en tanto que la actuación del Banco Central solo permite “comprar tiempo”⁹².

Por fin, según la “nueva macroeconomía clásica”, las expectativas racionales esterilizan la política monetaria⁹³, pues en los hechos, el supuesto de

⁸⁷ Véase Alejandro LAGOS TORRES, “Reflexiones sobre el Banco Central de Chile en el rechazado borrador constitucional del año 2022”.

⁸⁸ Andrés FERNÁNDEZ DÍAZ, Luis RODRÍGUEZ SÁIZ, José Alberto PAREJO GAMIR, Antonio CALVO BERNARDINO y Miguel Ángel GALINDO MARTÍN, *Política monetaria. Fundamentos y estrategias*, p. 114 y ss.

⁸⁹ Javier MILEI, *El fin de la inflación. Eliminar el Banco Central, terminar con la estafa del impuesto inflacionario y volver a ser un país en serio*, p. 70.

⁹⁰ LACALLE, *op. cit.*, p. 49.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Op. cit.*, p. 80.

⁹³ Esta afirmación es la llamada “Crítica de Lucas y Sargent”.

análisis económico y financiero *ceteris paribus* (“todo lo demás constante”) no existe⁹⁴. Esto es así, porque la experiencia y la información disponible llevan a los agentes económicos a anticipar acontecimientos futuros con un pequeño margen de error. Los agentes conocen la verdadera ley de probabilidades de los precios para todos los periodos futuros, por lo que formulan predicciones informadas sobre el contexto económico futuro. Así, lo que realmente sucede no tiene una diferencia significativa de lo que la gente espera. Pero los agentes no están menos sujetos a *shocks* aleatorios e impredecibles: el hecho de no ser predictores perfectos los lleva, a veces, a cometer errores, que, sin embargo, son puntuales y corregidos de inmediato. Tanto para la nueva macroeconomía clásica como para los monetaristas, las políticas intervencionistas están condenadas al fracaso porque son anticipadas por los agentes. La única diferencia proviene del periodo de ajuste, que es inmediato como resultado de las expectativas racionales o, bien, retardado en el caso de las expectativas adaptativas. Por esto, para ser creíbles y eficaces, las políticas públicas deben limitarse a las mínimas intervenciones, siendo, para esto, indispensable que las políticas monetarias y fiscales se desarrollen en forma coordinada, ya que contando con información perfecta, la población adivina lo que va a suceder, y así la clave para el éxito de las políticas públicas es la acción coordinada, coherente y sostenible en el tiempo⁹⁵.

En definitiva, las personas no hacen lo que predice el Excel⁹⁶, por lo que es indispensable generar la confianza desde ya, y con un horizonte temporal de largo plazo. Por tanto, el papel que han de desempeñar el derecho y el Estado es en esencia dar confianza a los agentes económicos, lo cual se refleja en la necesidad de reglas claras que impidan que se genere un ruido que influya en su comportamiento. Asimismo, resulta esencial la coordinación entre la política monetaria y la política fiscal, pero siempre con una clara separación de objetivos y funciones, y sin que esta coordinación inhiba la autonomía de la autoridad monetaria.

VI. Controversias recientes en Chile

Para finalizar, unos breves comentarios sobre de la inflación y el derecho, a partir de las dos propuestas de Nueva Constitución para Chile de los años

⁹⁴ Véase Thomas J. SARGENT, *Expectativas racionales e inflación*.

⁹⁵ Aurélien ESPIC, “La nouvelle macroéconomie classique”, p. 140 et s.

⁹⁶ LACALLE, *op. cit.*, p. 270.

2022⁹⁷ y 2023⁹⁸ que fueron categóricamente rechazadas en sendos plebiscitos. Cabe recordar las importantes diferencias que en general presentaban ambas propuestas, las que tienen su origen en las notables diferencias observables entre ambos procesos constituyentes, tanto respecto de los órganos redactores como a la forma en que se desarrolló el trabajo en sí basta advertir que respecto de la propuesta de 2022 ni siquiera hay certeza de todo lo que se debatió, no hay una “historia de la ley” que permita ilustrar de forma adecuada sobre la elaboración de las normas propuestas, por cuanto es sabido que muchos acuerdos se adoptaron sin dejar testimonio alguno, mientras que el proceso de redacción de la propuesta de 2023 fue mucho más parecido al proceso normal de formación de la ley, del cual sí se tienen las actas⁹⁹.

Llama poderosamente la atención observar que, no obstante lo dicho en los apartados anteriores, y pese a las grandes diferencias que presentaban entre sí ambas propuestas, de todas maneras en lo referente al Banco Central, aun cuando en su estructura orgánica los dos textos diferían, respecto de las competencias los dos textos eran bastante similares.

En cuanto a los objetivos del Banco, tanto en la propuesta de 2022 (art. 358.1) como en la de 2023 (art. 199) se estableció el velar por la “estabilidad de precios”, en lugar de la “estabilidad de la moneda”, como señala en la actualidad la normativa del instituto emisor¹⁰⁰, aunque que, como se ha dicho, tras la inflación subyace un problema de confianza en “la moneda”, en el instrumento de cambio por la mayoría aceptado originado en un exceso de oferta monetaria, y no un simple problema de “precios”, los cuales pueden variar por múltiples razones, tanto al alza como a la baja, pero sin que por ello se pierda la confianza en el instrumento de cambio. Los argumentos para tal redacción fueron dos: el primero, que la “estabilidad de precios” es la denominación estándar internacional, aun cuando se opina que no ilustra del todo la naturaleza del fenómeno inflacionario y, por tanto, en ambas propuestas, se retrocede respecto de la normativa hoy vigente; y, el segundo, se piensa que espor completo descabellado, que al hablar de “estabilidad de la moneda” se podía abrir la posibilidad de establecer en algún momento un régimen de tipo de cambio fijo, el cual, como ya se dijo, no solo en el mundo ya casi no se utiliza, por cuanto genera inestabilidad a largo plazo, sino que, además, supone que un órgano técnico, pasando por sobre su conocimiento

⁹⁷ Propuesta de Nueva Constitución para Chile 2022, capítulo x: Órganos autónomos constitucionales, Banco Central, artículos 357 a 364.

⁹⁸ Propuesta de Nueva Constitución para Chile 2023, capítulo xv: Banco Central, artículos 198 a 205.

⁹⁹ Actas del Consejo Constitucional 2023.

¹⁰⁰ Art. 3.º de la Ley n.º 18840.

técnico, podría dejarse tentar por la redacción de la norma, a pesar de que establecer tipos de cambios fijos implicaría un cambio sustancial en la forma en la que hoy trabaja la banca¹⁰¹. En definitiva, velar por la estabilidad de la moneda es velar por la confianza en el instrumento de cambio, una noción mucho más amplia que el solo control de la inflación.

De la misma forma, tanto en el texto de 2022 (art. 358 incisos 2 y 3) como en el de 2023 (art. 199.3), contradiciendo la teoría se le señalan al Banco objetivos monetarios y también objetivos fiscales, especialmente en lo referente al empleo. Si bien no se puede gestionar la política monetaria haciendo absoluta abstracción del empleo, lo cual no se discute y siempre lo ha entendido así el Consejo del Banco, fundado en el deber de coordinación con la orientación general de la política económica del gobierno que le prescribe su normativa institucional¹⁰², el problema surge al constatar que la política monetaria debe pensarse a largo plazo, entre otras razones, porque sus efectos tardan tiempo en concretarse, incluso hasta dos años, al tiempo que la mencionada política no reemplaza reformas estructurales, y solo sirve para ganar tiempo mientras se adoptan medidas propias de la política fiscal por parte del gobierno. Y, si bien de por sí muchos objetivos asignados al Banco pueden, en un momento dado, resultar incompatibles entre sí, esta posibilidad se agrava si dichos objetivos son llevados a la Constitución, por cuanto les introduce tensión a los procesos de comunicación del Banco a los agentes económicos y de rendición de cuentas a los poderes democráticamente constituidos, así como también a la formación de expectativas por parte de las personas. Por otro lado, en el caso del art. 199.3 de la propuesta de 2023, parece extraño que la norma señale que el Banco “podrá” considerar el empleo, no obstante la redacción pareciera aludir a una simple facultad, en la práctica no cambia en nada lo que antes se ha señalado.

Otro tanto ocurre con la decisión de incluir en el texto constitucional, aun cuando sea con carácter meramente enunciativo (no taxativo), un catálogo de medidas que puede adoptar el Banco para el logro de los objetivos que le son asignados, lo cual sucede tanto en la propuesta de 2022 (art. 359) como en la de 2023 (art. 199.2), por cuanto se estima que incorporar en textos con rango constitucional una enumeración de tales características puede atentar contra el principio de la libertad de instrumentos que debe informar la actuación del Banco para una mejor gestión de la política monetaria.

¹⁰¹ Pretender que “estabilidad de la moneda” significa “tipo de cambio fijo” es tan absurdo como pretender que “estabilidad de precios” significa “fijación de precios”.

¹⁰² Art. 6.º de la Ley n.º 18840.

Para terminar, tanto la propuesta de 2022 (art. 360.3) como la de 2023 (art. 200.2) transcriben el inciso 2.º del art. 109 del texto constitucional hoy vigente, permitiendo la compra transitoria de bonos de deuda pública en el mercado secundario para el solo efecto de normalizar el sistema de pagos, herramienta que en otras latitudes ha permitido el fraude de “fabricar” un mercado secundario al emitir, en un momento, el Estado bonos de deuda a los bancos comerciales, para que luego, al día siguiente, el Banco Central proceda a la compra de dichos bonos, vulnerándose así el espíritu de la norma, con lo cual, al monetizarse dicha deuda, se abre la posibilidad de generar inflación, por lo que se piensa que la norma hoy vigente, aunque hasta la fecha nunca se ha utilizado, como medida precautoria debería ser derogada.

En síntesis, se considera que, respecto del tema estudiado, ambas propuestas constitucionales representaban por igual un deterioro de la normativa antiinflacionaria chilena.

Conclusiones

La inflación es un fenómeno monetario consistente en un desequilibrio entre la oferta monetaria y la demanda de dinero, pero, a la vez, es un problema mucho más jurídico de lo que pudiera pensarse, del cual deben hacerse cargo el derecho y el Estado.

Producto de la inflación la moneda se desvaloriza, se enferma el instrumento de cambio que utilizan en sus relaciones los agentes económicos, con lo cual se distorsiona el normal funcionamiento de los mercados y de las relaciones jurídicas, se empobrecen las personas, y se genera incertidumbre, al tiempo que el Estado, el principal deudor de la economía, se beneficia a consecuencia del impuesto inflacionario, lo que constituye un incentivo para este aumente su gasto, en vez de, como Estado servicial, procurar el real bienestar de las personas.

Lo anterior es sin perjuicio de aquellos problemas jurídicos específicos referidos a la normal reajustabilidad de las obligaciones y a los problemas sobrevinientes generados por el encarecimiento extraordinario del cumplimiento de las prestaciones.

Por estos motivos, es indispensable que el derecho contribuya a crear condiciones para proteger la confianza en la moneda, medidas de prevención para mantener con buena salud al instrumento de cambio, por cuanto la inflación, además de las consecuencias perniciosas ya apuntadas, es un fenómeno que fácilmente aumenta, pero muy difícil y lento de disminuir, tanto porque la política monetaria opera con retardo como por las graves repercusiones sociales que generan las medidas de contención.

Y si se comparte la necesidad de coordinación entre la política monetaria y la política fiscal, pero con una clara separación de objetivos y funciones, preocupa la posibilidad de deterioros normativos en la institucionalidad monetaria chilena, que ya dos veces se ha manifestado, en especial si se considera que hasta la fecha esta ha tenido un buen desempeño.

Bibliografía

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomos I y II.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2018.
- BANCO CENTRAL DE CHILE, *Base monetaria y agregados monetarios*. Disponible en chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcgclclefindmkaj/https://si3.bcentral.cl/estadisticas/Principal1/Metodologias/EMF/AGREGADOS_MONETARIOS/Base_Monetaria.pdf [fecha de consulta: 30 de enero de 2024].
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general*, 3ª ed., Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.
- BERUMEN, Sergio A., *Lecciones de economía para no economistas*, 3ª ed., Madrid, Esic Editorial, 2017.
- BIANCHI L. Andrés, “La independencia del Banco Central de Chile: los años iniciales”, en Alberto NAUDON D. y Luis ÁLVAREZ V. (eds.), *25 años de autonomía del Banco Central de Chile*, Santiago, Banco Central de Chile, 2016.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, “La imprevisión”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 15, 2007.
- CASTRO TORRES, Héctor Javier, “Aspectos de política monetaria en Colombia: un debate entre las reglas y la discrecionalidad”, en *Journal of Economics, Finance and International Business*, vol. 3, Issue 1, 2019.
- COMÍN COMÍN, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2016.
- DE LA DEHESA, Guillermo, *La crisis de la eurozona ¿Una crisis autoinfligida?*, Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2018.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 2008, vol. II.
- ESPIC, Aurélien, “La nouvelle macroéconomie classique”, in SCIENCES HUMAINES/ HORS-SÉRIE/ LES ESSENTIELS, *Les 100 penseurs de l'économie*, Auxerre, SAS Sciences Humaines communication, Avril-Mai 2019.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés; Luis RODRÍGUEZ SAÍZ, José Alberto PAREJO GÁMIR, Antonio CALVO BERNARDINO y Miguel Ángel GALINDO MARTÍN, *Política monetaria. Fundamentos y estrategias*, Madrid, Paraninfo S.A., 2011.
- FOILLARD, Philippe, *Droit administratif*, 4ª ed., Bruxelles, Éditions Larcier, 2015.

- FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- GARCÍA, Valeriano F., *Para entender la economía política (y la política económica)*, México D.F., Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 2000.
- GOODWIN, A. J. H., “The Medieval Empire of Ghana”, in *The South African Archaeological Bulletin*, vol. 12, No. 47, 1957.
- HUET, Jérôme, *Traité de droit civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.
- KRUGMAN, Paul; Robin WELLS y Kathryn GRADY, *Fundamentos de economía*, 3ª ed., Barcelona, Editorial Reverté S.A., 2017.
- LACALLE, Daniel, *La gran trampa. Por qué los bancos centrales están abonando el terreno para la próxima crisis*, 4ª ed., Barcelona, Ediciones Deusto, 2018.
- LAGOS TORRES, Alejandro, “Reflexiones sobre el Banco Central de Chile en el rechazado borrador constitucional del año 2022”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 22, 2023.
- LARROULET VIGNAU, Cristián y Francisco MOCHÓN MORCILLO, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- LASARTE, Carlos, *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*, 24ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018.
- MANKIW, N. Gregory, *Principios de economía*, 7ª ed., México D.F., Cengage Learning Editores, S.A. de C.V., 2017.
- MAZEAUD, Henri; Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, parte III, vol. IV.
- MILEI, Javier, *El fin de la inflación. Eliminar el Banco Central, terminar con la estafa del impuesto inflacionario y volver a ser un país en serio*, Buenos Aires, Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., 2023.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, “Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 10, 2004.
- OCAMPO, Emilio y Nicolás CACHANOSKY, *Dolarización. Una solución para la Argentina*, Buenos Aires, Editorial Claridad S.A., 2022.
- PARADINAS FUENTES, Jesús L., *El pensamiento económico de la Escuela de Salamanca*. Disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://fundacionorotava.org/media/web/files/page161__pensamiento-economico-escuela-salamanca_n8kb_Ceg.pdf [fecha de consulta: 30 de enero de 2024].
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, en *Revista de Derecho*, n.º 208, julio-diciembre, 2000.
- POBLETE VINAIXA, Julia, *Actos y contratos administrativos*, 2ª ed., Santiago, Lexis-Nexis, 2007.

- RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo*, 2ª ed., Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2018.
- SAMUELSON, Paul y Williams D. NORDHAUS, *Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica*, 19ª ed., México D.F., McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., 2010.
- SARGENT, Thomas J., *Expectativas racionales e inflación*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1989.

NORMAS

- Actas del Consejo Constitucional 2023.
- Código Civil* de Alemania, 1900.
- Código Civil* de Brasil, 2002.
- Código Civil* de Chile, 1855.
- Código Civil* de España, 1889.
- Código Civil* de Francia, 1804.
- Código Civil y Comercial Argentino*, 2015.
- Código de Comercio* de Colombia, 1971.
- Constitución Política de la República de Chile, 1980.
- Ley 18.010 (13-07-1981) Establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.
- Ley n.º 18840, Orgánica Constitucional del Banco Central, 10 de octubre de 1989.
- Propuesta de Nueva Constitución para Chile 2022. Disponible en <https://labconstitucional.udp.cl/documentos/propuesta-nueva-constitucion-2022/> [fecha de consulta: 5 de enero de 2024].
- Propuesta de Nueva Constitución para Chile 2023. Disponible en www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf [fecha de consulta: 5 de enero de 2024].

Siglas y abreviaturas

AFP	Administradoras de Fondos de Pensiones
art.	artículo
arts.	artículos
C.V.	capital variable
D.F.	distrito federal
ed.	edición
éd.	éditions

eds.	editores
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
PIB	producto interno bruto
pp.	páginas
s.	siguiente
ss.	siguientes
S.A.	sociedad anónima
S.A.C.I.	sociedad anónima industrial y comercial
UF	Unidad de Fomento
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
vol.	volumen

LA HIPOTECA A LA INVERSA: LA DESTRUCCIÓN AXIOLÓGICA A CARGO DE LOS MERCADOS REGULATORIOS FINANCIEROS

THE REVERSE MORTGAGE: THE AXIOLOGICAL DESTRUCTION BY THE FINANCIAL REGULATORY MARKETS

*Sebastián A. Quiroz Muñoz**

Resumen

La conocida hipoteca a la inversa constituye hoy una de las innovaciones más grandes en lo que refiere a instrumentos financieros, esto sin dejar de lado que también se sitúa en una encrucijada doctrinal, ya que puede señalarse como la epítome del “*análisis económico del derecho*” como corriente de pensamiento, debido a que no se trata de una institución del todo nueva, sino del repensamiento de una ya existente, reemplazando el razonamiento cognitivo de las normas por el juicio sobre la base de la eficiencia de las mismas. Sin embargo, lo anterior ha estado presente (en su mayoría) en mercados regulados que son potestad del poder público y su reserva administrativa y legal, según corresponda. Será responsabilidad del Estado fijar los límites y alcances de este nuevo tipo de instituciones y explotar un mundo de innovación a través de la potestad reglamentaria dando paso al renacimiento de las viejas instituciones.

Palabras clave: hipoteca a la inversa, análisis económico del derecho, instrumentos financieros, derecho regulatorio, potestad reglamentaria, derecho económico.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Desarrollo, Las Condes, Chile. Académico y profesor de Historia del Derecho Universidad Finis Terrae, Providencia, Chile. Correo electrónico: squirozm@udd.cl

Artículo recibido el 30 de agosto de 2023 y aceptado para su publicación el 12 de marzo de 2024.

Abstract

The well-known reverse mortgage constitutes today one of the greatest innovations in terms of financial instruments, but it is also located at a doctrinal crossroads since it can be pointed out as the epitome of the economic analysis of law as a current of thought, since it is not about a completely new institution, instead, a rethinking of it, replacing the cognitive reasoning of the rules with the efficiency of them. But the above has been present (mostly) in regulated markets that are under the authority of the public power and its administrative and legal reserve as appropriate. It will be the responsibility of the State to set the limits and scope of this new type of institutions and to exploit a world of innovation through the revival of old institutions.

Keywords: Reverse mortgage, law & economics school, financial instruments, regulatory law, Economic Law.

Consideraciones preliminares

La investigación de la sociología en los últimos diez años ha arrojado datos cuanto menos preocupantes para el acontecer demográfico del país: la población ha demostrado un envejecimiento sin precedentes. Chile se encuentra en un espiral de vejez galopante y una tasa de natalidad que no cubre lo suficiente –ni aún con la inmigración– para que la población joven supere a quienes ya transitan o están prontos a entrar en la tercera edad.

