

José Ignacio Hernández G.

CONTROL DE CAMBIO Y DE PRECIO EN VENEZUELA

Auge y Colapso Institucional (2003-2020)

Del modelo socialista a la dolarización de facto



EDITORIAL
JURÍDICA
VENEZOLANA

Caracas, 2021

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS N° 146

**CONTROL DE CAMBIO Y
DE PRECIO EN VENEZUELA.
AUGE Y COLAPSO INSTITUCIONAL
(2003-2020)**

Del modelo socialista a la dolarización de facto

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

**CONTROL DE CAMBIO Y
DE PRECIO EN VENEZUELA.
AUGE Y COLAPSO INSTITUCIONAL
(2003-2020)**

Del modelo socialista a la dolarización de facto

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS

N° 146

Editorial Jurídica Venezolana International

Caracas, 2021

© JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

ISBN 978-1-68564-730-8

Editorial Jurídica Venezolana

Sabana Grande, Av. Francisco Solano, Edif. Torre Oasis, Local 4, P.B.

Apartado Postal 17.598, Caracas 1015-A, Venezuela

Teléfonos: 762.2553/762.3842 - Fax: 763.5239

E-mail fejv@cantv.net

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company

para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: ejvinternational@gmail.com

Diagramación, composición y montaje

por: Mirna Pinto de Naranjo, en letra Book Antigua 11,

Interlineado 12, mancha 11.5 x 18

CONTENIDO

NOTA PRELIMINAR	13
-----------------------	----

A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS CONTROLES CENTRALIZADOS SOBRE LA ECONOMÍA Y EL COLAPSO DE VENEZUELA ..	17
---	-----------

I. INICIO, EVOLUCIÓN Y COLAPSO DEL CONTROL DE CAMBIO	52
1. <i>Los orígenes del control de cambio y su relación con el control de precio</i>	<i>54</i>
2. <i>La flexibilización del control de cambio a través de las operaciones de permuta</i>	<i>57</i>
3. <i>La eliminación de las operaciones permuta y el incremento de la centralización</i>	<i>58</i>
4. <i>Las sucesivas reformas erráticas del régimen cambiario .</i>	<i>60</i>
A. <i>La creación del SITME</i>	<i>61</i>
B. <i>La creación del SICAD</i>	<i>61</i>
C. <i>La supresión de CADIVI, el régimen de cambio dual y la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos ..</i>	<i>62</i>
D. <i>La creación del SICAD II</i>	<i>65</i>
E. <i>La creación del SIMADI</i>	<i>66</i>
F. <i>La creación del DIPRO y del DICOM</i>	<i>67</i>
G. <i>La centralización de las remesas</i>	<i>68</i>
5. <i>La “derogatoria” de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos por la asamblea nacional constituyente, la “unificación” cambiaria y la dolarización de facto</i>	<i>69</i>

6.	<i>Balance del control de cambio y su impacto en la cleptocracia en Venezuela</i>	77
II.	AUGE, EVOLUCIÓN Y COLAPSO DEL CONTROL DE PRECIOS	84
1.	<i>Los orígenes del control de precio y su relación con el control de cambio</i>	85
2.	<i>La “defensa popular” del control de precio</i>	89
3.	<i>La garantía de acceso a los bienes y servicios y la obligación de producir bienes sometidos a control de precio</i>	96
4.	<i>La centralización del control de precio, el “precio justo” y la “guerra económica”</i>	100
5.	<i>El control de precio desde la asamblea nacional constituyente: los precios acordados y la emergencia humanitaria compleja</i>	109
6.	<i>Balance del control de precios, la expropiación regulatoria y la hegemonía de la empresa pública</i>	115
III.	EL COLAPSO DE LOS CONTROLES CENTRALIZADOS Y EL ESTADO FRÁGIL EN VENEZUELA ..	120
1.	<i>Breve aproximación a la teoría general del Estado fallido y de las emergencias humanitarias complejas</i>	122
2.	<i>Auge y colapso de la capacidad estatal en Venezuela (2006-2020)</i>	132
	A. <i>Breve introducción a la evolución del Estado venezolano a la sombra del Petro-Estado (1939-1999)</i>	133
	B. <i>El fortalecimiento de la capacidad estatal en Venezuela como resultado del modelo socialista de desarrollo (1999-2012)</i>	137
	C. <i>El colapso de la capacidad estatal como resultado del modelo socialista de desarrollo (2013-)</i>	142
	D. <i>El colapso de la capacidad estatal y el colapso de la sociedad civil</i>	154

3.	<i>El Estado frágil, la economía de mercado y las tres categorías de instituciones económicas informales</i>	155
	A. <i>Estado frágil, “bienes públicos” e instituciones informales</i>	156
	B. <i>Los tres arreglos institucionales que han surgido a la sombra del colapso estatal</i>	158
	C. <i>¿Cómo sustituir las instituciones informales por instituciones formales?</i>	166
	D. <i>Fragilidad estatal y actividades ilícitas globales</i>	169
4.	<i>Recapitulación</i>	171
IV.	LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS MECANISMOS DE MERCADO, LA LIBERTAD DE PRECIOS Y LA LIBERTAD CAMBIARIA: LA ENCRUCIJADA DE VENEZUELA	173
1.	<i>Marco jurídico para rescatar los mecanismos de mercado, la libertad cambiaria y la libertad de precios</i>	179
	A. <i>Breve introducción al sistema de economía de mercado y los mecanismos de mercado en la Constitución de 1999. Su ilegítima mutación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ...</i>	181
	B. <i>La reconstrucción de los mecanismos de mercado y la libertad cambiaria. La necesidad depuración conceptual: libertad cambiaria, libre convertibilidad, régimen cambiario, política cambiaria y la divisa como medio de pago</i>	187
	C. <i>La reconstrucción de los mecanismos de mercado y la libertad de precios</i>	200
	D. <i>La reconstrucción del Derecho Económico en Venezuela y el colapso del Estado. El limitado alcance de las reformas legales para promover la libertad cambiaria y de precio</i>	211
	E. <i>Una nota sobre el rol de los acuerdos público-privados</i>	216

F.	<i>La política de sanciones internacionales y su impacto en la recuperación económica</i>	219
G.	<i>Recapitulación</i>	227
2.	<i>La opción de la “ley constitucional anti-bloqueo”. Un breve análisis comparado con el caso de China</i>	229
3.	<i>La encrucijada de Venezuela: crecimiento estable e inclusivo para todos, o crecimiento precario para pocos</i>	240
	BIBLIOGRAFÍA	249

Desde 1999, cuando dediqué mi tesis doctoral al estudio del Derecho Público Económico, he tenido la fortuna de estar rodeado de economistas, en especial, desde mi incorporación al Growth Lab dirigido por el profesor Ricardo Hausmann. De ello ha resultado que, de mis mejores amigos abogados, muchos son economistas. A ellos dedico este pequeño trabajo.

NOTA PRELIMINAR

Este trabajo resume parte de las investigaciones que, especialmente desde el 2017 en el Growth Lab dirigido por el profesor Ricardo Hausmann, he venido realizando en torno a las causas que permiten explicar el colapso económico en Venezuela, desde la perspectiva del Derecho Público Económico.

Inicialmente las investigaciones se enfocaron al estudio de las restricciones a la libertad de empresa derivadas de los controles centralizados establecidos en 2003, a los fines de definir las reformas legales orientadas a suprimir esos controles y sustituirlos por una regulación consistente con la economía de mercado, esto es, la reforma legal orientada a rescatar los mecanismos de mercado, esto es, el marco jurídico que garantiza y protege los derechos económicos es denominado y que facilita, con ello, el libre intercambio.

Posteriormente, estas investigaciones llevaron a trabajar en las reformas legales necesarias para la implementación del programa económico que luego sería aprobado por la Asamblea Nacional como el *Plan País*. A tales efectos, preparé un proyecto de Ley llamado incluir todas las reformas legales necesarias para desmontar los controles centralizados y además, introducir el resto de las reformas legales necesarias para implementar las políticas públicas resumidas en el *Plan País*, incluyendo propuestas de reforma a la Ley Orgánica de Hidrocarburos. El resultado fue el proyecto de "*Ley Omnibus*", del cual se trabajaron diversas versiones como producto de un intenso intercambio de ideas con economistas, así como con gremios y asociaciones. Asimismo, pude consultar los trabajos realizados por diversos economistas con propuestas de reformas, que permitieron tener una mejor idea de los cambios legales que hacían falta implementar.

Estas investigaciones continuaron en el Growth Lab, con los aportes de Ricardo Hausmann, Miguel Ángel Santos, Ricardo Villasmil, Frank Muci, José Ramón Morales-Arilla y Douglas Barrios. Fue allí donde comencé a estudiar el impacto que el progresivo colapso de la capacidad estatal podría tener en la implementación de los controles centralizados, lo que me llevó al estudio del Estado fallido en Venezuela, junto con el proceso de dolarización *de facto* y “apertura” apreciado desde fines de 2018, en el contexto de la emergencia humanitaria venezolana.

Una de las consecuencias del colapso de la capacidad estatal es el colapso de los controles centralizados, en especial, de cambio y de precio. A resultas de ese colapso, desde el punto de vista jurídico, el problema a resolver no es ya cómo desmontar los controles centralizados, sino cómo introducir instituciones de mercado en el marco del colapso estatal. De allí el título de este libro: auge y colapso de los controles centralizados.

El colapso estatal y los espacios de “tolerancia económica” que éste ha creado, han llevado a algunas conclusiones un tanto optimistas sobre la liberalización de la economía venezolana y giro en el rumbo del modelo del socialismo del siglo XXI hacia un “modelo capitalista”. Este libro expone las razones por las cuales tales conclusiones no lucen adecuadas, pues lo cierto es que en Venezuela no se ha introducido ninguna reforma basada en el marco jurídico que garantice los derechos económicos y facilite, con ello, el libre intercambio de bienes y servicios. Lo que existen son espacios de “tolerancia económica”, en los cuales el régimen ha optado por tolerar emprendimientos privados, eventualmente, flexibilizando algunas restricciones. Pero no existen instituciones que garanticen el libre ejercicio de los derechos económicos, esto es, los mecanismos de mercado. Tampoco existen condiciones que permitan promover un crecimiento económico estable, sostenido e inclusivo, como condición necesaria para detener la emergencia humanitaria compleja.

En todo caso, el auge y colapso de los controles de precio y de cambio no puede entenderse solo desde una perspectiva jurídica, en tanto es necesario comprender las razones económicas que subyacen tras ese colapso. De allí la gran utilidad que ha tenido para mí el intercambio de estos años con diversos economistas. Ello me recuerda la observación que hace más de un siglo efectuara el jurista de Estados Unidos, O.W. Holmes: el mundo de hoy pertenece al hombre de la Ley, pero el mundo de mañana pertenece al hombre de la economía¹.

Este trabajo resume una parte de las investigaciones que desde el Growth Lab, dirigido por el profesor Ricardo Hausmann, he venido adelantado en torno a las causas institucionales y posibles soluciones al colapso económico venezolano. Con esta publicación inicio una serie de trabajos llamados a divulgar el contenido de esas investigaciones, esperando poder contribuir al debate, diseño e implementación de las reformas que deben ser introducidas al Derecho Económico en Venezuela, en el marco del colapso del Estado y la emergencia humanitaria compleja.

Brookline, octubre de 2021

¹ Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Harvard Law Review* N° 10, 1897, pp. 457 y ss.: "para el estudio racional de la Ley, el jurista puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el maestro de la economía".

A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS CONTROLES CENTRALIZADOS SOBRE LA ECONOMÍA Y EL COLAPSO DE VENEZUELA

*

Venezuela atraviesa un colapso económico solo comparable con países que han sufrido guerras y otras crisis similares. Este colapso puede medirse en distintas magnitudes, entre las cuales sobresale la caída del producto interno bruto (PIB):

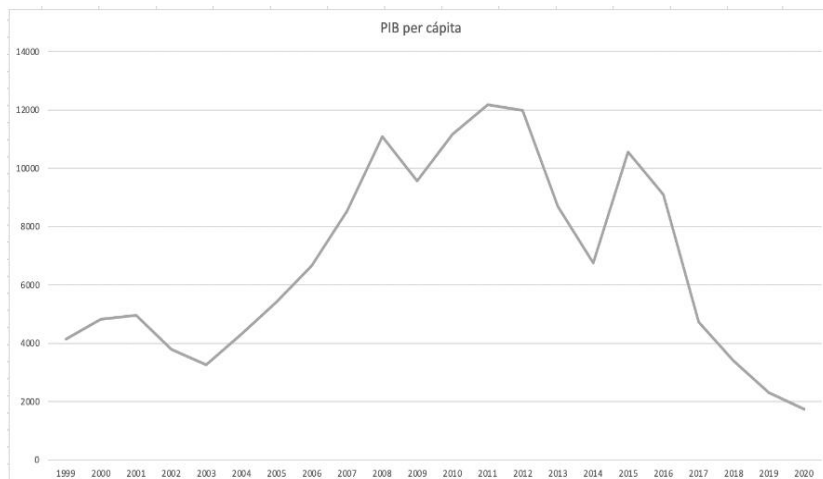


Gráfico N° 1
PIB per cápita en Venezuela, 1999-2020,
en dólares de Estados Unidos (precios corrientes)
Fuente: Fondo Monetario Internacional

De nuevo empleando cifras del Fondo Monetario Internacional, el PIB de Venezuela, en dólares (precios corrientes) estimado en 2020 implicaría una caída de cerca del 51% del PIB para 1999, cuando Hugo Chávez fue electo presidente, y una pérdida de cerca del 81% respecto del PIB de 2013, cuando Nicolás Maduro fue electo presidente. Como ha señalado Ricardo Hausmann, esta caída es muy superior a la Gran Depresión en Estados Unidos y a la Guerra Civil en España¹.

Este colapso no fue causado por desastres naturales ni guerras civiles. En realidad, este colapso fue ocasionado por las políticas autoritario-populistas impuestas, en especial, desde 2003, y luego continuadas por Nicolás Maduro desde 2013. Siguiendo las investigaciones del *Growth Lab* de la *Harvard Kennedy School*², las políticas autoritarias impuestas desde el 2003 derivaron en tres restricciones vinculantes al crecimiento económico en Venezuela.

- Así, hasta 2017, el crecimiento económico encontraba como restricción principal las medidas regulatorias autoritarias dictadas principalmente a través del Poder Ejecutivo, que destruyeron el marco jurídico que garantiza y protege los derechos económicos, esto es, la libertad económica, la propiedad privada, la libre competencia, la libertad de contratos y el derecho de acceso y selección a bienes y servicios.

Los mecanismos de mercado fueron destruidos por medio de medidas que impusieron controles centralizados que vaciaron de contenido a los derechos económicos, menoscabando la autonomía privada y, en general, el derecho de la

¹ Las cifras se toman de: <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/world-economic-outlook-databases>. El PIB de 1999 se calcula en 97.517 millones de dólares y el de 2013 en 258.993 millones. La estimación del PIB para 2020 es de 48.610 millones. Las cifras se emplean solo a efectos referenciales, para dar una idea de la magnitud de la caída. Véase en general a Hausmann, Ricardo, "El colapso de Venezuela no tiene precedentes", *Prodavinci*, 31 de julio de 2017, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/2017/07/31/actualidad/el-colapso-de-venezuela-no-tiene-precedentes-por-ricardo-hausmann/>

² Véase: <https://growthlab.cid.harvard.edu/applied-research/venezuela>

sociedad civil de organizarse para satisfacer sus propias necesidades, lo que creó condiciones propicias para ejercer mecanismos de control social mediante el reparto clientelar del ingreso petrolero derivado del *boom* petrolero. Dentro de los controles centralizados que destruyeron los mecanismos de mercado sobresalen los controles de cambio y de precio, que constituyen el tema principal de este trabajo.

- Además, e igualmente hasta el 2017, la segunda limitación al crecimiento derivaba del déficit de divisas, como resultado de (i) la destrucción de la producción petrolera, como consecuencia de medidas autoritarias que minaron la autonomía de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y expropiaron arbitrariamente derechos de la inversión privada, y (ii) el crecimiento irresponsable de la deuda pública externa, además, en el contexto de graves desórdenes macroeconómicos.

- A partir de 2017 comenzó a surgir otra restricción al crecimiento económico, que terminó siendo la restricción más vinculante: la destrucción de la capacidad estatal. De esa manera, las medidas autoritarias impuestas desde 2003 minaron gradualmente la capacidad del Estado para cumplir con sus cometidos públicos, en especial, a través de las Administraciones Públicas. El resultado de ello es que el Estado fue perdiendo control de diversas áreas, lo que permitió el surgimiento de arreglos informales para cumplir aquellas tareas que el Estado no podía atender. Tal es el caso de los mercados negros, e incluso, del crimen organizado. La muestra más palpable del colapso de la capacidad estatal es la emergencia humanitaria compleja en evolución desde el 2017, en el marco de la hiperinflación y la dolarización *de facto*. Esa emergencia, junto con las sistemáticas violaciones a derechos humanos, han ocasionado la primera crisis humanitaria de desplazados en la región -y la segunda a nivel mundial-.

De esa manera, hasta 2017 uno de los principales objetivos para promover la recuperación económica era reconstruir los mecanismos de mercado a través de reformas legislativas orientadas a derogar los controles centralizados y sustituirlos por una regulación cónsona con los mecanismos de mercado.

En especial, era necesario derogar los -inconstitucionales- controles de cambio y de precio, y sustituirlos por una regulación cónsona con la libertad cambiaria y la libertad de precio, en el marco de una reforma legislativa más amplia llamada a restablecer las garantías jurídicas de los derechos económicos, y remover obstáculos legislativos al crecimiento en determinados sectores, como en especial sucede con el sector de los hidrocarburos.

Empero, luego del 2017, el colapso de la capacidad estatal y la emergencia humanitaria compleja demostraron que esta reforma legislativa, en sí misma, tendría reducido impacto, pues el Estado no tiene capacidad para hacer cumplir el marco jurídico de los mecanismos de mercado. Ello fue más evidente luego de 2018, cuando los controles de centralizados de cambio y de precio comenzaron a colapsar como resultado del colapso estatal. Esto dio lugar a una anárquica “apertura económica” que en realidad, no es más que el resultado de “espacios de tolerancia económica”, en los cuales el Estado tolera el intercambio de bienes y servicios por medio de instituciones informales y paralelas a los controles centralizados³.

El impacto del colapso del Estado venezolano sobre el sector económico privado ha quedado muy bien reflejado en el estudio del Banco Interamericano de Desarrollo sobre las condiciones actuales de la empresa privada, tomando en

³ Como ha concluido recientemente Asdrúbal Oliveros, “...lo primero que hay que entender es la destrucción del Estado como proveedor de bienes y servicios públicos. Eso es un elemento muy importante que no hemos internalizado del todo. El papel del Estado todopoderoso, que era rico, que se metía en todo, hoy no existe. Desde el punto de vista financiero, es un Estado colapsado. Eso, por supuesto, cambia la dinámica de relaciones entre el Estado y el sector privado. Ese hecho explica, por ejemplo, que hoy el Estado le permita operar al sector privado con autonomía, con independencia. De lo contrario, la situación se haría más inviable de lo que ya es. Se hace, incluso, por supervivencia política”. Hugo Pietro “Asdrúbal Oliveros: “La economía negra reduce la tensión social”, Prodavinci, 27 de junio de 2021, tomado de: <https://prodavinci.com/asdrubal-oliveros-la-economia-negra-reduce-la-tension-social/>

cuenta los resultados de dos encuestas implementadas entre 2019 y 2020, a saber, *Enterprise Survey* y *World Management Survey*. De acuerdo con José Luis Saboín, los principales obstáculos percibidos por las empresas en Venezuela se relacionan con inestabilidad macroeconómica, inestabilidad política y fallas de suministro eléctrico, que son síntomas del colapso del Estado⁴.

Hay otras versiones alternativas. Como se explica en este libro, el régimen de Nicolás Maduro ha explicado la causa del colapso como parte de las conspiraciones del sector económico privado englobadas en la “guerra económica” y, más recientemente, en las medidas coercitivas -sanciones- adoptadas en especial por el Gobierno de Estados Unidos. Otra versión considera que este colapso fue ocasionado por el choque negativo derivado de la caída del ingreso petrolero, y la incapacidad de *todo* el sistema económico y político de responder a ese choque.

Este libro, por el contrario, sostiene que la causa del colapso son las políticas autoritario-populistas implementadas desde 2003, y que encontraron en los controles centralizados de cambio y de precio su mejor expresión. Esos controles crearon, así, un círculo vicioso: al destruir los mecanismos de mercado y contribuir a socavar la capacidad estatal, terminaron colapsando hacia 2018 como parte del colapso estatal.

* *

¿Cómo se produjo este colapso económico? Chávez puede ser estudiado a la luz del concepto en el que ha venido trabajando la profesora Pippa Norris: *autoritarismo populista*. El populismo puede ser definido como la retórica basada en la exaltación del pueblo frente a las -así consideradas- élites. Los riesgos frente al populismo surgen cuando esa retórica es empleada para justificar medidas autoritarias que pueden

⁴ Saboín, José Luis, *The Venezuelan Enterprise. Current situation, challenges and opportunities*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2021, p. 32.

llevar a un proceso de desmantelamiento del Estado de Derecho en “cámara lenta”, especialmente, a través de procesos electorales⁵.

Precisamente, la estrategia implementada por Chávez durante su campaña presidencial de 1998, e implementada a partir de febrero de 1999, fue apelar a la protección del pueblo para justificar la “demolición” del Estado Constitucional, lo que logró a través de la asamblea nacional constituyente electa en 1999, que asumió poderes absolutos. Con ello se alcanzó el objetivo trazado con las intenciones golpistas del año 1992: deponer a las instituciones democráticas de la Constitución de 1961 y concentrar todo el poder. Como en el mito de Saturno, la asamblea nacional constituyente devoró a su primogénita, pues lo cierto es que la Constitución de 1999 fue violada al día siguiente de su promulgación por la propia asamblea, quien concentró poderes en torno a la Presidencia de la República⁶.

Ahora bien, entre 1999 y 2002 el modelo económico promovido, más allá de sus defectos, fue favorable a los mecanismos de mercado. Así, se dictaron Decretos-Leyes y Leyes que liberalizaron el sector eléctrico, de telecomunicaciones y de gas natural no asociado, al tiempo que se redujo el alcance de la reserva sobre el sector de los hidrocarburos (que se concentró solo en actividades aguas arriba, abriendo el resto de las actividades a la inversión privada). De igual manera, se dictó una Ley de protección de la inversión que siguió los estándares más avanzados de protección de inversiones. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por su parte, interpretó las cláusulas económicas de la Constitución de 1999 en el mismo sentido que las cláusulas de la Constitución de 1961, concluyendo que la Constitución garantizaba la institución de la economía de mercado, bajo la modalidad de la eco-

⁵ Norris, Pippa e Inglehart, Ronald, *Cultural Backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 3 y ss.

⁶ Brewer-Carías, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Autónoma de México, México, 2001, pp. 32 y ss.

nomía social de mercado. Con lo cual, en realidad, el balance que podría hacerse del modelo económico venezolano para 2002 era favorable a los mecanismos de mercado⁷.