En el ámbito latinoamericano, nuestro país es el que presenta la mayor tendencia a no tener hijos o, en su defecto, a tener uno solo. En 2011, la tercera edad representaba el 15 % de la población y las personas sobre sesenta años alcanzaban el 30 % de la población¹. Esta estadística implica un aumento del segmento etario de la tercera edad lo que genera una serie de preguntas en torno a la estabilidad financiera de quienes se encuentran o se encontrarán jubilados, o impedidos de ejercer actividades laborales en los siguientes años: en palabras simples, preguntas relativas a la posibilidad de verse privados de ingresos periódicos. No es ninguna novedad exponer que el sistema de previsión se ha mostrado cuestionado en su función de sostener las necesidades de quienes pretende asegurar, por lo que ha sido usual observar que muchas personas, después de su edad de jubilación, sigan ejerciendo su profesión o busquen realizar ciertos bienes (en la mayoría

¹ Sebastián FERNÁNDEZ DA COSTA, *Hipoteca a la inversa. Un nuevo producto financiero a partir de los bienes inmuebles para Chile*, p. 15.

de los casos inmuebles) con el objetivo de complementar su pensión. Y es en este último sentido en el que *la venta de ciertos productos financieros* por parte de las entidades bancarias ha salido al mercado en la búsqueda de satisfacer estas nuevas necesidades. Esta última afirmación requiere, desde ya, una exégesis adecuada, porque este nuevo producto financiero no es contratado como una compraventa, es decir, no se presenta como un contrato en los términos del art. 1793 del *Código Civil*, sino, más bien, como un derecho real, específicamente, la hipoteca. Llama la atención que una vuelta a la vieja guardia civilista nos trajo la idea más “innovadora” del siglo xx y lo que va del presente siglo en cuanto a productos financieros, cuestión que se vuelve relevante para los actores sociales y gubernamentales si tenemos en cuenta que en la agenda 2030 se encuentra señalada la creciente necesidad de un desarrollo de pensiones autónomas y paralelas al aparataje estatal, y en un mercado bastante regulado. Y es en este sentido que la regulación emanada de la administración, ya sea fundada de una reserva legal o de una estricta regulación administrativa, será quien venga a concretar la simbiosis de ciertas figuras contractuales privadas y las necesidades contingentes, con el fin de alcanzar sus pretensiones para con el cúmulo social en el amplio fenómeno que llamamos derecho regulatorio.

Lo anterior presupone una hipótesis cuanto menos interesante, ya que varias de las ideas innovadoras del siglo xx en adelante no pueden ser llamadas del todo “nuevas” cuando se han retrotraído a desenterrar ideas del pasado que se articularon en el derecho común, lo que, a su vez, nos permite concluir que el pensamiento que ha venido marcando las ciencias sociales de las últimas dos centurias ha echado mano de la reinterpretación de algunas ideas, y es que, a través del estudio de nuestra situación presente que confronta al pasado, podríamos encontrar las soluciones a nuestro futuro².

Ahora bien, lo relevante es que la potestad reglamentaria cuenta con herramientas que le permiten lograr estos objetivos con mayor facilidad de la que tendría el Poder Legislativo, pues al estar la administración del Estado por definición investida de poder, el ordenamiento jurídico le reconoce ciertas funciones que se traducen en actos imperativos para el ejercicio de las normas, en definitiva las reglas de la administración son manifestaciones de poder reconocidas por el ordenamiento jurídico y que se radican y ejercen para un bien público³. Con esta prerrogativa las distintas admi-

² Esto es relevante en el sentido de que muchas de las posibles opciones y soluciones a futuro pudiesen encontrarse en nuestro conocimiento en este preciso instante, sin que hayamos dado el enfoque adecuado que le permite a las ideas florecer y alcanzar sus matices más profundos, en torno a nuestro propio progreso como civilización.

³ Jaime Williams BENAVENTE, *Lecciones de Introducción al derecho*, p. 194.

nistraciones pueden crear normativas con rango reglamentario (es decir, subordinadas a leyes), pero al final independiente de su jerarquía, normas jurídicas que son aplicables a toda la sociedad, y mediante ellas podría, además, interpretar siendo y dichas interpretaciones, en principio, obligatorias. Ahora bien, estos fenómenos jurídicos están exentos en su formación de una serie de trámites y discusiones que las leyes traen aparejadas por nacimiento *ex ante* y por su control *ex post* y, aunque lo anterior no quiere decir que estas normas estén exentas de control, sí significa que gozan de una libertad de acción e interpretación mucho menos exhaustiva y lenta que las normas de rango legal. Con esto en mente, muchas problemáticas contingentes y de aparición imprevista en la sociedad encuentran su solución en una reglamentación rápida de la autoridad que es pertinente al caso antes descrito para la tercera edad, en la regulación de una figura que ha tergiversado a la hipoteca en su sentido original para poder dar una nueva propuesta: que el dueño de un bien raíz constituya un derecho real de hipoteca en favor de una institución financiera, generalmente un banco, quien se obliga, a su vez, a pagar una pensión periódica para completar el precio fijado con esa garantía. Ese pago se hace de forma vitalicia (lo que le da un carácter aleatorio), pudiendo o no ser acompañada por un contrato de seguro, que en última instancia dé un golpe de gracia a cualquier factor externo que impida el cumplimiento de las obligaciones⁴. Una vez el otorgante de esta garantía fallezca, surge para la institución financiera que hubiese pagado la pensión el derecho a cobrar la deuda, en calidad de acreedor hipotecario. Algunas legislaciones han optado por establecer más bien una “opción” a los herederos, quienes pueden ratificar pagando el precio de aquello que se hubiese dado a título de pensión por la hipoteca, para así conservar el inmueble o abandonar el inmueble a la suerte de las acciones del acreedor.

I. La hipoteca como instrumento financiero

La hipoteca no es un concepto nuevo, pues se enraíza en los cimientos más antiguos de las obligaciones que se conferían por deudas en la civilización occidental. Es bien sabido que toda obligación personal confiere al acreedor

⁴ Lo anterior no quiere decir que la regulación económica sea artífice de esta solución, mucho menos en Chile donde aún no es una figura recogida con claridad. Este tipo de “soluciones” tienen su origen, como todos los contratos, en la autonomía privada, luego son normadas y regladas con cierta rapidez para lograr su inclusión en el sistema normativo de un país y evitar controversias o impedir atropellos aparejados a las entidades financieras cuando entran en relaciones con consumidores financieros.

el derecho a perseguir los bienes de su deudor, raíces o muebles, presentes o futuros (art. 2465 del *Código Civil*). Sin embargo, desde temprana edad de la civilización occidental, este tipo de derechos se hicieron insuficientes para garantizar su propia finalidad (esto es, la satisfacción de la deuda), pues muchas veces sucedía que los bienes no alcanzaban a satisfacer al acreedor, principalmente cuando era más de uno⁵. Surgen, entonces, a la vida de la ley instituciones capaces de gravar determinados bienes que quedan de continuo afectos al eventual cumplimiento forzado de la obligación. Se dice *permanente y eventual* porque en cuanto a su permanencia esa garantía no se extingue por el paso del tiempo y solo puede ser suplida por acuerdo mutuo de las partes, por lo que no podría alterarse ni aún por el cambio en la titularidad activa del dominio de ese bien. Y se dice *eventual*, ya que el cumplimiento forzado no es (ni debe ser) la regla general en el cumplimiento de las obligaciones, si no espontáneo, condicionado al incumplimiento del deudor negligente.

Este concepto abre, entonces, la idea de que pueden afectarse estos bienes en particular independiente del derecho de prenda general, y que dicha afectación (que llamaremos caución) alcance a terceros, demostrando así niveles de seguridad sin precedentes que permitirían proliferar toda clase de contratos en virtud de garantías tan potentes y certeras como podía ser la hipoteca, capaz de llegar a los ahora llamados *terceros poseedores* quienes estarían afectos a la acción de desposeimiento sin siquiera haber formado parte de la convención primitiva entre las partes.

La hipoteca se ha definido por los tratadistas como:

“Un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble, de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud de la cual el acreedor, al vencimiento de dicha obligación, puede pedir que la finca gravada, en cualesquiera manos se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con su producto con preferencia a todo otro acreedor”⁶.

La anterior definición permitió a la hipoteca en Chile adoptar algunos presupuestos para convertirse en el epítome de las garantías financieras. En primer lugar, aunque la ley la haya tratado, a título general, como un con-

⁵ No son una salida a este fenómeno instituciones como la prelación de créditos o la moderna propuesta del procedimiento de liquidación concursal, ya que ellas suponen, de antemano, que el patrimonio será insuficiente, y nos orillan a la necesidad de crear un orden ficticio en el cual ordenar a dichos acreedores a llevar su parte en los bienes antes de declarar extinguida la deuda. Y esto aun cuando alguno de estos acreedores no haya accedido a pago alguno, o a uno incompleto y no perciban indemnización alguna por ello.

⁶ Fernando ALESSANDRI R., *La hipoteca en la legislación chilena*, p. 2.

trato en el art. 2407 del *Código Civil*⁷ lo cierto es que, dentro de este título se ha preferido usar palabras que permitan su práctica como un derecho real, lo que aumenta su maniobrabilidad⁸. ¿Qué estaba en mente del legislador? Se puede pensar de esto que, respecto de la hipoteca, no es menos cierto que proviene dada antes por la ley, que por la voluntad de los sujetos, lo que la constituye en un derecho real y que su constitución es una parte de las atribuciones de quien es dueño de un inmueble, en específico en la facultad de disposición. Hay que recordar que, para buena parte de la doctrina nacional, la *enajenación*, en un sentido amplio, también incluye el constituir hipotecas en favor de un tercero. En este sentido, no es en vano que el *Código Civil* alemán fuese más osado y la tratase sin rodeos como un derecho real, antes que como un contrato, lo que facilita el entendimiento de que es una de las facultades de cualquier dueño, evitando caer en la tentación (quizá errónea) de considerarla una convención y desvirtuar su fisonomía⁹.

En un segundo punto, que de la misma definición pueda concluirse que, para que exista una hipoteca es necesaria una obligación válida que la asista, lo que le da el carácter de accesoria y no un contrato principal (pese a las excepciones que algunos autores acentúan de ella), quedando, entonces, su carácter accesorio sellado en solo poder hacerla efectiva en el incumplimiento de la obligación principal, cuestión que se vuelve más atractiva para quien grava su inmueble, pues la ejecución de la hipoteca está condicionada y no puede darse a todo evento. Y, finalmente, en una tercera arista y como punto más popular para ser escogida desde la óptica de los deudores al momento de asumir obligaciones, es que no se les priva de la posesión ni de la facultad de enajenación jurídica ni en un sentido estricto ni amplio (es decir, ni de la transferencia del dominio ni de la constitución de otros derechos reales sobre el inmueble), disminuyendo la sensibilidad del riesgo a perder el inmueble por quien constituyó una hipoteca en cuanto a las dimensiones y alcances de esta.

⁷ El mencionado artículo versa: “[...] es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

⁸ Esta característica es pragmática para los fines del acreedor. Ya que si es embargado un inmueble por decreto judicial no podrá ser gravado con una hipoteca, pues adolecen de objeto ilícito las enajenaciones de bienes embargados por decreto judicial o de aquellos cuya propiedad se litiga. Cuestión que sería diferente si la hipoteca fuese un contrato que solo diese origen a derechos personales toda vez que estos no suponen enajenación y, por consiguiente, no podrían ser nulos por la ilicitud del objeto, en este sentido el propio legislador en el art. 1815 menciona que la compraventa de cosa ajena es válida.

⁹ Si la privamos absolutamente de ser un derecho real, y solo la entendiéramos como una convención, no sería incorrecto suponer que solo podrían generarse derechos personales. Cuestión que resulta inadmisibles.

II. El impacto del Law & Economics School

Una vez que expuestos los matices básicos de la hipoteca, es necesario unir dichos planteamientos con la sustentación que llevó a este derecho real desde la posición de ser una garantía de ciertas obligaciones, a convertirla en instrumento para el mercado financiero regulado, y a desvirtuar su arquitectura diseñada para las relaciones entre particulares y llevarla a un escenario completamente distinto para satisfacer funciones que debieran corresponder a escenarios propios del sector público, como es el de las pensiones y el bienestar del adulto mayor.

En Estados Unidos ha venido formándose un movimiento complejo, de rasgos culturales e influencia doctrinal jurídica y teórica cercana al pragmatismo, estamos aquí refiriéndonos al Análisis Económico del Derecho o Law & Economics School. Se trata de un enfoque propio de la teoría, y del funcionamiento social y práctico del derecho, en el que abogados, juristas y jueces han optado por encontrar soluciones prácticas a las problemáticas abstractas que se presentan en el ejercicio de su profesión. En este punto haremos una precisión, ya que contrario a lo que tiende a pensarse, este método de razonamiento no busca alcanzar respuestas sobre un problema concreto, sino, más bien, medidas a través de las cuales puedan ser halladas las soluciones y justificadas por la misma vía¹⁰.

En términos precisos, se refiere a la utilización de principios y formas de interpretación, que son propias de la ciencia económica, pero empleados por los juristas en los problemas de su propia disciplina en las más variadas aristas, por ejemplo: en la interpretación de las disposiciones normativas o en la solución de lagunas legales, la definición de conceptos jurídicos y en la argumentación de sentencias judiciales¹¹. Ante tal fenómeno, aquellos que han adherido a este movimiento doctrinal y filosófico han adquirido el coloquial nombre de “juristas-economistas”, casi siempre caracterizados por una disidencia a la tradición romana y francesa del derecho, no solo en cuanto a sus normas de interpretación, sino a su enfoque estructural del lenguaje utilizado. Lo anterior no quiere decir que se desconozca el aporte de las tradiciones mencionadas (pues sería trabajar sobre un lienzo en blanco, cuestión que ni el sistema soviético intentó), sino que se trata de transmitir un ánimo de superación de postulados, los cuales no permiten un desarrollo

¹⁰ Pierluigi CHIASSONI, *El análisis económico del derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 11.

¹¹ Lo que quiere decir que la fundamentación del juez ante conflictos que la ley no indique cómo deben ser razonados, puedan permitirse razonamientos económicos que permitan llegar a una solución más eficiente.

normativo que atienda al cumplimiento de metas, ni a la eficacia de los ciudadanos, los mercados o de los gobiernos en la era contemporánea. Ya había venido advirtiendo la sociología jurídica (aunque incipiente aún), sobre que las normas y cuerpos legales atienden a un momento concreto de la historia del grupo que las recibe o legisla, lo que quita legitimidad a las mismas con el pasar del tiempo o el transcurrir sus condiciones, siendo reemplazadas por otras. Un ejemplo nítido de esto podría ser el conocido principio de “protección a los inmuebles”, el cual fue gestado en una sociedad con características feudales, donde el ápice de la riqueza social y de la protección familiar, se encontraba recluida al bien raíz. Dicho principio es inducido a través de una serie de normas jurídicas que obligan a realizar todo tipo de solemnidades a la hora de contratar sobre bienes raíces, ya sea visto en la compraventa o en la imposibilidad de abordar los contratos mercantiles sobre inmuebles, siendo excluidos del *Código de Comercio* chileno, quedando privados de la celeridad que caracteriza a esta disciplina. Otras manifestaciones son las limitaciones relativas a la capacidad, la posibilidad de afectarlos como bienes familiares, entre otros ejemplos. Esta forma de interpretación corresponde al formalismo jurídico, el cual, a través de un cognoscitivismo interpretativo, entiende que el contenido del derecho puede conocerse a través de, valga la redundancia, la interpretación del derecho como un sistema armónico. Es decir, en la búsqueda del verdadero sentido y contenido del derecho, haciendo uso de los cuatro elementos interpretativos (gramatical, lógico, histórico y sistemático)¹². Es claro, entonces, que el análisis normativo formalista respeta y colabora con la axiología de las instituciones vigentes¹³.

Mientras tanto, el Análisis Económico del Derecho abandona esta idea, proponiendo que tal proceso interpretativo no es algo puramente cognoscitivo, sino que al igual que cualquier empresa, conlleva, también, a considerar la esfera de toma de decisiones en relación con consecuencias prácticas, ya sea en el diseño de técnicas interpretativas o en la utilización de soluciones concretas. A la larga esto implica elegir la solución más conveniente al caso concreto, conforme a los intereses y valores que quieran protegerse, siendo igual de válido en un momento diferente, seleccionar otro tipo de argumento para alcanzar otra solución distinta y volverla correcta.

La utilización de conceptos y sus respectivos razonamientos en sentido de *medio a fin*, tienen como resultado que las soluciones para los problemas jurídicos sean propuestas, cuyos fundamentos descansan en su re-

¹² CHIASSONI, *op. cit.*, p. 13.

¹³ Lewis KORNHAUSER, “Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions”, p. 68.

levancia social¹⁴. Es en este sentido que ciertas instituciones de las que hemos hablado, como la hipoteca, hayan perdido su sentido natural, el cual es resolver problemas jurídicos a nivel de garantía o caucionar obligaciones a las cuales acceden, pasando a un escenario del todo distinto en el cual dotan de forma a un instrumento financiero que, a su vez, da origen a una figura contractual diversa, como puede ser la llamada hipoteca a la inversa, que pretende satisfacer a través de subsidios los deberes del Estado para con los pensionados, comportándose como medio del tráfico comercial bancario y apuntar así las necesidades específicas de los consumidores financieros de tercera edad.

Entonces, ¿dónde está la problemática, si por la autonomía de la voluntad podríamos haber arribado al mismo resultado? Si bien es cierto que por dicho principio se podría confeccionar todo tipo de contratos, como el de la hipoteca a la inversa, sin haber transgredido necesariamente la tradición doctrinaria e interpretativa del contrato, la verdad es que las limitaciones regulatorias hubiesen puesto límite a tal proyecto, frustrando el “*iter* contractual”. Esto se debe a las limitaciones que afectan al mercado financiero, en especial al bancario –cada vez más saturado de regulación– que hayan forzado ciertas figuras desde el sentido que el legislador les dio, así puede verse, por ejemplo, que la discusión sobre la naturaleza jurídica que tenga una convención es una causal de casación en el fondo, por lo que si redactamos una operación de crédito de dinero y la titulamos como arrendamiento la justicia podría declarar que es una mera una operación de crédito de dinero.

El punto antes expuesto no es del todo negativo, ya que dichas regulaciones tienen por principal finalidad evitar fraudes, colusiones, liquidaciones concursales y la protección de los consumidores financieros, en resumidas cuentas, son una forma de alcanzar la certeza jurídica¹⁵. Incluso estas limitaciones pueden tener valores elementales (a veces constitucionales) que se buscan proteger, como la buena fe pública, la no discriminación arbitraria en materia económica o garantizar una igualdad entre los contratantes¹⁶. Se hace necesario ante tal escenario la presencia del poder público, de una soberanía que regularice esta clase de contrataciones, más que las cele como ámbito de sus propias potestades. En ese sentido, se han

¹⁴ Lo que implicaría, a su vez, que el derecho ya no se basta a sí mismo, pues debe estar de manera constante nutrido de una serie de informaciones que permitan estructurar hipótesis o conjeturas palpables en cuanto a la eficiencia de ciertas figuras.

¹⁵ Véase el actual funcionamiento del SERNAC financiero.

¹⁶ Cosa que a diferencia de los cuerpos normativos clásicos como el *Código Civil* daban por sentado, aquí es algo a lograrse, ya que la diferencia entre contratantes es evidente y a veces abusiva, haciendo necesaria la presencia de un organismo que cuando menos ejerza facultades fiscalizadoras.

generado algunas instituciones gubernamentales cuyo poder normativo es difícil de explicar, como la CMF cuyas interpretaciones se vuelven, en principio, obligatorias, pues son entendidas como una presunción legal, lo que resulta (al igual que ocurre con la Contraloría General de la República) en que mientras no haya una sentencia judicial que haya contradicho esa interpretación quienes lo hagan no están desobedeciendo a la CMF, sino a la ley misma¹⁷.

Es así como estas nuevas corrientes doctrinales encuentran su cabida más rápida y certera, primero, en los claustros universitarios, luego, en el ámbito normativo, en las fuentes reglamentarias e interpretativas que muestran una mayor flexibilidad y se encuentran en “primera línea” a la praxis, pues su naturaleza es aplicar casos concretos. En consecuencia, la actual manera de poder diseñar una figura contractual que desafíe los postulados valóricos existentes de esta época, y de no ser declarada inconstitucional en el intento, radica en acudir a otros recursos interpretativos en campos normativos que no están obligados a seguir las interpretaciones de la vieja guardia, y que, a la larga, dismantelen las barreras clásicas de la interpretación que estancan las ricas corrientes de la innovación humana¹⁸.

III. La hipoteca a la inversa como tal

Con todo lo anterior puesto sobre la mesa, nos corresponde analizar, a continuación, una de las manifestaciones más nítidas de este fenómeno y que dio el nombre y el origen a esta investigación: la hipoteca revertida. Como ya adelantamos, consiste en un contrato por medio del cual el propietario del inmueble constituye a título oneroso un derecho real de hipoteca en favor de una institución financiera autorizada por el Estado, a fin de que esta, a su vez, entregue cierta suma de dinero o una pensión periódica hasta el fallecimiento del contratante, generando, entonces, el derecho para el contratante prestamista a cobrar la deuda.

Algunas legislaciones agregan a esta definición que, una vez fallecido el contratante, surge para los herederos del beneficiario una “opción” para ratificar el contrato del causante, esto es, pagar lo que este percibió en vida

¹⁷ En el caso de los funcionarios de la administración del Estado, toma más peso aún, pues la Corte Suprema ha venido diciendo en este sentido que los actos administrativos deben sujetarse al principio de legalidad y que las facultades interpretativas de la Contraloría están otorgadas por ley y que, por lo tanto, les son obligatorias y no les es lícito contradecirlas, de lo contrario su actuación sería anulable por la ilegalidad del mismo y le cabría la responsabilidad administrativa y civil correspondiente.

¹⁸ Lewis KORNHAUSER, “Legal Philosophy: The Economic Analysis of Law”, pp. 25-35.

como pensión, manteniendo el inmueble dentro de la masa hereditaria. Esto puede ser considerado errado, porque no nace una opción en sí para los herederos, sino que lo que ocurre tiene una claridad más simple: una vez fallecido el propietario, nace la facultad para la institución financiera de cobrar la deuda a sus herederos, quienes de no pagar arriesgarían la salida inmueble a una subasta pública para alcanzar el precio de la deuda. Este instrumento financiero no es nada nuevo, puesto que se encuentra implementado desde hace algunos años en varios países y al amparo de sus legislaciones. Su origen se remonta a Inglaterra en la década de 1960, y su antecedente moderno latinoamericano se encuentra en Perú, con la Ley n.º 30741^{19, 20}.

No obstante la disparidad cultural entre estas naciones, la fórmula resultó idéntica (por los antecedentes doctrinales ya explicados), siendo necesario, por lo tanto, la emanación de reglamentos y promulgación de leyes específicas al respecto que rompiesen con la legislación común, y que fundamentasen este actuar, no como una abstención estatal de su deber de cuidado para con los adultos mayores, sino como la utilización de una figura existente orientado la subsidiariedad del gobierno. Si pudiésemos ver el enfoque desde el Law and Economics School resultaría más fácil prescindir de este tipo de instituciones para lograr una solución directa, pero en la medida que existan deberes constitucionales y materias regulatorias sujetas a una jerarquía de supremacía valórica resulta esencial una regulación económica específica y concreta que tantee el terreno de lagunas legales y que abriese camino, pero que también blindara a la hipoteca invertida preparándola para ser un proyecto de ley y desafiar abiertamente a sus detractores. Pero, dichas regulaciones en ciertos países tomaron matices diversos (aunque igual de regulados desde el principio), pues no todas las naciones enfrentan los mismos problemas, como planteaba Jean Carbonnier: el derecho solo es la superficie de un conjunto de relaciones humanas mucho más complejas que le trascienden.

En Estados Unidos, por ejemplo, se exigió garantizar, en este caso, que el valor de la vivienda no sea menor que el de la deuda, o también puede señalarse la exigencia de un contrato de seguro obligatorio en Inglaterra. Este último país fue quien fijó las bases más sólidas de la hipoteca invertida, ya en el año 1965 se regularon varios puntos entre las instituciones financieras, por ejemplo: que el cobro solo se devengue en la medida que fallezca el

¹⁹ FERNÁNDEZ DA COSTA, *op. cit.*, p. 20.

²⁰ Aunque existen antecedentes más antiguos que en Inglaterra como, por ejemplo, en Estados Unidos, ya era de uso común en el año 1961, es bien cierto, también, que no fue un contrato formalizado y reconocido hasta fines de la década de 1980.

usuario del crédito y su cónyuge²¹; que un análisis de tasación de la vivienda no la haga ser inferior en promedio de años al valor de la deuda²²; que dicha convención solo pueda pactarse cuando el dueño del inmueble supere los cincuenta y cinco años, entre otros.

En cuanto a su clasificación legal se trata de un contrato y no de un derecho real, sin perjuicio de que incluya, entre sus elementos esenciales, al derecho real de hipoteca. Resulta difícil ubicarla entre una operación de crédito de dinero, un contrato de hipoteca o un contrato atípico, puesto que comparte muchas características de ambos, y en teoría comienzan a aflorar las complejidades de esta figura. Sin embargo, conviene, cuando menos, intentarlo para analizar ante qué clase de contrato nos encontramos. Si tratáramos cada uno por separado sus diferencias serían evidentes, por lo que la tesis del contrato atípico o una postura unitarista sería la opción más pacífica. Al recorrer los arts. 1439 a 1443 del *Código Civil* (a saberse de la clasificación legal del contrato), nos detenemos de inmediato al dar cuenta que puede ser clasificado tanto unilateral como bilateral; esto dependerá de la modalidad en que se pacte, ya que, por regla general, el único obligado, en principio, es la institución financiera, y será bilateral cuando el constituyente se obligue a realizar ciertas abstenciones. Siguiendo con el art. 1440, es un contrato oneroso, teniendo por objetivo la utilidad de ambos contratantes. Esto puede no quedar claro cuando la hipoteca es pagada por los herederos, pues solo son obligados al precio de lo que el causante recibió a título de su pacto, aunque, no está de más recordar que las operaciones de crédito de dinero siempre generarán intereses, significando a todo evento una ganancia para la institución financiera. Es, además, un contrato aleatorio, aunque esto pueda ser fuertemente discutido por los análisis previos exigidos antes de otorgar el contrato, a fin de asegurar a la institución financiera que no le significará una pérdida. Pese a ello, no es más que una manipulación de datos y cifras que no están en la necesidad de cumplirse, aunque sean cálculos racionales, no menos lo son las estadísticas, y no por eso la contingencia deja de ser incierta. Por ende, se mantiene la incertidumbre de ganancia o pérdida, lo que a nuestro juicio quita toda duda sobre su carácter aleatorio. Siguiendo con la clasificación, procederá determinar si es principal o accesorio. Esta problemática vuelve sobre la base principal del problema de si es un solo contrato o dos. Se ha opinado que debe de seguirse la regla general del mutuo hipotecario y, por ende, la operación de crédito de dinero aquí presente es principal, siendo la hipoteca accesorio²³.

²¹ ¿Buscaba esto garantizar una integridad familiar por cuestiones estatales?

²² Punto que hace cuestionar su aleatoriedad, misma cuestión ya ha sido discutida en los contratos de seguros.

²³ María Ester FUENTES SÁNCHEZ y Daniel Alejandro MORIS ORELLANA, *El futuro de la hipoteca a la inversa en Chile*, p. 75.

Es también un contrato solemne, pues solo se perfeccionará por los medios señalados por la regulación estatal, a saber, por escritura pública. No deja de ser curioso mencionar que, entre sus formalidades más extrañas, algunas legislaciones, como la española o la estadounidense (entre otras), exigen que el usuario de este crédito sea antes asesorado por un profesional que le permita entrar en conocimiento del contrato, siendo de modo contradictorio (con la innovación que se promulga) uno de los rituales tratados con mayor celo en los reglamentos bancarios modernos. Esto último es cuestionable, ya que la clasificación del *Código Civil* se hace en torno a la formación del consentimiento, y no de las ritualidades que pueden acompañar al contrato, lo que de todas formas (de ser omitido) no le privaría de su carácter de solemne, puesto que el consentimiento debe constar en una escritura pública.

Se trata, en fin, de un contrato dirigido, pues solo se ha concebido al alero de una fuerte regulación estatal, sin la cual no podría ser (como ya vimos) más que una confusión terminológica sin características propias.

Conclusión

La hipoteca, y en general cualquier institución tratada en el derecho, puede cambiar su fisionomía y su estructura teleológica para alcanzar fines y soluciones prácticas para las cuales jamás fueron concebidos. Corresponde a la comunidad de juristas alcanzar y esbozar los límites por los cuales el legislador, los juristas, jueces y abogados puedan reinterpretar a gusto estas instituciones, dándoles un fin práctico y estableciendo parámetros mínimos para su fundamentación. Fue este el caso de la hipoteca revertida: ante las necesidades de la seguridad social de los adultos mayores, y la creciente tercera edad en países desarrollados y algunos en vías de desarrollo surgió la necesidad de incluirla, para no generar el declive de un sistema previsional agotado. Para este brusco despertar interpretativo, que opta por desechar las tradiciones clásicas, no fue menos importante el surgimiento del Law and Economics School y el pragmatismo estadounidense, mediante el cual se opta por las soluciones prácticas repudiando las técnicas axiológicas cerradas o predeterminadas.

En particular, la propuesta de la hipoteca a la inversa no pretende, en caso alguno, hacerse con la responsabilidad estatal de la seguridad social, muy por el contrario, es complementaria a esta, y como tal resulta siempre supervigilada. A pesar de todo, no deben olvidarse los problemas en cuanto a su naturaleza jurídica, puesto que su dificultad para esbozar su identidad genera problemas muy diferentes a los que pretende solucionar.

La hipoteca a la inversa no ha tenido recepción formal hoy en el sistema chileno, si bien, ha habido intentos por preparar su recepción. Sea cual sea el caso, la evidencia habla de un éxito en cuanto a lo que se refiere a instrumentos financieros y al complemento al sistema de pensiones. Con todo, muestra esa misma experiencia la necesidad de una fuerte regulación, que impida desde abusos contractuales a lagunas interpretativas que no puedan satisfacer los fines propios que tiene la figura. Entonces, es principalmente un desafío para la autoridad en su recepción, colocación y funcionamiento, pues exigirá (por el momento) su constante presencia. Sin duda, un reto de la innovación humana y, quizá, una oportunidad de explorar en la realidad una nueva generación de instituciones, en la teoría y en la práctica del derecho privado y público.

Bibliografía

- ALESSANDRI R., Fernando, *La hipoteca en la legislación chilena*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado, Santiago, Universidad de Chile Facultad de Leyes y Ciencias Sociales, 1919.
- BENAVENTE, Jaime Williams, *Lecciones de introducción al derecho*, 13ª ed., Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022.
- CHIASSONI, Pierluigi, *El análisis económico del derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, traducción de Félix MORALES LUNA, Lima, Palestra Editores S.A.C., 2013.
- FERNÁNDEZ DA COSTA, Sebastián, *Hipoteca a la inversa, Un nuevo producto financiero a partir de los bienes inmuebles para Chile*, tesis para optar al grado de Magister en Dirección y Administración de Proyectos Inmobiliarios, Santiago, Universidad de Chile, 2019.
- FUENTES SÁNCHEZ, María Ester & Daniel Alejandro MORIS ORELLANA, *El futuro de la hipoteca a la inversa en Chile, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2014.
- KORNHAUSER, Lewis, “Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions”, in Martin P. GOLDING, William A. EDMUNDSON, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2001.
- KORNHAUSER, Lewis, “Legal Philosophy: The Economic Analysis of Law”, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY: *A fifth claim is also implicit in the literature: (V) on the best interpretation of law, common law doctrines promote efficiency*, 2010. Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-econanalysis/> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2024].

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
CMF	Comisión para el Mercado Financie- ro
ed.	edición
EE.UU.	Estados Unidos
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
Ltd.	limited
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
SAC	sociedad anónima comercial
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor

Derechos fundamentales

TRAMONTO
DELLA TEORIA LIBERAL-RADICALE?
UN'EVIDENZA NEL CAMPO
POLITICO-GIURIDICO DOPO
LA PANDEMIA DA COVID-19
I NUOVI DIRITTI TRA OSCURAMENTO
DELL'INTELLIGENZA E CECITÀ
DELLA VOLONTÀ

DOWNTOWN
OF LIBERAL-RADICAL THEORY?
A EVIDENCE IN THE POLITICAL-LEGAL
FIELD AFTER THE COVID-19 PANDEMIC
THE NEW RIGHTS BETWEEN THE DARKNESS
OF INTELLIGENCE AND THE BLINDNESS
OF THE WILL

*Rudi Di Marco**

Riassunto

I nuovi diritti sono considerati autosufficienti, rifiutano cioè ogni fondamento trascendente. Ma non sono altro che pretese volutaristiche, cioè desideri più o meno definiti, che mirano a essere coinvolti nelle strutture formali dell'ordinamento giuridico, causano, a proposito di la pandemia COVID 19, una serie di difficoltà legali, politiche, morali, operative e finanziarie.

Parole chiave: nuovi diritti, autodeterminazione giuridica, pretese volutaristiche, Covid-19.

* Dottore in Scienze Giuridiche e Dottore Magistrale in Giurisprudenza, Università di Udine. Posta elettronica: rudi.dimarco@libero.it

Articolo presentato il 25 settembre 2023 e accettato per la pubblicazione il 12 aprile 2024.

Abstract

The new rights are considered self-sufficient, that is, they reject any transcendent foundation. But they are nothing more than voluntaristic claims, that is, more or less defined desires, which aim to be involved in the formal structures of the legal system. They cause, regarding the Covid-19 pandemic, a series of legal, political, moral, operational and financial difficulties.

Keywords: new rights, self-determination in law, voluntaristic claim, Covid-19.

Venendo meno a una benemerita e non infondata consuetudine, in virtù della quale l'esposizione (dottrinale) del tema oggetto della trattazione dovrebbe sempre precedere l'analisi dei problemi allo stesso connessi, inizierò questo mio contributo facendo *viceversa* un breve riferimento a un "caso" concreto, il quale mi sembra di particolare interesse e il quale molto probabilmente desterà subito l'attenzione del Lettore, anche suscitando qualche "felice" perplessità.

Al di là di tale aspetto, comunque, il fatto di presentare subito il problema in termini concreti, cioè legati all'esperienza normativo-giurisdizionale, pone almeno le premesse "espositive" per fugarsi eventuali dubbi circa l'importanza e circa l'effettiva contingenza delle questioni trattate.

Quello dei cc.dd. nuovi diritti, infatti, è un problema vero e attuale che pone interrogativi e difficoltà concrete sia dal punto di vista del diritto, inteso in senso stretto e proprio; sia dal punto di vista della politica e della politica del diritto; sia dal punto di vista della morale, anche sotto il profilo della c.d. morale sociale; sia, in fine, dal punto di vista della concreta operatività nell'ambito dell'Ordinamento e nell'ambito dei vari Ordinamenti cc.dd. di diritto positivo; vale a dire nell'ambito del momento applicativo di questi "diritti" i quali postulano –per esempio in sede giurisdizionale, in sede amministrativa *et coetera*–, oltre a un'astratta loro "proclamazione" (oggi si parla, in modo volutamente ambiguo di "riconoscimento"), una concreta facoltà di esercizio, con i connessi mezzi necessari sul piano operativo.

* * *

Il tema del diritto e dei diritti, invero, anche se esso sia considerato solo nei termini del diritto soggettivo positivo¹ –termini quantomeno riduttivi, se non proprio inaccettabili concettualmente–, esso è un tema sempre e necessariamente dinamico e complesso, il quale investe direttamente o indirettamente il rapporto *ad alterum*; comporta conseguenze sul piano economico e sociale; implica un compendio di obbligazioni positive e negative; postula determinate scelte politiche *et coetera*.

Dunque, il problema dei cc.dd. nuovi diritti –e lo vedremo meglio nel prosieguo della trattazione– si pone imperiosamente anche sotto l'angolo di prospettiva del sistema normativo vigente e dell'attività di governo *lato sensu* intesa, soprattutto con riguardo alla gestione e alla destinazione delle risorse, le quali tendono a risultare, evidentemente, sempre più insufficienti rispetto alla quantità sempre crescente delle varie pretese legalizzate, cioè dei vari "diritti" creati *ad hoc* per far fronte a peculiari aspettative volontaristiche, sempre nuove, sempre diverse.

* * *

Dirò subito, allora –così enunciando la tesi *apertis verbis*– che i cc.dd. nuovi diritti altro non sono se non pretese volontaristiche, cioè desiderii più o meno definiti, i quali rivendicano di ammantarsi con le strutture formali dell'istituzione legale-normativa. Nulla essi hanno di autenticamente giuridico e nessun fondamento essi offrono, o anche solo postulano, con riguardo al principio della giustizia. In una parola i cc.dd. nuovi diritti si ritengono autosufficienti, cioè ricusano ogni fondazione trascendente.

I cc.dd. nuovi diritti, infatti, si declinano in guisa di libertà negative legalizzate e deresponsabilizzate –Segovia, per esempio, con riguardo ai cc.dd. diritti umani, i quali danno conto di un capitolo dei nuovi diritti, parla giustamente di "derechos libertades que indican posibilidades psíquicas, intelectuales o físicas del individuo"²–; si tratta, quindi, di libertà negative le quali assumono la propria fisionomia all'interno dell'Ordinamento attraverso un complesso procedimento che potrei definire a formazione progressiva.

Il loro sviluppo, invero, passa necessariamente attraverso tre fasi concettuali: la prima riguarda la liberalizzazione in senso stretto, onde l'Ordi-

¹ Sul punto faccio rinvio a un mio precedente Lavoro: Rudi DI MARCO, *L'intelligenza del diritto. Sulla "oggettività" come problema giuridico... oltre il positivismo*.

² Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, p. 30.

namento si modifica affinché la norma positiva non vieti la realizzazione della data pretesa; la seconda concerne la normativizzazione della stessa pretesa già legalizzata, quindi la pretesa in parola assurge al rango di diritto soggettivo, colle guarentigie che ne conseguono; la terza, infine, si compie nella fase *lato sensu* assistenzialistica, nella quale l'esercizio del diritto, ormai entrato nell'Ordinamento positivo, viene reso possibile grazie all'intervento, appunto assistenziale, dello Stato, o comunque dell'Organo pubblico competente che ne apparcchia i mezzi. Le prime due fasi rispondono alle esigenze del liberalismo in senso stretto, l'ultima compendia la sua evoluzione nel radicalismo collettivista. Se si pensi all'evoluzione che ha avuto il c.d. diritto all'aborto –uno dei molti “nuovi diritti”– la cosa appare di tutta evidenza: prima l'aborto era perseguito penalmente, poi è stato legalizzato –Mantovani direbbe penalmente tollerato–, successivamente esso è assunto al rango di diritto soggettivo, cioè di *facultas agendi ex norma agendi*, e alla fine esso stesso si è strutturato in guisa di diritto di prestazione, vale a dire in guisa di servizio esigibile pressoché *ad nutum* da parte dello Stato *lato sensu* inteso.

* * *

Tanto premesso rinverò alla parte conclusiva del mio breve intervento qualche riferimento e qualche riflessione in ordine al plesso dommatico che involge il tema assegnatomi, appunto concernente i cc.dd. nuovi diritti, non senza anticipare, comunque, alcune osservazioni già nello svolgimento del discorso col quale entro *in medias res*.