Un ejemplo práctico permitirá comprender mejor esta conclusión. Cuando se creó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la Constitución de 1999, estaba en curso la demanda de nulidad en contra de la *Ley del Régimen Cambiario* de 1995, bajo el argumento según el cual esa Ley permitía imponer restricciones administrativas (o sea, sub-legales) a la libertad de cambio, a pesar de que esa libertad - como luego se explica- solo puede ser restringida de acuerdo con la Ley. La demanda de nulidad fue resuelta por la Sala Constitucional luego de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, en sentencia 21 de noviembre de 2001. La Sala estimó la demanda, al considerarse que la Ley habilitaba genéricamente a la Administración para acordar restricciones a la libertad cambiaria cuya contravención daría lugar a la imposición de penas y sanciones. En pocas palabras, interpretando la Constitución de 1999, la Sala Constitucional concluyó que era inconstitucional restringir administrativamente la libertad cambiaria para imponer un control de cambios, tanto más si ello daba lugar a la imposición de penas y sanciones. Esta es, como puede observarse, una lectura favorable a la institución

⁷ En cuanto al análisis de las medidas de liberalización, nos remitimos a nuestro artículo Hernández G., José Ignacio, "Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 10, Caracas, 2000, pp. 61 y ss. Esto quiere decir que las cláusulas económicas de la Constitución de 1999, o "Constitución económica", no sufrieron ninguna modificación sustancial en relación con la Constitución de 1961. Esto contrasta con idea de la "refundación del Estado" bajo la cual la Constitución de 1999 fue dictada, y sugiere que al menos en 1999, Chávez no tenía la intención de introducir un cambio sustancial en el sistema de economía de mercado. Por ello, la interpretación judicial de las cláusulas económicas de la Constitución, en sus inicios, protegió las garantías jurídicas de la economía de mercado. Véase también lo que explicamos, con mayor detalle, en Hernández G. José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004.

de la economía de mercado, y que sin embargo sería abandonada por la misma Sala Constitucional en sentencia de 17 de agosto de 2004, en el caso *Henry Pereira Gorrín*, al avalar la constitucionalidad del control de cambios adoptado en enero de 2003.

A partir de 2001 el conflicto entre el Gobierno y el sector privado comenzó a aumentar. Tras tres años de gestión, y luego de algunos cambios en sus alianzas políticas iniciales, el Gobierno enfrentó un conjunto de protestas y cuestionamientos que escalaron a propósito de la Ley Habilitante que, en 2001, llevó a dictar de manera inconsulta decenas Decretos-Leyes. Este conflicto generó protestas masivas, que fueron reprimidas en los confusos eventos del 11 de abril de 2002, en los cuales Chávez fue brevemente depuesto de la Presidencia. Pocos meses después, las organizaciones empresariales y gremiales convocaron a un paro, al cual se unió la industria petrolera, generándose con ello un importante derrumbe de la producción petrolera. La intensidad de la conflictividad no pudo mantenerse más tiempo, y en enero de 2003 era evidente que tal conflictividad estaba decayendo. Fue precisamente en ese momento cuando el Gobierno decidió imponer el control de cambio centralizado y el control de precios, iniciando con ello una larga cadena de regulaciones que, a la postre, destruyeron los mecanismos de mercado⁸.

A la distancia, hay que advertir que los Decretos-Leyes dictados en 2001, en su apreciación general, no suponían una grave alteración del orden constitucional ni tampoco implicaban un cambio sustancial del modelo económico que para entonces se implementaba, y que había conducido a la liberalización de sectores económicos tradicionalmente sometidos a un intenso control estatal. Sin embargo, la arbitrariedad con la que los Decretos-Leyes fueron dictados aupó la polarización y las protestas.

⁸ Sobre estos conflictos, *Vid.* Corrales, Javier, y Penfold, Michael, *Dragon in the Tropics: The Legacy of Hugo Chávez*, Brookings Latin America Initiative Book, Washington, D.C., 2015, pp. 5 y ss.

En nuestra opinión, los conflictos y la polarización presentes en Venezuela, especialmente entre 2001 y 2002, demostraron al Gobierno la conveniencia de avanzar en su modelo autoritario, lo que le llevó a imponer controles centralizados sobre la economía en enero de 2003, los cuales resultaban contrarios a la Constitución. Con lo cual, la primera motivación que impulsó a cambiar el modelo económico mediante controles centralizados fue la necesidad de diezmar al sector empresarial privado -al tiempo que la concentración de poderes le permitía avanzar en la violación de la autonomía política de PDVSA-.

La imposición de controles centralizados a partir de 2003, junto con arbitrarias medidas de intervención económica, generaron la reacción del sector privado, que defendió sus derechos económicos por medio de acciones judiciales. Estas acciones eran conocidas no solo por el Tribunal Supremo de Justicia sino en especial, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues ese tribunal conoce de demandas en contra de órganos descentralizados o desconcentrados del Poder Ejecutivo Nacional, que eran los que solían imponer las medidas autoritarias. Así, por ejemplo, en 2003 funcionarios de la Guardia Nacional tomaron, por vías de hecho, instalaciones de una empresa privada de alimentos, lo que derivó en una medida cautelar de protección dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁹.

Esta experiencia impulsó al Gobierno a avanzar en el control político del Poder Judicial, y con ello, reducir los medios de defensa de los derechos económicos del sector privado. De esa manera, el 30 de octubre de 2003 los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo fueron ilegítimamente removidos, lo que llevó al cierre *de facto* de ese tribunal, en un hecho que fue posteriormente censurado por

⁹ Véase: "Se agrava el conflicto entre Chávez y la oposición: embestida oficial contra el sector privado. Los militares toman empresas en Venezuela", *La Nación*, 18 de enero de 2003, en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/los-militares-toman-empresas-en-venezuela-nid467098/>

la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰. Posteriormente, el 20 de mayo de 2004 la Asamblea Nacional, bajo control del Gobierno, aprobó la inconstitucional Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que entre otros aspectos aumentó el número de magistrados de la Sala Constitucional, facilitando así su control político¹¹.

El control político de la Sala Constitucional fue el paso decisivo para avanzar en el modelo autoritario, pues esa Sala es el último tribunal que puede decidir sobre la constitucionalidad de las Leyes y otros actos de similar rango, todo lo cual llevó a esa Sala a convertirse, *de facto*, en el máximo tribunal, incluso, por encima del propio Tribunal Supremo de Justicia¹². Con la Sala Constitucional a su favor, y en especial, luego de su reelección en 2006, Chávez pudo adelantar su estrategia de desmantelamiento progresivo del Estado de Derecho, minando la autonomía del Poder Judicial, del Poder Ciudadano, del Banco Central de Venezuela (BCV) y de PDVSA¹³.

Asimismo, el Gobierno avanzó en la imposición de controles centralizados sobre la producción, importación, exportación, distribución y comercialización, con indeterminadas potestades de supervisión, incluso, de la Fuerza Armada, lo que propendió a la “militarización” del sector económico. Además, la infracción de cualquiera de esos controles fue severamente sancionada con penas privativas de libertad, en una clara política de criminalización del sector económico

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹¹ En general, *Vid.* Chavero, Rafael, *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011, pp. 103 y ss. y Louza, Laura, *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 28 y ss.

¹² Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 52 y ss.

¹³ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 20 y ss.

privado, muy similar al llamado “Derecho Penal del enemigo”, pues formalmente -en las Leyes, Decretos y demás actos dictados- el sector privado fue señalado como responsables de ilícitos económicos.

Finalmente, se adelantó una política de nacionalizaciones, expropiaciones y otras arbitrarias medidas de efecto equivalente, incluso, en el sector petrolero. En su mayoría, esta política se tradujo en medidas con efecto expropiatorio, por ejemplo, medidas “temporales” de ocupación de establecimientos de empresas, que en la práctica implicaron la *expropiación de hecho* de la actividad ejercida, que era típicamente asumida por empresas del Estado, cuyo número aumentó considerablemente.

Como resultado de todo lo anterior, las políticas autoritario-populistas destruyeron los mecanismos de mercado y con ellos, la capacidad de la sociedad civil para satisfacer sus propias necesidades. En adición, se emplearon las políticas sociales para crear vínculos clientelares de dependencia, por medio de estructuras paralelas al Estado que fomentaron la corrupción, como las misiones y luego, los consejos comunales y estructuras del así llamado Poder Popular¹⁴.

Estas políticas fueron denominadas, a partir de 2005, como “transición al socialismo” o “socialismo del siglo XXI”. La denominación, en realidad, no incidió en el modelo que había comenzado a implementarse desde 2003, consistente en la abolición de las garantías jurídicas de los derechos económicos previstos en la Constitución. Así, y aun cuando nunca se hicieron esfuerzos por precisar el contenido de ese modelo -más allá de genéricas referencias en el *Plan de Desarrollo Económico y Social*- el elemento esencial de tal modelo era la hegemonía del Poder Nacional como actor económico, tanto en su rol de oferente de bienes y servicios como de regulador de

¹⁴ Desde el punto de vista del Estado de Derecho, *Vid.* Brewer-Carías, Allan, *Dismantling Democracy in Venezuela*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, pp. 35 y ss. En general, *Vid.* Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, *cit.*

la economía. A tales efectos, incluso se avanzó en la creación de figuras jurídicas paralelas a los derechos económicos previstos en la Constitución, como sucedió con la “propiedad social”¹⁵.

La destrucción de los mecanismos de mercado fue silenciada por el *boom petrolero*, como explica Miguel Ángel Santos en el marco de las investigaciones del *Growth Lab*. Así, los ingresos petroleros administrados por el Gobierno podrían haber superado los setecientos (700) millardos de dólares, descontado los subsidios al sector energético, lo que le permitió promover un auge artificial de consumo, financiado con las importaciones y luego, con el sobreendeudamiento del Gobierno Nacional y de PDVSA. Además, esos ingresos fueron administrados por mecanismos paralelos, como la empresa del Estado “Fondo para el Desarrollo Nacional” (FONDEN), propiciando con ello la corrupción¹⁶.

Pero lo cierto es que, tras esa ilusión de bienestar, subyacían los signos claros de la destrucción causada por las políticas autoritario-populistas. La capacidad del sector privado económico estaba muy mermada, como resultado de la destrucción de los mecanismos de mercado, todo lo cual elevó la dependencia a las importaciones (favorecidas, por lo demás, por la distorsión cambiaria). Por su parte, la capacidad de producción petrolera -fuente casi única de las divisas de ex-

¹⁵ En el *Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013*, tal cambio quedó resumido en la genérica expresión “modelo productivo socialista”. A partir de 2013 tal Plan pasó a denominarse “Plan de la Patria” o “Plan Socialista”. Más allá de la narrativa, la esencia de ese Plan era la abolición de los mecanismos de mercado y el reconocimiento del rol hegemónico del Estado en la economía, en especial, por medio de controles centralizados. Para ello, incluso, se propuso crear una nueva modalidad de derecho de propiedad, denominada “propiedad social”, que en realidad era la propiedad del Estado con derechos limitados de uso del sector privado. *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socioeconómico*, FUNEDA, Caracas, 2008.

¹⁶ Santos, Miguel Ángel, “Venezuela: Running on Empty”, *LASA-FORUM*, *Volume XLVIII: Issue 1*, 2017.

portación- estaba colapsando, al tiempo que el servicio de la pesada deuda pública contraída limitaba -más todavía- la disponibilidad de divisas para financiar las importaciones¹⁷.

Esa bonanza comenzó a decaer hacia el 2013, precisamente cuando Maduro es electo presidente en un disputado proceso electoral. Así, los efectos de la caída de los precios del petróleo fueron agravados por el desplome de la producción petrolera, como resultado de las medidas autoritarias impuestas desde 2003. Ello afectó el ingreso en divisas, justo cuando era necesario pagar la onerosa deuda pública contraída, en especial, desde 2003. Maduro prefirió obviar la renegociación de esa deuda y mantener su servicio, lo que le llevó a imponer un recorte de las importaciones que, con el tiempo, resultó masivo, en especial, en el sector de alimentos y medicinas, tal y como resume Miguel Ángel Santos¹⁸.

A la caída de la oferta de productos importados se le acompañó la caída de oferta de productos nacionales, como resultado de la destrucción de los mecanismos de mercado. De allí surgió la incipiente crisis marcada por el desabasteci-

¹⁷ Sobre la destrucción de la producción petrolera, *Vid.:* Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, Center for International Development Working Paper N° 327, noviembre de 2016 y Monaldi, Francisco, *The collapse of the Venezuelan oil Industry and its global consequences*, The Atlantic, 2018. En cuanto a su dimensión jurídica, véase a Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018. El análisis jurídico de este colapso será tratado en una próxima monografía.

¹⁸ Como advirtió Miguel Ángel Santos en 2015. Véase "Importaciones se reducen a 32.000 millones de dólares", *Dinero*, 24 de noviembre de 2015, tomado de: <http://www.dinero.com.ve/din/actualidad/importaciones-se-reducen-32000-millones-de-d-lares>. El cuadro se toma de "Venezuela: anatomía de un colapso y una hoja de ruta para para la reconstrucción", 2019, tomada de: <https://www.slideshare.net/miguelangelsantos/venezuela-anatoma-de-un-colapso-y-una-hoja-de-ruta-para-la-reconstruccin?ref=http://miguelangelsantos.net/>. Como concluye Santos, "las importaciones colapsaron entre 2013 y 2018", pues cayeron 81.3% (87.6% para las importaciones no-petroleras), y 83.7% per cápita (89.2% en el caso de las no-petroleras)

miento y la escasez. Como el sobreendeudamiento y el colapso de los ingresos petroleros cerraban las puertas a los mercados financieros, el Gobierno optó por acelerar el financiamiento monetario a través del BCV, cuya autonomía había sido mermada, todo lo cual se tradujo en la creciente inflación.

Para 2015 Venezuela atravesaba una crisis económica marcada por la contracción económica, el desabastecimiento, la escasez y la inflación. El descontento generado por esta crisis pudo haber sido un factor importante para el triunfo de la oposición en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015. De haber habido Estado de Derecho, ese triunfo hubiese promovido una transición ordenada a la democracia. Pero lo cierto es que el Estado de Derecho estaba muy debilitado, lo que permitió al Gobierno desconocer ese resultado electoral, en especial, a través de decenas de sentencias del Tribunal Supremo, y luego, por medio de la asamblea nacional constituyente, creada como una instancia paralela a la legítima Asamblea Nacional¹⁹. Esto permitió mantener el autoritarismo económico, agravándose cada vez más la crisis socioeconómica.

Hacia 2017, el declive político aceleró los efectos de la crisis: la inflación mutó en hiperinflación, y el desabastecimiento y escasez afectaron a amplios sectores de la población, al punto de poner en riesgo su derecho a la vida, a la salud y a la dignidad humana. Este es el origen de la emergencia humanitaria compleja que generó una crisis masiva de refugiados y migrantes, además, en el marco de un proceso de dolarización *de facto*. Como ha sido resumido desde el Banco Interamericano de Desarrollo²⁰:

¹⁹ Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2016. Véase allí nuestro estudio “El asedio a la Asamblea Nacional”, pp. 51 y ss.

²⁰ Abuelafia, Emmanuel y Saboin, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, p. 1.

“El colapso en que se encuentra la economía venezolana no tiene precedentes. Desde su pico en diciembre de 2013 y hasta el primer trimestre de 2020, el tamaño de la economía se ha reducido un 86%¹ (...) esta es la mayor crisis registrada en la región latinoamericana (...) y una de las mayores del mundo en países fuera de zonas de conflicto armado (Saboin, 2020a). Esta caída se debe tanto a un desplome de la producción petrolera como a una profundización del deterioro de la actividad no petrolera en el país. El producto interno bruto (PIB) no petrolero se encuentra ya un 17% por debajo de sus niveles de 1998 y el petrolero, un 53% por debajo de lo observado 20 años atrás”

José Manuel Puente y Jesús Adrián Rodríguez resumen la dimensión social de este colapso, en contraste con el *boom* petrolero, de la siguiente manera²¹:

“El lado social del colapso económico es aún más devastador. Todos los indicadores sociales muestran un panorama desolador de la actual coyuntura. No solo la pobreza aumentó de manera exponencial. Esta se duplicó durante el período de la revolución bolivariana, además un 30 % de los niños registran desnutrición crónica; solo un 60 % de la población escolarizada consigue asistir a clases y se redujo a la mitad la cobertura universitaria. Igualmente, de la población más pobre, más de la mitad no completa la educación universitaria y el país ha vivido una pérdida de 3,7 años en la esperanza de vida en los últimos cinco años (ENCOVI, 2020). Ante este panorama, surge una afirmación y una interrogante: un colapso económico y social de estas magnitudes ocurrió en el país con las reservas petroleras más grandes del mundo y a solo tres años de haber recibido el choque petrolero más extraordinario en magnitud y duración de su historia”.

²¹ Puente, José Manuel y Rodríguez, Jesús Adrián, “Venezuela: radiografía de un colapso macroeconómico (1980-2019)”, en Gratius, Sussane y Puente, José Manuel (coordinadores) *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, AB Ediciones-IESA-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2021, p. 123.

El efecto combinado del desmantelamiento del Estado de Derecho, la creación de instituciones paralelas en el marco del Poder Popular, la corrupción y la emergencia humanitaria compleja, fue la destrucción gradual de la capacidad del Estado venezolano, que hoy puede ser considerado como un Estado fallido (o frágil), que no cuenta con capacidad para cumplir sus cometidos esenciales, incluso, en lo que respecta al ejercicio del monopolio legítimo de la violencia en todo el territorio. Otro de los signos más claros de este colapso es el surgimiento de estructuras informales que atienden los cometidos que el frágil Estado venezolano no puede satisfacer. Esto va desde el mercado negro hasta el comercio ilegal del oro²². Como resultado de todo lo anterior, en Venezuela debe hablarse de cleptocracia, en el sentido que la corrupción no es tanto un vicio del sistema de gobierno, sino que es, en realidad, el propio sistema de gobierno.

La “apertura” y dolarización *de facto* que pueden apreciarse no son otra cosa que signos de este colapso, pues el Estado venezolano no puede ejercer las funciones básicas de política monetaria ni mucho menos puede implementar el pesado sistema de controles centralizados que, al menos en teoría, todavía está vigente.

Fue en este delicado cuadro que Venezuela se enfrentó a la pandemia del COVID-19, todavía en evolución. Por ello, Venezuela no cuenta con capacidad para implementar efectivamente ninguna de las medidas de contención que se han recomendado para la región, ni tampoco cuenta con espacio fiscal para desplegar políticas de fomento o de inversión pú-

²² Tal y como se refleja en la citada entrevista de Hugo Pietro “Asdrúbal Oliveros: “La economía negra reduce la tensión social”, si “*tienes un conjunto de actividades que operan al margen de la ley -la extorsión, el mercado negro, la explotación del oro, reventa de gasolina subsidiada, reventa de vacunas, cualquiera de estas actividades- al final eso genera un conjunto de rentas y tú tienes grupos que se están beneficiando. Es iluso pensar que sólo se beneficia la cúpula, también hay una porción de la población que se beneficia de esto que, con ese ingreso, con esa renta, vive, come e intercambia bienes. Entonces, tiene una dimensión social muy poderosa que inhibe el conflicto y, por eso, en alguna medida, el chavismo la permite*”.

blica en el sector salud. Se trata, así, de una creciente emergencia sanitaria en el medio de una emergencia humanitaria compleja²³.

* * *

Ahora bien, la destrucción de los mecanismos de mercado, como explicamos, fue resultado de dos políticas, a saber, la arbitraria política de expropiaciones y otras medidas similares, y la imposición de controles centralizados que violaron los derechos económicos reconocidos en la Constitución (libertad de empresa, propiedad privada, libertad de contratos, libre competencia y libertad de acceso y selección a bienes y servicios). Dos componentes claves de esos controles centralizados fueron los controles de cambio y de precios implementados, en contra de la Constitución, a inicios de 2003. Este libro, precisamente, analiza el auge y colapso de los controles de cambio y de precio.

Así, en enero de 2003 el Gobierno comenzó a imponer controles centralizados sobre la economía, esto es, restricciones al libre intercambio de bienes y servicios orientados a suprimir la autonomía empresarial privada, concentrando las principales decisiones en la Administración Pública²⁴.

Estos controles centralizados no hubieran podido imponerse de haber existido instituciones funcionales del Estado de Derecho. Pero desde su elección en diciembre de 1998, como explicamos, Chávez adoptó medidas autoritarias que, con el apoyo de la retórica populista, desmontaron gradual-

²³ Blackman, Allen, *et al.*, *La política pública frente al COVID-19*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, pp. 7-8.

²⁴ Sobre los fundamentos jurídicos de este modelo, nos remitimos a nuestro libro Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socioeconómico*, *cit.* Para una descripción de los orígenes y evolución del colapso económico, véase a Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, "¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?", en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2019, pp. 91 y ss.

mente las instituciones del Estado de Derecho y en especial, la autonomía del Poder Judicial²⁵.

Tales controles pivotaron en torno a dos técnicas, a saber, el *control de cambio* y el *control de precio*. Ninguna de esas técnicas es novedosa en Venezuela. Antes, por el contrario, desde 1939 el Gobierno ha intervenido en la economía para regular la libertad económica mediante el control de precio y el control de cambio²⁶. La principal diferencia es que las técnicas de intervención económicas adoptadas desde 1939 no tuvieron como propósito explícito la destrucción de los mecanismos de mercado, ni mucho menos el desmontaje de las instituciones del Estado de Derecho, aun cuando su implementación práctica afectó el funcionamiento de las instituciones de mercado. Pero los controles centralizados impuestos desde el 2003, explícitamente, tuvieron como propósito desmontar los mecanismos de mercado y las instituciones del Estado de Derecho, para imponer mecanismos de dominación política sobre el sector privado luego de los conflictos y polarización entre 2001 y 2002. Esto quiere decir que la principal motivación de estos controles no fue económica -como había sucedido en el pasado- sino política: el Gobierno avanzó en contra del sector privado económico imponiendo controles que reducían las posibilidades de reacción frente a sus políticas autoritarias, al tiempo que generaba incentivos de adhesión a esas políticas.

Así, el control de cambio adoptado en enero de 2003 constituyó uno de los principios rectores del modelo de planificación central vinculante a través del cual se implementó el modelo socialista. La centralización de las operaciones de compra y venta de divisas en el BCV no solo amplió la intervención del Estado sobre la economía, sino que además incrementó el poder de la Presidencia de la República, pues ésta logró adoptar controles centralizados sobre toda la economía,

²⁵ Brewer-Carías, Allan R., *Dismantling Democracy in Venezuela*, cit.

²⁶ Para un análisis histórico, Vid. Brewer-Carías, Allan R., *Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979*, Cámara de Comercio de Valencia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 29 y ss.

vista la dependencia de ésta a las importaciones de bienes y servicios, así como de materia prima, empaques e insumos²⁷.

Cabe apuntar que el régimen de control de cambio se implementó en violación a la Constitución. Primero, pues la Administración Pública carecía de competencia para restringir la libertad cambiaria, o sea, el derecho a la libre compra y venta de divisas, materia que solo podía ser abordada por medio de la Ley; además, pues el control de cambio se estableció a través de controles centralizados contrarios al sistema de economía social de mercado previsto en la Constitución, que en especial, desnaturalizaron el contenido esencial de la libertad de empresa y la propiedad privada. No obstante, en agosto 2004 la Sala Constitucional concluyó que la Ley del Banco Central de Venezuela permitía restringir la libertad cambiaria por medio de Convenios dictados entre el Ejecutivo y el BCV, cambiando con ello la opinión fijada en 2001²⁸. Ello fue posible pues poco antes, como explicamos, esa Sala había sido reorganizada para avanzar en su control político²⁹.