* * *

Ebbene, il “caso concreto” cui ho fatto testé cenno trae origine dalla (ri-) lettura di un saggio pubblicato nel 2011 da Marta Cartabia –già giudice e già presidente della Corte costituzionale italiana–, il quale riprende una sua relazione proprio dedicata al tema dei cc.dd. nuovi diritti³.

Gl'esempii di “nuovi diritti” che l'Autore porta sono effettivamente assai perspicui e assai eloquenti: si tratta del c.d. diritto al figlio, quale analogato del “diritto” alla procreazione medicalmente assistita, e del c.d. diritto al matrimonio omosessuale *lato sensu* inteso.

³ Marta CARTABIA, I “nuovi” diritti, in O.L.I.R. Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose.

I riferimenti che Marta Cartabia fa concernono due sentenze della Corte di Strasburgo, entrambe del 2010, le quali affermano, in un caso, la sussistenza del c.d. diritto al figlio anche qualora esso debba esercitarsi col ricorso alla fecondazione c.d. eterologa; nell'altro, pur senza arrivare a stabilire un vero e proprio obbligo dello Stato in tale senso, l'opportunità di regolamentare l'unione c.d. civile tra persone dello stesso sesso, quale declinazione del "concetto" di famiglia e di matrimonio assunto dalla stessa Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e condensato, per quanto quivi rileva, nell'art. 8 della CEDU, vale a dire nella norma posta a tutela del c.d. diritto al rispetto della vita privata e familiare.

* * *

Si tratta, in entrambi i casi, di "diritti" nuovi che hanno fatto ingresso nell'Ordinamento giuridico positivo, in forma più o meno compiuta, sul presupposto di un'interpretazione evolutiva dell'appena citato art. 8 della CEDU, così come elaborato dalla Corte di Strasburgo⁴.

Il punto di maggiore interesse è proprio questo: l'interpretazione evolutiva dell'art. 8 della CEDU, infatti, cui è da ascriversi *magna pars* dei cc.dd. nuovi diritti di genesi europea, è piuttosto un'interpretazione escludente ed esclusiva, rispetto al diritto, che un'interpretazione del dirittomin sé.

Mi spiego meglio: la base concettuale sulla quale poggiano i "nuovi diritti" che nascono per gemmazione dalla norma posta a presidio della c.d. vita privata e familiare, non danno conto, in realtà, di un compendio di facoltà normative disciplinate dalla legge e vigenti in virtù della norma che le regola, quanto piuttosto essi danno conto di spazi di libertà dal diritto e dalla regola, cioè di ambiti all'interno dei quali il diritto stesso, anche quello gretatamente positivistico, ritiene di non dovere entrare, limitandosi, esso, a una funzione esterna di copertura.

Non il matrimonio, per esempio, è disciplinato come istituto giuridico, con regole proprie e con una struttura che è normativa del medesimo

⁴ Per quanto concerne il c.d. diritto al figlio si veda, a titolo d'esempio, la pronuncia 1 Aprile 2010, CEDU, Sentenza N° 57813/00, S. H. (*et alii*) *versus* Austria. Con riguardo al tema del c.d. diritto al matrimonio omosessuale, invece, si faccia riferimento alla decisione 24 giugno, 2010, CEDU, Sentenza N° 30141/04, Schalk *et* Kopf *versus* Austria, la quale –come ha annotato anche Cartabia– pur negando che gli Stati membri debbano disciplinare per legge la c.d. famiglia omosessuale, rimanendo essa una materia rimessa alla loro discrezionalità afferma, in quello che potrebbe chiamarsi un *obiter dictum*, che il riconoscimento dei "diritti" *de quibus* rientra nella declinazione dei dogmi della libertà (negativa) nelle questioni *lato sensu* private e della non discriminazione.

rapporto negoziale tra i coniugi, ma la norma si limita a configurare dall'esterno come matrimonio qualunque tipologia di progettualità familiare i soggetti rivendichino per sé medesimi... come matrimonio. Ciò significa che il “concetto” di vita privata e familiare fatto proprio dalla Carta europea e dalla Giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non è esso un concetto autenticamente giuridico, cioè normativo e regolativo dei rapporti privati e familiari secondo l'ordine della loro natura, quanto piuttosto esso declina un ambito, pur definito esteriormente dalla Legge, all'interno del quale il diritto, la regola, le norme di qualunque tipo, non possono e non debbono entrare.

Ecco: potrei sinteticamente dire che i “nuovi diritti” in questo si sostanziano: in spazi cc.dd. privati, sottratti alla disciplina giuridica, anche se formalmente “coperti” dal di fuori da un ampio apparato di sovrastrutture legali.

* * *

Con riguardo alle fattispecie considerate dal saggio di Marta Cartabia –riprendo il discorso– giova osservare che si tratta di “nuovi diritti” i quali, proprio in forza di un'apertura ancora maggiore della fattispecie contemplata dall'art. 2 cost., letta in combinato disposto con l'art. 10 cost., a mente del quale “l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale”, vanno ad aumentare il novero dei “diritti inviolabili dell'uomo” riconosciuti e garantiti dalla Repubblica.

Il saggio in parola non può andare oltre, risalendo, esso, al 2011, come detto. È da notarsi, però, che il processo evolutivo dell'Ordinamento italiano, proprio nel senso indicato dalle due citate sentenze della Corte di Strasburgo, e proprio nelle materie che le stesse involgono, si è compiuto –per così dire– sia per via di novellazione legislativa, e mi riferisco alla Legge Cirinnà (L. 76/2016) che ha istituite le cc.dd. unioni civili, strutturandole sulla falsariga del matrimonio; sia per via giurisprudenziale, e mi riferisco, in questo secondo caso, alla sentenza della Corte costituzionale del 2014⁵ la quale ha dichiarati costituzionalmente illegittimi i limiti posti dalla L. 40/2004 alla c.d. fecondazione eterologa

“per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge [...], qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili”⁶.

⁵ 09 Aprile 2014, Corte costituzionale, Sentenza N° 162. Presidente: Gaetano Silvestri. Redattore: Giuseppe Tesauro.

⁶ *Ibid.*

Dunque, pur con certi limiti strutturali e pur con un'intrinseca contraddittorietà, sia il "diritto" al figlio, sia il "diritto" all'unione civile tra persone dello stesso sesso sono entrati a fare parte del vigente Ordinamento italiano, allo stesso modo nel quale, prima di questi, sono entrati a farne parte il "diritto" al divorzio (L. 898/1970), il "diritto" all'aborto (L. 194/1978), il "diritto" al c.d. parto in regime di anonimato (DPR 396/2000) *et coetera*.

* * *

Il discorso che Marta Cartabia propone sui "nuovi diritti" è vieppiù condivisibile sotto il profilo descrittivo, vale a dire dal punto di vista del rilievo "diagnostico" che esso fa: il saggio, infatti, dà conto e dell'oggetto della questione e della sua fenomenologia; un tanto può giovare a un primo, sintetico, abbozzo del tema perché esso consente effettivamente di rispondere alla preliminare domanda su quali siano questi "nuovi diritti" (che cosa si intende?) e su quale sia la di loro origine (da dove provengono?).

Solo anticipo –e dopo aggiungerò qualche considerazione in più– che *viceversa* le conclusioni cui l'Autore pergiunge, pur felicemente problematiche, lasciano tuttavia sullo sfondo il tema concernente la concezione del diritto in sé, e particolarmente quella del diritto soggettivo, il quale, invece, stando alla base concettuale di questi "nuovi diritti", e dando conto del loro stesso fondamento, ne rappresenta la genesi autenticamente problematica, il problema *in se*; e in ultima analisi... il vero problema.

Come primo rilievo va annotato che l'introduzione, lo sviluppo e il consolidamento di questi "diritti di ultima generazione"⁷ nell'Ordinamento giuridico italiano seguono una via che passa attraverso tre momenti concettuali idealmente connessi e reciprocamente implicanti.

Il primo di questi momenti è giuocoforza rappresentato dalla consolidata lettura "a fattispecie aperta"⁸ dell'art. 2 cost., a mente della quale il

⁷ CARTABIA, *op. cit.*, p. 8.

⁸ 6 Febbraio 2006, Corte Costituzionale, Sentenza N° 61. Presidente: Annibale Marini, Redattore: Anna Finocchiaro. La pronuncia *de qua* afferma, coerentemente con un'interpretazione risalente al 1987, *cfr.* 10 Dicembre 1987, Corte Costituzionale, Sentenza N° 561. Presidente: Francesco Saja, Redattore: Ugo Spagnoli., che l'art. 2 cost. debba considerarsi una "norma a fattispecie aperta [vale a dire] diretta a recepire e garantire le nuove esigenze di tutela della persona", *Ibid.* In conformità con l'articolato della Costituzione.

riconoscimento e la costituzionalizzazione dei diritti dell'uomo non sono limitati al catalogo di quelli elencati *ex professo* nell'articolato della Costituzione medesima, ma hanno essi una virtuale apertura all'Ordinamento costituzionale considerato nella sua complessità⁹.

Ciò significa che quindi l'apertura della "fattispecie aperta" in parola è in un tempo apertura all'Ordinamento –certamente–, ma anche... chiusura dell'Ordinamento e nell'Ordinamento, il quale infatti rappresenta il solo e unico termine di riferimento di e per ogni forma di interpretazione, di estensione, di evoluzione;

"l'apertura [operata con l'elaborazione della c.d. fattispecie aperta, infatti] è da considerarsi [...] come uno sviluppo (una 'gemmazione') coerente dei principii e degli enunciati costituzionali"¹⁰.

L'Ordinamento, pertanto –qui mi rendo conto di fare una provocazione– è aperto ai "nuovi diritti", purché essi... non siano affatto nuovi, cioè purché essi appartengano al suo stesso plesso dommatico, alle sua *rationes* di fondo. Se poi i "diritti" *de quibus* non abbiano trovata ancora una compiuta fisionomia normativa e se essi non abbiano ancora una precipua formulazione della relativa fattispecie legale, ciò dà conto di un differente problema, il quale certo non riguarda la novità del "diritto". La novità, infatti, non risiede nel "diritto" in quanto tale, quanto piuttosto nella sua mera enunciazione formale.

* * *

In altre parole, allora, l'apertura del citato art. 2 cost., cui Marta Cartabia, per esempio, fa riferimento, è essa un'apertura positivistica in senso stretto. Se si preferisce può dirsi che essa è un'apertura ermeneutico-interpretativa, eppertanto un'apertura che consente sì di andare oltre rispetto al dato letterale della disposizione normativa vigente, utilizzata e utilizzabile come addentellato formale di riferimento, ma che al contempo si sostanzia in

⁹ Livio PALADIN afferma –coerentemente rispetto alla sua impostazione kelseniana e coerentemente rispetto al testo della Costituzione– che "è [...] ai sensi dell'ordinamento giuridico italiano che si deve stabilire in che cosa consistano i vari diritti inviolabili e quali siano [...] le corrispettive garanzie [...] il che comporta [...] che i diritti stessi «si risolvono integralmente nel diritto positivo» [...]. Solo in questi termini, del resto, si spiega che la sovranità venga bensì conferita al popolo [...] ma «nelle forme e nei limiti della Costituzione»; sicché rimane esclusa [...] l'immediata applicabilità [...] dei 'precetti di diritto naturale'". Livio PALADIN, *Diritto costituzionale*, p. 76 e ss.

¹⁰ Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, p. 26, alla nota 10.

una chiusura del Sistema medesimo in sé stesso, nelle sue *rationes*, nei suoi schematismi.

Con un ossimoro potrei dire che l'apertura in parola è... autoreferenziale. E ciò –questo va pure annotato– con buona pace, per esempio, di La Pira¹¹, che assieme ad altri illustri studiosi del diritto costituzionale¹², volle *viceversa* vedere nel citato art. 2 cost. un'apertura dell'Ordinamento costituzionale al diritto naturale classico, cioè un'apertura dell'Ordinamento verso una certa fondazione trascendente.

Ebbene, al di là del significato letterale del verbo riconoscere, punto adoperato dall'art. 2 cost., e al di là di un'ambiguità di fondo che pur serpeggia in tutto l'articolato della Costituzione stessa –Arturo Jemolo, per esempio, la criticò per una diffusa verbosità¹³, nulla vi è di più lontano dall'ideologia costituzionalistica, nulla di più lontano dal testo stesso della Costituzione che all'art. 1 accoglie il dogma della sovranità e, particolarmente, nulla di più lontano da oltre mezzo secolo di giurisprudenza costituzionale, la quale è andata (sempre più radicalmente, aggiungerei) in senso diametralmente opposto, come ha peraltro osservato anche Pietro Giuseppe Grasso studiando il tema della secolarizzazione¹⁴ e come ha chiaramente dimostrato Danilo Castellano, per esempio trattando il tema della persona umana negl'atti dell'Assemblea costituente¹⁵.

¹¹ Atti dell'Assemblea costituente, LVIII, *passim*, in particolare p. 1987 e s., dove La Pira osserva –il riferimento è all'art. 6, nel quale è confluito l'art. 1 del progetto della prima sotto-commissione– che “per tutelare i principi inviolabili e sacri di autonomia e di dignità della persona e di umanità e di giustizia fra gli uomini, la Repubblica italiana garantisce i diritti essenziali degli individui e delle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità”, come a porre un'antiorità assiologica, logica e funzionale dei diritti umani propriamente detti ai diritti positivi e al diritto positivo considerato nel suo complesso, proprio a principiare da quello *lato sensu* costituzionale. Come ho cercato di far emergere nel testo, questa lettura dà conto di un'illusione.

¹² Per esempio è stato sostenuto che “il riconoscimento dei diritti inviolabili si riallaccia alla dottrina dei diritti naturali [...] dell'uomo cioè inerenti alla natura umana nella sua universalità; diritti quindi che preesistono al diritto positivo e lo trascendono sì che questo deve limitarsi a riconoscerli senza poterli negare. A questi diritti deve essere tutto subordinato, la comunità politica e lo stesso Stato che in definitiva è costituito soprattutto per la tutela di essi [...] il principio del riconoscimento dei diritti naturali dell'uomo preesistenti al diritto positivo è in ogni modo stato accolto dalla nostra Costituzione: perché quando il testo parla di diritti inviolabili dell'uomo esso si riferisce appunto a quei diritti naturali, essenziali o inalienabili [...] diritti che tutte le Costituzioni democratiche riconoscono”: Gastone BASCHIERI, Luigi BIANCHI D'ESPINOSA, Carlo GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, p. 11 e s.

¹³ Arturo Carlo JEMOLO, *Tra diritto e storia*.

¹⁴ Pietro Giuseppe GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*.

¹⁵ Danilo CASTELLANO, “Il ‘concetto’ di persona umana negl'Atti dell'Assemblea costituente e l'impossibile fondazione del politico”, p. 87 e ss..

Il “modello persona” assunto dalle *rationes* costituzionali, infatti, non è quello classico, boeziano¹⁶, che porta a considerare la persona come “diritto sussistente” nel senso di Antonio Rosmini¹⁷, ma piuttosto esso è quello moderno personalistico, giusta il quale –lo dico proprio citando le parole di Emmanuel Mounier–

“la persona è un’attività vissuta come autocreazione, comunicazione e adesione che si coglie e si conosce nel suo atto, come movimento di personalizzazione”¹⁸,

dunque... la persona verrebbe a coincidere, non col suo essere ontologico –di fatto obliato–, quanto piuttosto col progetto che ella medesima ha di sé stessa e per sé stessa. Talché il suo diritto, cioè il diritto che le sarebbe più proprio, necessariamente dovrebbe coincidere col “diritto” di lei all’assoluta autodeterminazione della sua libera volontà. Ed è questa la tesi che sottosta al libero sviluppo della personalità, posto come diritto fondamentale in molte Carte e in molte Dichiarazioni¹⁹. E invero... è proprio a questo libero sviluppo della personalità che i cc.dd. nuovi diritti tendono direi utopicamente e contraddittoriamente.

* * *

Il secondo momento concettuale attraversa i vari processi di adeguamento delle norme statuali al c.d. Ordinamento giuridico sovranazionale, particolarmente a quello dell’Unione europea. Onde vi sarebbe un apparente annacquamento del dogma della sovranità dello Stato c.d. forte e centrale, ad appannaggio di una certa legalità e di una certa esigenza di legittimazione la genesi delle quali dovrebbero albergare in un contesto ordinamentale internazionale e *supra*-statale.

Come a dire, in altri e più schietti termini, che la legittimità dell’Ordinamento statale dipenderebbe non più e non solo –kelsenianamente– dalla coerenza interna delle norme vigenti a quelle codificate nella Costituzione, quanto piuttosto dalla loro conformità e dalla loro adeguatezza rispetto a un c.d. Ordinamento internazionale di “diritti” individuali; particolarmente rispetto al c.d. Ordinamento dell’Unione europea, cioè a un Sistema di

¹⁶ Manlio Severino BOETHIUS, “Liber de persona et duabus naturis. Contra Eutychen et Nestorium”.

¹⁷ Antonio ROSMINI SERBATI, *Filosofia del diritto*, p. 192.

¹⁸ Emmanuel MOUNIER, *Il personalismo*, p. 8.

¹⁹ Alejandro ORDÓÑEZ MALDONADO, *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*.

norme che gli Stati stessi (*rectius*, i governi) hanno per sé medesimi volute attraverso processi di ordine *lato sensu* politico, e meglio dovrei dire di ordine partitico, al fine di attribuire ai singoli soggetti un compendio di “diritti” –umani, inviolabili, fondamentali, non importa la nomenclatura– ritenuti convenzionalmente tali a livello internazionale.

* * *

La surrogazione del fondamento del Sistema positivo, tuttavia, con un'ideale coerenza dello stesso rispetto a fonti sovranazionali dà conto –Francesco Gentile già lo fece notare a suo tempo²⁰– di un mero aggravamento delle procedure formali il quale non esce dalla c.d. teoria delle fonti, e anzi ne resta prigioniero mutuandone le deficienze strutturali.

Questo spostamento al di fuori, più che in alto, del parametro di riferimento –dalla Costituzione dello Stato alle regole condivise fra gli Stati– infatti, lungi dal fondare l'Ordinamento in parola sopra un principio di giustizia oggettiva e lungi dal garantire il diritto *in se* e i diritti della persona, solo amplia lo spettro soggettivo delle cc.dd. scelte normative, le quali restano però arbitrarie e assolute nel significato etimologico della parola, cioè legate alla decisione sovrana, eppertanto esse restano necessariamente soggette a fisio(–pato–)logiche evoluzioni, involuzioni, modifiche, restrizioni, estensioni *et coetera*, che infondo seguono la direzione del potere contingente ed effettivo.

* * *

Non a caso, già il fatto di parlare di “nuovi diritti”, mutuando, infondo, la struttura cronologica del diritto cui fanno riferimento le varie generazioni

²⁰ Francesco Gentile osserva –mi limito a riprendere questo passo, ma il discorso meriterebbe un approfondimento– che “per evidenziare le aporie insite nelle dichiarazioni dei diritti umani possiamo porci tre domande: chi sia il titolare di questi diritti umani; chi sia il soggetto obbligato da quei diritti e chi sia competente a dirimere gli eventuali contrasti”. Giuseppe FERASIN, “La navigazione nell'arcipelago delle aporie”, p. 117 e s.). Risulta del tutto scontato che la risposta faccia emergere una sorta di centralità ideologica dello Stato, eventualmente mascherato dietro a Organizzazioni di diritto internazionale. È lo Stato, infatti, colui il quale pone tali diritti in capo al soggetto-cittadino, lungi dal riconoscerli come propri di lui; talché i “diritti” in parola vengono a dipendere dalla loro stessa positivizzazione. Così come è lo Stato che coincide con il potenziale violatore di questi diritti e che, in un certo senso, sarà chiamato a giudicare della loro eventuale violazione.

delle quali scrive, per esempio, Norberto Bobbio²¹, è un eloquente elemento concettuale il quale dà conto di un processo di produzione e di accumulazione del “diritto”, quale prodotto storico di un determinato coacervo di forze capaci di affermarlo.

Il diritto che viene prima e che viene dopo, che prima non c’era e che dopo c’è, che si forma per generazioni progressive *et coetera*, infatti, non è diritto in senso proprio, esso può dare luogo a norme vigenti –certamente–, esso può compendiare un plesso ordinamentale più o meno articolato –è ovvio–, ma esso non si sostanzia affatto nello “*id quod semper aequum et bonum est*”²² del quale parla, per esempio, il giurista romano Paolo.

Il problema del *semper* che noi troviamo nella definizione *de qua*, infatti, è un problema ontologico e non storico: esso è un problema che mette capo all’ontologia, all’essere in sé del diritto, il quale diritto, infatti, essendo partecipazione della giustizia, se è diritto è sempre diritto, se non lo è... non lo è mai: non lo fu nel passato e non lo sarà nel futuro. Ovviamente dico questo al netto della questione aristotelica concernente la distinzione tra giusto naturale, ciò che, appunto, è giusto in sé; e giusto legale, ciò che realizza in un dato contesto, storico, sociale, economico *et coetera* il principio oggettivo del giusto legale²³.

Il punto è –lo dico forse troppo brutalmente– che il diritto, così come esso non si crea e non si distrugge per legge, cioè in virtù delle cc.dd. fonti normative, esso non è mai nuovo o vecchio, non dipende né dalla storia, né dalla sociologia: o è o non è. Altro è dire che i diritti siano riconosciuti, per ciò che essi sono, o non riconosciuti.

* * *

Né il processo di c.d. internazionalizzazione, infatti, né quello di c.d. democratizzazione, peraltro per ragioni analoghe a quelle testé succintamente indicate, possono tenere luogo a quella che Danilo Castellano probabilmente chiamerebbe “verità del diritto”²⁴ né possono sostituirla la sua intelligenza metafisica, non essendo il consenso della maggioranza e nemmeno l’unanimità dei consensi o la coerenza tra gli articolati normativi dei vari contesti statuali considerati, in grado di fondare autoreferenzialmente e di costituire *ex nihilo* il principio metafisico della giustizia sostanziale.

²¹ Norberto BOBBIO, *L’età dei diritti*.

²² *Digesto* 1, 1, 11.

²³ ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, V, 6-7, 1134 b.

²⁴ Mutuo quivi il titolo di una monografia che l’Autore ebbe dedicato a temi politici, Danilo CASTELLANO, *La verità della politica*.

Altro, invero, è la norma giusta, in quanto fondata sul principio della giustizia e altro, tutt'altro, è la norma condivisa... chiunque siano i soggetti della condivisione e qualunque ne sia l'oggetto. Che poi sia auspicabile una condivisione intorno al principio della giustizia è cosa ovvia, che l'oggetto della condivisione, però, sia sempre giusto in quanto condiviso *sic et simpliciter*, ciò è tutto da dimostrarsi e anzi, molto spesso ciò è già stato smentito. Basterà ricordare a questo proposito la c.d. democrazia di Pilato per averne immediata contezza²⁵.

* * *

Il terzo momento concettuale, in fine, pergiunge all'individuazione di un'efficacia almeno di fatto trasversale sia della Giurisprudenza costituzionale (la quale ha una formale diffusività *erga omnes*, quantomeno rispetto alla dichiaratoria di incostituzionalità), sia della Giurisprudenza delle Corti europee, soprattutto di quella di Strasburgo. E quest'ultimo aspetto dà conto di un significativo ed eloquente esito *ultra vires* –se così posso dire– delle stesse pronunzie giurisdizionali: esse, infatti, oltre a decidere il caso *sub iudice* e oltre ad affermare una determinata *ratio decidendi* per quel caso (la quale pure potrebbe avere una certa rilevanza ai fini della nomofilachia, ma non oltre), operano anche in funzione d'indirizzo, propositiva quando non interlocutoria, rispetto allo stesso Legislatore, arrivando in alcuni casi addirittura a svolgere una ancora più discutibile funzione normativa di carattere generale.

Il Giudice, in quest'ipotesi, infatti, si rende artefice di un vero e proprio evolucionismo ordinamentale, il quale va ben oltre la stessa paludata teoria delle cc.dd. norme programmatiche²⁶ e il quale certamente supera il vecchio positivismo c.d. forte che lo voleva... *bouche de la loi*. Il giudice, infatti, utilizzando le *normae positae* non solo come fattispecie da interpretarsi giusta i consueti canoni ermeneutici (per esempio quelli fissati dalle cc.dd. preleggi) per i fini della sussunzione, ma soprattutto come elementi per costruire il precetto normativo concreto²⁷, amplia e accresce lo spettro

²⁵ Gustavo ZAGREBELSKY, *Il "crucifige!" e la democrazia*.

²⁶ Secondo Vezio Crisafulli, per esempio, la teoria delle norme cc.dd. programmatiche postula "il riconoscimento dell'efficacia normativa anche [...] di queste] disposizioni costituzionali [...]. Le quali enunciano vere e proprie norme giuridiche, che sono perciò precettive non meno delle altre, sebbene rivolte originariamente e direttamente ai soli organi dello Stato, ed anzitutto con certezza, almeno agli organi legislativi". Vezio CRISAFULLI, *Stato. Popolo. Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, p. 56.

²⁷ Con forse eccessiva sintesi posso dire che le cc.dd. teorie ermeneutiche pretenderebbero di superare le angustie del positivismo giuridico senza però negarlo *ex funditus*,

ordinamentale dei cc.dd. diritti soggettivi includendovi fattispecie apparentemente nuove e diverse.

* * *

Dico apparentemente nuove e diverse, ma non eversive –si badi bene– giacché la ragione e la legittimazione, almeno *in thesis*, di tali interventi non esce dagli stilemi positivistici, pur portandoli a conseguenze davvero estreme: le “novellazioni giurisprudenziali”, infatti, come anche le riforme per via legislativa, non invocano principii *extra*-ordinamentali, non si appellano al diritto naturale, alla giustizia sostanziale *et coetera*; nemmeno esse fanno assegnamento a Sistemi che siano alieni o contarii rispetto a quello considerato e ritenuti superiori gerarchicamente, quanto all’opposto esse poggiano sulla postulata necessità di compiere e di maturare appieno il portato concettuale di norme effettivamente vigenti e di rango apicale.

I cc.dd. nuovi diritti elaborati dai Giudici nelle loro sentenze, in altri termini, poggiano sulla postulata necessità di compiere appieno le *rationes* assunte come fondative dall’Ordinamento medesimo. Tant’è che la Corte costituzionale italiana, per esempio, confortata da autorevole Dottrina, ha elaborata la figura delle cc.dd. norme a contenuto costituzionalmente necessario o vincolato²⁸, cioè norme il contenuto delle quali sarebbe neces-

dunque rimanendo sì all’interno della sua stessa “gabbia concettuale”, ma nel contempo tradendone (quantomeno) i costitutivi formali. Le varie teorie ermeneutiche, infatti, rivendicano tutte, sia pure in guise diverse e con differenti sfumature, di “adoperare” più o meno liberamente le disposizioni normative, cioè il prodotto del Legislatore, eppertanto le cc.dd. fonti, allo scopo di produrre una specie di “diritto” di secondo grado, che sarebbe poi quello effettivamente vigente e applicabile. Invero, stanti le premesse delle teorie ermeneutiche, il prodotto del Legislatore, vale a dire la fonte che da lui proviene, non è immediatamente fonte del diritto, *sic et simpliciter*, quanto piuttosto essa rappresenta un elemento, un dato, un materiale –giuocoforza il più preminente, ma non l’unico– grazie al quale l’interprete dà forma, di volta in volta, alla norma da applicarsi al caso e ai casi. La fonte, dunque, non è... del diritto –nemmeno di quello *positum*– quanto piuttosto del materiale normativo. Giuseppe Zaccaria, per esempio, osserva che il giudice certamente deve “prendere le mosse, nel processo di concretizzazione delle norme giuridiche, dai testi prodotti dal legislatore [... tuttavia] il legislatore ‘pone’ e produce soltanto i tenori letterali delle norme [...] e non pone vere e proprie norme. I tenori letterali dei testi, le prescrizioni in essi contenute [infatti] non sono che la punta emergente di un *iceberg*, di un complesso regolamentativo che verrà sviluppato solo in un secondo momento e grazie all’aiuto indispensabile di soggetti diversi”. Giuseppe ZACCARIA, “Una definizione d’interpretazione”, p. 158 e s.

²⁸ È nota la tesi elaborata dalla Corte costituzionale in merito all’ammissibilità dei quesiti referendari secondo la quale alcune “disposizioni legislative ordinarie [...] sarebbero latrici di un] contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che risultino lesi i corrispondenti specifici disposti

sario o vincolato in forza di disposizioni espresse nella stessa Costituzione o in forza di *rationes* immediatamente ricavabili dalla stessa, sicché il margine di manovra del Legislatore ordinario, nell'ambito di queste materie, sarebbe assai limitato o non vi sarebbe affatto.

* * *

Tant'è vero che i "nuovi diritti" di genesi giurisprudenziale postulano tutti una struttura in combinato disposto con l'art. 3 cost. e con il c.d. principio di eguaglianza sostanziale ivi contemplato. Vale a dire –semplifico di molto il discorso, ma ne preservò l'essenza– che l'introduzione nell'Ordinamento dei "diritti" *de quibus* risponde all'esigenza di realizzare per norma l'eguaglianza legale tra i soggetti e tra le loro personali progettualità, annullando, proprio attraverso la regola positiva, ogni differenza oggettiva e naturale. Per esempio, ragionando *de lege ferenda*, l'attuale, aspro, dibattito sul c.d. diritto all'identità di genere tende proprio a questo appiattimento normativo: cioè all'annullamento per norma della diversità tra i sessi, ad appannaggio di un'opzione soggettiva e libera in virtù della quale ciascheduno scelga per sé il genere che egli preferisce.

Solo annoto, a modo di chiosa, prima di proseguire, che nel Regno di Spagna la c.d. *ley trans* (L. 4/2023), in piena continuità con la precedente *Ley Zerolo* (L. 15/2022), ha sostanzialmente codificato questo "nuovo diritto" sul presupposto –così recita il preambolo della medesima Legge– che:

“el objetivo de la presente ley es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales [...] erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad”.

Dunque la "idea" di un Ordinamento di diritti il quale realizzi per norma l'eguaglianza, pretermettendo ogni differenza e apparcchiando strutture formali tanto ampie e vacue da consentire l'integrazione formale delle relative fattispecie a chiunque lo desideri, è non solo attuale e contingente, ma proprio trasversale nell'odierna "cultura" politico-giuridica occidentale.

della Costituzione" (2 Febbraio 1978, Corte costituzionale, Sentenza N° 16, Presidente: Paolo Rossi, Relatore: Livio Paladin), d'onde l'impossibilità di sottoporle a *referendum*, pur oltre i limiti espressamente fissati dall'art. 75 co. II cost. Per una riflessione sull'incidenza del tema concernente le cc.dd. norme a contenuto costituzionalmente vincolato, nell'ambito dei "nuovi diritti". Anna ALBERTI, "L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sent. n. 50 del 2022", p. 176 e ss.

Ciò significa, pertanto –riprendo il discorso di prima–, che il Giudice dei “nuovi diritti” interviene nell’Ordinamento, creando di volta in volta una “nuova posizione giuridica soggettiva”²⁹ –come scrive Marta Cartabia– al precipuo fine di correggerne le storture dovute a un’incompiuta disciplina dei suoi stessi “principii” costituzionali e direi anche costitutivi; e ciò con buona pace di quanti sostengono la tesi della c.d. Costituzione tradita...

* * *

Ebbene, in questa funzione propulsivo-correttivo-ermeneutica della Giurisprudenza, particolarmente di quella sovranazionale, Marta Cartabia sembra cogliere il meccanismo di maggiore efficacia ed efficienza nell’innovazione dell’Ordinamento attraverso la concettualizzazione e attraverso l’introduzione dei cc.dd. nuovi diritti.

Rispetto a queste tipologia di “nuovi diritti” (quelli di genesi giurisprudenziale), pertanto, il Parlamento sarebbe sempre in ritardo rispetto alla Magistratura; il Parlamento, però, date queste premesse, oltre a essere in ritardo rispetto alla Magistratura, sarebbe anche, nello stesso momento, alle sue dipendenze, e ciò in quanto esso dipenderebbe dai Giudici almeno per ambiti e per settori i quali risultino sussumibili entro fattispecie *lato sensu* assimilabili a quelle cc.dd. a contenuto costituzionalmente vincolato, vero è che –come scrive appunto Marta Cartabia–

“i [...] nuovi diritti non hanno (ancora) una propria autonomia, ma costituiscono emanazioni, ramificazioni di diritti e principi scritti [...] e] ne costituiscono uno sviluppo nuovo”,

il quale oltre a essere nuovo, sarebbe anche inevitabile e necessario.

Se si ponga mente, infatti –mi limito a un solo, brevissimo cenno– al c.d. caso Cappato³⁰, il quale ha rappresentata l’occasione per l’introduzione dell’Ordinamento giuridico italiano del c.d. diritto all’eutanasia –un altro dei molti “nuovi diritti”– immediatamente si vedrebbe non solo la dinamica interlocutoria tra la Corte costituzionale e il Parlamento, ma proprio l’assoluta dipendenza di questo da quella in virtù di un abile uso, da parte dei Giudici costituzionali, dei combinati disposti tra il c.d. diritto

²⁹ CARTABIA, *op. cit.*, p. 11.

³⁰ Francesco MARINI, Cristiano CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*. Faccio altresì rinvio alla mia riflessione sul medesimo tema: Rudi Di MARCO, *Diritto e “nuovi” diritti. L’ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*.

all'autodeterminazione terapeutica disciplinato dalla L. 219/201 e gli artt. 2,3 e 32 cost. Di fatti, il Giudice, dopo una ritenuta inerzia del Parlamento, rispetto a una "tabella di marcia" da lui stesso fissata, ha operato in sua vece con un intervento ortopedico sull'art. 580 *c.p.* in tema "aiuto al suicidio" stabilendone l'illegittimità costituzionale

"nella parte in cui [esso] non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale"³¹.

* * *

Il discorso andrebbe approfondito –evidentemente– ma in questa sede non è possibile andare oltre. Comunque, al netto di ogni ulteriore considerazione, e riprendendo il saggio di Marta Cartabia dal quale ero partito, ritengo che la "diagnosi" fatta dall'Autore sia descrittivamente corretta.

A mio avviso, però, essa è da un lato incompleta e dall'altro poco problematizzata. *Absit iniuria verbis...*

Come prima osservavo, infatti, il saggio non va oltre l'osservazione dell'effetto: esso non coglie appieno, cioè, la causa remota dalla quale nasce il problema dei c.d. nuovi diritti, né esso ne coglie la conseguenza più profonda, restando prigioniero della stessa ideologia liberal-positivistica d'onde traggono origine.

* * *

Il problema dei "nuovi diritti", infatti, non è dato dalla mera circostanza in virtù della quale lo:

"universo dei diritti individuali potrebbe mancare il suo scopo [... giacché] i diritti illimitati nel contenuto e nel numero [... potrebbero essere] esposti a una degenerazione utopistica"³²,

ed esso nemmeno è dato dalla

"necessità di preservare la natura dei diritti individuali come garanzia della persona umana nei confronti di ogni forma di potere, preservandoli dal

³¹ 25 Settembre 2019, Corte costituzionale, Sentenza N° 242. Presidente: Giorgio Lattanzi. Redattore: Franco Modugno.

³² CARTABIA, *op. cit.*, p. 15.

rischio di diventare essi stessi uno strumento di esercizio del potere sulla persona umana”³³.

Al contrario, anzi all’opposto, il vero problema consiste, a mio avviso, nella necessità di capire che il diritto non alligna nella volontà e non dipende dal desiderio, esso non ha tempi e non ha stagioni. Il diritto è infatti regola di giustizia che si impone al suo soggetto nell’ordine ontologico della sua stessa natura, onde il soggetto medesimo, l’essere umano, abbia a tendere al vero e al pieno compimento di sé, a un agire che gli si confà in quanto uomo.

Il diritto, allora, sotto questo rispetto, non è mai limite od ostacolo della volontà autenticamente umana, cioè qualche cosa che, come un paracarro, la conculchi dall’esterno e la comprima entro prestabiliti binarii, quanto piuttosto esso ne è regola intrinseca; esso ne è condizione di legittimità sostanziale nell’ordine della ragione. Ciò significa che non vi è libertà che non sia giuridica e che non vi è diritto che non ne sia guarentigia: una libertà che pretermetta il diritto, infatti, o che rivendichi di crearlo *ad hoc*, non è una vera libertà umana e giuridica, quanto piuttosto essa è arbitrio e capriccio.

* * *

Questo problema, però, non è precipuo dei cc.dd. nuovi diritti, dei cc.dd. diritti umani o di altre espressioni dell’attualità politico-giuridica, esso è un problema di molto precedente, come prima cercavo di suggerire: esso è “il” problema del positivismo, di tutto il positivismo.

È del positivismo, infatti, la tesi secondo la quale il diritto rappresenta qualche cosa la quale si crea, si produce, ha fonti d’onde deriva, si modifica *et coetera*, onde ne è reietto ogni fondamento trascendente. E non è un caso, a questo proposito, se Portalis, per esempio, in sede di relazione sul progetto di Codice civile francese affermò che attraverso la legge può distruggersi ciò che c’è e può crearsi ciò che non esiste ancora³⁴. Quindi il problema della trasformazione della pretesa in diritto e del diritto che codifica pretese non è nuovo, anzi, con una certa approssimazione e sintesi, direi che esso è vecchio quanto il dogma della sovranità, cioè quanto la pretesa dello Stato moderno di auto-fondare il proprio Ordinamento. Oggi –ecco il punto– il problema *de quo* si pone in termini vieppiù rovesciati rispetto a quelli proprii della passata stagione del c.d. positivismo forte, ponendo al centro

³³ CARTABIA, *op. cit.*, p. 17.

³⁴ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), Séance du 4 Ventôse an XI.

non più lo Stato ma l'individuo e facendo dello Stato e delle sue Istituzioni un mezzo per il soddisfacimento delle pretese individuali.

* * *

È ovvio, infatti, che postulando queste premesse, col passaggio dallo Stato c.d. forte allo Stato c.d. debole e con la caduta di ogni aspetto istituzionale, propria della *post-modernità* politico giuridica,

“è stata dissolta [...] persino la falsa trascendenza dell'immanenza cui si ispirano la politica e [...] gli ordinamenti giuridici dei cosiddetti Stati forti [...] e si è passati] dall'immanentismo dei totalitarismi all'immanentismo dell'anarchia”³⁵,

come ha lucidamente scritto Danilo Castellano. Cioè o ovvio che ciascuno rivendichi, almeno per sé stesso e almeno limitatamente a ciò che è o a ciò che egli ritiene essere “suo” di costituire, di fondare, di creare, per sé, il proprio diritto, o, per meglio dire, di godere il diritto negativo all'anarchia.

Ma il “diritto” alla riservatezza, inteso come diritto all'anarchia nell'ambito del c.d. privato, è un “diritto” il quale vuole a ben vedere escludere dall'ambito della giuridicità e dal problema giuridico il privato stesso: esso è un diritto che pone al suo oggetto la libertà negativa e che esclude ogni regola, ogni criterio e ogni principio ritenuti in sé lesi della libertà medesima. Si tratta di un “diritto” il quale, per riprendere il titolo della relazione assegnatami, postula un'intelligenza oscurata e implica una volontà cieca, esso, postula e implica, in altre parole, più e oltre rispetto alla trasformazione del desiderio in diritto attraverso l'Ordinamento giuridico, la limitazione –e meglio dovrei dire la negazione– dell'Ordinamento giuridico rispetto a determinati spazi operativi definiti privati, fatti salvi, ovviamente, gl'interventi *ad adiuvandum* di apprestamento dei mezzi necessari.