²⁷ Parte de las reflexiones aquí contenidas se toman de Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socio-económico*, cit Recientemente, desde un enfoque general, puede verse a Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, IESA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 160 y ss. Véase igualmente Sáez, Francisco et al., *Estabilización, Crecimiento y Política Cambiaria en Venezuela*, Caracas, 2018, tomado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3150688

²⁸ En general, Vid. Brewer-Carías, Allan R., *Régimen cambiario*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 13 y ss. Asimismo, Vid. Suárez, Jorge Luis, "La Constitución venezolana y el control de cambio", en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 489 y ss. Antes hemos analizado este aspecto en Hernández G., José Ignacio, "Control de cambio y libertad económica", en *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 487 y ss. En el capítulo IV ahondamos esta conclusión.

²⁹ Brewer-Carías, Allan R., *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, cit, pp. 52 y ss.

Este control de cambio restringió el libre acceso a las divisas. Sin embargo, la bonanza de los precios del petróleo fue un factor determinante para reducir los impactos económicos negativos de este control, pues la abundancia de los petrodólares permitió al Gobierno adjudicar divisas suficientes para impulsar el crecimiento de las importaciones. De esa manera, el *boom* de importaciones y de consumo registrado especialmente a partir de ese año fue consecuencia directa de la asignación arbitraria de divisas por el Gobierno a una tasa preferente³⁰. Este *boom*, en ausencia de controles efectivos por el desmantelamiento del Estado de Derecho, promovió la corrupción administrativa.

Un mes después, en febrero de 2003, se impuso el control de precios que también terminó siendo pieza fundamental del control centralizado sobre la economía. El control de precio se diseñó como una suerte de “complemento” del control de cambio centralizado adoptado en 2003. Así, mediante éste se centralizó todo el comercio de divisas en el BCV, especialmente, por lo que respecta a la oferta de divisas para las importaciones de productos terminados, insumos, materias primas y empaques. Como sea que el Estado “garantizaba” el acceso a divisas a la tasa unilateralmente fijada, se implementó el control de precio para asegurar que los operadores económicos “trasladasen” ese “beneficio” a los consumidores y usuarios finales.

En sus inicios no se trató de un control de precios centralizado. En efecto, en 2003 se reprodujo la técnica -común en el Derecho Administrativo Económico venezolano- de fijar el precio máximo de venta al público de ciertos bienes y servicios declarados esenciales. A medida que el modelo socialista avanzaba, sin embargo, el alcance y contenido del control de precios fue igualmente avanzando, restringiéndose más todavía la libertad económica.

³⁰ Miguel Ángel Santos “Venezuela: ¿Cómo llegamos aquí y qué podemos hacer?” (2017), tomado de: <http://miguelangelsantos.net/presentations/>

Así, de una técnica típicamente negativa (el control de precios limita la libertad de fijar precios, pero no impone mandatos u órdenes de hacer) se pasó a una técnica que también impuso deberes (en concreto, de comercializar los productos cuyo precio había sido regulado). Luego, el régimen degeneró a un modelo centralizado, en el cual se fijó el precio de todos los bienes y servicios por medio de reglas para definir “márgenes justos de ganancia”, todo ello, sin perjuicio de la potestad de la Administración económica de fijar unilateralmente el precio³¹.

Diversas condiciones económicas vigentes desde 2014 modificaron el alcance de ambos controles. Así, la destrucción de la producción petrolera como consecuencia de las políticas predatorias sobre el sector afectó severamente los ingresos fiscales petroleros -mucho más que la afectación derivada de la caída de los precios del petróleo-. Además, la masiva política de endeudamiento público limitó el acceso de Venezuela a los mercados financieros, al tiempo que elevaba la presión sobre las limitadas divisas disponibles a los fines de pagar esa pesada deuda pública. Por su parte, el inconstitucional desvío de los ingresos petroleros a fondos extra-presupuestarios, como el caso del FONDEN, junto al desmantelamiento del fondo de estabilización macroeconómica, también contribuyeron a la crisis de ingresos fiscales³². Frente a estos cambios, el régimen de Maduro optó por recortar dramáticamente las importaciones, a los fines de man-

³¹ Un completo análisis en Abadi, Anabella y García, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la “guerra económica”*, CEDICE, Caracas, 2016

³² Puente, José Manuel y Rodríguez, Jesús Adrián, “Venezuela: radiografía de un colapso macroeconómico (1980-2019)” *cit*, p. 128: “durante el período de la revolución bolivariana, uno de los “pecados capitales” de la política económica fue la inexistencia de un verdadero fondo de estabilización macroeconómico que utilizara el ahorro generado en los períodos de boom para estabilizar la economía ante los shocks asimétricos o exógenos, como la caída en los precios del petróleo. Este cíclico evento ocurrió con mucha fuerza a partir de 2014, quedando la economía venezolana totalmente expuesta y generándose la peor crisis económica contemporánea justo tres años después del boom más grande de precios petroleros vivido en su historia”.

tener el servicio de la deuda pública, todo lo cual agravó el colapso de la economía venezolana³³.

Para 2014 era evidente que ambos controles se habían agotado. Diversas propuestas se formularon en el seno del Gobierno del entonces Presidente Nicolás Maduro para flexibilizar el alcance de estos controles, e incluso llegó a promulgarse ese año la *Ley del Régimen Cambiarios y sus Ilícitos*, que sentó las bases para desmontar el control de cambio centralizado. Empero, la debilidad del Gobierno de Maduro (electo en un cuestionado proceso en abril de 2013) y las protestas civiles organizadas en ese año 2014, agravaron las discrepancias internas e impidieron que estas reformas avanzaran. Por el contrario, el Gobierno mantuvo, e incluso, agravó los controles centralizados de cambio y de precio.

Desde entonces se ha considerado como condición necesaria para promover la recuperación económica el desmontaje de los controles centralizados, en especial, de cambio y de precios³⁴. Por desmontaje se entiende la derogatoria de los controles centralizados de cambio y de precio que destruyeron los mecanismos de mercado, y su sustitución por el marco jurídico que promueva el libre intercambio de bienes y servicios³⁵. Claro está, el alcance de esta reforma institucional se condicionaba a una reforma de mayor aliento, marcada por

³³ Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, "Anatomía de un colapso", 2018, en: <http://miguelangelsantos.net/presentations/>

³⁴ Por ejemplo, *Vid.* Obuchi, Richard, *et al.*, "Microeconomic binding constraints on private investment and growth in Venezuela, Growth Lab-Center of International Development at Harvard, 2016, pp. 12 y ss. Véase también Curiel, Claudia, "Sector privado", en Nikken, Pedro (editor), *Elementos de una transición integral e incluyente en Venezuela: una visión desde lo local*, Institute for Integrated Transition, Caracas, 2020, pp. 430 y ss. Véase igualmente a Balza, Ronald *et al.*, "Economía", en *La consolidación de una transición democrática. El desafío venezolano III*, AB Ediciones-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2018, pp. 61 y ss.

³⁵ Balza, Ronald, "Antes y después de levantar el control de cambios", en Spiritto, Fernando, *La nueva economía venezolana. Propuestas ante el colapso del socialismo rentista*, Editorial Alfa, Caracas, 2017, pp. 281 y ss.

otras tres premisas, a saber, (i) la reforma macroeconómica, llamada a restablecer la unidad del tesoro y promover el equilibrio macroeconómico; (ii) la reforma institucional orientada a remover los obstáculos a la inversión privada en el sector de hidrocarburos para crear condiciones propicias para la recuperación de la industria y, con ello, de los ingresos en divisas derivadas de exportaciones petroleras, y (iii) la renegociación ordenada y consensuada de la deuda pública externa, para reducir el peso del pago de esa deuda³⁶.

Las reformas institucionales, o sea, reformas del marco jurídico aplicable, presuponen condiciones económicas favorables, en términos de captación y generación de ingresos en divisas³⁷. Para ello resultaba fundamental detener el colapso de la producción petrolera, en tanto de ésta deviene la práctica totalidad de divisas de exportación de Venezuela³⁸. A todo evento, desde el punto de vista jurídico, una condición necesaria -pero no suficiente- era desmontar los controles de cambio y de precio, sustituyéndolos por una regulación acorde con los mecanismos de mercado.

Hacia 2017, sin embargo, el avance de la crisis económica y del colapso del Estado venezolano cambió la realidad económica, al margen de la vigencia formal del control de cambio y de precio. Así, hacia fines de 2017 la inflación degeneró en hiperinflación, como resultado de las políticas que destruyeron la autonomía del BCV y con ello, las funciones económicas de la moneda de curso legal, el bolívar. El Gobierno de

³⁶ Estas reformas, en su conjunto, quedaron delimitadas en la propuesta aprobada por la Asamblea Nacional y conocida como *Plan País*. Véase: <https://www.planpaisvzla1.com>

³⁷ Sobre este punto, véase a García, Henkel, "La importancia de un sistema jurídico funcional", *La Gran Aldea*, 2 de junio de 2021, tomado de: <https://www.lagranaldea.com/2021/06/02/la-importancia-de-un-sistema-juridico-funcional/>

³⁸ Espinasa, Ramón y Sucre, Carlos, La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana, Agosto de 2017, consultado en original, y Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, *cit.*

entonces optó por introducir políticas que no resolvían el problema fondo. Así, en 2018 se implementó -inconstitucionalmente- una nueva reconversión monetaria, al mismo tiempo que se promovió el uso de una “moneda” paralela, el “petro”³⁹. Ninguna de esas reformas solucionaba los problemas de fondo e, inevitablemente, el bolívar perdió sus atributos económicos como dinero, más allá del marco jurídico aplicable. El resultado de ello fue un proceso de dolarización *de facto*⁴⁰.

En agosto de 2018, el entonces Gobierno implementó dos políticas con el propósito de “desmontar” el régimen cambiario, y alentar así el proceso de dolarización en ciernes. Así, el 2 de agosto la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente “derogó” la *Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*, con

³⁹ Vid.: Badell Madrid, Rafael, “Inconstitucionalidad del decreto de reconversión monetaria”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 157, Caracas, 2019, pp. 1.556 y ss. En resumen, esta reconversión eliminó tres ceros al bolívar (que era el “bolívar fuerte” luego del proceso de reconversión de 2008), y que ahora, pasó a denominarse “bolívar soberano”. Vid. Abadi, Anabella y García, Carlos, “De la reconversión monetaria de 2008 a la del 2018”, *Prodavinci*, 28 de marzo de 2018, tomado de: <https://prodavinci.com/de-la-reconversion-moneteria-de-2008-a-la-del-2018/> Asimismo, en 2018 se promovió la creación de una “criptomoneda”, denominada petro. Vid.: Carmona, Juan Cristóbal, *Mundo Jurídico de las Criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2019.

⁴⁰ Hernández G., José Ignacio, “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público* N° 153-154, Caracas, 2018, pp. 312 y ss. La dolarización es un proceso *de facto*, pues no es resultado de la reforma del marco jurídico de la moneda de curso legal, sino de la decisión de los operadores económicos -proveedores, consumidores y usuarios- de emplear la divisa -típicamente, el dólar de Estados Unidos de América- como moneda de pago para el intercambio de bienes y servicios. El alcance práctico de la dolarización *de facto* ha sido resumido de la siguiente manera: “más de 2/3 de los pagos se hacen con esa moneda. La liquidez en dólares que circula dentro de Venezuela es prácticamente cinco veces más que la liquidez en bolívares. Ése es un dato representativo. Adicionalmente, más de la mitad de la población maneja divisas, aunque eso no quiere decir que tenga los dólares sucintos para vivir” (Hugo Pietro “Asdrúbal Oliveros: “La economía negra reduce la tensión social”).

el propósito de desmontar el control de cambio⁴¹. Luego, el 17 de agosto adoptó la “convergencia cambiaria” (o “unificación cambiaria”)⁴², esto es, la supresión del régimen de cambios diferenciales y, lo que es más importante, la fijación de la tasa de cambio oficial en condiciones similares a la tasa de cambio derivada del -así llamado- “mercado paralelo”, o sea, la tasa producto de transacciones privadas fuera de los mecanismos centralizados. Todo ello quedó plasmado en el nuevo Convenio Cambiario N° 1, que analizamos en este libro⁴³.

Estas reformas solucionaron algunos problemas, en especial, derivados de la existencia de tipos de cambio diferenciados. Pero no lograron atender a la causa raíz de la crisis, esto es, el déficit de divisas y, en general, la destrucción de los mecanismos de mercado. Como se explicó, el desmontaje del control de cambio debía ser consecuencia de reformas institucionales de mayor envergadura, que requerían en todo caso una adecuada capacidad institucional y, además, condiciones de legitimidad democrática para acrecentar la confianza en las reformas. Pero ninguna de esas condiciones se cumplió, pues el “desmontaje” del control de cambio se adoptó de manera aislada, en el marco del régimen *de facto* imperante desde 2017 con la instalación de la asamblea nacional constituyente.

⁴¹ Como se explica en este estudio, esta derogatoria solo operó en los hechos, vista la naturaleza *de facto* de tal asamblea. Vid.: Oliveros y Laguna, “Derogación de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos: ¿Iluminación o reconocimiento?” en *Prodavinci*, 5 de agosto de 2018, en: <https://prodavinci.com/derogacion-de-la-ley-del-regimen-cambiario-y-sus-ilicitos-iluminacion-o-reconocimiento/>

⁴² Obuchi, Richard y Abadi, Anabella, “Todo lo que usted debe saber sobre la unificación cambiaria”, *Prodavinci*, 7 de julio de 2014, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/2014/07/07/economia-y-negocios/todo-lo-que-usted-debe-saber-sobre-la-unificacion-cambiaria-por-anabella-abadi-y-richard-obuchi/>

⁴³ El 17 de agosto de 2018 el BCV fijó la tasa de cambio a nivel similar a la tasa paralela, con lo cual, la tasa de cambio pasó de 2,49 bolívares soberanos a 60 bolívares soberanos. Vid.: “BCV oficializa devaluación de 95,8% y tasa de cambio pasa a 60 bolívares soberanos”, *Efecto Cocuyo*, 21 de agosto de 2018, tomado de: <https://efectococuyo.com/economia/bcv-oficializa-devaluacion-de-958-y-tasa-de-cambio-pasa-a-60-bolivares-soberanos/>

Por su parte, el control de precio no ha sido desmontado formalmente, pues se mantienen en vigor las regulaciones de control de precio, aun cuando con el tiempo, el número de productos sometidos a precio controlado fue disminuyendo. Incluso en abril de 2020, y más recientemente, en febrero de 2021, como se explica en este trabajo, el régimen autoritario de Venezuela anunció nuevos controles de precio. En la práctica, sin embargo, el marco jurídico formal del control de precio resultó inaplicable como consecuencia de la hiperinflación y la dolarización *de facto*, a resultas de lo cual los bienes cuyo precio está regulado, en la práctica, se transan al precio “libremente” fijado (incluso, en divisa).

Con lo cual, más que desmontaje de los controles o liberalización económica, lo que puede apreciarse es que *los controles centralizados de cambio y de precio colapsaron y devinieron en inaplicables en los hechos*, como resultado del colapso económico y estatal. Esto ha marcado una brecha entre el marco jurídico que formalmente está vigente y las reglas que aplican en la práctica. El marco jurídico vigente sigue basándose en el control de precios e incluso, en el control de cambio. En la práctica, sin embargo, ese marco jurídico no es implementado por el Estado.

Esta diferencia entre el ámbito *de iure* y el ámbito *de facto* de las instituciones económicas contradice el principio general del artículo 7 del Código Civil:

“Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean”.

Las instituciones informales⁴⁴ que rigen en el marco de la dolarización *de facto*, han llevado a inobservar las instituciones

⁴⁴ En este libro seguimos el concepto económico de instituciones, como las reglas coactivas de conducta humana que inciden en los costos de transacción. Esas instituciones pueden ser formales, cuando se expresan por medio de actos normativos dictados por el Estado (como la Constitución, Leyes y Decretos), o por medio de contratos. También pueden ser informales, cuando derivan en usos y costumbres sociales que, sin embargo, pueden ser implementadas con cierto grado de

formales del control de cambio y el control de precio, lo que viola el principio general enunciado en el citado artículo. Ello es consecuencia del colapso de la capacidad estatal, y del surgimiento de áreas en las cuales el Estado -típicamente por medio de sus Administraciones Públicas- no tiene capacidad para implementar las reglas jurídicas en vigor, incluyendo aquellas que sancionan el control de precio y de cambio. Ante esa situación, y en el marco de la emergencia humanitaria compleja, el régimen autoritario optó tolerar el intercambio de bienes y servicios por medio de instituciones informales.

Pero no se trata del libre intercambio conducido bajo instituciones diseñadas para garantizar los derechos económicos, que son los mecanismos de mercado que promueven la eficiencia económica. Más bien se trata del intercambio promovido por medio de instituciones informales, derivadas de arreglos formulados desde la sociedad civil para cumplir con tareas que el frágil Estado tuvo que abandonar⁴⁵.

Hasta ahora, el régimen autoritario ha tolerado este intercambio informal, aun cuando esporádicamente, como vimos, rescata la aplicación del control de precio. En octubre de 2020 la asamblea nacional constituyente aprobó la llamada “Ley constitucional anti-bloqueo”, que, con el supuesto propósito de reaccionar frente a las sanciones impuestas por la comunidad internacional, concentra los poderes en la Presi-

coacción. En Venezuela, el colapso estatal ha marcado la inaplicación de instituciones formales (ámbito *de iure*), lo que ha permitido el surgimiento de prácticas sociales por medio de instituciones informales (ámbito *de facto*).

⁴⁵ El colapso estatal impidió a las Administraciones Públicas implementar las instituciones formales o reglas jurídicas que implementan los controles centralizados. Esto generó un vacío que fue suplido por arreglos informales procurados directamente por la sociedad civil. Estos arreglos son “tratos sociales”, surgidos a la sombra de las instituciones formales. *Vid.* Pritchett, Lant, *et al.*, *Deals and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 24 y ss. Sobre el colapso del Estado venezolano y sus implicaciones para la transición económica, *Vid.* Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

dencia de la República, permitiendo al régimen autoritario adoptar cualquier medida económica al margen del control parlamentario, incluso, para la cesión de bienes del Estado y reorganización de empresas públicas. Esta decisión, que es un acto político *de facto*, reconoció que la Asamblea Nacional ilegítimamente electa en diciembre de 2020, y que se instaló el 5 de enero de 2021, no podrá ejercer ninguna de las funciones de control que derivan del artículo 187 constitucional, como tampoco pudo hacerlo la legítima Asamblea Nacional electa en 2015⁴⁶. Al amparo de esta decisión *de facto*, el régimen autoritario ha anunciado su intención de “formalizar” la dolarización *de facto*⁴⁷.

En realidad, la dolarización de facto es síntoma del colapso estatal, con lo cual su “formalización” no atendería la causa de ese colapso. Además, debe recordarse que cualquier

⁴⁶ La *Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos*, conocida como “Ley constitucional antibloqueo”, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.583 de 12 de octubre de 2020. Véase, de Juan Manuel Raffalli, “El insólito proyecto de Ley Antibloqueo”, *Prodavinci*, 7 de octubre de 2020, tomado de: <https://prodavinci.com/el-insolito-proyecto-de-ley-antibloqueo/>. Véase nuestra opinión en *Las Gran Aldea*, 15 de octubre de 2020: “La “Ley Constitucional Antibloqueo” y el avance de la economía criminal en Venezuela”, en: <https://lagranaldea.com/2020/10/15/la-ley-constitucional-antibloqueo-y-el-avance-de-la-economia-criminal-en-venezuela/> En el capítulo IV ampliaremos algunas consideraciones.

⁴⁷ El régimen autoritario ha formulado erráticos anuncios a favor de la dolarización *de facto*, que incluyen propuestas de regularizar las transacciones en divisas, incluso, con fines tributarios. Así, en noviembre de 2019 Maduro declaró que la dolarización era una válvula de escape (CNN en español, 17 de noviembre de 2019, tomado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2019/11/17/alerta-maduro-la-dolarizacion-informal-es-una-valvula-de-escape/>). Véase en general, en *El País*, “Maduro profundiza la dolarización con la digitalización de las transacciones en Venezuela”, 13 de enero de 2021, tomado de: <https://elpais.com/internacional/2021-01-13/maduro-profundiza-la-dolarizacion-con-la-digitalizacion-de-las-transacciones-en-venezuela.html>

dolarización *de iure* pasaría por una reforma constitucional a los fines de cambiar al bolívar como unidad monetaria⁴⁸.

La “ley constitucional anti-boqueo” no tiene como propósito rescatar los derechos económicos, sino concentrar -más todavía- los poderes *de facto*. Además, ante la debilitada capacidad del Estado venezolano, cualquier intento por formalizar el intercambio económico derivará, nuevamente, en brechas entre las nuevas reglas jurídicas y las instituciones *de facto*, lo que degenerará en nuevos mercados paralelos y, en suma, mayor informalidad y precariedad del intercambio económico.

En similar sentido, en agosto de 2021 se anunció una nueva reconversión monetaria, ahora, para la eliminación de seis ceros en el bolívar, con vigencia a partir del 1 de octubre⁴⁹. Esta reconversión, además de inconstitucional⁵⁰, no resuelve los problemas de fondo asociados a la destrucción de las funciones económicas de la moneda de curso legal. Por ello, en nada contribuirá a desplazar las instituciones *de facto* que han formado⁵¹.

⁴⁸ Existe una discusión económica sobre las ventajas y desventajas de avanzar en un proceso de dolarización *de iure* en Venezuela, pero lo cierto es que ello implicaría una modificación constitucional y un complejo procedimiento transitorio. *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, *cit* En todo caso, este trabajo no analiza las aristas del proceso de dolarización, ni en especial, su impacto sobre el sector financiero, lo que será tratado en otra monografía.

⁴⁹ Decreto N° 4.553, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.185 de 6 de agosto de 2021.

⁵⁰ Solo la Ley puede regular sobre la moneda de curso legal.

⁵¹ Esta nueva e inconstitucional reconversión podrá tener algunas consecuencias prácticas en cuenta al incremento del efectivo y, por ende, la facilitación de las transacciones en moneda de curso legal. Pero no resuelve ninguno de los problemas de fondo. Véase: “Asdrúbal Oliveros: Con la reconversión “probablemente haya una mejora del efectivo”, *Finanzas Digital*, 20 de septiembre de 2021, tomado de: <https://www.finanzasdigital.com/2021/09/asdrubal-oliveros-con-la-reconversion-probablemente-haya-una-mejora-del-efectivo/>

Ahora bien, el surgimiento de estas instituciones económicas informales como resultado del colapso de los controles de cambio y de cambio, ha llevado a considerar que el régimen autoritario está adoptando un giro económico hacia el capitalismo, mediante una liberalización económica que supondría el abandono del modelo socialista de Chávez. Tal apreciación la estimamos errada⁵².

Como se explica en este trabajo, en economía suele aludirse a las “instituciones económicas inclusivas” para describir a las reglas que facilitan el libre intercambio de bienes y servicios por medio de los mecanismos de mercado, lo que en términos jurídicos se expresa en el reconocimiento y garantía de los derechos económicos. Estas instituciones requieren, en condiciones ideales, de “instituciones políticas inclusivas”, basadas en la democracia constitucional. Por el contrario, las “instituciones económicas extractivas” son aquellas que impiden el libre intercambio extrayendo ilegítimamente riqueza de la sociedad. Estas instituciones suelen coexistir con “instituciones políticas extractivas”, o sea, con regímenes no-democráticos.