Concludo osservando quanto mi sembra che nemmeno gli Studiosi più autorevoli delle materie privatistiche abbiano finora rilevato e cioè che queste premesse concettuali finiscono col negare *ex funditus* la stessa possibilità teorica del diritto privato, vale a dire dello *ius privatorum* inteso in senso proprio e stretto, quindi del diritto che regola giuridicamente i rapporti privati: il privato, infatti, finisce col ridursi all'ideologia della riservatezza, della *privacy* intesa nel senso dell'americanismo, della libertà negativa, direbbe Danilo Castellano, onde non vi è spazio per alcuna regola e per alcun criterio.

³⁵ Danilo CASTELLANO, “Prefazione”, p. XII.

Se però l'anarchia possa essere oggetto di diritto e di diritti, e se essa possa codificarsi nelle fonti di un dato Ordinamento, essa è una questione sulla quale mi concedo di dubitare.

Bibliografia

- ALBERTI, Anna, "L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sent. n. 50 del 2022". Disponibile in www.sipotra.it/wp-content/uploads/2022/05/Lomicidio-del-consenziente-come-norma-a-contenuto-costituzionalmente-vincolato-o-a-contenuto-necessarioobbligatorio-Brevi-note-alla-sent.-n.-50-del-202.pdf [data della consultazione: 13 agosto 2023].
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, A cura di Armando PLEBE, Laterza, Bari, 1957.
- Atti dell'Assemblea costituente, LVIII, Seduta pomeridiana di martedì 11 marzo 1947, Presidente: Umberto Terracini. Disponibile in https://legislature.camera.it/_dati/constituente/lavori/Assemblea/sed058/sed058nc.pdf [data della consultazione: 13 luglio 2023].
- BASCHIERI, Gastone; Luigi BIANCHI D'ESPINOSA, Carlo GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, Nocchioli, 1949.
- BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- BOETHIUS, Manlio Severino, "Liber de persona et duabus naturis. Contra Eutychen et Nestorium", in J.P. MIGNE (a cura di), *Patrologiæ. Cursus completus [Patrologiæ latinae tomus 64]*, Turnhout, Brepols, 1969, LXIV, 1343.
- CARTABIA, Marta, *I "nuovi" diritti*, in O.L.I.R. *Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose*, febbraio 2011. Disponibile in www.olir.it/areetematiche/166/documents/cartabia_relazione_2010_roma_cesen.pdf [data di consultazione: 13 luglio 2023].
- CASTELLANO, Danilo, "Il 'concetto' di persona umana negli Atti dell'Assemblea costituente e l'impossibile fondazione del politico", in Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- CASTELLANO, Danilo, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- CASTELLANO, Danilo, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- CASTELLANO, Danilo, "Prefazione", in Pietro Giuseppe GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, CEDAM, 2002.
- CRISAFULLI, Vezio, *Stato. Popolo. Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985.
- D'ORS, Álvaro (coord.), *El Digesto de Justiniano*, Aranzadi, Pamplona, 3 vols., 1968, 1972 y 1975.

- DI MARCO, Rudi, *Diritto e "nuovi" diritti. L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Torino, Giappichelli, 2021.
- DI MARCO, Rudi, *L'intelligenza del diritto. Sulla "oggettività" come problema giuridico... oltre il positivismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.
- FERASIN, Giuseppe, "La navigazione nell'arcipelago delle aporie", in Francesco GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, CEDAM, 2006.
- GRASSO, Pietro Giuseppe, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, CEDAM, 2002.
- JEMOLO, Arturo Carlo, *Tra diritto e storia*, Milano, Giuffrè, 1982.
- MARINI, Francesco, Cristiano CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.
- MOUNIER, Emmanuel, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952.
- ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro, *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*, Bucaramanga, Universidad Santo Tomás, 2003.
- PALADIN, Livio, *Diritto costituzionale*, terza edizione, Padova, CEDAM, 1998.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), Séance du 4 Ventôse an XI. Disponibile in https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf [data della consultazione: 13 luglio 2023].
- ROSMINI SERBATI, Antonio, *Filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1967, I.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- ZACCARIA, Giuseppe, "Una definizione d'interpretazione", in Francesco VIOLA, Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il "crucifige!" e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995.

SENTENZE DEL TRIBUNALE

- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Sentenza N° 57813/00, S. H. *et al. versus* Austria, 1 Aprile 2010.
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Sentenza N° 30141/04, Schalk *et* Kopf *versus* Austria, 24 giugno, 2010.
- CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza N° 16. Presidente: Paolo Rossi. Relatore: Livio Paladin, 2 Febbraio 1978.
- CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza N° 561. Presidente: Francesco Saja. Redattore: Ugo Spagnoli, 10 Dicembre 1987.
- CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza N° 61. Presidente: Annibale Marini. Redattore: Anna Finocchiaro, 6 Febbraio 2006.
- CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza N° 162. Presidente: Gaetano Silvestri. Redattore: Giuseppe Tesauro, 09 Aprile 2014.

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza N° 242. Presidente: Giorgio Lattanzi. Redattore:
Franco Modugno, 25 Settembre 2019.

Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i>
art.	articolo
artt.	articoli
c.d.	il cosidetto
cc.dd.	il cosidetto
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CEDU	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
<i>Cfr.</i>	<i>confer</i>
coord.	coordinador
cost.	Costituzione
<i>c.p.</i>	<i>Codice penale</i>
COVID 19	Coronavirus Disease 2019
DPR	Decreto del Presidente della Repubblica
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
L.	Legge
N°	numero
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	pagina
ss. avolte s.	segunte
vols.	volúmenes
www	World Wide Web

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 24 | 2024

ILEGALIDAD DE LOS CASINOS Y CASAS DE APUESTAS DEPORTIVAS EN LÍNEA

(COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA
DE LA CORTE SUPREMA ROL N.º 152.138,
CARATULADA POLLA CHILENA DE BENEFICENCIA S.A.
CON MUNDO PACÍFICO S.A.
DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2023)

*Juan Ignacio Contardo González**

Introducción

Desde hace un buen tiempo, varios portales web ofrecen servicios de apuestas deportivas y de casino en línea, al margen de los casinos regulares y de los sistemas de apuesta, también regulares en Chile¹.

Su penetración ha sido profunda, al punto que tienen publicidad pagada en páginas de internet, televisión al menos de pago, y son patrocinadores de varios clubes de fútbol y de los torneos de primera división y de ascenso de fútbol profesional masculino chileno (Campeonato Betsson y Ascenso Betsson, nombres de los torneos en 2023)^{2,3}.

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes (Chile). Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo (Chile). Correo electrónico: jcontardo@udd.cl

¹ Un repaso de la normativa que rige las apuestas regulares en Chile puede verse en Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “Concepto de juego de destreza y de azar. Tribunal Constitucional, rol 2758-2015, 10 de septiembre de 2015”, pp. 206-210.

² Producto de la sentencia que comentamos, el patrocinador Bettson colocó término al contrato con la ANFP, véase www.anfp.cl/noticia/37849/comunicado-de-prensa [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024]. Desconocemos los términos contractuales en los que el contrato fue dejado sin efecto. Hoy los campeonatos, se denominan Campeonato Itaú y Ascenso Achs Salud.

³ Este fenómeno no ha sido solo chileno. Así, por ejemplo, el club de fútbol español Real Madrid tuvo como principal patrocinador a la casa de apuestas Bwin de 2007 a 2012, la que fue sustituida por Fly Emirates como patrocinador dadas las denuncias de la casa española Codere, ya que Bwin tenía su sede en Gibraltar y no pagaba impuestos en España. Con todo, de igual manera proliferaron los patrocinios hasta la entrada en vigor del real decreto 958/2020 que las prohibió. La Premier League también prohibió esos patrocinios en 2023, por una revisión de la legalidad de estos juegos por el gobierno británico, véase www.20minutos.es/deportes/noticia/5118640/0/la-premier-league-prohibe-patrocinar-casas-de-apuestas-en-las-camisetas-de-sus-equipos/ [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].

Estas plataformas de apuestas en línea no están reguladas en Chile por ley. De ahí que se ha discutido su legalidad⁴, y actualmente se está tramitando un proyecto de ley para regularlas⁵.

Por su parte, el gobierno chileno ha atacado estas casas de apuesta y casinos en línea. El Ministerio de Justicia instruyó a la ANFP a dejar sin efecto los contratos con Betsson, e informar la naturaleza jurídica de cada uno de los socios (los clubes de fútbol) y sus vinculaciones con dichas casas⁶.

En este marco se discutió la acción constitucional de protección dirigida por Polla Chilena de Beneficencia S.A. en contra de Mundo Pacifico S.A., proveedor de servicios de internet y que da origen a la sentencia que comentamos.

I. La acción deducida y el fallo de primera instancia

La actora dedujo la acción constitucional de protección debido a que no obtuvo respuesta del recurrido a un requerimiento para bloquear veintitrés sitios web de casas de apuesta y casinos en línea en virtud del art. 24 H de la LGC, Ley n.º 18168.

La actora sostuvo que el art. 24 H letra a)[2] de la LGC permite al proveedor de internet bloquear actividades ilícitas, como las que se desempeñarían por estos sitios de juego. Así, entonces, la ausencia de respuesta del proveedor de servicios de internet constituiría un acto ilegal y arbitrario que perturbaría las garantías constitucionales de:

1. Igualdad ante la ley, pues colocaría a la actora en una situación de desigualdad frente a las casas de apuestas en línea, que no cumplen con la normativa chilena que las grava⁷;
2. Libertad de empresa, porque con la omisión se perturbaría la posibilidad de desarrollar el mercado de los juegos de azar y de apuestas⁸ y

⁴ Al menos los operadores de estas casas las han defendido en prensa, véase www.biochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/articulos/2023/09/04/lobby-feroz-en-el-congreso-los-pagos-por-1-000-millones-de-casa-de-apuestas-a-su-asesor-estrella.shtml [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].

⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* 14838-03, 7 de marzo de 2022.

⁶ Véase www.cnnchile.com/deportes/ministerio-justicia-anfp-casas-apuestas-online_20230901/> [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].

⁷ pp. 12 a 14 del escrito de la acción constitucional de protección. CORTE SUPREMA, 12 de septiembre de 2023, rol n.º 152.138.

⁸ pp. 14 a 15 del escrito de la acción constitucional de protección. CORTE SUPREMA, 12 de septiembre de 2023, rol n.º 152.138.

3. Derecho de propiedad, ya que Polla Chilena de Beneficencia S.A. sería la dueña del sistema de pronósticos y apuestas deportivas, sobre el cual tendría un uso y goce exclusivo⁹.

La sentencia de primera instancia¹⁰ rechazó la acción constitucional. El argumento central del fallo de primera instancia (considerandos 6.º a 8.º) fue que esta materia debe ser conocida a través de los procedimientos respectivos, especialmente en sede civil para conocer de la ilegalidad de las obligaciones contraídas por los proveedores de internet; penal, para la infracción de la normativa que regula lo ilícito en ellas (arts. 277 a 279 del *Código Penal*) y administrativa, en lo que toca a la fiscalización de la LGT.

II. La sentencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo la acción constitucional de protección y dispuso a la recurrida que esta:

“no puede transmitir ni promover juegos de azar, salvo que acredite autorización legal y de la autoridad administrativa, debiendo por lo tanto bloquear inmediatamente todos los sitios web solicitados por la recurrente en estos autos”.

Los fundamentos de la sentencia pueden resumirse en cuatro:

1. La actividad de las apuestas es generalmente ilícita. En los considerandos cuarto, sexto y séptimo, la Corte hace un repaso de las normas que las califican como ilegales. De esta forma, cita el art. 1466 del *Código Civil* que sanciona con objeto ilícito las deudas contraídas en juegos de azar, y los arts. 277, 278 y 495 n.º 14 del *Código Penal*, que sancionan a los administradores de casas de juegos de azar, a los apostadores y a los que establecieron en espacios públicos dichos juegos. Razona la Corte que en Chile existe una prohibición general en este ámbito, y que, en consecuencia, el legislador puede establecer excepciones, como en el caso de Polla Chilena de Beneficencia para los juegos y apuestas que esta administra. Las demás, estarían prohibidas.
2. Dicha actividad tiene reserva legal. En línea con el fundamento anterior, la sentencia recuerda que la actividad de las apuestas tiene

⁹ pp. 15 a 16 del escrito de la acción constitucional de protección. CORTE SUPREMA, 12 de septiembre de 2023, rol n.º 152.138.

¹⁰ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 15 de noviembre de 2022, rol n.º 63620-2022.

reserva legal (art. 63 n.º 19 de la Constitución Política de la República de Chile), y esta se ha materializado a través del DL n.º 1298 de 1975 que “Crea un sistema de pronósticos deportivos”, que administra, en concreto, el actor Polla Chilena de Beneficencia (considerando quinto).

3. Polla Chilena de Beneficencia tendría el monopolio de las apuestas deportivas. A ella le corresponde de manera “exclusiva y excluyente” (considerando séptimo), el manejo de este sistema y, en consecuencia, no pueden sujetos distintos de él tener control sobre las mismas (considerando décimo).
4. Existe un deber de un proveedor de internet de bloquear servicios, contenidos y actividades ilegales. Del art. 24 H de la LGT se colegiría, a través de una interpretación *a contrario sensu*, que el proveedor de internet debe hacer un control de los sitios web bajo su amparo, ya que solo le está vedado cuando su actuar es arbitrario, sobre todo cuando “la solicitud proviene de la única entidad autorizada para el desarrollo de la actividad referida” (considerando octavo). De esta manera, la omisión del recurrido afectaría el derecho de propiedad del recurrente, pues afecta el ejercicio exclusivo sobre la apuesta deportiva.

III. El problema de fondo tras el fallo de la Corte Suprema: la legalidad de los casinos y casas de apuestas deportivas en línea

Como apreciamos, para resolver la acción de protección la Corte Suprema se propuso dos objetivos. El primero, consistió en determinar si la apuesta deportiva es o no legal de acuerdo con la legislación chilena. El segundo, fue determinar si el demandado, con su omisión, afectó garantías constitucionales del actor.

La forma en cómo se planteó la acción constitucional de protección resulta interesante, pues, se utiliza la acción constitucional de protección para determinar si un mercado con operación actual en Chile es lícito de acuerdo con la legislación chilena. En otras palabras, la sentencia termina razonando sobre una cuestión aún mayor que la sola trasgresión de los derechos fundamentales reclamados. Esto es lo que motiva el presente comentario y a lo que nos referiremos en las próximas líneas.

1. LA CONFUSIÓN ENTRE JUEGO DE AZAR Y APUESTA DEPORTIVA

Una primera cuestión que nos parece importante destacar es que la Corte Suprema confundió lo que es un juego de azar con una apuesta deportiva. La sentencia las trata de la misma manera, aunque técnicamente son cosas distintas.

De hecho, aun cuando la sentencia discurre sobre la base de la legalidad de las apuestas deportivas en línea, en la parte resolutive se refiere solo a los juegos de azar (“[...] no puede transmitir ni promover juegos de azar [...]”) sin diferencia con las otras.

Somos conscientes que esta confusión en el caso concreto de los casinos y casas de apuestas en línea se debe a que en las veintitrés páginas web denunciadas, se ofrecían, al mismo tiempo, las deportivas y las de casino (juegos de azar), por lo que se hace difícil disociarlos.

Sin embargo, la distinción entre ellas permite determinar, luego, si Polla Chilena de Beneficencia tiene el monopolio de la apuesta deportiva en Chile. Si fuesen lo mismo, la conclusión a la que arribó la Corte Suprema sería correcta, pero esto no es así.

A nuestro entender, en Chile, los juegos de azar son distintos de ellas. El juego de azar es aquel en que predomina la suerte por sobre la habilidad del apostador¹¹. El juego de azar se encuentra por lo general prohibido, salvo los casos en que expresamente están permitidos¹².

En cambio, la apuesta deportiva deriva de un juego de destreza física –en el que predomina la habilidad física de una persona, aun cuando también puede ir acompañada o no de habilidad intelectual o estrategia– que es un contrato aleatorio permitido por el *Código Civil* (arts. 2260 y 2063), al igual que en los juegos de destreza intelectual, como lo sería, por ejemplo, el ajedrez.

Un juego de destreza física no involucra, en principio, que los apostadores, además, participen en él. Por ende, podría suceder que dos personas apuesten, uno a favor y otro en contra, que el primer apostador corra los cien metros planos en un tiempo determinado o inferior. Pero también podría suceder que los apostadores apuesten a que un tercero supere los cien metros planos en un determinado tiempo. Ambas son lícitas.

Por cierto, una apuesta de estas últimas características involucra un riesgo. Puede existir un acuerdo entre uno de los apostadores y el tercero que

¹¹ Sobre esto ya se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia rol n.º 2758-2015, de 10 de septiembre de 2015, y que comentamos en CONTARDO, *op. cit.*, pp. 210-214.

¹² Para un repaso de la normativa aplicable, véase *op. cit.*, pp. 206-210.

ejecutará el juego de destreza física. Con ello, se perdería el carácter aleatorio inherente a ella, y existiría, entonces, un fraude. La ilicitud no deriva en este caso de la apuesta, sino del dolo contenido en ella.

Esta es la razón por la que ciertas ligas deportivas tienen protocolos de actuación. A título de ejemplo, la liga de *football* americano –NFL– establece sanciones a cualquier personal de la liga que en la misma liga o, incluso, en otros deportes, llegando la prohibición a los denominados “juegos de fantasía” (*fantasy football*) pagados¹³.

De aquí, desde el plano meramente deportivo, resulta discutible que una liga sea patrocinada por una casa de apuestas deportivas o que una de ellas patrocine a varios clubes de la misma liga, pues pueden existir incentivos a que el resultado deportivo no dependa solo de la calidad y esfuerzo del exponente¹⁴.

Con todo, mientras no exista una prohibición general, la apuesta en un juego de destreza física, que puede ser o no deportiva¹⁵, sigue siendo lícita

¹³ Al menos se consideraba para el Gambling Policy de 2022, que hemos tenido a la vista: NFL, “Gambling Policy for NFL Personnel 2022”.

¹⁴ Cabe hacer presente que pueden existir otros incentivos que pueden afectar a la apuesta. En particular, nos referimos a la práctica del *tanking*. En el básquetbol masculino de la liga de Estados Unidos de Norteamérica (NBA), los equipos que tienen más bajo desempeño en un año determinado tienen mayores posibilidades de elegir a los mejores jugadores jóvenes que acceden al *draft* del año siguiente. Así, entonces, se genera un estímulo para perder, pues en la medida que un equipo gane menos partidos, al año siguiente tendrá mayores posibilidades de seleccionar a los mejores prospectos. De esta manera, un equipo podría perder a propósito o no realizar ningún esfuerzo para ganar y de esta forma obtener una mejor probabilidad de elegir un prospecto atractivo en el siguiente año. Esto es el *tanking*. Véase www.sport.es/es/noticias/nba/tanking-razon-equipos-nba-pierden-77391468 [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].

Por cierto, esta es una medida que tiene por objetivo equiparar a los peores equipos con los mejores equipos, pues les permite a los de más bajo desempeño tener mejores jugadores para el año próximo y así competir en mejores condiciones, y hacer más atractiva la liga. Para tratar de asegurar que los equipos al menos sean competitivos la NBA no asegura que los peores equipos elijan primeros en el *draft*, sino solo les da un porcentaje más favorable para tener las mejores selecciones en el *draft lottery*.

Ahora bien, ante el *tanking*, la apuesta puede verse afectada. Si un equipo está haciendo *tanking* y es de los peores de la liga, su índice de apuesta a ganador va a ser más alta, por lo que, si se arriesga con el favorito, esta generará menos réditos. Por tanto, podría asegurarse una más segura contra el equipo que está haciendo *tanking*, aun cuando con menos rédito. Por el contrario, si se apuesta al equipo que está haciendo *tanking* –que supuestamente es más débil– y este gana, el rédito va a ser muy superior.

¹⁵ La Real Academia Española de la Lengua define ‘deporte’, en su primera acepción, como “actividad física, ejercida como juego o competición, práctica cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas”. Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Por cierto, pueden existir actividades físicas que no supongan entrenamiento o sujeción a normas, sino solamente al cumplimiento de objetivos.

en la legislación chilena, pues está permitida por el *Código Civil*. La reserva legal de la misma se cumple por la permisión general de ella en juegos de destreza física o intelectual. La prohibición descansa, por el contrario, en los juegos de azar. La Corte Suprema omitió toda referencia a esta cuestión en la sentencia y la confundió en un juego de destreza deportiva con un juego de azar.

2. EL SUPUESTO MONOPOLIO DE LA APUESTA DEPORTIVA EN LÍNEA

Si se parte de la base que la apuesta deportiva es lícita, corresponde ahora determinar si el negocio *masivo* ha sido monopolizado por Polla Chilena de Beneficencia, como sostuvo el fallo de la Corte Suprema. Como observamos, la distinción entre apuesta en juego de azar –generalmente prohibida– y apuesta en juego de destreza física –permitida por regla general–, centra el problema de la causa solo en el supuesto monopolio de la misma por el demandante.

El *Código Civil* permite la apuesta en juegos de destreza física. Creemos que esto no está en discusión. El punto, entonces, es si es posible ofrecer de manera masiva al público general apuestas sobre juegos de destreza física.

Sobre el particular, es posible hacer un paralelo con la actividad bancaria y el ofrecimiento masivo de actividades propiamente bancarias. En conformidad con el art. 39[1] de la Ley General de Bancos (DFL n.º 3 de 1997):

“Ninguna persona natural o jurídica que no hubiera sido autorizada para ello por ley, podrá dedicarse a giro que, en conformidad a la presente, corresponda a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma *habitual* dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o en cualquiera otra forma” (el destacado es nuestro).

Por tanto, solo los bancos pueden realizar actividades bancarias, pues la ley ha establecido un oligopolio legal de la actividad bancaria¹⁶. Por su parte, en conformidad con el art. 40 de la Ley General de Bancos (DFL n.º 3 de 1997):

“Banco es toda sociedad anónima especial que, autorizada en la forma prescrita por esta Ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en

¹⁶ Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, *Derecho comercial*, p. 52; Jamie GALLEGOS ZUÑIGA, *Derecho bancario y financiero de Chile*, pp. 153-155.

préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita”.

Para realizar actividades bancarias es necesario, primero, constituirse como banco a través de una sociedad anónima especial con giro determinado y, segundo, realizar actividades habituales de captación de dinero o fondos del público para colocarlos en el mercado a través de distintas operaciones.

Un particular puede realizar, sin constituirse como banco, actividades bancarias, por ejemplo, prestar dinero. Pero si capta dinero del público de manera *habitual*, para ofrecerlo a préstamo, está vedado, pues para ello es necesario constituirse como banco. De aquí que la actividad bancaria es oligopólica, pues solo queda reducida a aquellos que actúen como bancos.

Como vemos, el mismo cuestionamiento puede hacerse con la apuesta deportiva, pues ella está permitida por el *Código Civil*, al menos, de manera esporádica entre particulares. La pregunta que surge es qué sucede con el ofrecimiento al público general de ella. Ya adelantamos que la Corte Suprema sostuvo en su sentencia que hay un monopolio legal a Polla Chilena de Beneficencia.

Para comenzar, Polla Chilena de Beneficencia es una empresa del Estado. En efecto, el art. 1[1] del DFL 120 de 1960 establece:

“La Polla Chilena de Beneficencia es una Empresa del Estado, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio para el efecto de realizar y administrar, un sistema de sorteos y *organizar, administrar, operar y controlar un sistema de pronósticos y apuestas relacionado con competencias deportivas*” (el destacado es nuestro).

Sus funciones legales están establecidas en el art. 2, y en lo que a nosotros nos importa, su letra b) establece:

“Corresponderá especialmente a Polla Chilena de Beneficencia: b) La organización, administración, operación y control del sistema de pronósticos y apuestas relacionado con competencias deportivas, conforme a las normas vigentes sobre la materia”.

Este sistema de pronósticos y apuestas está regulado por el DL n.º 1298 de 1975, que crea el sistema de pronósticos deportivos, modificado por la Ley n.º 19909 de 2003, y que, a su vez, es detallado por el decreto 164 de 27 de abril de 2004 del Ministerio de Hacienda.

En ninguna de estas normas se establece de manera literal ni implícita un monopolio en ellas. La ley se limita a permitir que Polla Chilena de Beneficencia pueda organizar, administrar, operar y controlar un sistema de

pronósticos y apuestas deportivas, pero no establece, de ninguna manera, que hay un monopolio legal en esta materia, al estilo del art. 39[1] de la ley General de Bancos. Esto es lógico, pues al tratarse de una empresa del Estado, Polla Chilena de Beneficencia solo puede realizar aquellas actividades en especial autorizadas por la ley. Pero de aquí no se colige que exista un monopolio legal de la deportiva. La ley solo se limita a señalar que Polla Chilena de Beneficencia puede controlar un sistema de pronósticos y apuestas de este tipo.

Complementa la conclusión anterior la lectura del art. 1 del decreto 164 de 27 de abril de 2004 del Ministerio de Hacienda, que “Fija reglamento de sistema de pronósticos con modalidad de apuestas con premios predeterminados”. Este artículo dispone lo siguiente:

“Establécese que para las competencias y/o eventos de fútbol que servirán de base para el Sistema de Pronósticos Deportivos creado por el decreto ley N° 1.298, de 1975, modificado por la ley N° 19.909 de 2003, las apuestas se efectuarán sobre la base de los partidos y/o eventos de fútbol nacionales e internacionales de las siguientes competencias:

- a) Campeonato de Fútbol Profesional de Primera A y Primera B de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional de Chile.
- b) Cualquier otra competencia o campeonato organizado por la Asociación Nacional de Fútbol Profesional de Chile con Clubes de Fútbol Profesional de Primera A y Primera B.
- c) Campeonatos organizados por las Confederaciones y Federaciones de Fútbol afiliadas a la Federación Internacional de Fútbol Asociado.
- d) Campeonatos organizados por las Confederaciones y Federaciones de Fútbol Internacionales afiliadas a la Federación Internacional de Fútbol Asociado.
- e) Campeonatos organizados por la Federación Internacional de Fútbol Asociado.
- f) Partidos no oficiales o amistosos que se efectúen entre Clubes de Fútbol Profesional asociados a la Asociación Nacional de Fútbol Profesional de Chile, o de otras Confederaciones o Federaciones y de Selecciones de Fútbol afiliadas a la Federación Internacional de Fútbol Asociado con cualquier otro equipo afiliado a estos organismos.

También servirán de base al concurso las competencias o eventos deportivos nacionales o internacionales, individuales o por equipos, referidos a uno o más deportes olímpicos oficialmente reconocidos por el Comité Olímpico Internacional y/o las competiciones automovilísticas”.

Como Polla Chilena de Beneficencia es una empresa del Estado, solo puede realizar las apuestas que sean autorizadas por la ley o por el reglamento. De esta manera, dicha entidad puede ofrecer, por ejemplo, una apuesta deportiva en un partido oficial entre los clubes Colo-Colo y Everton de Viña del Mar por el torneo oficial del fútbol chileno masculino (“Cam-

peonato de Fútbol Profesional de Primera A [...] de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional de Chile”), o entre las selecciones de Argentina y Uruguay por las clasificatorias para un mundial (“Campeonatos organizados por las Confederaciones y Federaciones de Fútbol Internacionales afiliadas a la Federación Internacional de Fútbol Asociado”). Podría, también, ofrecer apuestas en juegos de tenis o básquetbol que son deportes olímpicos

(“[...] competencias o eventos deportivos nacionales o internacionales, individuales o por equipos, referidos a uno o más deportes olímpicos oficialmente reconocidos por el Comité Olímpico Internacional y/o las competiciones automovilísticas”).

Pero no podría, por ejemplo, ofrecerlas en deportes no olímpicos, como lo es el *football* americano, *football* australiano, en algunas disciplinas de los “X-Games” no olímpicas o en variantes no reconocidas de deportes olímpicos (Rugby XV a side o *rugby union*, por ejemplo).

De esta forma, Polla Chilena de Beneficencia no tiene el monopolio de toda la apuesta deportiva como expresó la Corte Suprema. En el mejor de los casos, la podría tener sobre los deportes autorizados para ofrecerlas. Pero aun en esta situación, el monopolio debe establecerse por ley y no por reglamento, y ni la ley ni el reglamento la han establecido. La regulación de aquellas que puede ofrecer al público solo es una permisión legal para realizar estas actividades, pero en ningún caso establece una actividad monopólica sobre la misma.

De esta manera, dada la permisión general del *Código Civil* de la apuesta en juegos de destreza física y la ausencia de un monopolio estatal respecto de esta, solo cabe concluir que las apuestas deportivas generadas en páginas web o aplicaciones de celular son lícitas. Por lo mismo, nos parece que la sentencia de la Corte Suprema es errada, pues la apuesta deportiva es lícita y no existe un monopolio legal de este mercado entregada a Polla Chilena de Beneficencia. Así, el presupuesto que asume la Corte Suprema para acoger la acción constitucional de protección no es válido.

Bibliografía

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio “Concepto de juego de destreza y de azar. Tribunal Constitucional, rol 2758-2015, 10 de septiembre de 2015”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25, 2015.

GALLEGOS ZÚÑIGA, Jamie, *Derecho bancario y financiero de Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

NFL, "Gambling Policy for NFL Personnel 2022". Disponible en <https://nflpaweb.blob.core.windows.net/website/Gambling-Policy-from-2022-League-Policies-for-Players.pdf> [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario. Disponible en <https://dle.rae.es/deporte?m=form> [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021, tomo XIII.

Siglas y abreviaturas

ANFP	Asociación Nacional de Fútbol Profesional
art.	artículo
arts.	artículos
DFL	decreto con fuerza de ley
DL	decreto ley
https	HyperText Transfer Protocol Secure
internet	International Network of Computers
LGC	Ley General de Comunicaciones
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
n.º a veces Nº	número
NBA	National Basketball Association
NFL	National Football League
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
www	World Wide Web

NACIONALIDAD, DERECHO INTERNACIONAL Y CARGAS PÚBLICAS: UN CASO DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1833

*Rodrigo Céspedes**

Introducción

Este trabajo comenta una sentencia sobre nacionalidad y servicio militar durante la vigencia de la Constitución de 1833. El fallo prueba la importancia del derecho internacional en el derecho público de la época y su relación con el derecho doméstico, que debía interpretarse de acuerdo con aquel.

Las relaciones entre el derecho interno y el internacional, particularmente en materia de derechos fundamentales ha tenido ocupada a parte importante de la doctrina. Hay muchos trabajos sobre esta interacción durante la vigencia de la Constitución actual después de la reforma de 1989 al art. 5.2. También ha sido un aspecto relevante en el pasado proceso constituyente finalizado. Es de probable utilidad recordar la amplia apertura que nuestra Constitución de 1833 dio al derecho de gentes. El asunto no era teórico como lo demuestra esta sentencia relativa a la nacionalidad y al servicio militar. En una época donde los instrumentos internacionales eran escasos, la práctica de las naciones generaba costumbre internacional y principios generales del derecho. Una de las fuentes que revela esta realidad son las decisiones judiciales de los diferentes Estados. Sin duda encontrar este tipo de fuentes es una tarea tediosa, pero a veces recompensada con hallazgos de verdaderas joyas como el fallo que se comenta: el caso García¹. Se expondrán los hechos, los sintéticos fundamentos, la decisión, un pequeño comentario y el escueto texto de la sentencia.

I. Hechos

Héctor García nació en Chile y sus padres eran españoles. Fue inscrito en la Embajada de España como nacional español, y su registro fue comunicado al gobierno chileno. Según el art. 6.1 de la Constitución de 1833, fue consi-

* Research associated, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department of Law and Anthropology. Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com

¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 18 de julio de 1907, pp. 28-29.

derado chileno por haber nacido en este. Cada chileno estaba obligado a servir en las Fuerzas Armadas como una carga pública. En consecuencia, se le exigió que se registrara en el cuartel general competente del Ejército. Debido a que no se registró, el Tribunal Penal de Santiago lo castigó con treinta días de prisión. Recurrió ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

II. Fallo

La cuestión fundamental por decidir era si Héctor García debía ser considerado chileno en atención a que nació en territorio chileno o si debía considerarse español, como hijo de padres españoles, en adición a lo anterior, siendo registrado como tal en la Embajada de España. La Carta Fundamental chilena de 1833 establecía categóricamente en su art. 6.1: “*son* chilenos los nacidos en el territorio de Chile”. Existía un conflicto normativo entre esta última disposición y el art. 1.1 de la Constitución española de 1869, que reconocía como españoles, entre otros, “los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España”. Para salvar esta contradicción, la disposición de la Carta Magna chilena de 1833 tiene que ser interpretada considerando el derecho internacional. Los autores de derecho internacional de la época reconocían el principio general del derecho de que un menor de edad seguía la nacionalidad de su padre. Héctor García fue inscrito en la Embajada de España siguiendo este principio del derecho de gentes. En consecuencia, el art. 6.1, de la Constitución chilena de 1833 no debía considerarse como un mandato absoluto, sino limitado, en el sentido de que esa norma solo ofrecía la nacionalidad chilena a quienes, reuniendo las condiciones establecidas en ella, la aceptaran de modo voluntario cuando se les ofreciera, al mismo tiempo, la nacionalidad de otro país por la legislación vigente en él. Habiendo establecido la condición de ciudadano español de Héctor García, se revocó la sentencia de primera instancia, el castigo fue dejado sin efecto y, por lo tanto, no tenía el deber de inscribirse en los registros del Ejército de Chile para cumplir con su servicio militar.

III. Comentario

Las cargas públicas son formas de contribución forzosa de los particulares para el cumplimiento de los fines y supervivencia de la comunidad política: el sacrificio de cada uno por el bien de todos. Estas implican un detrimento

del patrimonio, del tiempo o la libertad individual. Pueden implicar tributos, servicio militar, deberes electorales, la posibilidad de ser jurado (en los países que existen) o el deber de comparecer como testigo en juicio. Las cargas públicas se imponen por ley y deben tener carácter general para ser soportadas sin compensación. Al mismo tiempo, no deben afectar la esencia de un derecho fundamental, ya sea la propiedad o la libertad de “industria”, como decía la Carta Magna de 1833. En el caso comentado, el deber de cumplir con esta carga dependía de la nacionalidad del individuo apelante, asunto crucial a dilucidar debido al conflicto de normas de diferentes Estados y la contradicción entre la norma constitucional vigente en ese momento y los principios del derecho internacional de la época.

La nacionalidad es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado. La nacionalidad supone que la persona tiene ciertos derechos, como a residir en el territorio del Estado y la asistencia diplomática-consular cuando el nacional se encuentra en el extranjero. Por otro lado, un nacional tiene deberes específicos para con el Estado, como el servicio militar, que era obligatorio en ese momento en Chile. Ese deber es la esencia del caso comentado. Para determinar si Héctor García tenía o no la obligación de registrarse en el Ejército, era necesario verificar su nacionalidad. Según el art. 1.1, de la Constitución española de 1869, el *ius sanguinis* era la fuente primaria de la nacionalidad: el hijo de un nacional de un Estado era nacional de ese país. En otras palabras, se trata de nacionalidad por una relación de sangre. Por otro lado, según la Constitución chilena de 1833, la fuente primaria de nacionalidad era *ius solis*: el territorio en el que una persona nació atribuía la nacionalidad, con independencia de las relaciones de sangre. En consecuencia, la nacionalidad de los padres no importaba, sino solo el lugar de nacimiento. Esta regla fue la más favorecida por los países que recibían inmigrantes, como Chile. Por lo tanto, había dos normas constitucionales en conflicto, y el acusado tenía conexiones con dos Estados: la sangre de sus padres y lugar de nacimiento.

En ese momento, los estudiosos consideraban que el derecho internacional prevalecía sobre el derecho interno². En consecuencia, la interpretación coherente es obligatoria para determinar qué norma prevalece: la Constitución española o la chilena. La Corte de Apelaciones sostuvo que la Constitución chilena de 1833 debía interpretarse a la luz del derecho internacional. El principio general de derecho de gentes de la época era que un menor adquiría la nacionalidad de sus padres. Según la Corte, fue reconocido por los trabajos académicos de juristas prominentes que publicaron libros de derecho internacional en ese momento. Sin embargo, no

² Jorge HUNEUS, *La Constitución ante el Congreso*, p. 51.

mencionó ningún autor. Entre ellos, por ejemplo, se podría citar a Pascuale Fiore, Ramón de Dalmau o Bernardo Jacinto de Cologan³.

Según el Tribunal de Apelación, era un principio general del derecho internacional que un menor no emancipado tenía que seguir la nacionalidad de sus padres, siguiendo el aforismo de derecho romano *accessorium sequitur principale*, principio reconocido por varios ordenamientos jurídicos. La Corte destacó que los extranjeros nacidos en suelo chileno no obtenían de forma automática la nacionalidad chilena pese a su lenguaje imperativo y categórico. La Constitución chilena de 1833 solo la ofrecía, y se adquiría cuando era aceptada voluntariamente a través de un acto formal inequívoco. La nacionalidad, en este caso, tenía una especie de naturaleza contractual (una forma de *ius optandi*). El ordenamiento jurídico interno no podía imponerla sin alguna acción que reflejara la intención de obtenerla. El demandado tendría, entonces, derecho a adquirir por expresa voluntad la nacionalidad chilena, excluyéndolo de una determinación *ex lege*. Hoy, la nacionalidad en esencia no se regula por el derecho internacional, sino que el derecho interno de los Estados la determina en un carácter bastante imperativo. El derecho internacional solo limita esa discreción nacional estableciendo, por ejemplo, el principio de que todo individuo debe tener una nacionalidad⁴.

IV. Texto de la sentencia

Corte de Santiago. 18 de Julio de 1907

Ante uno de los Juzgados del Crimen de Santiago se inició un proceso contra don Héctor García R. por no haberse inscrito en los registros militares para hacer su servicio en el Ejército.

Tramitado el proceso el juzgado, con fecha 24 de marzo de 1906, resolvió:

VISTOS:

Héctor García R., de 19 años, está confeso de no haberse inscrito en los registros militares para hacer su servicio en el Ejército, por ignorancia. de la ley.

³ Pascuale FIORE, *Derecho internacional privado, o, Principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones de derecho civil y comercial*, p. 268; Ramón DE DALMAU, *Manual de derecho internacional público y privado*, p. 105 y Bernardo Jacinto DE CÓLOGAN, *Estudios sobre nacionalidad, naturalización y ciudadanía: consideradas como asunto interior de las legislaciones, y sobre todo en sus relaciones con el derecho internacional*, p. 94.

⁴ Oliver DÖRR, "Nationality".

En virtud de lo relacionado y con arreglo a lo dispuesto en la Ley 2, Título 13, Partida 3, el decreto supremo de 22 de febrero de 1876, y artículos 36, 37 y 39 de la Ley de 5 de septiembre de 1900 condenó al mencionado Héctor García a treinta días de prisión, debiendo además quedar inhabilitado para cargos y oficios públicos mientras no haga su servicio, y obligado a prestar éste durante un año en el Ejército. La pena impuesta la cumplirá el sentenciado en el cuartel a que fuere destinado, y su duración se principiará a contar desde que ingrese al cuartel o a la cárcel.