De esa manera, la liberalización requiere adoptar, cumplir y hacer cumplir reglas jurídicas que garantizan los derechos económicos, esto es, “instituciones económicas inclusivas”. Como demuestra la experiencia de China -analizada en este libro- estas instituciones podrían eventualmente adoptarse en regímenes no-democráticos, o sea, con “instituciones políticas extractivas”. En Venezuela, sin embargo, no solo no se han dictado formalmente instituciones económicas inclusivas, sino que además se mantiene la aplicación de instituciones económicas extractivas, como el control de precio. A ello se le agrega que el régimen autoritario mantiene, en general, instituciones políticas extractivas que se traducen en violacio-

⁵² Véase el resumen de este debate en el trabajo de Víctor Salmerón, “Maduro se aleja del socialismo: ¿quiénes ganan y quiénes siguen en el foso? *Runrunes*, 10 de febrero de 2021, tomado de: <https://runrun.es/rr-es-plus/435855/maduro-se-aleja-del-socialismo-quienes-ganan-y-quienes-siguen-en-el-foso/>

nes sistemáticas de derechos humanos, incluso, de organizaciones no gubernamentales que gestionan ayuda humanitaria⁵³. Con lo cual, en realidad, lo que ha sucedido en Venezuela desde 2018, es que el régimen autoritario ha tolerado el intercambio de bienes y servicios por medio de instituciones informales y, por ende, precarias⁵⁴, en el medio de colapsadas instituciones extractivas.

Escapa del ámbito de este trabajo analizar las razones que han llevado a tolerar estas instituciones económicas informales, más allá de la incapacidad del Gobierno debido al colapso estatal. Pudiera pensarse que el régimen autoritario tolera esos arreglos informales pues facilitan flujos financieros ilícitos y la corrupción. También esta tolerancia puede justificarse en función a su efecto favorable sobre el control político se ejerce mediante programas sociales. Así, las instituciones económicas informales permiten el acceso de bienes y servicios solo de una parte de la población, lo que eleva la depen-

⁵³ Hay que recordar que las Leyes penales basadas en el Derecho Penal del enemigo se mantienen en vigor, mientras que el Poder Judicial, incluso en la jurisdicción penal, carece de autonomía. Maduro puede, por ello, implementar a discreción medidas autoritarias represivas, incluso, mediante detenciones arbitrarias. En enero de 2021, por ejemplo, fueron detenidos arbitrariamente representantes de la *ONG Azul Positivo*, lo que incluso generó un reclamo de la Organización de las Naciones Unidas. *Vid.*: “ONU le pide a Venezuela la liberación de miembros de la ONG humanitaria Azul Positivo”, *DW*, 29 de enero de 2021, tomado de: <https://www.dw.com/es/onu-le-pide-a-venezuela-la-liberación-de-miembros-de-la-ong-humanitaria-azul-positivo/a-56388933>

⁵⁴ Rosales y Jiménez insisten en aludir a las políticas de “liberalización parcial” para describir los cambios implementados desde 2018, incluso, sugiriendo que la dolarización responde a una política económica. Discrepamos de esta conclusión, pues en realidad lo que sucedió en Venezuela -como se explica en el texto principal- es que el colapso del Estado arrastró el colapso de los controles centralizados, lo que el régimen reconoció con el Convenio Cambiario N° 1 de 2018 (“Venezuela: Autocratic Consolidation and Splintered Economic Liberalization”, en *Revista de Ciencia Política, Versión Electrónica*, Santiago de Chile, 2021, tomado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2021005000113).

dencia a los programas sociales o del otro sector -que luce mayoritario- que no puede acceder a bienes y servicios a través de estas instituciones informales, como lo reflejan los datos actuales de pobreza de ENCOVI, analizados en este libro. Otro factor que puede jugar a favor es que estas instituciones informales han cambiado la apariencia de la crisis económica: frente a los anaqueles vacíos que evidenciaban la crisis económica hasta 2017, ahora sobresale la imagen de anaqueles “repletos” de productos⁵⁵.

También se ha señalado como causa posible de estos espacios de tolerancia las sanciones impuestas por el Gobierno de Estados Unidos, especialmente desde el 2017, por medio de las cuales se bloquearon actividades del Gobierno de Venezuela en Estados Unidos y con personas de Estados Unidos. Al limitarse el espectro de empresas con las cuales el entonces Gobierno podía celebrar contratos, éste habría optado por replegar la posición -de dominio- que el Estado había ocupado en las importaciones, generándose así espacios para importaciones entre privados⁵⁶.

En cualquier caso, desde el punto de vista jurídico, el presente trabajo considera como causa -eventualmente determinante- de estos espacios de tolerancia el colapso de la capacidad estatal, con lo cual, no es posible hablar de desmontaje

⁵⁵ El signo de este colapso y del surgimiento de mecanismos “informales” de intercambio, fueron los llamados “bodegones”, esto es, establecimientos comerciales que surgieron hacia 2018 para comercializar productos importados al margen del control de cambio y de precio. Estos mecanismos se han generalizado, al punto de revertirse, solo en parte, la caída de las importaciones registradas con ocasión al colapso de la economía. Véase, de Víctor Salmerón, “¿Hay recuperación económica en Venezuela?”, *Prodavinci*, 17 de febrero de 2020, tomado de: <https://prodavinci.com/hay-recuperacion-economica-en-venezuela/> Todo ello, se insiste, no es resultado de reformas instituciones *de iure*, sino de procesos *de facto*.

⁵⁶ Véase la presentación de Ricardo Hausmann en el *David Rockefeller Center for Latin American Studies* de la Universidad de Harvard, de 18 de marzo de 2021, en: <https://drclas.harvard.edu/event/toward-venezuelan-transition-escaping-complex-humanitarian-emergency-panel-1>

del control de cambio y de precio, ni mucho menos de liberalización económica, sino simplemente, del colapso de los controles centralizados.

* * * *

El presente trabajo analiza en sus rasgos principales el control de cambio y el control de precio como instituciones extractivas que destruyeron los mecanismos de mercado, promoviendo el colapso de la economía y, en suma, contribuyeron al colapso estatal, en cuyo contexto los controles de cambio y de precio colapsaron o implosionaron. La tesis que se sostiene en este trabajo es que los controles de cambio y de precios no fueron desmontados, o sea, que no se sustituyeron las instituciones extractivas de esos controles por instituciones de mercado. En realidad, como resultado del colapso económico y de la capacidad estatal, y en el marco de la emergencia humanitaria compleja, ambos controles colapsaron, sin que en su lugar se hayan introducido instituciones que puedan restablecer los derechos económicos de la sociedad.

Para tratar esta hipótesis, el presente trabajo se divide en cuatro capítulos. El *primero* analiza, en síntesis, el inicio, evolución y colapso del control de cambio. De esa manera, el control de cambios adoptado en 2003 fue la primera medida orientada a suprimir los mecanismos de mercado mediante controles centralizados que violaron la Constitución de 1999. Para evitar la revisión judicial de esos controles, el Gobierno intervino políticamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2004, quien poco después avaló la constitucionalidad del control de cambios. Desde entonces, el control fue arbitrariamente administrado, en especial, para repartir rentas y fomentar la corrupción. La destrucción de la industria petrolera, como resultado de políticas predatorias, redujo dramáticamente la disponibilidad de divisas, lo que menguó la capacidad del Gobierno de distribuir éstas de manera clientelar. El agotamiento del ingreso en divisas y el colapso gradual del Estado llevaron a que, en la práctica, el control centralizado de precios colapsara, lo que intentó ser formalizado en 2018 con el nuevo Convenio Cambiario N° 1.

Empero, este Convenio no restableció los mecanismos de mercado, lo que ha llevado a mantener las instituciones económicas informales y paralelas, signo de lo cual es la dolarización *de facto*.

El *segundo* capítulo estudia el auge, colapso y caída del control de precios. El control de precio fue establecido poco después del control de cambio, en parte, como una técnica de intervención auxiliar a éste. Inicialmente el control de precios se fijó de acuerdo con el marco legal de control de precios previo a 1999, todo lo cual demuestra que el Derecho Administrativo Económico en Venezuela mantenía instituciones que, en parte, permitieron las medidas económicas autoritarias a partir de 2003. Con el tiempo este control se extendió a mecanismos centralizados de control de costos y ganancias, y en general, a mecanismos de control de los procesos de importación, producción, distribución y comercialización. El control centralizado de precios fue así, la técnica con la cual se avanzó en la destrucción de los mecanismos de mercado. Sin embargo, el colapso del control de cambio y el proceso de dolarización *de facto* llevaron al colapso de este control centralizado de precio. Formalmente se mantiene en vigor las regulaciones del precio justo y de los precios acordados, junto con normas penales claramente inconstitucionales, cuya implementación práctica, como parte del colapso estatal, es sin embargo irregular y arbitraria.

El *tercer* capítulo aborda el colapso del control de cambio y de precios desde el colapso de la capacidad estatal. De esa manera, durante la implementación del modelo socialista y hasta el 2013, la capacidad del Estado venezolano aumentó. En tal sentido, la capacidad estatal mide la aptitud del Estado de cumplir con los cometidos públicos por medio de recursos financieros, recursos humanos, infraestructuras y organización. El fortalecimiento del Estado fue necesario para poder asumir los cometidos públicos derivados del modelo socialista, y en parte, fue facilitado por la administración arbitraria del ingreso petrolero, estimado en cerca de setecientos (700) millardos de dólares durante la presidencia de Chávez. Sin embargo, a partir de 2013 la capacidad estatal comenzó a de-

teriorarse, lo que se tradujo en cometidos que el Gobierno no podía atender, o sea, "áreas de limitada estatalidad". En esas áreas surgieron mecanismos informales y eventualmente criminales, como los mercados negros. Por ello, el colapso de los controles de precios y de cambio debe analizarse como parte del deterioro de la capacidad de Venezuela, que hoy puede ser calificada como un Estado frágil cuyas débiles estructuras han sido cooptadas por el crimen organizado.

El *cuarto* y último capítulo explica las dos propuestas a través de las cuales se pretende atender al colapso del control de precio y de cambio. La primera propuesta se enmarca en el *Plan País* aprobado por la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, y que consiste en el restablecimiento de los mecanismos de mercado mediante las reformas legislativas que desmonten las restricciones legales más vinculantes al crecimiento económico, para su sustitución por reglas que faciliten el libre intercambio. Junto a esta reforma legal es preciso también atender a los desequilibrios macroeconómicos, recuperando la capacidad de producción petrolera y refinanciando la deuda pública. Estas reformas, en todo caso, deben complementarse con las políticas públicas orientadas a reconstruir la capacidad estatal, apalancadas en la teoría de la co-evolución entre desarrollo y capacidad estatal. La prioridad, en todo caso, es la atención de la emergencia humanitaria compleja, lo que justifica la expansión del gasto público -lo que depende, entre varios factores, del acceso al financiamiento internacional y multilateral-.

Frente a esta propuesta, el régimen autoritario ha propuesto "estabilizar" las condiciones actuales de la economía procurando nuevos arreglos con la inversión privada al amparo de la así llamada "ley constitucional anti-bloqueo", que en realidad, no es más que un texto que ratifica la inconstitucional concentración de poderes en la Presidencia. Esta propuesta, junto con la privatización *de facto* y el colapso de los controles de cambio y de precio, ha sido interpretada como signo de una "apertura económica". La sección comentada explica por qué no es posible hablar de tal apertura ni, mucho menos, comparar el modelo económico venezolano con el

llamado “modelo chino”. Más que apertura, lo que se aprecia son espacios de tolerancia económica en los cuales el régimen ha tolerado selectivamente intercambios de bienes y servicios al margen de las instituciones formales en vigor, las cuales resultan inaplicables ante la entidad del colapso estatal y de la emergencia humanitaria compleja.

Tal es la encrucijada frente a la cual se encuentra el Derecho Económico en Venezuela. Una vía permitirá avanzar en la reconstrucción del Derecho Económico basado en los mecanismos de mercado, al tiempo que se reconstruye la capacidad estatal y se atiende a la emergencia económica, todo ello para promover el desarrollo estable e inclusivo. La otra vía propone normalizar los espacios de tolerancia económica, pero sin restablecer los mecanismos de mercado. La primera vía puede promover el desarrollo inclusivo, mientras que la segunda tan solo podrá, de ser el caso, promover espacios de tolerancia y crecimiento para unos pocos, sin atender las causas de origen de la emergencia humanitaria compleja.

I. INICIO, EVOLUCIÓN Y COLAPSO DEL CONTROL DE CAMBIO

Entre 2003 y 2018 rigió en Venezuela el control centralizado de cambio que eliminó el libre intercambio de divisas, el cual fue asumido en exclusiva por el BCV. Ese control presentó fallas en su aplicación, lo que permite explicar la fuga de capitales durante este período, pero en especial, la existencia de intercambios realizados al margen de los mecanismos centralizados a través de “mercados paralelos”. Hasta el 2010 el Gobierno toleró parcialmente esos intercambios -aprovechando una limitada pero sólida base legal- pero desde entonces, formalmente, estos mercados paralelos fueron considerados ilícitos, lo que nunca previno su existencia efectiva.

Este control respondió, formalmente, a la crisis económica generada por los paros de 2002, que en especial afectaron al ingreso en divisas de exportaciones petroleras. Pero superado este episodio el control de cambios se mantuvo como herra-

mienta de control político, todo lo cual permitió repartir clientelarmente el ingreso petrolero administrado por el entonces presidente Chávez, estimado en setecientos (700) millardos dólares descontando subsidios al sector energético, o un trillón de ingresos netos⁵⁷. Este reparto clientelar fue fundamental para alimentar la retórica populista. Asimismo, ello fomentó la corrupción administrativa, que degeneró en cleptocracia.

La caída de los ingresos petroleros junto con el elevado servicio de la pesada deuda pública externa marcó el inicio del fin del control de cambio. Para 2014 era evidente que el Estado carecía de capacidad financiera para mantener el monopolio de la oferta de divisas. Pero a pesar de ello se mantuvo el control de cambio, hasta que la hiperinflación y la dolarización *de facto* llevaron a su inobservancia en la práctica. En 2018, el entonces Gobierno “formalmente derogó” el control centralizado, sustituyéndolo por un mercado regulado en condiciones poco claras. Ese nuevo mercado regulado, en la práctica, ha tenido un muy tímido alcance, pues al igual que antes, las transacciones se conducen por medio de acuerdos instituciones paralelos.

⁵⁷ En este trabajo tomamos la segunda acepción de trillón, como un millón de millones (la unidad seguida de doce ceros), mientras que millardo aplica a mil millones (la unidad seguida de nueve ceros). La referencia a “dólares” alude a dólares de los Estados Unidos de América. Como explica Francisco Monaldi, “Hugo Chávez tomó el poder a principios de 1999, cuando el precio del petróleo estaba en un mínimo histórico, pero desde principios de 2003 se benefició de un auge de precios sin precedentes, por una década. En total, Venezuela recibió lo equivalente a más de un millón de millones de dólares en ingresos petroleros. Más del 20% de estos ingresos se malgastaron en grandes subsidios a la energía, los cuales son ineficientes y benefician desproporcionalmente a los más privilegiados” (“El colapso y próximo auge de Venezuela y su industria petrolera”, *Prodavinci*, 16 de junio de 2019, tomado de: <https://prodavinci.com/el-colapso-y-proximo-auge-de-venezuela-y-su-industria-petrolera/>).

1. *Los orígenes del control de cambio y su relación con el control de precio*

El 12 febrero de 2002 el BCV y el Ejecutivo Nacional decidieron adoptar un esquema de flotación del tipo de cambio como parte de los esfuerzos orientados a promover la estabilidad macroeconómica⁵⁸. Bajo este nuevo mecanismo el BCV intervino a través de subastas de divisas a fin de promover la estabilidad del tipo de cambio aplicable⁵⁹.

Los paros iniciados a fines de 2002 modificaron las condiciones bajo las cuales tal política cambiaria había sido implementada. Precisamente, la drástica disminución de los ingresos petroleros fue una de las principales causas en las cuales se justificó la eliminación de la regulación de flotación y su sustitución por un modelo de control centralizado. Así, a través del Decreto N° 2.278 de 21 de enero de 2003⁶⁰, se facultó al entonces Ministro de Finanzas para que *“convenga con el Banco Central de Venezuela, medidas de carácter temporal, que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos, del país hacia el exterior”* (artículo 1).

En ejecución de ese Decreto se suspendió la compraventa de divisas en Venezuela, luego de lo cual, el 5 de febrero de 2003 fue suscrito el Convenio Cambiario N° 1⁶¹. De acuerdo con ese Convenio, la compraventa de divisas quedó centralizada en el BCV según la tasa fijada mediante Convenio (artículo 1). Para el sector privado, la compra de divisas con el BCV se condicionó a la autorización emitida por la Admi-

⁵⁸ Tomado de la nota de prensa del BCV: <http://www.bcv.org.ve/BLANKSITE/c4/notasprensa.asp?Codigo=705&Operacion=2&Sec=False>

⁵⁹ Nota de prensa del BCV de 15 de febrero de 2002: <http://www.bcv.org.ve/BLANKSITE/c4/notasprensa.asp?Codigo=726&Operacion=2&Sec=False>

⁶⁰ Gaceta Oficial N° 37.614, de 21 de enero de 2003.

⁶¹ Convenio Cambiario N° 1, originalmente publicado en Gaceta Oficial N° 37.625, de fecha 5 de febrero de 2003.

nistración Cambiaria creada a tales efectos, la llamada Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)⁶².

Así, para el sector privado, y de acuerdo con el Convenio Cambiario N° 1, la compra y venta de divisas quedó sujeta a dos regímenes básicos: (i) la compra debía efectuarse mediante la solicitud de la correspondiente autorización a CADIVI, y (ii) el Convenio regulaba supuestos de venta forzosa de divisas, en concreto, (a) las *“divisas originadas por las exportaciones de bienes, servicios o tecnologías (artículo 27) y (b) “todas las divisas que ingresen al país por concepto de servicios de transporte, operaciones de viajes y turismo, remesas, transferencias, rentas de inversión, contratos de arrendamiento y de otros servicios o actividades comerciales, industriales, profesionales, personales o de la construcción” (artículo 28).*

El principio de centralización implicó definir un orden de prioridades para la asignación de divisas. Con ese propósito se dictó el Decreto N° 2.320 de 6 de marzo de 2003, que condicionó el acceso a las divisas a supuestos especiales, lo que para el caso de importaciones se sujetó a la certificación de no producción o producción nacional insuficiente⁶³.

De esa manera, la compra de divisas al BCV, de acuerdo con este orden de prioridades y las Providencias dictadas por CADIVI, quedó condicionada a dos requisitos generales, a saber, (i) la previa inscripción en el Registro de Usuarios del Sistema de Administración de Divisas (RUSAD), y (ii) las correspondientes autorizaciones de adquisición de divisas (AAD), que en ciertos casos como las importaciones estaba seguida de la autorización de liquidación de divisas (ALD)⁶⁴.

⁶² Decreto N° 2.302 de 5 de febrero de 2003 (Gaceta Oficial N° 37.625).

⁶³ Gaceta Oficial N° 37.644, de fecha 6 de marzo de 2003.

⁶⁴ También se permitió la liquidación de divisas a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de ALADI. Seguimos en general lo señalado en Hernández G., José Ignacio, *“Los principios del actual régimen jurídico del control de cambio en Venezuela”*, en *Revista Derecho y Sociedad* N° 4, Caracas, 2003, pp. 249 y ss.

Fuera de este mecanismo de compra de divisas, el citado Convenio Cambiario N° 1 no permitió la compraventa de divisas al margen del BCV. En ese momento, sin embargo, no se estableció ninguna sanción o pena específica para las operaciones realizadas al margen del BCV, en parte, pues el régimen cambiario no fue establecido a través de Leyes, sino mediante normas reglamentarias, todo lo cual violó la Constitución de 1999, como ampliamos en el cuarto capítulo de este trabajo.

Ahora bien, una particularidad de tal control de cambio implementado en 2003 es que no se justificó en una crisis real de la balanza de pagos, que fue la causa económica tradicionalmente invocada para justificar a los anteriores controles de cambio, sino en las distorsiones temporales derivadas de los eventos políticos del 2002. Esto quedó reflejado en el citado Decreto N° 2.278, que estableció el carácter temporal del régimen cambiario, el cual solo pretendía atender las consecuencias económicas del paro de 2002⁶⁵.

Sin embargo, ese carácter temporal no se cumplió, al punto que el control de cambio pasó a ser una figura medular dentro del modelo socialista. En especial, pues el control de fue implementado junto con el control de precio, todo lo cual afianzó su efectividad. En efecto, el precio regulado por la Administración Pública solo permitía cierto margen de rentabilidad si los proveedores podían acceder a divisas vendidas por el BCV. Sin ese acceso, por el contrario, el precio regulado afectaba no solo el derecho a la rentabilidad sino también el derecho a la recuperación de costos. De allí que el control de cambio podría interpretarse como un mecanismo de coacción sobre el sector empresarial privado: sin acceso al control cambiario, el sector privado se enfrentaba a

⁶⁵ Hernández-Delfino, Carlos, "La experiencia venezolana con los controles de cambio", Caracas, 2003. Consultado en original.

un control de precio que impedía la eficiente gestión de sus actividades económicas⁶⁶.

2. *La flexibilización del control de cambio a través de las operaciones de permuta*

El principio de centralización se flexibilizó, medianamente, con la *Ley contra los Ilícitos Cambiarios* de 2005⁶⁷. Esa Ley fue dictada con el propósito de establecer el régimen de ilícitos y delitos asociados al control de cambio. En tal sentido, en su artículo 6 la Ley estableció la ilicitud de las operaciones cambiarias efectuadas al margen del BCV, excluyendo sin embargo a las operaciones con títulos valores, tal y como fue reiterado en la reforma de 2007⁶⁸. En la práctica, ello permitió

⁶⁶ Véase en general a Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, cit, p. 165. De acuerdo con el autor "a partir del año 2004 los precios internacionales del petróleo experimentaron un importante y sostenido aumento, que se mantuvo hasta mediados de 2008, generando esto un consecuente incremento de los ingresos por concepto de exportaciones. A pesar de ello, se decidió mantener, e incluso agudizar el control cambiario, particularmente en el segundo semestre, con consecuencias muy adversas".

⁶⁷ Gaceta Oficial N° 38.272 de 14 de septiembre de 2005. En general, sobre esa Ley, véase que lo que tratamos en Hernández G., José Ignacio, "Comentarios a la Ley contra los ilícitos cambiarios", en *Revista de Derecho Público* N° 103, Caracas, 2007, pp. 8 y ss., así como el libro colectivo que coordinamos: *Ley contra los Ilícitos Cambiarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

⁶⁸ Conviene recordar su redacción: "Es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela, a través de los operadores cambiarios autorizados, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta normativa está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares. Quien en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas entre un monto de diez mil dólares (US\$ 10.000,00) hasta veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00) o su equivalente en otra divisa, será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares. Cuando en el caso señalado anteriormente, el monto de la operación sea superior a los veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00) o su equivalente

el surgimiento del llamado “dólar permuta”, esto es, las operaciones realizadas mediante la adquisición de títulos valores en bolívares que eran canjeados por títulos valores denominados en divisas para su posterior liquidación. A través del canje o permuta de títulos se adquirirían divisas fuera de la centralización del BCV, sin que esas operaciones se considerasen ilícitas, debido a la señalada exclusión.

Bajo este marco el régimen cambiario en Venezuela quedó conformado de dos instrumentos: la asignación formal de divisas a través de CADIVI y la asignación informal a través de las operaciones de permuta, cuya tasa implícita era superior a la tasa oficial⁶⁹. En todo caso, se mantenía el intercambio de bolívares y divisas al margen del BCV, en mercados paralelos.

3. *La eliminación de las operaciones permuta y el incremento de la centralización*

La dualidad de operaciones cambiarias (operaciones a través de CADIVI y operaciones a través de operaciones de permuta de títulos valores) culminó en 2010, cuando se amplió la ilicitud de operaciones realizadas al margen del BCV a los títulos valores.

en otra divisa, la pena será de prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del monto de la operación. Sin perjuicio de la obligación de reintegro o venta de las divisas ante el Banco Central de Venezuela, según el ordenamiento jurídico aplicable. Se exceptúan las operaciones en títulos valores” (destacado nuestro). Véase la Ley de 2007 en la Gaceta Oficial N° 5.867 extraordinario de 28 de diciembre de 2007. Luego de publicó la Ley nuevamente por error material en la Gaceta Oficial N° 38.879 de 27 de febrero de 2008.

⁶⁹ La tasa implícita era el resultado de dividir las divisas obtenidas por la liquidación de los títulos, entre los bolívares de compra de los títulos canjeados. Se trató de una operación de gran difusión, que implicó el auge de la intermediación de títulos valores. *Vid.*: Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, cit, pp. 169 y ss.

Así, en 2010 se reformó la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, eliminándose la exclusión de las operaciones de títulos valores y, por ende, fortaleciéndose el principio de centralización. Por un lado, se incluyó al título valor, en general, en la definición de divisa⁷⁰. Además, al sancionarse el ilícito de infracción del principio de centralización, no se hizo alusión a la exclusión de operaciones con títulos valores, contenida en la Ley de 2005 y su reforma de 2007⁷¹.

El motivo razonable de esa reforma fue eliminar el “mercado permuta” que se venía desarrollando al amparo de la Ley de 2005. A tal punto llegó esa decisión, que en la nueva Ley de Mercado de Valores se prohibió (inconstitucionalmente) a los intermediarios del sector privado (operadores autorizados) no sólo intermediar títulos valores públicos,

⁷⁰ Véase la Ley en la Gaceta Oficial N° 5.975, de fecha 17 de mayo de 2010. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 2, la divisa es la “*expresión de dinero en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios y cualquier modalidad, distinta al bolívar, entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela, así como también títulos valores que estén denominados en moneda extranjera o puedan ser liquidados en moneda extranjera*”.

⁷¹ La nueva redacción del artículo 9 quedó así: “*Es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela, bien en moneda, bien en títulos valores, realizada con el objeto final de obtener para sí o para sus clientes la liquidación de saldos en moneda extranjera por la enajenación de los mismos en una oportunidad previa a su fecha de vencimiento, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta normativa está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares. Quien en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas entre un monto de diez mil dólares (US\$ 10.000,00) hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000,00) de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares. Cuando en el caso señalado anteriormente, el monto de la operación sea superior a los veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00) o su equivalente en otra divisa, la pena será de prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del monto de la operación. Sin perjuicio de la obligación de reintegro o venta de las divisas ante el Banco Central de Venezuela, según el ordenamiento jurídico aplicable.*”

sino incluso, mantener en su cartera tales títulos. Con ello, se impedía la intermediación de títulos valores públicos denominados en divisas, que era una fuente principal del llamado mercado permuta, que fue inconstitucionalmente “criminalizado”⁷².

Es importante advertir que para ese momento -2010- el Estado de Derecho estaba profundamente debilitado, y en especial, la autonomía e independencia del Poder Judicial se había socavado. Por ello, el Gobierno, con los poderes ampliados y concentrados de la Presidencia, podía a su arbitrio modificar las reglas del intercambio económico, incluso, para criminalizar las actividades de permuta, que habían sido toleradas hasta ese momento. En condiciones adecuadas de vigencia del Estado de Derecho este arbitrario proceder ha debido ser censurado por el Poder Judicial, pero en las precarias condiciones entonces imperantes, el Poder Judicial fue usado como instrumento de criminalización del mercado permuta⁷³.

4. *Las sucesivas reformas erráticas del régimen cambiario*

La eliminación de las operaciones de permuta llevó a regular sucesivos instrumentos alternativos para la oferta de divisas por el Estado, ninguno de los cuales, sin embargo, logró solucionar el creciente desequilibrio entre la oferta y la demanda de divisas⁷⁴.

⁷² Artículo 2 de la *Ley de Mercado de Valores* (Gaceta Oficial N° 39.546 de 5 de noviembre de 2010). Ello estuvo acompañado de un proceso de criminalización en contra de intermediarios de títulos valores, que socavó profundamente el mercado de valores en Venezuela.

⁷³ Brewer-Carías, Allan R., *Dismantling Democracy in Venezuela*, cit, y Sosa, Cecilia y Casal, Jesús (editores), *¿Qué hacer con la justicia?: El caso venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

⁷⁴ Para lo expuesto, véase a Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, cit, pp. 201 y ss.

A. *La creación del SITME*

Luego de 2010 la adquisición de divisas quedó circunscrita a los mecanismos expresamente regulados por el Estado, que a partir de entonces, fueron dos: (i) el sistema administrado por CADIVI y (ii) el llamado “Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME)” del BCV, como mecanismo continuo⁷⁵ para realizar operaciones “de compra y venta, en bolívares, de títulos valores denominados en moneda extranjera; emitidos o por emitirse por la República, sus entes descentralizados o por cualquier otro ente”⁷⁶. Sin embargo, a diferencia de las operaciones de permuta regidas por el principio de libertad entrada y salida, el SITME fue regulado con diversas restricciones –formales e informales– todo lo cual redujo la oferta de divisas a través de los mecanismos reconocidos por el Estado y reputados como lícitos al amparo de la Ley de 2010.

B. *La creación del SICAD*

El funcionamiento de estos dos mecanismos comenzó a evidenciar signos de agotamiento hacia fines del 2012. Frente a ello, a inicios de 2013 se acordó una nueva devaluación del tipo de cambio oficial⁷⁷ y se eliminó el SITME, al alegarse que

⁷⁵ Entendemos por mecanismo continuo aquel en el cual se permite en cualquier momento la compra y venta de divisas, sin perjuicio de las restricciones aplicables. En contraposición, encontramos el mecanismo de subasta en el cual la compra y venta solo puede hacerse en el marco de específicas convocatorias de subastas.

⁷⁶ Entre otras, véanse las *Normas Relativas a las Operaciones en el Mercado de Divisas* (Gaceta Oficial N° 39.439 de 4 de junio de 2010).

⁷⁷ Véase el Convenio Cambiario N° 14 en la Gaceta Oficial N° 40.108 de 8 de febrero de 2013. Se dictó, además, y entre otras medidas, el *Decreto N° 9.381, mediante el cual se crea el Órgano Superior para la Optimización del Sistema Cambiario, con autonomía presupuestaria, administrativa y financiera, destinado al bienestar de la población, a la orientación adecuada del crecimiento de la economía del país, y a la creación del régimen y las políticas cambiarias, así como la tendencia hacia la baja inflacionaria* (Gaceta Oficial N° 40.108 de 8 de febrero de 2013). Tal órgano no tuvo mayor relevancia práctica.

ese mercado había degenerado en hechos de corrupción⁷⁸. La eliminación del SITME, sin su inmediata sustitución por otro instrumento de asignación de divisas, inevitablemente agravó los efectos de la centralización de divisas en CADIVI, especialmente, ante la disminución de la oferta de divisas como resultado de la caída de los precios del petróleo, el colapso de la producción petrolera y el sobreendeudamiento.

La creación de un mecanismo alternativo a la adjudicación de divisas a través de CADIVI solo se hizo en julio de 2013, con el “Sistema Complementario de Administración de Divisas” (SICAD), concebido como un sistema cerrado de acceso a divisas por medio de subastas⁷⁹. La disminución de la oferta de divisas desde el sector público, y la criminalización de las operaciones realizadas al margen del BCV, entre otras condiciones, llevó a un aumento de la tasa del llamado “dólar paralelo”, o sea, las operaciones realizadas al margen del BCV, en mercados paralelos⁸⁰.

C. *La supresión de CADIVI, el régimen de cambio dual y la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*

Salvo una reforma menor a la Ley de Ilícitos Cambiarios de 2013⁸¹, y la creación del Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX) y de la Corporación Venezolana de Comercio Exterior (VENECOM o CORPOVEX)⁸², el régimen cambia-

⁷⁸ Véanse las declaraciones del entonces ministro de Planificación y Finanzas, Jorge Giordani, en *El Carabobeño*, 16 de marzo de 2013.

⁷⁹ Véase el Convenio Cambiario N° 22 (Gaceta Oficial N° 40.199 de 2 de julio de 2013).

⁸⁰ Véase el aviso del BCV de fines de 2013, en el cual justificó la inflación en la llamada “guerra económica” y en el alza especulativa del dólar paralelo. *Vid.*: http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso_301213.pdf. Véase el análisis de Ángel Alayón en el artículo publicado en *Proavinci*, el 30 de diciembre de 2013.

⁸¹ Véase el *Decreto N° 636, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Contra los Ilícitos Cambiarios* (Gaceta Oficial N° 6.117 de 4 de diciembre de 2013).

⁸² *Decreto N° 601, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Centro Nacional de Comercio Exterior y de la Corporación*

rio no sufrió ninguna modificación sustancial, pese a los signos de agotamiento señalados. Así, se procedió a sustituir a CADIVI por CENCOEX, admitiéndose además que éste también podía adjudicar divisas a la tasa SICAD, lo que implicó la creación de un régimen de cambios diferenciales administrado discrecionalmente por la Administración⁸³. En ausencia del sistema de pesos y contrapesos, esta solución creó claros incentivos para la corrupción.

El principal cambio llegó en 2014, cuando se dictó la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos⁸⁴, la cual reconoció dos tipos de instrumentos de asignación de divisas: (i) las divisas asignadas por el Gobierno para atender finalidades de interés general (artículo 6) y (ii) las divisas directamente transadas entre el sector público y privado sin intervención del BCV (artículo 9).

Un dato importante es que esta Ley eliminó los delitos asociados a la realización de operaciones cambiarias al margen del BCV; eliminó las restricciones a la contratación en divisas y, en general, redujo las restricciones asociadas al régimen cambiario adoptadas desde 2010. Tan es así que su artículo 9 reconoció la legalidad de operaciones cambiarias entre privados sin la intervención del BCV⁸⁵. En pocas palabras, esto quiere decir que, a la luz de esa Ley, no era ilícito contratar bienes y servicios en divisas, sin que tampoco se

Venezolana de Comercio Exterior (Gaceta Oficial N° 6.116 extraordinario de 29 de noviembre de 2013).

⁸³ Véase, por ejemplo, el Convenio Cambiario N° 25, en la Gaceta Oficial número 6.122 extraordinario de 23 de enero de 2014.

⁸⁴ Dictada originalmente en la Gaceta Oficial N° 6.126 extraordinario de 19 de febrero de 2014, y derogada por una nueva Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 6.150 extraordinario del 18 de noviembre de 2014. No se trató, en realidad, de una nueva Ley sino de una reforma puntual y sin mayor trascendencia.

⁸⁵ Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*, FUNEDA, Caracas, 2014, pp. 34 y ss.

establecieran ilícitos de manera expresa asociados a la compra y venta de divisas al margen del BCV⁸⁶.

Esta Ley, por ello, estableció las bases jurídicas para el desmontaje del control de cambio centralizado impuesto desde 2003, y concentrado a partir de 2010. En parte, pudo incidir que ya para ese momento -2014- eran evidentes los signos de agotamiento del modelo socialista, ante la creciente escasez de divisas producto de la destrucción de la industria petrolera y de la pesada deuda externa, cuya renegociación lucía entonces inaplazable⁸⁷.

Pero la ausencia de condiciones efectivas de Estado de Derecho, y la crisis política derivada de la cuestionada elección de Maduro en 2013, impidieron que estos cambios se im-

⁸⁶ La Ley de 2010 estableció prohibiciones poco claras a la contratación en divisas (Cfr.: Giral, José Alfredo, *Ley contra los ilícitos cambiarios de 2010 y contratos en moneda extranjera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 287 y ss.). En cualquier caso, esas prohibiciones fueron derogadas en 2014, con lo cual, a partir de entonces era lícito en Venezuela emplear a la divisa como moneda de pago o de cuenta en la contratación, como ha sido el principio general en Venezuela reconocido en la Ley del Banco Central de Venezuela (Mélích-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2012, pp. 615 y ss., y Rodner, James-Otis, *El dinero. La inflación y las deudas de valor*, Caracas, 1995, pp. 560 y ss.).

⁸⁷ El debate público, en ese momento, era que la nueva Ley parecía ser el paso de inicio del desmontaje del control de cambio centralizado. Véase nuestro análisis publicado en *Prodavinci*, "¿La nueva Ley de Régimen Cambiario permite un mercado alternativo de divisas?", 30 de noviembre de 2014, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/blogs/la-nueva-ley-de-regimen-cambiario-permite-un-mercado-alternativo-de-divisas-por-jose-i-hernandez/> En cuanto al problema de la deuda, véase: Hausmann, Ricardo y Santos, Miguel Ángel, "¿Hará default Venezuela?", *Project Syndicate*, 5 de septiembre de 2014, tomado de: https://www.project-syndicate.org/commentary/ricardo-hausmann-and-miguel-ángel-santos-pillory-the-maduro-government-for-defaulting-on-30-million-citizens-but-not-on-wall-street/spanish?barrier=access_paylog. En general, véase a Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, cit, pp. 233 y ss.

plementaran⁸⁸. Con lo cual, en la práctica, se mantuvo la regulación administrativa existente para febrero de 2014, cuando la nueva Ley entró en vigor, lo que quiere decir que ésta nunca aplicó efectivamente en la práctica.

En todo caso, la Ley de 2014 también reforzó la conexión entre el control de precio y el control de cambio, al establecer diversos deberes en cabeza de los operadores económicos para informar sobre las divisas suministradas y, en términos generales, cumplir los fines del control de cambio, esto es, beneficiar las importaciones a los fines de incidir en la reducción de precios (pues las divisas se asignaban a una tasa inferior a la tasa de mercado, lo que equivalía a un subsidio). Ello incluso había sido reforzado en 2013, al crearse mediante Decreto-Ley el deber de los operadores económicos de suscribir un contrato de fiel cumplimiento antes de la liquidación efectiva de divisas, para asegurar que las divisas “sean otorgadas en el marco del Plan General de Divisas de la Nación, así como del Plan Nacional de Importaciones”⁸⁹.

D. *La creación del SICAD II*

La promulgación de la Ley del Régimen Cambiario y sus ilícitos no derivó en modificaciones de fondo al régimen cam-

⁸⁸ Luego del anuncio de la muerte de Chávez en marzo de 2013, Maduro fue electo en condiciones poco transparentes en abril de ese año. Durante el 2014 diversas protestas llevaron a Maduro a implementar actos de represión violatorios a los derechos humanos. Todo ello ocasionó problemas de gobernanza dentro del régimen Maduro, en especial con el entonces Vicepresidente del área económica, Rafael Ramírez, quien en julio de 2014 anunció la intención de avanzar hacia la unificación cambiaria. A las pocas semanas, se contradeciría en ese anuncio (“Asdrúbal Oliveros responde a propósito de la declaración de Ramírez: ¿Murió la unificación cambiaria?”, en *Prodavinci*, 18 de agosto de 2014: <https://historico.prodavinci.com/2014/08/18/actualidad/asdrubal-oliveros-responde-a-proposito-de-las-declaraciones-de-rafael-ramirez-murio-la-unificacion-cambiaria/>).

⁸⁹ Véase el artículo 4.10 del Decreto N° 601, *mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Centro Nacional de Comercio Exterior y de la Corporación Venezolana de Comercio Exterior* (Gaceta Oficial N° 6.116 extraordinario de 29 de noviembre de 2013)

biario. Así, se intentó crear un nuevo instrumento de subasta de divisas, llamado SICAD II, el cual permitió la compraventa de divisas (incluyendo títulos valores) incluso directamente entre particulares⁹⁰. Sin embargo, y dejando a salvo la opacidad del mecanismo de asignación de divisas a través del SICAD II, lo cierto es que estos cambios no resolvían el problema de fondo, a saber, la reducción de la oferta de divisas provenientes del sector público petrolero en el contexto del sobreendeudamiento, todo lo cual se tradujo en el incremento del llamado dólar paralelo, y con ello, en los incentivos para la corrupción y la búsqueda de rentas⁹¹.

E. *La creación del SIMADI*

A inicios del 2015 se anunció una nueva reforma del régimen cambiario a los fines de regular el llamado “mercado alternativo de divisas”, que fue implementado a través del Convenio Cambiario N° 33⁹², a cuyo amparo se reconocieron diversos mecanismos de asignados con tasas distintas, incluyendo la tasa fija de las divisas asignadas por CENCOEX y los

⁹⁰ Artículo 1 del Convenio Cambiario N° 27, de acuerdo con el cual “*las transacciones en divisas a través del Sistema Cambiario Alternativo de Divisas (SICAD II), administrado por el Banco Central de Venezuela y el Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, y bajo la operatividad de dicho Instituto, están referidas a operaciones de compra y venta, en moneda nacional, de divisas en efectivo así como de títulos valores denominados en moneda extranjera, emitidos por la República, sus entes descentralizados o por cualquier otro ente, público o privado, nacional o extranjero, que estén inscritos y tengan cotización en los mercados internacionales. Este mercado operará todos los días hábiles bancarios*”. (Gaceta Oficial N° 40.368 de 10 de marzo de 2014).

⁹¹ Uno de los índices de esa crisis fue el incremento del llamado “dólar paralelo”. Véase el trabajo de Víctor Salmerón “¿Hasta dónde puede llegar el dólar paralelo?”, de 29 de noviembre, 2014, en *Prodavinci* (<https://historico.prodavinci.com/2014/11/29/actualidad/hastadonde-puede-llegar-el-dolar-paralelo-por-victor-salmeron/>). La diferencia entre el dólar paralelo y las tasas oficiales creó incentivos a favor de la corrupción, a los fines de capturar la “renta” derivada de la asignación oficial de divisas para su posterior venta en el mercado paralelo, como luego ampliamos.

⁹² Gaceta Oficial N° 6.171 extraordinario de 10 de febrero de 2015.

mecanismos que informalmente se denominaron como “Sistema Marginal de Divisas” (SIMADI). La propuesta, en todo caso, no modificó la situación general imperante, pues cada vez se hacía más evidente el déficit de divisas con las cual Estado podía proveer estos mecanismos formales, al tiempo que la destrucción de los mecanismos de mercado eliminaron los incentivos para la oferta de divisas por parte del sector privado.

F. *La creación del DIPRO y del DICOM*

Como sea que esta modificación no mejoró la crisis del régimen cambiario, se implementó una nueva reforma, en 2016, con el Convenio Cambiario N° 35⁹³. De esa manera, excepcionalmente, y en los casos de importaciones expresamente previstos, el CENCOEX podía autorizar la adquisición de divisas al denominado tipo de cambio protegido o “DIPRO” fijado mediante Convenio Cambiario. Fuera de los casos en los cuales, expresamente, regía la tasa DIPRO, aplicaba de manera general y residual la llamada tasa de cambio complementaria o “DICOM”, regulada como una tasa flotante. Sin embargo, el funcionamiento de ese mercado requería de una nueva regulación, con lo cual, “transitoriamente” se mantuvo el instrumento conocido como SIMADI, y regulado en el Convenio Cambiario N° 33⁹⁴.

El DICOM solo sería regulado en 2017, a través del Convenio Cambiario N° 38⁹⁵, como un sistema de subastas, en líneas generales, similar al SIMADI. A pesar de los anuncios del Gobierno Nacional en cuanto a las bondades de este nuevo mercado, su desempeño fue más bien irregular, al punto que fue suspendido en septiembre de 2017⁹⁶.

⁹³ Gaceta Oficial N° 40.865, de fecha 9 de marzo de 2016.

⁹⁴ Artículo 17 del Convenio Cambiario N° 35, en la Gaceta Oficial N° 40.865, de fecha 9 de marzo de 2016

⁹⁵ Gaceta Oficial N° 6.300 extraordinario, del 19 de mayo de 2017.

⁹⁶ Estos anuncios pasaron incluso por la regulación de casas de cambio fronterizas (Oliveros, Asdrúbal, y Álvarez, Carlos, “Casas de cambio en la frontera”, 17 de enero de 2017, en *Prodavinci*: <https://historico.prodavinci.com/blogs/casas-de-cambio-en-la-frontera-una-historia-re->

A inicios de 2018 se dictó el Convenio Cambiario N° 39⁹⁷, por el cual se “unificó la tasa de cambio”, en el sentido que se eliminó la base legal del DIPRO, con lo cual la única tasa reconocida pasó a ser el DICOM⁹⁸, tanto para las divisas adjudicadas por CENCOEX como para las subastas, que se retomaron al poco tiempo, sin embargo, con un alcance bastante limitado⁹⁹.

En resumen, luego de una errática evolución, para inicios del 2018 el régimen cambiario venezolano quedó dividido en dos instrumentos: la adjudicación de divisas por el Estado a través de CENCOEX, bajo las Providencias dictadas en su momento por CADIVI, especialmente en materia de importación, y las subastas de divisas a través del DICOM, convocadas y organizadas por el Gobierno Nacional. La única tasa de referencia reconocida para la liquidación de divisas por CENCOEX e incluso, a efectos contables, fue la tasa DICOM publicada por el BCV.

G. *La centralización de las remesas*

A mediados de junio de 2018, el Gobierno decidió centralizar el mercado de remesas, esto es, las divisas que expatriados venezolanos envían a Venezuela. Para ello, y bajo el Convenio Cambiario N° 39, se establecieron las casas de cam-

petida-por-asdrubal-oliveros-y-carlos-miguel-alvarez/). Véase también, de Oliveros y Leidenz, “El nuevo DICOM: ver bandas para creer”, *Prodavinci*, 23 de mayo de 2017 (<https://historico.prodavinci.com/blogs/el-nuevo-dicom-ver-bandas-para-creer-por-asdrubal-oliveros-y-jean-paul-leidenz-font/>). Sobre la suspensión del DICOM, *Vid. El Nacional*, 13 de septiembre de 2017.

⁹⁷ Gaceta Oficial N° 41.329 de 26 de enero 2018.

⁹⁸ Con datos de Ecoanalítica, véase el trabajo en *Prodavinci* “La vida te da sorpresas: el Gobierno elimina la tasa DIPRO”, de 30 de enero de 2018 (<https://prodavinci.com/la-vida-te-da-sorpresa-gobierno-elimina-la-tasa-dipro/>), así como nuestro análisis “¿Qué esperar del nuevo régimen cambiario?”, de ese mismo día (<https://prodavinci.com/que-esperar-del-nuevo-regimen-cambiario/>).

⁹⁹ *Descifrado*, 6 de febrero de 2018: “Oliveros: Dicom no garantizará oferta de divisas a privados”.

bio que podrían participar en tales operaciones. Además, a través del DICOM, se permitió la realización de operaciones de compra y venta a una tasa superior a la tasa derivada de las subastas DICOM¹⁰⁰.

Esto demostró que, sin necesidad de modificar el marco regulatorio, podía establecerse –nuevamente– un cambio dual. Así, como regla, todas las operaciones serían transadas a la tasa de cambio del DICOM anunciada por el BCV, tanto para divisas vendidas por el BCV como para operaciones directas entre particulares, pero dentro de la regulación del DICOM; para casos especiales, como las remesas, se establecieron mecanismos especiales de compraventa a una tasa superior¹⁰¹. La permanencia de tasas oficiales diferenciadas, junto a la tasa del “dólar paralelo”, reforzaron los incentivos para la corrupción y la captura de rentas, en especial, como resultado de la ausencia del Estado de Derecho.