Queda notificado. Trascríbase esta sentencia al señor Comandante General de Armas de la Provincia. F. Donoso G.
Apelada esta resolución, La Corte falló:

VISTOS:

Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo presente:

- (1°) Que de autos aparecen estos hechos:
 - (a) Que expedida la sentencia, corriente en compulsa, por la cual se condena a don Héctor García a treinta días de prisión y demás penas consiguientes con motivo de no haberse inscrito en los registros militares, solicitó su reconsideración, apelando en subsidio;
 - (b) Que, como base de tal solicitud acompaña el documento en que el señor Ministro de España certifica “que en el registro de súbditos españoles que existe en esa Legación hay una partida en que se registra el nacimiento del dicho García”, inscripción que sirve para acreditar su nacionalidad según allí también se expresa; y
 - (c) Que en el certificado acompañado a segunda instancia, el propio señor Ministro añade que “en el folio 1 á 8 consta la transcripción del nacimiento de dicho señor García, hecho á virtud de la presentación de su padre y de cuya transcripción consta haberse dirigido copia al Ministerio de Relaciones Exteriores de España”;
- (2°) Que, por tanto, la cuestión se limita, en último resultado, a saber, cuál es la nacionalidad que corresponde al apelante; o, en otros términos, si debe estimársele chileno por haber nacido en Chile, o español, como hijo de padres españoles, menor de edad e inscrito debidamente en la respectiva Legación;
- (3°) Que si bien el Estatuto Fundamental establece en el artículo 6° número 1°, que “son chilenos los nacidos en el territorio de Chile”, tal disposición, por su naturaleza, de interpretarse en conformidad a las reglas del derecho internacional, ya que pueden sobrevenir dificultades entre ella y lo establecido al respecto en otras Constituciones, como sucede al presente en que la de Es-

- paña reconoce por españoles, entre otros, a “los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España”;
- (4º) Que es un principio uniformemente admitido por los tratadistas de esa ciencia que el hijo no emancipado sigue la nacionalidad del padre, y en el caso de que se trata se confirma este principio con la inscripción de García hecha por pedido de sus padres, en el registro de la Legación de España;
- (5º) Que de lo expuesto se deduce que el precepto constitucional del artículo 6º no debe estimarse absoluto, sino limitado en el sentido de que ofrece la nacionalidad chilena a aquellos que reuniendo las condiciones allí prevenidas quisieran buenamente aceptarla cuando les es ofrecida, a la vez, la de otro país por la legislación en él vigente; y
- (6º) Que, establecida la nacionalidad de García como súbdito español, no le son aplicables en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 1º de la ley número 1.467 de 10 de septiembre de 1901, ni las penas establecidas por la misma en resguardo de su debido cumplimiento.

En mérito de estas consideraciones, disposiciones legales en referencia y lo dispuesto en el artículo 1º del Código Penal, se revoca la resolución apelada corriente en compulsa y se declara que el reo don Héctor García queda absuelto de la acusación. Redactada por el señor ministro Montero. José T. Marín. M. Montero. A. Bezanilla Silva.

Bibliografía

- CÓLOGAN, Bernardo Jacinto de, *Estudios sobre nacionalidad, naturalización y ciudadanía: consideradas como asunto interior de las legislaciones, y sobre todo en sus relaciones con el derecho internacional*, Madrid, Imprenta, Estereotipia y Galvanoplastia de Aribau, 1878.
- DALMAU, Ramón de, *Manual de derecho internacional público y privado*, Madrid, F. Fe, 1886.
- DÖRR, Oliver, “Nationality”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponible en <https://opil.ouplaw.com/home/mpil> [fecha de consulta: 16 de agosto de 2013].
- FIORE Pascuale, *Derecho internacional privado, o, Principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones de derecho civil y comercial*, Madrid, F. Góngora y Cía, 1878.
- HUNEEUS, Jorje, *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta de los Tiempos, 1879, tomo 1.

JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 18 de julio de 1907, Héctor García con Comandante General de Santiago, en *Revista Derecho y Jurisprudencia*, vol. 5, 1908.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
Cía.	compañía
p.	página
pp.	páginas
vol.	volumen

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N. 24 | 2024

MAURICIO TAPIA, *PRINCIPIO PRO CONSUMIDOR Y EXTENSIÓN DE SU PROTECCIÓN*, SANTIAGO, RUBICÓN, 2023, 811 pp., ISBN: 978-956-9947-50-6

*Juan Ignacio Contardo González**

La Ley n.º 21398, a propósito de una nueva regla de interpretación legal a favor del consumidor, cristalizó la existencia del principio “pro consumidor” en el nuevo art. 2 ter de la LPDC en los términos siguientes:

“Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, *de acuerdo con el principio pro consumidor*, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil” (el destacado es nuestro).

La norma parece sugerir que el denominado principio “pro consumidor” –recién fue cristalizado en el año 2021 en la LPDC– es preexistente a la dictación de la Ley n.º 21398. En otras palabras, parece ser que de acuerdo con el nuevo art. 2 ter de la LPDC, el mentado principio ya existía (o siempre existió) en la LPDC. Alguna doctrina así lo entendía¹, sin embargo, no había avanzado en trabajos que permitieran darle un contenido sustantivo más allá de la necesidad de incluir de una regla de interpretación teleológica en el marco de la LPDC (como es obvio, a favor del consumidor)².

Pues bien, la obra que comentamos intenta llenar este vacío existente en la doctrina nacional. El libro del profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, Mauricio Tapia, trabaja sobre la existencia del principio,

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes (Chile). Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo (Chile). Correo electrónico: jcontardo@udd.cl

¹Erika ISLER SOTO, *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, p. 130 y ss.; María Elisa MORALES ORTIZ, “La configuración del principio de protección al consumidor”, pp. 3-20.

²Ruperto PINOCHET OLAVE, “Delimitación material del derecho de consumo. Noción de consumidor y usuario”, pp. 343-367.

su labor en materia de interpretación legal y contractual y áreas precisas en las que tendría impacto. En las líneas posteriores expondremos los aspectos, a nuestro interés, más interesantes de esta obra.

La primera parte: “Descripción del derecho positivo chileno: principio pro consumidor y extensión de su protección”, describe el estado de la legislación chilena antes de la cristalización del principio pro consumidor en el art. 2 ter de la LPDC. En breves páginas ofrece una panorámica acerca de la dictación de la LPDC y sus reformas más importantes. Nos da la impresión que Mauricio Tapia, además de ilustrar al lector acerca de la historia de la LPDC actual (que ha sufrido múltiples cambios), plantea que el estado de la legislación antes del art. 2 ter es una suerte de “desde” en materia de protección a los derechos de los consumidores. De otra manera, la cristalización del principio pro consumidor importaría necesariamente una ampliación del ámbito de protección de la ley, en las materias que se encuentran reguladas en la propia LPDC, como también en materias relacionadas con ellas³.

Un poco más adelante, en la segunda parte: “Principio pro consumidor y su rol en la extensión de la protección de consumidores”, el autor propone que el principio pro consumidor cumple algunas funciones: interpretar la normativa de consumo a favor del consumidor, determinar la extensión del ámbito subjetivo y objetivo de la ley, dirimir conflictos normativos o colisión de leyes, resolver concursos de acciones o derechos a través de opciones al consumidor, integrar vacíos legales y orientar la futuras reformas de la ley.

Así, la primera tarea a la que se enfrenta el autor es el análisis de la introducción de dos normas de interpretación por la Ley n.º 21398: una interpretación legal, en el mencionado artículo dos ter y una de interpretación contractual introducida por la misma ley en el nuevo art. 16 C.

En lo que se refiere a la norma de interpretación legal, estima que se trata en rigor de una regla de interpretación, equivalente de alguna forma a la regla de interpretación del art. 19[2] del CC, que permite recurrir a la intención o espíritu del legislador para interpretar la ley. Aunque no lo explica de esta manera, entendemos que cree que para interpretar la normativa de consumo *siempre* puede recurrirse a la intención del legislador (que sería favorecer al consumidor), *y no solo cuando la expresión de la ley sea obscura*, que es la hipótesis del art. 19[2] del CC. Esta regla de interpretación podría ocuparse, además, en la normativa especial que reconozca derechos para los consumidores.

Es probable que una de las cuestiones más complejas de la introducción de esta regla sea determinar qué función cumplen las reglas de inter-

³ Así al menos lo afirma en p. 84.

pretación del CC. El art. 2 ter establece que estas reglas son “complementarias”, por lo que cabe cuestionarse si este “complemento” es necesario o prescindible. La primera doctrina que ha escrito sobre la regla de interpretación pro consumidor cree que en esta regla hay un riesgo, en el sentido de que el intérprete podría estimar que las reglas del CC no son obligatorias, y así podría fundar su interpretación de manera arbitraria⁴. Mauricio Tapia intenta desdramatizar esta situación sosteniendo que las reglas de interpretación del CC:

“Son normas de sentido común, a tal punto que cuesta imaginar prescindir de ellas y lograr, a pesar de esto, desentrañar el sentido de una norma legal” (p. 72).

Remata señalando:

“puede concluirse que en nuestro sistema legislado, para determinar el sentido de una norma, deben siempre aplicarse las reglas generales de interpretación que son las únicas disponibles (partiendo por el sentido claro de su texto), para luego optar, por el sentido más favorable al consumidor si tiene más de uno, para efectuar una interpretación extensiva o restrictiva, según el caso, etcétera” (pp. 72-72).

Nos gustaría que esta termine por imponerse, pero no es menos cierto que el art. 2 ter no ofrece una metodología más precisa de aplicación de las normas de interpretación del CC para la interpretación de las normas de consumo. Incluso más, en áreas distintas al derecho civil como lo son las de derecho público u otras de difícil calificación, como el derecho del trabajo, se han hecho esfuerzos para no aplicar las reglas del CC so pretexto de ser leyes de naturaleza distinta. La jurisprudencia, por cierto, terminará zanjando el problema en los años venideros.

En lo que se refiere a la regla de interpretación contractual del nuevo art. 16 C de la LPDC, el autor, en general, valora su introducción con un par de prevenciones: hubiere preferido una interpretación contractual *siempre* favorable al consumidor y no solo en caso de cláusulas ambiguas y contradictorias y que esta regla de alguna u otra manera ya encontraba reconocimiento en el ordenamiento vigente.

Las dos primeras partes de la obra sientan, de alguna manera, el ropaje dogmático con que examina algunos aspectos de la ley que pueden analizarse a través del principio pro consumidor, a saber: la noción de consumidor (tercera parte), la noción de proveedor (cuarta parte), los contratos

⁴ Patricio LAZO GONZÁLEZ, “Las reglas de interpretación del Código civil ante el artículo 2 ter de la ley 19.496”; Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “Extensión de la regla de interpretación de la ley a favor del consumidor”, p. 459.

expresamente incluidos en la ley del consumidor y sus exclusiones particulares (quinta parte), la exclusión de algunas actividades sujetas a leyes especiales y contra excepciones (sexta parte). Nos enfocaremos en algunos aspectos que nos parecen más llamativos del libro, pues, dado su volumen, una mera descripción de todos los temas tratados sería demasiado extensa.

A propósito de la noción de consumidor, Mauricio Tapia intenta construir una noción unitaria de esta. Es sabido que, al menos en la LPDC, hay dos clases de consumidores: el “regular”, definido en el art. 1 letra a) de la LPDC, y el financiero, que no es definido, pero cuyo concepto puede obtenerse a través de la descripción de los contratos financieros establecidos en el art. 17 B de la LPDC. Sin embargo, y creemos que en esto lleva la razón, pueden ser considerados consumidores los que son reconocidos como tales por leyes especiales, después de la introducción del nuevo inciso final al art. 3 de la LPDC, lo que de alguna manera obliga a repensar la definición legal de consumidor. Para el autor, lo primero pasa por entender si la noción de consumidor “promedio” es el estándar propio del consumidor reconocido por la LPDC o, bien, si es necesario acudir a una figura que ha cobrado cierto interés por la doctrina reciente denominado consumidor “vulnerable”, lo que tiene impacto para el análisis de los derechos y cargas del consumidor, y de las obligaciones del proveedor. La obra se decanta por esta última opción, incluso, propugnando reglas especiales para los denominados consumidores de “vulnerabilidad agravada” o consumidores “hipervulnerables”, los que intenta justificar su inclusión a partir de la misma normativa en la LPDC, esfuerzo más que interesante.

En el mismo capítulo resulta destacable el análisis de la exigencia de la celebración de un acto jurídico oneroso para acceder a la calidad de consumidor. Esta exigencia, por cierto, a veces contrasta con el rango de destinatario final que también se exige para ser considerado consumidor. A nuestro entender, Mauricio Tapia, con especial talento, modera ambas exigencias en ciertos casos, aun cuando no estamos de acuerdo en todas sus conclusiones.

Tal como adelantamos, la “cuarta parte” está destinada al análisis de la calidad de proveedor.

Quisiéramos destacar, en forma breve, el tratamiento de los profesionales como proveedores, en especial los que actúan a través de sociedades profesionales (a los que denomina “profesionales dependientes”). Sobre esto último, el autor, acudiendo al principio pro consumidor, estima que deben ser considerados como proveedores a pesar de la exclusión de las actividades de los profesionales liberales. Nosotros estamos de acuerdo, pero por razones distintas: basta con aplicar la definición general del art. 1 n.º 2 de la LPDC, en la medida que no se encuentren excluidas en el art. 2. Así, por ejemplo, un profesor que realiza de manera habitual clases de prepa-

ración para la prueba de selección universitaria bajo una forma societaria, no es proveedor, pero sí la sociedad que emite las boletas respectivas (estos servicios de educación no están excluidos por el art. 2 letra d).

También, en relación con la calidad del proveedor, el autor analiza la calidad de “proveedor mediato” y del “proveedor intermediario”. El primero interviene en la cadena de consumo, pero no contrata con el consumidor, por ejemplo, el fabricante o el importador, que tiene hipótesis específicas de responsabilidad en la ley *ex* art. 21, 46 y 47. Sin embargo, la obra propone que el proveedor mediato debe entenderse incluido en el concepto de proveedor en términos amplios, a pesar de tener legitimación pasiva solo para casos específicos. Así, por ejemplo, sostiene que es correcta la legitimación pasiva de una línea aérea en sede de consumidores, aunque el pasaje haya sido adquirido a través de una agencia de viajes. No estamos de acuerdo con esta interpretación, pero será otra la oportunidad para dar nuestras razones. También es interesante el tratamiento que le da al proveedor intermediario. Sobre el particular, se decanta por la tesis de las profesoras María G. Brantt y Claudia Mejías⁵ (con algunas variaciones), en el sentido de que el consumidor puede dirigirse tanto contra el intermediario como contra el prestador efectivo del servicio, lo que sería conforme al principio pro consumidor. Tampoco estamos de acuerdo con esta interpretación, pues creemos que no es conforme con el art. 43 de la LPDC, pero tampoco esta es la oportunidad adecuada para discrepar con el autor.

En lo que se refiere a las exclusiones (“quinta parte”), queremos destacar el tratamiento pormenorizado de cada una de ellas. En nuestro caso, nos pareció especialmente interesante el tratamiento de los contratos de salud sobre materias distintas de las excluidas con claridad en el art. 2 letra f) de la LPDC, en especial en materia de Isapres.

La “sexta parte” está destinada a uno de los temas más espinudos del ámbito de aplicación de la LPDC: la exclusión de las materias regidas por leyes especiales. Compartimos con Mauricio Tapia que la regla de exclusión del art. 2 bis es confusa e imperfecta y, por tanto, invita a aplicarla en unión con la nueva regla de interpretación del nuevo art. 2 ter. Resulta admirable el esfuerzo sistemático del autor para dar una interpretación más coherente a la norma, a pesar de que aboga por su derogación. También queremos notar el tratamiento pormenorizado de los casos de AFP y de servicios eléctricos a la luz de la LPDC.

Las dos últimas partes están dedicadas a una revisión de los proyectos de ley sobre el principio pro consumidor y a un repaso de algunas legisla-

⁵ María Graciela BRANTT ZUMARÁN y Claudia MEJÍAS ALONSO, “El proveedor intermediario de servicios y su responsabilidad. Un estudio del artículo 43 de la Ley 19.496”, pp. 29-50.

ciones extranjeras en materia de protección al consumidor. Sin duda, estas partes serán de mayor utilidad a los estudiosos de la protección del consumidor.

Cruza toda la obra una metodología bien didáctica y útil para el lector: introduce el tema a tratar, repasa su historia legislativa, ofrece una panorámica de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre ella, analiza la institución a la luz del principio pro consumidor y finalmente ofrece una breve síntesis, lo que se agradece dado el volumen de la obra 811 pp.). Se trata, en consecuencia, de un estudio completo que comprende prácticamente toda la doctrina y jurisprudencia.

En suma, constituye un aporte contundente a la doctrina chilena de protección al consumidor, que, sin duda, será de interés tanto para litigantes, jueces y estudiosos del derecho de la protección al consumidor.

Bibliografía

- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y Claudia MEJÍAS ALONSO, “El proveedor intermediario de servicios y su responsabilidad. Un estudio del artículo 43 de la Ley 19.496”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, año 34, n.º 2, 2021.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “Extensión de la regla de interpretación de la ley a favor del consumidor”, en Francisca BARRIENTOS CAMUS y Camilo Santelices Vergara (dirs.), *Estudios de Derecho del Consumidor V*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- ISLER SOTO, Erika, *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- LAZO GONZÁLEZ, Patricio, “Las reglas de interpretación del Código civil ante el artículo 2 ter de la ley 19.496”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil XVII*, Santiago, Thomson Reuters, 2024, en prensa.
- MORALES ORTIZ, María Elisa, “La configuración del principio de protección al consumidor” en Juan Ignacio CONTARDO, Felipe FERNÁNDEZ y Claudio FUENTES (coords.), *Litigación en materia de consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto, “Delimitación material del derecho de Consumo. Notión de consumidor y usuario”, en María Fernanda VÁSQUEZ PALMA (ed.), *Primeras Jornadas de Derecho Comercial*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

Siglas y abreviaturas

- AA.VV. autores varios
AFP Administradoras de Fondos de Pensiones

art.	artículo
CC	<i>Código Civil</i>
coords.	coordinadores
dirs.	directores
ed.	editora
Isapres	Instituciones de Salud Previsional
LPDC	Ley n.º 19496 sobre protección de los derechos de los consumidores
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 24 | 2024

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea, buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho tributario, derecho económico, derecho ambiental, derecho eléctrico, derecho de aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se considerarán originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los estudios o artículos científicos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de entre tres y cinco palabras clave, en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece y correo electrónico. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta. La extensión, incluyendo citas, tablas y gráficos, debe oscilar entre las siete mil y diez mil palabras como máximo.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican solo tres

elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); rol, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)*, (edición, si no es la primera, Lugar de publicación, editorial, año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (COORD.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), “Título del artículo”

(en redondas y entre comillas), seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista* (en cursivas), año, vol. y n.º (cuando corresponda), año. Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del AUTOR (EN VERSALES), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente APELLIDO (EN VERSALES) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título* (en cursiva si es *libro* y entre “comillas” si es artículo), año de publicación. Disponible en: dirección electrónica completa [fecha de consulta: ...].

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal (año de dictación): rol, fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío autores

Para el envío adecuado de los trabajos, deberá registrarse como autor en nuestra página web. Para ello, siga el siguiente enlace: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/about/submissions>

Una vez realizada la suscripción, el sistema le indicará los pasos a seguir para subir su contribución intelectual. Ante cualquier duda respecto del proceso, favor de escribir a los siguientes correos electrónicos: rdpi@udd.cl o jalvear@udd.cl

7. Proceso de selección de los trabajos

1. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe

favorable de pares evaluadores externos. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

2. Antes de que el comité editorial remita el trabajo a los evaluadores externos, su autor deberá enviar una carta de declaración de originalidad de su contenido.
3. En el mismo proceso de selección del trabajo, el autor deberá enviar una carta que acredite que cumple las normas nacionales e internacionales que prohíben el plagio.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2024
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