5. *La “derogatoria” de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos por la asamblea nacional constituyente, la “unificación” cambiaria y la dolarización de facto*

Como resultado de las políticas predatorias adoptadas desde el 2003 que destruyeron los mecanismos de mercado y ocasionaron un déficit de divisas, la crisis económica venezolana comenzó a mutar, hacia 2017, en una emergencia humanitaria compleja marcada por la hiperinflación. El bolívar perdió todos sus atributos como moneda por la destrucción del poder adquisitivo. Es importante destacar que esta destrucción fue consecuencia de las inconstitucionales reformas jurídicas implementadas desde 2003, que, de manera especial, desnaturalizaron el rol de la actividad de intermediación fi-

¹⁰⁰ El Universal, 3 de julio de 2018, “Ajustan la tasa de remesas familiares a 2.500.000 bolívares”. Para el 2018. Véase, en Tal Cual, “¿Cómo recibir remesas a través de las casas de cambio en Venezuela?”, 11 de julio de 2018.

¹⁰¹ El Estimulo, 19 de junio de 2018, El “dólar remesa” alcanza al paralelo.

nanciera y la autonomía del BCV¹⁰², y que luego, llevaron al intento fallido de crear monedas paralelas -en el marco del “Estado comunal” y luego, con el llamado “petro”¹⁰³. Como se ha observado, el dinero es una institución jurídica pues sus funciones económicas dependen de la certidumbre de los intercambios que pueden realizarse con ella. Precisamente, las políticas predatorias implementadas desde el 2003 destruyeron al bolívar como institución jurídica¹⁰⁴.

En el 2018 el entonces Gobierno adoptó diversas medidas para intentar hacer frente a esta situación. Así, en la Gaceta Oficial N° 41.452 de 2 de agosto de 2018 fue publicado el Decreto dictado por la asamblea nacional constituyente sobre la “derogatoria del régimen cambiario y sus ilícitos”. Entre otras motivaciones, el Decreto señala que el Estado venezolano tiene interés en dictar un “nuevo marco normativo en el que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley”. Pese a ello, de acuerdo con el Decreto el Estado debía investigar a quienes en el pasado realizaron actividades ilícitas con operaciones cambiarias, incluso, para exigir el pago de daños y perjuicios.

¹⁰² Morles Hernández, Alfredo, *La banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011. Este trabajo no aborda el análisis de regulación bancaria y la incidencia de los controles de cambio, del “petro” y de la dolarización *de facto*, tema que será tratado en un estudio separado.

¹⁰³ En cuanto a las “monedas comunales”, véase: Alvarado, Jesús María, “La desaparición del bolívar como moneda de curso legal (Notas críticas al inconstitucional Decreto N° 6.130, con rango, valor y fuerza de ley para el fomento y desarrollo de la economía comunal, de fecha 3 de junio de 2008”, en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 113 y ss. En cuanto al petro, *Vid.*: Gibbs, Darrin, “La regulación de la criptomoneda en Venezuela (la súbita creación de la Petro y de la superintendencia de criptomoneda y actividades conexas)”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 12, Caracas, 2017, pp. 173 y ss.

¹⁰⁴ Desan, Christine, “Money as a Legal Institution”, en *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 18 y ss.

De esa manera, los artículos 1 y 2 del Decreto “derogaron” la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos “con el propósito de otorgar a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, las más amplias garantías para el desempeño de su mejor participación en el modelo de desarrollo socioeconómico productivo del país”. Según esos artículos, igualmente, se derogó el ilícito establecido en el artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Al respecto, debemos recordar que la asamblea nacional constituyente no podía derogar Leyes, pues de conformidad con la Constitución de 1999, esa asamblea no podía ejercer la función legislativa. Con lo cual, desde una perspectiva estrictamente jurídica, no puede afirmarse que la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos fue derogada. Como mucho, ese Decreto anunció la decisión política de no aplicar hacia el futuro la referida Ley. Esta acotación es importante pues según el Decreto, la supuesta derogatoria de la Ley no afectó los delitos e ilícitos que pudieron haberse cometido en el pasado¹⁰⁵.

Poco después, el 17 de agosto de 2018, el entonces Gobierno anunció un conjunto de medidas económicas que fueron consideradas como “agresivas”. Las medidas, principalmente de ajuste fiscal, tuvieron como propósito aliviar la crisis económica que ya, para ese momento, había mutado en emergencia humanitaria compleja, agravada por la hiperinflación. Dentro de las medidas anunciadas, como parte del “programa

¹⁰⁵ Si la *Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos* hubiese sido derogada de acuerdo con la Constitución, ello hubiese implicado la extinción de todos los delitos cometidos bajo su vigencia, de conformidad con el principio constitucional conforme al cual la Ley penal más favorable debe aplicarse hacia el pasado. Pero el Decreto también pretende modificar la Constitución, pues señala que la Ley del Régimen Cambiario sí aplicará a los posibles delitos cometidos bajo su vigencia, aun cuando reduce el monto de las sanciones administrativas que aplicarían (artículos 3 y 4). Asimismo, el artículo 5 dispone que quienes pudieron haber cometido ilícitos cambiarios, serán responsables por los daños y perjuicios ocasionados. Véase nuestra opinión en “Sobre la Ley de Ilícitos Cambiarios y el control de cambio”, *Prodavinci*, 6 de agosto de 2018, tomado de: <https://prodavinci.com/sobre-la-ley-de-ilicitos-cambiarios-y-el-control/?platform=hootsuite>

de recuperación económica”, destacaban aquellas referidas al régimen cambiario, llamadas a “a sustituir y a acabar el dólar criminal y el sistema de fijación y dolarización de precios”, lo que pasó por la devaluación del tipo de cambio, que pasó a 60 bolívares soberanos por dólar¹⁰⁶.

Jurídicamente, los anuncios llevaron a un nuevo Convenio Cambiario N° 1, dictado en septiembre de 2018¹⁰⁷. El nuevo Convenio se justificó en los objetivos del comentado “programa de recuperación económica”:

“El compromiso del Estado, a través del Ejecutivo Nacional y del Banco Central de Venezuela, de propiciar, en ejercicio de las potestades que le han sido conferidas constitucionalmente, una senda de estabilidad económica, política y social que permita el desarrollo de la Nación, a través del diseño de una política cambiaria que propicie la estabilidad, acompañe a las políticas públicas orientadas a lograr equidad, bienestar y seguridad jurídica a la sociedad, y genere confianza en la realización de las operaciones cambiarias, sobre la base de una regulación expresada en un único instrumento normativo”.

¹⁰⁶ La medida fue anunciada en el contexto del -así llamado- “anclaje” de la tasa cambiaria al petro. Jurídicamente, el anuncio carecía de sentido pues el petro era, en apariencia, un “criptoactivo”, y no un bien cuyo valor fluctuante podía permitir definir la tasa de cambio. En la práctica, el Gobierno de Maduro fijó unilateralmente la tasa de cambio, lo que resultó en la “convergencia” con el tipo de cambio paralelo. Véase Abadi, Anabella y Obuchi, Richard, “Los problemas del paquetazo rojo”, *Prodavinci*, 22 de agosto de 2018, tomado de: <https://prodavinci.com/los-problemas-del-paquetazo-rojo/> Como resumen los autores, “tal vez el aspecto más relevante es que el gobierno central precisó que el sector público no va a ofertar divisas a través de DICOM, sino que – en palabras de Andrés Eloy Méndez, presidente de la Comisión de Economía de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) – “el papel del Estado será ver el origen, el uso y el destino de las divisas”. Además, se activarán 300 casas de cambio en todo el país (posiblemente para recepción de remesas)”.

¹⁰⁷ Gaceta Oficial N° 6.405 extraordinario de 7 de septiembre de 2018. Véase, entre otros, a Trocel, Andrea, “Libre convertibilidad de la moneda y sistema de mercado cambiario”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 72, Caracas, 2020, pp. 221 y ss.

Para cumplir con ese propósito, el artículo 1 formuló diversos principios para “establecer la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional, con el propósito de favorecer al desarrollo de la actividad económica, en un mercado cambiario ordenado en el que puedan desplegarse acciones para asegurar su óptimo funcionamiento”. En la práctica, esto se tradujo en el reconocimiento del derecho del sector privado a comprar y vender divisas fuera del BCV, cuyo rol se concentró en el sector público y las divisas provenientes de la exportación¹⁰⁸ (numerales “a” y “e”). Además, se concentró en el BCV la fijación de la tasa de cambio (bajo la denominación de “tipo de cambio de referencia de mercado único, fluctuante, producto de las operaciones de compraventa de moneda extranjera efectuadas por los particulares con la intermediación de los operadores cambiarios autorizados, a través de los distintos componentes del mercado” (literal “c”). Finalmente, se anunció la promoción de cuentas bancarias en moneda extranjera (literal “b”).

Esto quiere decir que el régimen de centralización cambiaria, por medio de la necesaria autorización para la adquisición y liquidación de divisas, quedó derogado (artículo 2)¹⁰⁹,

¹⁰⁸ En cuanto a las divisas provenientes de la exportación, el artículo 57 dispuso que *“las personas naturales y jurídicas privadas, dedicadas a la exportación de bienes y servicios, podrán retener y administrar libremente hasta el ochenta por ciento (80%) del ingreso que perciban en divisas, en razón de las exportaciones realizadas, para atender gastos, pagos y cualquier otra erogación que deban realizar con ocasión de sus actividades, incluidas aquellas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias conforme a la normativa que rige la materia. El resto de las divisas serán vendidas al Banco Central de Venezuela, al tipo de cambio de compra”*.

¹⁰⁹ Según esa norma, *“con el propósito de generar condiciones favorables a la estabilidad requerida para el desarrollo de la actividad económica y la inversión, se restablece la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional, por lo que cesan las restricciones sobre las operaciones cambiarias”*. Ello deja a salvo la regulación cambiaria que pueda adoptarse en el marco de la Ley del Banco Central de Venezuela (artículo 3). Según el artículo 6, *“salvo las excepciones establecidas en el presente Convenio Cambiario, el Banco Central de Venezuela centralizará la compra y venta de divisas y monedas extranjeras en el país, provenientes del sector público y de la*

no como efecto de la “derogatoria” de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos -que, en todo caso, no estableció tal control centralizado- sino como resultado de la derogatoria del Convenio Cambiario N° 1 dictado originalmente en 2003. Para efectos legales, la tasa de cambio aplicable “fluctuará libremente de acuerdo con la oferta y la demanda de las personas naturales o jurídicas a través del Sistema de Mercado Cambiario. El Banco Central de Venezuela publicará en su página web el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario a que se contrae el presente Convenio Cambiario” (artículo 9). Esto es, que el libre intercambio de divisas se hará por medio del “Sistema de Mercado Cambiario” regulado en los términos del Convenio¹¹⁰.

El nuevo Convenio Cambiario N° 1, de manera confusa, abordó la regulación de la libertad cambiaria junto con la regulación de la divisa como moneda. En el capítulo cuarto ahondaremos en esta diferencia para explicar el alcance limitado que esta reforma ha tenido. Por ahora, basta con aclarar que, en sentido estricto, el régimen cambiario alude a la compraventa de divisas, no al pago de obligaciones en divisas. Con lo cual, el Convenio Cambiario N° 1 derogó el principio general de centralización del mercado cambiario (o sea, el intercambio o compraventa de divisas) en el BCV, con la sola excepción de las divisas provenientes del sector público y el porcentaje de divisas de venta forzosa. Fuera esos casos, el Convenio reconoce el derecho de los operadores económicos

actividad exportadora, en los términos que se establecen en este Convenio Cambiario y los actos normativos que lo desarrollen”.

¹¹⁰ El artículo 11 dispone que: “*el Sistema de Mercado Cambiario corresponde a un sistema de compra y venta de moneda extranjera, en bolívares, en el que demandantes y oferentes participan sin restricción alguna*”. Según el artículo 12, “*quedan autorizados para actuar como operadores cambiarios en el Sistema de Mercado Cambiario los bancos universales regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario*”. La expresión “libre” alude a la ausencia de centralización del mercado cambiario, no a la ausencia de regulación sobre el funcionamiento de ese mercado. Además, el artículo 19 creó el mercado “al menudeo”.

privados a intercambiar directamente divisas. Ese intercambio, en todo caso, queda regulado en el llamado “Sistema de Mercado Cambiario”, que sin embargo no fue delineado en el Convenio. Además, la tasa de cambio aplicable fue igualmente regulada, al disponerse que el BCV anunciará esa tasa (que técnicamente debe responder a la fluctuación del mercado, aun cuando el Convenio no dispuso cómo el BCV determinaría esa fluctuación)¹¹¹.

Como se observa, el nuevo Convenio Cambiario N° 1 derogó la centralización del mercado cambiario en el BCV y reconoció el ejercicio de la libertad cambiaria mediante transacciones entre particulares, pero dentro de la regulación correspondiente al “Sistema de Mercado Cambiario” y bajo la tasa fijada por el BCV.

La derogatoria de la centralización del mercado de divisas en el BCV fue una reforma positiva, aun cuando ya para ese momento -por las razones expuestas- la capacidad del Estado de mantener le monopolio de la oferta de divisas se había agotado. Sin embargo, el nuevo Convenio no definió con claridad las instituciones o reglas del mercado privado de divisas, materia que quedó sometida al control político del Gobierno Nacional, en especial, del BCV. Con lo cual, la ausencia de instituciones claras, protectoras de los derechos económi-

¹¹¹ Esta materia fue regulada después, en la Resolución N° 19-05-01, “mediante la cual las instituciones bancarias regidas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario habilitadas para actuar como operadores cambiarios en el sistema de mercado cambiario, podrán pactar a través de sus mesas de cambio, entre clientes de esa institución, o en transacciones interbancarias, operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado mantenidas en el sistema financiero nacional o internacional, así como por los Organismos Internacionales, las Representaciones Diplomáticas, Consulares, sus funcionarios, y los funcionarios extranjeros de los Organismos Internacionales, debidamente acreditados ante el Gobierno Nacional” (Gaceta Oficial N° 41.624 de 2 de mayo de 2019). Véase, de Víctor Salmerón, “¿Cuáles son las implicaciones del nuevo esquema para la compra y venta de dólares?”, Prodavinci, 7 de mayo de 2019, tomado de: <https://prodavinci.com/cuales-son-las-implicaciones-del-nuevo-esquema-para-la-compra-y-venta-de-dolares/>

cos privados, aunado al desmantelamiento del Estado de Derecho y la pérdida de autonomía del BCV, impiden que esta reforma permita reconstruir, adecuadamente, los mecanismos de mercado¹¹².

A ello se le agrega la ausencia de una política integral de reforma económica que atienda a los problemas estructurales, marcados por el desequilibrio macroeconómico, el colapso de la industria petrolera y de su ingreso, la destrucción de los mecanismos de mercado, y la deuda externa pública. Todo ello, junto con la crisis económica causada por la pandemia de la COVID-19 declarada el 11 de marzo de 2020, permite comprender el limitado alcance que la reforma de 2018 ha tenido. Así, de acuerdo con Pedro Palma¹¹³:

“En la segunda mitad de 2018, y particularmente en 2019, se aligeró el control de cambios. Esto se debió a la incapacidad cada vez más manifiesta del Gobierno de seguir imponiendo su voluntad irrestricta sobre la sociedad civil en el proceso de asignación de los recursos externos. Esa inhabilidad se produjo, fundamentalmente, por la caída de los ingresos petroleros debido a la contracción sostenida de los volúmenes de producción y de exportación, a la caída de los precios petroleros de los últimos años y, más recientemente, al cierre del mercado petrolero estadounidense debido a las sanciones impuestas por el gobierno de los EE. UU. contra PDVSA el 21 de enero de 2019. También contribuyó a esa inhabilidad la reducción de las reservas internacionales y la eliminación de los fondos extrapresupuestarios del Gobierno, así como las limitaciones para obtener financiamiento internacional, agravadas por las sanciones financieras del gobierno estadounidense al sector público venezolano, impuestas en agosto de 2017 y abril de 2019, en este último caso contra el BCV”.

¹¹² Víctor Salmerón, “¿Cuáles son las implicaciones del nuevo esquema para la compra y venta de dólares?”, *cit*

¹¹³ Palma, Pedro, “El control cambiario entre 2003 y 2018. Mecanismo para subyugar, corromper y destruir”, en *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, *cit*, p. 216

De esa manera, esta reforma no eliminó el “dólar paralelo”, en sentido que junto al mercado regulado por el BCV y la tasa por éste fijada, se han mantenido transacciones al margen del mercado regulado con la información -opaca, como corresponde a su naturaleza informal- de la tasa del “dólar paralelo”¹¹⁴. Además, tampoco se ha logrado detener el proceso de dolarización de facto, que continúa junto con el intento del régimen de Nicolás Maduro de regular su funcionamiento¹¹⁵.

6. *Balance del control de cambio y su impacto en la cleptocracia en Venezuela*

El control de cambio en Venezuela respondió a un instrumento político a través del cual se promovió el control centralizado de la economía, considerando (i) la dependencia de la economía venezolana a las importaciones y (ii) la interrelación entre el control de cambio y el control de precio¹¹⁶.

Durante el boom petrolero iniciado en 2004, los efectos perversos del modelo económico socialista en general, y del control de precio en particular, no fueron evidentes, pues esos efectos fueron “amortiguados” por el boom de ingresos petroleros (y del endeudamiento), todo lo cual promovió un boom de consumo. Sin embargo, hacia el 2014, cuando el ingreso fiscal petrolero comenzó a caer la devastación ocasionada por ese modelo comenzó a ser evidente. Frente a ello, como se señaló antes, el régimen de Maduro optó por reducir drástica-

¹¹⁴ Salmerón, Víctor, “¿Qué está pasando con el dólar en Venezuela?”, *Prodavinci*, 15 de abril de 2020, en: <https://prodavinci.com/que-estapasando-con-el-dolar-en-venezuela/> Como resume el autor, para esa fecha, “en las últimas dos semanas, la cotización del dólar en el mercado paralelo registró un salto de 54% que lo catapultó hasta 135.211 bolívares, y de 41% en el mercado oficial, donde alcanzó la tasa de 113.833 bolívares”.

¹¹⁵ Salmerón, Víctor, “¿Cómo avanza la dolarización en Venezuela?”, *Prodavinci*, 30 de septiembre de 2020, en: <https://prodavinci.com/como-avanza-la-dolarizacion-en-venezuela/>

¹¹⁶ Véase El Nacional, 11 de octubre de 2016, “Aristóbulo Istúriz: El control de cambio en Venezuela es una medida política, no económica”.

mente las importaciones¹¹⁷ sin permitir de manera directa mecanismos privados de financiamiento en divisa. Por el contrario, el régimen de Maduro no solo mantuvo el control de cambio, sino que además mantuvo el control centralizado de precios –que resultó económicamente insostenible ante el agotamiento de la oferta de divisas por el Estado¹¹⁸–.

Esto quiere decir que a pesar de los signos que demostraban el agotamiento del control de cambio –especialmente asociado al control de precio– el régimen de Maduro optó por mantener tales controles, todo lo cual coadyuvó a la crisis humanitaria compleja, en el contexto de las políticas sistemáticas de violación de derechos humanos¹¹⁹.

La persistencia del control de cambio, como explicamos, respondió a motivaciones políticas, pues a través de la administración de divisas el Gobierno Nacional podía ejercer un control mayor sobre toda la economía. Pero igualmente la permanencia del control de cambio fue incentivada por las rentas derivadas de este régimen. En efecto, el diferencial entre la tasa oficial y la tasa del mercado paralelo creó incentivos para adquirir divisas por cualquiera de los mecanismos regulados, y proceder a su venta en el mercado paralelo, a los fines de capturar las rentas, o sea, los ingresos extraordinarios generados por ese diferencial causados por las restricciones a la oferta de divisas¹²⁰. Ello incentivó esquemas de corrupción,

¹¹⁷ Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “Anatomía de un colapso”, 2018.

¹¹⁸ La *Ley Orgánica de Precios Justos* de 2015 estableció un sistema general y centralizado de control de precios, en el cual el contravalor en bolívares de los bienes y servicios importados solo podía hacerse a las tasas de cambio reconocidas por el Estado. Esto contribuyó a reducir de manera importante la oferta de bienes y servicios, todo lo cual contribuyó al colapso de la economía.

¹¹⁹ Hausmann, Ricardo, “*La venalidad del mal*”, Prodavinci, 31 de julio de 2018 (<https://prodavinci.com/la-venalidad-del-mal/>).

¹²⁰ En términos sencillos, la renta es el incremento del precio de determinado factor de producción –y en general, la remuneración esperada de cierta actividad– debido a condiciones de escasez. Como puede observarse, en la medida en que la intervención administrativa de limita-

como incluso ha sido determinado en investigaciones criminales conducidas por el Gobierno de Unidos. De acuerdo con el Departamento de Justicia:¹²¹

“Venezuela tiene un sistema de cambio de moneda extranjera bajo el cual el gobierno puede cambiar la moneda local (bolívares) a una tasa fija por dólares estadounidenses. El tipo de cambio fijo ha estado muy por debajo del tipo económico real en un factor sustancial durante varios años. Por ejemplo, en 2014, el tipo de cambio fijo del gobierno venezolano era de aproximadamente seis bolívares por un dólar estadounidense. Por el contrario, el verdadero tipo de cambio económico era de aproximadamente sesenta bolívares por dólar estadounidense.

La diferencia entre la tasa fija y la tasa económica verdadera crea oportunidad de fraude y abuso. Por ejemplo, en 2014, una persona podría intercambiar 10 millones de dólares estadounidenses por 600 millones de bolívares a la tasa económica real. Entonces, si esa persona tuviera acceso a la tasa fija del gobierno, podría convertir ese mismo / 600 millones de bolívares en 100 millones de dólares estadounidenses. Básicamente, en dos transacciones, esa "persona podría comprar 100 millones de dólares estadounidenses por 10 millones de dólares estadounidenses.

ción restringe la oferta de bienes y servicios promoviendo escasez, ella incrementa la probabilidad de creación de rentas, lo que en la práctica quiere decir que el precio de determinado factor de producción aumenta como consecuencia de la escasez generada por la intervención administrativa. La creación de rentas es una consecuencia común de las limitaciones administrativas que crean derechos especiales o exclusivos, en tanto la exclusividad –al generar escasez– incrementa el precio del bien o servicio. En general, *Vid.* Fukuyama, Francis, *Political order and political decay*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014, pp. 81 y ss. Véase también a Tullock, Gordon, *Public Goods, Redistribution and Rent Seeking*, The Locke Institute-Edward Elgar, Northampton, 2005, pp. 20 y 92 y ss.

¹²¹ Acusación penal en el caso *Estados Unidos de América vs. Francisco Convit et al.*, de 23 de julio de 2018, tomado de: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/abraham-edgardo-ortega>. Traducción libre.

El fraude masivo y la corrupción son rampantes en todo el gobierno de Venezuela (...) Las estimaciones del fraude alcanzan los 20.000 millones de dólares al año, y los informes indican que los funcionarios gubernamentales corruptos reciben comisiones ilícitas para autorizar intercambios en los precios fijos.

La malversación de las menguantes reservas de divisas de Venezuela es el combustible de estos corruptos esquemas cambiarios. PDVSA es la principal fuente de ingresos y divisas de Venezuela (es decir, dólares estadounidenses y euro), y sirve como fuente de divisas utilizadas para encontrar esquemas corruptos de malversación de divisas. Al igual que con Venezuela en general, el fraude y la corrupción son comunes en PDVSA.

El estado de crisis social, política y económica de Venezuela en el que prosperan ecosistemas corruptos y criminales de miles de millones de dólares impulsa ríos de ingresos delictivos a través del sur de Florida, que se ha convertido en un centro internacional de lavado de dinero y un destino deseable para los afortunados criminales extranjeros y cleptócratas”.

El control de cambio, aunado al desmantelamiento del Estado de Derecho, promovió la corrupción administrativa que mutó en cleptocracia, al tiempo que la capacidad del Estado colapsaba, como explicamos en el capítulo tercero. Como Acemoglu y Robinson explican, la permanencia de regímenes cleptocráticos puede justificarse ante la estrategia de los regímenes autoritarios de desincentivar acciones colectivas de protesta, mediante represión (como castigo a quienes se oponen al régimen) y premios mediante el reparto de rentas (para desincentivar la oposición al régimen e incentivar su apoyo)¹²². El control de cambio, como mecanismo para la administración opaca del ingreso petrolero, precisamente, puede ser explica-

¹²² “Alfred Marshall Lecture: Kleptocracy and Divide-and-Rule: A Model of Personal Rule”, en *Journal of the European Economic Association* 2, N° 2/3, 2004, pp. 162 y ss.

do como una táctica para “premiar” la lealtad a los regímenes de Chávez y Maduro, incentivando la lealtad a esos regímenes. Y ello permitiría explicar por qué, agotado este modelo de repartos de rentas a partir de 2014 como resultado del colapso económico, Maduro optó por incrementar la represión.

Por ello, en realidad, el “desmontaje” del control de cambios fue aceptado por Maduro solo cuando la crisis económica agotó tal control, al punto que ya no se sostenía el mecanismo de monopolio de la oferta de divisas en manos del Estado. De acuerdo con Pedro Palma¹²³:

“A modo de resumen, puede decirse que la implementación de las normas contenidas en el Convenio Cambiario número 1 durante la segunda mitad de 2018, no generó un cambio de importancia en materia de política cambiaria, sino que fue más bien la ratificación del control cambiario que se venía implementando, con algunos cambios y adaptaciones. Tan solo hacia finales del año se notó un cambio de relativa importancia en materia de política económica y cambiaria, en primer término, al ajustarse el valor referencial del petro en un 150% hasta llevarlo a 9.000 bolívares soberanos, lo cual también significó un incremento de igual proporción del salario mínimo; en segundo término, al ponerse fin al período de estabilidad de la tasa Dicom e iniciarse a una fase de incremento más pronunciado de la misma y; en tercer término, a la puesta en marcha de una política monetaria algo más restrictiva a través del aumento progresivo de los encajes requeridos a la banca”.

Hay, en este sentido, cuatro indicios que apuntan al fracaso de la pretendida flexibilización de la libertad cambiaria.

.- En primer lugar, el “desmantelamiento” del control cambio procurado por medio de esta flexibilización fue, en todo caso, parcial, pues el Convenio creó un mercado cambiario regulado, cuyas reglas sin embargo no han sido definidas con claridad. Con lo cual, en la práctica, sigue manteniéndose

¹²³ Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela, cit.*

un mercado “paralelo” al mercado regulado en ese Convenio con una tasa igualmente paralela, lo que ha promovido al aumento de la tasa oficial¹²⁴.

.- En segundo lugar, tampoco se creó, con la estabilidad requerida, el mercado privado de divisas. Los mecanismos de mercado cambiario, destruidos a partir del régimen centralizado de 2003, no han sido debidamente restaurados, en parte, por la ausencia de Estado de Derecho. Luego, no hay una clara asignación de derechos económicos y de propiedad -todo lo cual incentiva la inseguridad jurídica y el surgimiento de mercados paralelos-.

.- En tercer lugar, la flexibilización del régimen cambiario no se acompañó de las reformas económicas integrales, con lo cual se han mantenido -agravadas en el tiempo- las restricciones a la oferta de divisas el marco de los graves desequilibrios macroeconómicos existentes.

.- Por último, en cuarto lugar, la dolarización sigue siendo un proceso de *facto*, o sea, derivado de instituciones informales y arreglos sociales, sin correspondencia con las reglas jurídicas en vigor, entre ellas, el citado Convenio Cambiario N° 1. La brecha entre las reglas jurídicas formales y la práctica, como se explica en el capítulo tercero, es índice revelador del colapso del Estado venezolano, y determinan la inaplicabilidad del artículo 7 del Código Civil, en tanto esas reglas jurídicas formales han perdido vigencia, en lo que puede conside-

¹²⁴ La tasa paralela no es determinada con transparencia, pues el mercado paralelo -o sea, el mercado privado cambiario conducido por cauces distintos a los previstos en el Convenio- tampoco es transparente. Cabe acotar que tampoco resulta transparente la determinación de la tasa oficial de referencia por el BCV, publicada en: <http://www.bcv.org.ve/>ágina. En todo caso, en 2021 se ha observado el incremento de la tasa oficial publicada por el BCV, lo que parece responder a la dinámica del dólar paralelo más que a transacciones transparentes realizadas en el mercado regulado en el Convenio Cambiario N° 1. Véase, de Víctor Salmerón, “El dólar escaló 30% en abril: ¿a cuánto llegará en lo que resta de año?”, *Runrun.es*, 7 de mayo de 2021, tomado de: <https://runrun.es/rr-es-plus/443201/el-dolar-escalo-30-en-abril-a-cuanto-llegara-en-lo-que-resta-de-ano/>

rarse como un “estado de hecho” derivado del colapso estatal. Esta situación genera importantes presiones sobre la economía, que se encuentra en clara tensión entre las instituciones formales -ancladas todavía en el bolívar como moneda de curso legal y en las disposiciones del Convenio Cambiario N° 1- y las instituciones informales -marcadas por la dolarización de facto y las transacciones de divisas al margen de los mecanismos derivados del citado Convenio-¹²⁵.

A lo anterior hay que agregar que la “derogatoria” de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, como vimos, dejó a salvo la posibilidad de investigar delitos cometidos en el pasado, lo que supone una clara contravención a los principios constitucionales que rigen a la aplicación de la Ley penal en el tiempo. Pero, más allá de ello, esta peculiar solución no es más que una especie de advertencia sobre el sector privado, pues el sistema de justicia -institucionalmente destruido- podrá actuar para criminalizar al sector privado, como ya sucedió antes, por ejemplo, en 2010.

En resumen, en Venezuela no se desmontó, jurídicamente, el control de cambio, en el sentido que el régimen de centralización impuesto en 2003 no ha sido sustituido por instituciones favorables al mercado (que denominamos “instituciones económicas inclusivas”). En la práctica, más bien, lo que sucedió es que el régimen centralizado colapsó como resultado de la progresiva pérdida de la capacidad estatal y, además, el agotamiento económico del mercado centralizado, pues el Estado no dispone de la capacidad financiera para seguir suministrando el mercado cambiario. Por ello, en realidad, el colapso del régimen cambiario ha dado lugar a mecanismos informales -o paralelos- de intercambio en el marco de la dolarización de *facto*.

¹²⁵ Esta tensión es evidente en diversos temas del sector bancario, como el encaje legal y el régimen jurídico de las cuentas en divisas. Este trabajo, sin embargo, no considera las implicaciones que tiene la dolarización de facto para el sector financiero. Sobre este tema, y en especial, el rol de las mesas de dinero, véase a Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, cit. pp. 502 y ss. y 327 y ss.

II. AUGE, EVOLUCIÓN Y COLAPSO DEL CONTROL DE PRECIOS

En febrero de 2003 se impuso en Venezuela el control del precio máximo de venta al público de ciertos bienes declarados esenciales o de primera necesidad, con base en el marco jurídico del control de precios establecido con anterioridad a la Constitución de 1999. La medida fue entonces justificada ante la necesidad de contrarrestar el alza de los precios como resultado de los mismos desequilibrios que habían sido empleados para justificar, un mes antes, el control de cambio. Pero como sucedió con el control de cambio, el control de precios no fue una técnica de intervención temporal, sino que se mantuvo -e incluso se mantiene actualmente- como parte esencial del modelo de planificación central sobre la economía.

A esos efectos, con el tiempo, el Gobierno amplió el ámbito del control de precios, pues pasó a limitar otras aristas de la libertad económica más allá de la libertad de precios, en especial, al imponer deberes de producción y comercialización de los bienes sujetos a control de precios, e incluso, al regularse la expropiación como sanción por la violación del régimen de control de precios. Luego, en 2011, el control de precios pasó a ser generalizado con la creación del “precio justo”, de acuerdo con el cual el precio de todos los bienes y servicios quedaba regulado, de manera directa o indirecta, a los fines de restringir los márgenes de ganancia a lo que el Gobierno, arbitrariamente, estimó como un margen justo. La ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente, en 2017, impuso el sistema de “precios acordados” que, en la práctica, ha funcionado como un instrumento de control unilateral del precio máximo. Esta evolución, errática por lo demás, estuvo acompañada de la creación de diversas Administraciones Públicas a cargo de supervisión el cumplimiento del control de precios.

El control de precios fue aplicado en el contexto del régimen cambiario, en el sentido que el suministro de divisas a tasa preferencial para el pago de importaciones permitía -en

teoría- cubrir los costos de acuerdo con el precio máximo fijado (generándose, en todo caso, una clara discriminación en contra de la producción nacional). Pero a medida que la intensidad del control de precio aumentaba, y la administración del régimen cambiario colapsaba, los efectos adversos del control de precios en la oferta se hacían más evidentes, en términos de desabastecimiento y escasez. En 2014, como vimos, los signos de agotamiento de estos controles eran evidentes, pese a lo cual el entonces Gobierno de Maduro optó por mantener el control de precios, incluso agravado con la figura del precio justo y la reforma introducida en 2015. Sin acceso a divisas, y además, con la capacidad del sector privado severamente diezmada como resultado de los controles centralizados y la política expropiatoria, el control de precios aceleró el colapso económico, que a partir de 2017 mutó en emergencia humanitaria compleja, la hiperinflación y la dolarización *de facto*.

Bajo estas condiciones económicas, el control de precios se tornó en inoperativo, más allá de su vigencia formal. Así, los precios en el intercambio de bienes y servicios no solo se fijaban al margen del precio máximo regulado, sino que además, y de manera gradual, esos precios se fijaban en divisas. Fue así como, en la práctica, el control de precios devino en inaplicable, a pesar de lo cual el régimen de Maduro ha seguido insistiendo, incluso en fecha reciente, con imponer medidas de control de precio.

1. *Los orígenes del control de precio y su relación con el control de cambio*

Siguiendo la tradición venezolana sobre controles de precios, en 1995 es dictada la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*¹²⁶. El artículo 5 de esa Ley atribuyó a la Presidencia de la República una competencia indebidamente indetermi-

¹²⁶ Gaceta Oficial N° 4.898 extraordinario de 17 de mayo de 1995. Véase, en general, a Abadi, Anabella y García, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la "guerra económica", cit.*

nada, que le permitía “adoptar las medidas necesarias para contrarrestar el alza indebida de precios”. A tales efectos, correspondía a la Presidencia de la República declarar “bienes y servicios como de primera necesidad” previo informe elaborado por los “organismos competentes en materia de precios”. Decretados los bienes y servicios como de primera necesidad, los Ministros competentes según el sector podían establecer mediante Resolución el *precio máximo de venta o de prestación de servicios al público* (artículo 40). Esta norma exigía que la fijación de tal precio máximo tomara en cuenta los elementos ahí identificados: calidad, costos de producción, denominación, forma y peso, entre otros. Es decir, que no bastaba la fijación del precio máximo. Se exigía, además, una motivación fundada en esos elementos que, en adición, debía ser objetiva, todo lo cual evidencia que los motivos de hecho esenciales para la adopción de esta medida de regulación debían basarse en aspectos técnicos, que no de oportunidad y mérito.

Fue precisamente en ejecución de esa Ley que el entonces presidente Hugo Chávez, en febrero de 2003, dictó el Decreto N° 2.304, *mediante el cual se declaran bienes y servicios de primera necesidad en todo el territorio nacional, los que en él se señalan*¹²⁷. Ese Decreto era la base jurídica para adoptar el control de precio mediante la fijación del precio máximo de venta al público. A estos efectos, el Decreto justificó este control en las mismas condiciones económicas que habían llevado a imponer el control de cambio en enero de 2003:

“Que las circunstancias económicas imperantes en el país han obligado al Ejecutivo Nacional a implementar medidas temporales relativas al régimen cambiario, lo cual presionará los precios de bienes y servicios, pudiendo originar alzas indebidas y arbitrarias de los mismos, en evidente perjuicio de los consumidores”

A partir de entonces, mediante Resoluciones ministeriales, se fijó el precio máximo de venta al público de diversos bienes, muy en especial, en el sector de alimentación, bajo la

¹²⁷ Gaceta Oficial N° 37.626 de 6 de febrero de 2003.

supervisión del Instituto para la Defensa del Consumidor y el Usuario (INDECU)¹²⁸. En resumen, los rasgos centrales del control de precio impuesto al amparo de esta regulación fueron los siguientes¹²⁹:

a) Amplio alcance: El régimen de control de precio se enfocó en el sector de los alimentos, a partir de la enumeración que trae el Decreto N° 2.304. Por ejemplo, se dictaron controles de precio para el arroz de mesa, harina de maíz precocida, pastas alimenticias, carnes, sardinas enlatadas, atún enlatado, leche, quesos, huevos de gallina, aceites comestibles, excepto aceite de oliva, margarina, azúcar, salsa de tomate, café molido y en grano, y sal, por ejemplo. También se sujetaron a control de precio productos de cuidado personales, como pañales desechables, champú, acondicionador y crema dental.

b) Ausencia de controles efectivos sobre el precio de materia prima e insumos: El control recaía sobre el precio que ha de pagar el consumidor final, para lo cual, las Resoluciones directa o indirectamente regularon el precio de los insumos y materias primas necesarias para la fabricación del producto final. Empero, en la práctica, la supervisión del control de precio se limitó a ese precio final, sin ponderar necesariamente el respeto del precio máximo por parte de los proveedores de materia prima e insumos. En otros casos, el control de esta materia prima e insumos resultó insuficiente¹³⁰. Con lo cual, en

¹²⁸ El exiguo régimen jurídico del control de precio de la Ley de 1995 sería básicamente reproducido en la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 2004 (Gaceta Oficial N° 37.930 de 4 de mayo de 2004). Véase nuestro análisis en *Comentarios a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, FUNEDA, Caracas, 2004.

¹²⁹ Véase nuestro análisis en la obra colectiva *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, cit

¹³⁰ Tomemos como ejemplo la Resolución Conjunta N° DM-083, DM-0048-2009 y DM-038-09, por la cual se fija en todo el territorio nacional, el Precio Máximo de Venta al Público, de la Harina de Maíz Precocido y el Precio del Maíz Blanco de Producción Nacional, en los términos en ella señalados (GO N° 39.208 de 26 de junio de 2009). Además de fijar el precio máximo del maíz precocido, también se fijó

suma, el propio régimen de control de precio obligó al proveedor a vender el bien el precio máximo fijado, pero permitió -o no impidió efectivamente- el incremento del precio de los insumos y materia prima.

c) Fijación de precios arbitrarios: Otra de las características de las Resoluciones que fijaron el precio máximo es la inmotivación del precio regulado, en tanto no se indicó, ni quiera referencialmente, los elementos técnicos que permitieron a la Administración ponderar las razones por las cuales este precio resultaba adecuado para asegurar el acceso de las personas a los bienes, garantizando, simultáneamente, el derecho a la rentabilidad razonable del proveedor.

d) Desactualización del precio regulado y la “confiscación encubierta”: El precio máximo fijado desde el 2003 no se actualizó debidamente, lo que supuso que la inflación haya sido, en ocasiones, superior al incremento del precio máximo regulado¹³¹. Esto implicó que, en la práctica, y por efecto de la inflación, ese precio máximo fijado resultaba inferior a los costes de producción, lo que suponía una “confiscación encubierta” o una medida con efectos expropiatorios¹³².

el precio del maíz blanco neto acondicionado de producción nacional, pero sin acotar que se trataba de un precio máximo, previendo incluso la posibilidad de pagos de sobrecargos

¹³¹ Como se concluyó “entre 2003 y 2012, se mantuvieron controlados los precios de casi un centenar de bienes y servicios primera necesidad. Desde 2005, los ajustes de precio se hicieron menos frecuentes y de manera selectiva (ver Tabla 7), obligando a los productores a asumir los crecientes costos en un contexto inflacionario”. Vid.: Abadi, Anabella y García, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la “guerra económica”*, cit, 47.

¹³² Incluso, en ocasiones el precio máximo se modificaba, pero para disminuirlo. Por ejemplo, originalmente la Resolución Conjunta N° DM 430, DM 129-2008 y DM 0055 (Gaceta N°: 38.991 de 11 agosto de 2008) fijó el precio máximo de las pastas alimenticias elaboradas con mezcla de trigo (Sémola Durum y Sémola) en Bs.F.: 3,39 (presentación de 1 kg); Bs.F. 2,11 (presentación de 500 g) y Bs.F 1,18 (presentación de 250 g). Poco después, la Resolución Conjunta N° DM-028, DM-0027-2009 y DM-023-09 (GO N° 39.160 de 17 de abril de 2009), modificó el precio máximo de

El efecto acumulado de estas características fue el desestimulo a la oferta de los bienes cuyos precios máximos habían sido fijados. Así, el precio máximo solía fijarse por debajo de la estructura de costos o, en todo caso, con un margen que no generaba incentivos para la oferta. Pero, además los precios fijados quedaban “congelados”, con lo cual, ante la creciente inflación, el precio máximo fijado se tornaba insuficiente. La arbitraria implementación del control de precios ocasionó perjuicios patrimoniales al sector privado ante la destrucción de la riqueza generada por los precios fijados por debajo de costos o, en su caso, al margen de márgenes razonables de rentabilidad. De allí el efecto expropiatorio o de confiscación encubierta que el control de precios generó en el sector privado. A ello debe sumársele los otros controles centralizados que fueron imponiéndose, así como la arbitraria política de expropiación implementada especialmente a partir de 2006. El resultado de todo este cuadro fue la destrucción de los mecanismos de mercado y, con ello, de la capacidad del sector privado para ofrecer bienes y servicios¹³³.

2. La “defensa popular” del control de precio

Luego de la reelección de Chávez en 2006, y con la propuesta formal del modelo socialista formulado, se propuso ampliar el régimen de control del precio hacia ilícitos económicos tradicionalmente regulados en el marco del Derecho a la Competencia, como el boicot. La propuesta inicial consistió en derogar la *Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia*, de 1992, y dictar una nueva Ley en materia de antimonopolio para implementar, por esa vía, técnicas adicionales de control de precio. Esta propuesta se basó en la narra-

esos alimentos, pero para disminuirlo. Así, el nuevo precio máximo fijado en Bs.F. 3,26 (1 kg); Bs.F. 2,03 (500 g) y Bs.F. 1,13 (250 g).

¹³³ Curiel, Claudia, “The Suppression of the Competition Policy Agenda in the Context of an Over-regulated Economy: The Case of Venezuela”, en *State-Initiated Restraints of Competition*, ASCOLA Competition Law Series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, pp. 213-238.

tiva según la cual el sector privado, por medio de ilícitos genéricamente calificados como “monopolio”, atentaba en contra del orden público¹³⁴.

La propuesta, aun cuando fue desechada, llevó en 2007 a la aprobación del *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios* (en lo sucesivo LEDPA)¹³⁵. Esta Ley tuvo por objeto (i) regular nuevas técnicas de supervisión del control de precio; (ii) establecer cauces de participación ciudadana para de control, en el contexto del inconstitucional del Estado Comunal; (iii) establecer el régimen de sanciones aplicables a los ilícitos que impliquen la indebida obstaculización al ejercicio del derecho de acceso a los alimentos o productos sometidos a control de precio; y, por último, (iv) definir el procedimiento administrativo especial a través del cual las Administraciones Públicas podrán adoptar las medidas reconocidas en la Ley.

La LEDPA se aplicó junto con la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, con el propósito de reforzar el control de precio, pero en especial, a los fines de establecer -de manera imprecisa, por lo demás- deberes de actuación positivos en relación con las actividades de comercialización de los productos cuyo precio fue regulado. Para ello, el artículo 5 de la LEDPA declaró servicio público a las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precio. Declaratoria de servicio público cuya principal

¹³⁴ Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a la Ley antimonopolio*, FUNEDA-CIDEP, Caracas, 2018, pp. 61 y ss.

¹³⁵ Gaceta Oficial N° 38.629, de 21 de febrero de 2007. Luego reformada mediante el Decreto-Ley número 5.835, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.862 de 31 de enero de 2008. Véanse nuestros comentarios Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a nueva Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios*, FUNEDA, Caracas, 2008.

consecuencia práctica era reconocer el deber de los proveedores de gestionar esas actividades conforme al principio de continuidad, quedando proscritas las interrupciones “injustificadas” en tal gestión.

En la práctica, esta norma habilitó ampliamente a la Administración para obligar a los operadores económicos a mantener la comercialización de tales productos. Con ello se limitó -más todavía- el derecho de libertad de empresa al restringirse indebidamente el derecho a cesar en la actividad emprendida, en especial, cuando el control de precio no permitía la recuperación de costos o ingreso razonables.

Junto a esa disposición, el artículo 4 de la LEDPA declaró de utilidad pública e interés social “*todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precios*”. Tal disposición fue empleada para justificar la arbitraria potestad expropiatoria, sin necesidad de agotar previamente el arreglo amigable, como acota el propio artículo 4¹³⁶.

Las declaratoria de servicio público y la potestad expropiatoria fueron las técnicas de intervención administrativas a través de las cuales el control de precio pasó de una limitación

¹³⁶ La expropiación por causa de utilidad pública e interés social, con base en el artículo 115 de la Constitución, se basa en diversas garantías jurídicas sistematizadas en la *Ley de expropiación por causa de utilidad pública e interés social*. En especial, la expropiación solo procede para la realización de una obra o actividad declarada por Ley de utilidad pública e interés social, siempre procurando el acuerdo con el propietario, y a falta de acuerdo, a través del correspondiente juicio, garantizando el pago de la justa indemnización (Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014). Estas garantías fueron violadas, pues se consideró que la propia empresa era la “obra de utilidad pública e interés social”, todo lo cual amplió indebidamente el alcance de la expropiación, además, al margen de los acuerdos con los propietarios y también, al margen del juicio expropiatorio y del pago previo de la justa expropiación. Muchas de estas expropiaciones arbitrarias se justificaron en supuestas violaciones al control de precios.

negativa -prohibición de vender a un precio superior al regulado- a una limitación positiva -deber de mantener la comercialización de los productos-.

Además, la LEDPA avanzó en la regulación de ilícitos penales relacionados con la violación de la regulación administrativa de la economía. Para ello, y de manera imprecisa, la Ley tipificó delitos relacionados con el acaparamiento, boicot y otras medidas similares que en suma, avanzaron en la progresiva criminalización del sector empresarial privado.

Asimismo, en cuanto a la supervisión del control del precio, interesa resaltar dos novedades iniciadas con esta Ley. Así, por un lado, se crearon mecanismos de supervisión a cargo de organizaciones privadas, sujetas sin embargo al control político del Gobierno con el propósito de promover la implantación del modelo socialista. En tal sentido, la Ley creó a los "Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento", que eran comités de trabajo de los Consejos Comunales que se habían creado en 2005. En la práctica, estos "Comités" eran organizaciones políticas, paralelas al partido de Gobierno, a quienes quiso conferírsele potestad de supervisión, incrementando la inseguridad jurídica en el intercambio económico¹³⁷.

Además, la potestad de supervisión regulada en esta Ley no fue asignada a ningún órgano o ente específico, todo lo cual favoreció a que tal potestad también fuese asumida por la Fuerza Armada, en concreto por la Guardia Nacional, promoviéndose así la "militarización" de la supervisión de los controles centralizados sobre la economía¹³⁸.

¹³⁷ Raffalli, Juan, "Límites constitucionales de la contraloría social popular", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 133 y ss.

¹³⁸ Esta "militarización", en realidad, fue un principio general de los controles centralizados, especialmente luego del 2006. Así, por ejemplo, en 2009 se regularon las llamadas "guías de movilización" como técnicas de control centralizado de la actividad económica de distribución (Resolución Conjunta N° DM 191 2008, DM 0080 y DM S/N, *mediante la cual se Regula la Movilización de Productos y Subproductos de Origen Vegetal en su Estado Natural, de Productos Alimenticios Terminados Destinados a la Comercialización y Consumo Humano, y la Movilización de*

Esta indeterminación derivó en procedimientos de inspección que, a la postre, resultaron contrarios al derecho al debido procedimiento y al derecho a la defensa. Así, en la práctica, las “medidas cautelares” dictadas en el marco de procedimientos de inspección tenían efectos permanentes, en ocasiones referidos a medidas cautelares que imponían controles de precio, o medidas de “ocupación” de instalaciones de los operadores económicos, que en casos extremos, degeneraron en medidas de efectos expropiatorios, pues la ocupación, lejos de ser temporal, degeneraba en la pérdida permanente de control sobre la instalación ocupada -aun cuando su propiedad nunca era, formalmente, adquirida por el Estado-.

En efecto, el artículo 13.1 de la LEDPA reguló la figura de la ocupación material como un supuesto de intervención temporal de empresas¹³⁹, esto es, la medida mediante la cual la Administración se sustituye temporalmente en la gestión de la empresa. Así lo reconoce en segundo párrafo de ese numeral, al precisar que:

Productos Alimenticios Terminados, Destinados a la Comercialización para Consumo Animal con Incidencia Directa en el Consumo Humano, Gaceta Oficial N° 39.113 de 4 de febrero de 2009). Según su artículo 16, la “Fuerza Armada Nacional, a través del componente Guardia Nacional Bolivariana, prestará a los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación y para la Agricultura y Tierras, el apoyo necesario para garantizar el cumplimiento de la presente Resolución, y a tales efectos ordenará a los diferentes Comandos Regionales, Destacamentos, Compañías y demás unidades adscritas, la observancia de las obligaciones y requisitos aquí establecidos, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”.

¹³⁹ Como concluye Sebastián Martín-Retortillo Baquer, el “instituto jurídico de la intervención de empresas supone que, sin incidir en la titularidad de sus elementos patrimoniales, se procede a la sustitución de sus órganos normales de gestión: por causas distintas son relevados de sus funciones, que pasan a ser ejercidas, con marcado carácter sustitutorio, por quienes legalmente se establece” (*Derecho administrativo económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991, p. 203).

“La medida señalada en este numeral se materializará mediante la posesión inmediata, la puesta en operatividad y el aprovechamiento del establecimiento o local por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la seguridad alimentaria”.

La justificación formal de esta medida la encontramos en el primer párrafo del numeral comentado. De esa manera, la intervención temporal procedía en caso de cierre, abandono, restricción, u obstaculización de las actividades comprendidas en el artículo 3, cuando ello afecte injustificadamente las *reglas del servicio público* previstas en el artículo 5. Esto acredita que la LEDPA formalizó el principio -inconstitucional- conforme al cual las actividades económicas orientadas a la producción y comercialización de los bienes sometidos a control de precio debían ser realizadas, incluso en contra de la voluntad de los operadores económicos, al considerarse actividades de servicio público.

Asimismo, la LEDPA reguló como medida cautelar el comiso inmediato de los productos sometidos a control de precio, en caso de que el establecimiento cierre sus actividades, niegue la venta de tales alimentos o incurra en acaparamiento (artículo 13.2). El comiso, conocido también como decomiso, implica la adquisición forzosa del bien que constituye el cuerpo del delito¹⁴⁰, con lo cual, solo procede en el marco de

¹⁴⁰ El comiso es una medida punitiva, con lo cual, no genera derecho alguno de indemnización. A través del comiso -llamado también *decomiso*- el Estado adquiere coactivamente bienes que constituyen el cuerpo del delito. Se le diferencia de la expropiación, en tanto ésta no es una medida punitiva, sino por el contrario, el modo forzoso de adquisición de la propiedad privada debido a la ejecución de una obra o actividad de interés público, previo pago de justa indemnización. Ya la *Ley contra el acaparamiento y la especulación*, de 1947, reguló la figura del comiso de las “mercaderías” a través de las cuales se llevaban a cabo los ilícitos previstos en la Ley, con la advertencia de que tales bienes serían vendidos al precio regulado, todo ello -advertimos- en el marco de un previo proceso penal. *Vid.* Araujo, Ana Elvira y Salomón de Padrón, Magdalena, “Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, Archivo de Dere-

procesos penales. Pero en este caso se contempló -inconstitucionalmente- como una medida administrativa, que, en la práctica, tenía efectos expropiatorios.

Estos procedimientos eran conducidos, de manera descoordinada, no solo por la Administración a cargo de supervisar el control de precio (el INDECU, bajo la legislación comentada), sino por otras Administraciones Públicas creadas para supervisar la aplicación de controles centralizados, como la Superintendencia Nacional de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas¹⁴¹. Pero además también las Fuerzas Armadas, especialmente a través de la Guardia Nacional, asumieron la sustanciación de estos procedimientos arbitrarios de inspección del control de precio¹⁴².

Estos procedimientos de inspección, además, también eran sustanciados por las organizaciones del entonces incipiente "Estado Comunal", pues como vimos, la LEDPA creó a los "Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento", lo cuales conducían arbitrariamente inspecciones sin presencia de funcionarios, o acompañado a los funcionarios actuantes, tanto de la Administración civil (como el INDECU) como de la Administración militar (la Guardia Nacional). Esto resultó

cho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 125 y ss. En el ámbito de la actividad administrativa de policía de aduanas, existe la figura del "decomiso" de bienes presuntamente incursos en infracciones, pero se trata, en realidad, de la retención preventiva de tales bienes y no de su apoderamiento coactivo, razón por la cual no se precisa intervención del Poder Judicial. *Vid.* sentencia de la Sala Político-Administrativa de 25 de octubre de 2006, caso *Representaciones Dolé, C.A.*

¹⁴¹ Creada en la Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícola, de 2003, luego reformada en 2006 (Gaceta Oficial N° 38.419 de 18 de abril de 2006). Esta Superintendencia administró las "guías de movilización", que como vimos, evolucionaron hacia inconstitucionales controles centralizados. Pero también participaba, descoordinadamente, en inspecciones en materia de control de precio.

¹⁴² *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, "Planificación y soberanía alimentaria", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 389 y ss.

en una clara extralimitación, pues lo cierto es que la LEDPA no asignó a tales “comités”, ni habría podido hacerlo, potestades administrativas de inspección. Pero en la práctica, de manera desordenada, estos “comités” -y otras figuras afines al Estado Comunal- participan en inspecciones.

En tal sentido, y en resumen, la LEDPA supuso un cambio importante en la política de control de precios, pues del control sobre bienes y servicios esenciales de primera necesidad, se pasó gradualmente a un control integral sobre todas las decisiones empresariales. Para ello, la LEDPA amplió las potestades administrativas de supervisión y control sobre el sector económico privado.

3. *La garantía de acceso a los bienes y servicios y la obligación de producir bienes sometidos a control de precio*

La LEDPA coexistió con la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 2005, lo que planteó diversos problemas prácticos. Ello se solucionó con la fusión de ambas Leyes en el Decreto con rango y fuerza de *Ley de Defensa a las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios* (LDPABS), de 2008¹⁴³. Como ambas Leyes fueron fusionadas, la LDPABS formalizó el régimen de control de precios sobre bienes y servicios declarados esenciales o de primera necesidad, pero en el marco de amplias normas punitivas e imprecisas normas de supervisión del control de precio, además, en el marco de mecanismos centralizados basados en el deber -indeterminado- de los operadores económicos privados de ofrecer los productos cuyo

¹⁴³ Gaceta Oficial N° 5.889 extraordinario del 31 de julio de 2008. El Decreto-Ley sería reformado sucesivas veces, en la Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 39.165 de 24 de abril de 2009, y luego en la Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 de 1 de febrero de 2010. Véase entre otros, a Alfonzo, Juan, “Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto N° 6.092 con rango valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios”, en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 242 y ss.

precio quedó regulado. Por ello, y como demostró el nombre de la Ley, el derecho a la ofertar libremente bienes y servicios y, por ende, el derecho de los consumidores y usuarios a *seleccionar* libremente bienes y servicios de su preferencia fue sustituido por el derecho a acceder únicamente a los bienes y servicios ofrecidos en los términos y condiciones del control centralizado sobre la economía.

La LDPABS mantuvo, en su contenido general, el régimen de control de precio vigente para ese momento, marcado por tres principios generales que conviene resumir: (i) el control de precio solo versaba sobre bienes y servicios declarados esenciales o de primera necesidad, aun cuando en la práctica, como vimos, el catálogo de productos regulados fue bastante amplio. Además, (ii) el control de precio fue acompañado de disposiciones muy imprecisas que, sobre la base de la calificación de “servicio público”, se traducían en deberes de producción y comercialización de los productos sujetos a control de precio. Finalmente, (iii) se reguló a la expropiación como una inconstitucional sanción, ante cualquier incumplimiento del régimen de control de precios¹⁴⁴. Además, esa Ley mantuvo las medidas cautelares que, en la práctica, tenían efectos expropiatorios, como es el caso, especialmente, de las medidas de ocupación¹⁴⁵.

La supervisión de la Ley se encomendó a un nuevo ente, el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS). Como sucedió con la Ley

¹⁴⁴ Como explicamos en Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2016, pp. 89 y ss. Véase igualmente a Canova, Antonio et al., *¿Expropiaciones o vías de hecho?*, FUNEDA-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, pp. 131 y ss. Véase sobre esto, a Azpurua, José, “Análisis económico de la sanción de expropiación en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios”, en *Anuario de Derecho Público* N° 4, Caracas, 2011, pp. 159 y ss.

¹⁴⁵ Anzola, Karina, “El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios”, en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 271 y ss.

anterior, en la práctica, esta supervisión fue realizada al margen de cualquier coordinación, por otros órganos y entes de la Administración Pública, por la Fuerza Armada, y por los “comités” y otras organizaciones del Estado Comunal¹⁴⁶.

Como ejemplo de la articulación de estos tres principios, en función a su efecto adverso sobre los mecanismos de mercado, podemos citar el caso de la Resolución Conjunta N° DM 474, DM 001 2009, DM 004 y DM 005, “*por la cual se establecen las condiciones de comercialización y los niveles de producción e importación que debe cumplir la agroindustria y los importadores para los productos alimenticios regulados que se elaboran a partir de una misma materia prima*”, de 13 de enero de 2009¹⁴⁷. Apartando detalles, interesa destacar que esa regulación, en el marco del control de precios, creó controles sobre las condiciones de comercialización y los niveles de producción e importación, aplicables en sentido general a las *categorías* de productos sujetos a control de precio, más allá de su *especialidad*.

Otro hito importante se alcanzó el 2 de marzo de 2009, con la Resolución Conjunta N° DM-490, DM-0017 2009 y DM-016 09, *por la cual se establecen las proporciones mínimas obligatorias que la agroindustria deberá cumplir al elaborar y comercializar presentaciones reguladas, variedades de éstas o presentaciones excluidas, a partir de productos o subproductos cuyos precios son objeto de regulación de precios por parte del Ejecutivo Nacional*¹⁴⁸. Sobre la base de la genérica declaración de servicio público, esta Resolución impuso cuotas mínimas de producción de los productos sujetos a control de precio, para así reforzar la producción y comercialización coactiva de esos productos, más allá de su rentabilidad.

¹⁴⁶ Raffalli, Juan, “Aspectos generales y potestades extraordinarias del Estado previstas en el Decreto-Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios”, en *Revista de Derecho Regulatorio* N° 1, Caracas 2008, pp. 277 y ss.

¹⁴⁷ Gaceta Oficial N° 39.097 de 13 de enero de 2009.

¹⁴⁸ Gaceta Oficial N° 39.129 de 2 de marzo de 2009.

La consecuencia práctica de ello es que se limitaba la libertad de producir bienes distintos a aquellos sujetos a control de precio¹⁴⁹.

Según vimos, el control de precio se caracterizó por fijar precios arbitrarios -no consistentes con la estructura de costos- que además no eran revisados periódicamente. En ejercicio del derecho a la libertad de empresa, y para proteger su patrimonio, los operadores económicos optaron por cesar la producción de esos bienes, ante lo cual, se establecieron imprecisos deberes de servicio público con el fin de obligar la producción y comercialización de esos bienes, incluso a pérdida. El mercado reaccionó a esa medida arbitraria creando modalidades especiales de los productos sometidos a control de precio, pero a un precio superior a éste, considerando -razonablemente- que el control solo regía a las categorías básicas, no así a las variedades especiales. Para frenar esta reacción, la regulación comentada no solo reforzó deberes positivos de producción y comercialización, sino que además extendió el control de precio a todas las especialidades de los géneros sujetos a control de precio.

A tales efectos, se regularon tres precios: el precio máximo de venta al público (PMVP); precio de venta al público (PVP) y precio sugerido de venta al público (PVS)¹⁵⁰. Esto reflejó otra carga aneja al control de precio, a saber, la forma en la que el precio debía ser marcado. Por un lado, como regla, el marcaje del precio debía efectuarse en el empaque y de

¹⁴⁹ Por ejemplo, la cuota del arroz blanco de mesa fue del 80%, lo que en la práctica implicó que toda empresa dedicada a la producción de ese bien debía producir el arroz en la modalidad regulada, al menos, en un 80% de su capacidad. Esto llevó a la arbitraria ocupación de una planta que solo producía una modalidad especial de arroz, todo lo cual derivó luego en la arbitraria expropiación de los activos de producción de arroz. Véase: "Venezuela sólo expropiara a Cargill su planta arroz", *Reuters*, 5 de marzo de 2009, tomado de: <https://www.reuters.com/article/latinoamerica-alimentos-venezuela-cargill-idLTASIE5241MK20090305>

¹⁵⁰ Providencia Administrativa N° 13 (Gaceta Oficial N° 40.199 de 2 de julio de 2011).

manera indeleble, lo que generó diversos problemas operativos (incluso, por escasez de los insumos necesarios para el marcaje). Pero además la tendencia fue asignar el deber de marcaje al productor o importador, en especial, en caso del PMVP, todo lo cual colidió con un principio basado en la libre competencia, de acuerdo con el cual se considera adverso a la eficiencia económica la fijación de precios de reventa, pues el precio de venta al consumidor o al usuario final debe hacerlo el proveedor a nivel de comercialización. Esa libertad, en todo caso, fue destruida en el marco del control de precio.

En resumen, la LDPABS formalizó el modelo de intervención administrativa en la economía que, a partir del control de precio, devino en controles centralizados adicionales, que gradualmente extendieron el ejercicio abusivo de la potestad expropiatoria (tanto aplicada como sanción, como en los casos de medidas cautelares de ocupación que en la práctica generaron efectos expropiatorios). Todo ello reforzó las restricciones sobre la libertad de empresa, en tanto los operadores económicos fueron emplazados a producir y comercializar los productos sujetos a control de precio, incluso, en relación con las variedades especiales. El mejor reflejo de ello es que la LDPABS no garantizó el derecho a *seleccionar* bienes -como se desprende de los artículos 113 y 117 constitucionales- sino sólo el derecho a *acceder* a los bienes ofrecidos restringidamente en el marco de los controles centralizados.

4. *La centralización del control de precio, el "precio justo" y la "guerra económica"*

La evolución del control de precio, entre 2003 y 2011, llevó a ampliar su alcance, al aplicar a todas las modalidades de los productos genéricamente sometidos a precio máximo en función a su previa declaratoria como productos esenciales de primera necesidad. Este régimen se complementó con deberes imprecisos de producción y comercialización, que luego fueron reforzados con la fijación de cuotas mínimas de producción. Con todo, hasta el 2011, este régimen aplicaba -teórica-

mente- solo a los bienes y servicios expresamente sometidos a control de precios, típicamente, en el sector de alimentos y medicamentos¹⁵¹.

Este modelo cambió en 2011, con el Decreto con rango y fuerza de *Ley de Costos y Precios Justos*¹⁵². La principal modificación fue que el control de precio pasó a ser general, esto es, que todos los bienes y servicios quedaron sujetos a control de precio bajo dos modalidades: (i) el precio máximo fijado por la Administración, o (ii) el precio fijado por los operadores económicos, pero siguiendo los imprecisos criterios de la Ley en cuanto a la estructura de costos y margen de ganancia. La centralización del control de precios, así, fue justificada mediante la criminalización del sector privado, como se lee en la exposición de motivos de este Decreto-Ley:

“Los abusos flagrantes del poder monopólico en muchos sectores de la economía han originado que la base de acumulación de capital se materialice en los elevados márgenes de ganancia que implica el alza constante de precios sin ninguna razón más que la explotación directa e indirecta del pueblo”.

A tales efectos, se creó la Superintendencia Nacional de Costos y Precios Justos (SUNDECOP), dentro del Sistema Nacional Integrado de Costos y Precios, ente que asumió el control y planificación de costos y precios, incluso, para fijar unilateralmente el precio justo, cuando considere que el precio determinado autónomamente era abusivo o injustificado (artículo 16).

¹⁵¹ Es importante aclarar que el control de precio en medicamentos quedó regulado por una Ley especial, a saber, la *Ley de Medicamentos* (Gaceta Oficial N° 37.006, de 3 de agosto de 2000).

¹⁵² Gaceta Oficial N° 39.715 de 18 de julio de 2011. Véase nuestro artículo “Libertad de empresa y Ley de costos y precios justos”, en Nikken, Claudia *et al.*, *Ley de costos y precios justos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

En todo caso, en sus inicios, esta Ley solo aplicó a un catálogo definido de productos, pero se mantuvo el control de precios sobre bienes esenciales bajo la LEDPA¹⁵³.

Para ese momento, los efectos de ocho años de control de precios ya se estaban haciendo sentir, en términos de desabastecimiento y escasez. Precisamente, en el marco de la – inconstitucional- Ley Habilitante otorgada al Ejecutivo Nacional en 2013¹⁵⁴, comenzó a aludirse a una “guerra económica” como causa de esa crisis económica, lo que llevó a finales del 2013 a la realización de inspecciones que acordaron “rebajas” o “ajustes” de precios, en violación a las garantías básicas de todo procedimiento administrativo¹⁵⁵.

En ausencia del principio de separación de poderes, esta narrativa fue incluso avalada por la Asamblea Nacional, que en 2013 aprobó el Acuerdo *en Respaldo a las Acciones Implementadas por el Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, contra la Guerra Económica y en Defensa de las Garantías Sociales del Pueblo Venezolano*¹⁵⁶:

“(…) empresarios inescrupulosos del país han venido desarrollando acciones criminales de especulación, usura y acaparamiento masivo de alimentos, medicinas, electrodomésticos y un amplio espectro de bienes en nuestra sociedad, lo cual ha

¹⁵³ Providencia N° 054, mediante la cual se reimprime la Providencia Administrativa N° 053, de fecha 27 de febrero de 2012, que a su vez estableció un sistema heterogéneo de controles de precios (*Gaceta Oficial* N° 39.872 de 28 de febrero de 2012).

¹⁵⁴ *Gaceta Oficial* N° 6.112 extraordinario de 19 de noviembre de 2013. Inconstitucional, entre otras cosas, por su indeterminación material y validez temporal excesiva.

¹⁵⁵ Básicamente, se trató de inspecciones que, al margen del previo procedimiento administrativo, determinaban la comisión de ilícitos y, como medida cautelar, el ajuste de precios. El caso emblemático de tal abuso de poder fue el de la tienda de comercialización Daka. Cfr.: Alayón, Ángel, “Diez apuntes a propósito de Daka”, en Prodavinci, 9 de noviembre de 2013. Consultado en <http://prodavinci.com/blogs/diez-apuntes-a-proposito-de-daka-por-Ángel-alayon/>

¹⁵⁶ *Gaceta Oficial* N° 40.292 de 12 de noviembre de 2013.

generado una alta inflación, dificultando el acceso de la población a esos bienes y atentando contra los salarios de los venezolanos y venezolanas”.

El *Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación* intitulado “Plan de la Patria”, de 2013, previó la necesidad de diseñar “*estrategias que permitan garantizar la participación del pueblo, aumentando su nivel de conciencia para afrontar cualquier escenario que se origine como consecuencia de la guerra económica*”¹⁵⁷. Esa narrativa, por ello, se utilizó para ampliar los controles derivados del control de precio, en especial, a partir de 2014, cuando el desabastecimiento y escasez, junto con las inspecciones sobre los operadores económicos dedicados a la producción y comercialización, llevaron a ampliar canales informales de intercambio de esos productos a un precio distinto al regulado, esto es, mercados paralelos o negros. Frente a tal situación, el régimen de Maduro optó por “prohibir” esos mercados paralelos, considerados una expresión de la “guerra económica”¹⁵⁸. La medida era ineficiente, pues estos mecanismos informales de intercambio habían surgido ante la incapacidad del Gobierno de implementar los controles que ya en la práctica eran inaplicables. Esto quiere decir que desde el 2014 podía apreciarse el colapso gradual de los controles centralizados¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Véase: *Acuerdo en Respaldo a las Acciones Implementadas por el Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, contra la Guerra Económica y en Defensa de las Garantías Sociales del Pueblo Venezolano* (Gaceta Oficial N° 40.292 de 12 de noviembre de 2013).

¹⁵⁸ Decreto N° 1.348, *mediante el cual se prohíbe la venta o cualquier otro medio de intercambio, a través del comercio informal, ambulante o eventual, de los rubros y productos de la cesta básica, insumos, medicinas y demás bienes importados o producidos en el país para el consumo del pueblo venezolano* (Gaceta Oficial N° 40.526 de 24 de octubre de 2014).

¹⁵⁹ Para describir los mecanismos informales de intercambio, se generalizó la expresión “bachaquero”. Véase: León, Luis Vicente, “La rebelión de los bachequeros”, Prodavinci, 19 de junio de 2016, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/blogs/la-rebellion-de-los-bachequeros-por-luis-vicente-leon/>

En ese clima se dictó en 2014 el Decreto con rango y fuerza de *Ley Orgánica de Precios Justos*¹⁶⁰, que derogó a la Ley de Costos y Precios Justos y la LEDPA. La nueva Ley mantuvo los principios de la Ley de Costos y Precios Justos, pero agravó los efectos del control centralizado y general de precios, incrementando con ello las técnicas de control de precio en cabeza de la Administración, por medio de la creada Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE). A partir de esa Ley se generalizó el sistema dual de precios regulados, con las dos técnicas ya explicadas, esto es, la fijación del precio máximo por la Administración y la fijación del precio por los operadores económicos, pero bajo los criterios de costos y márgenes de ganancia definidos por la Administración, bajo un muy impreciso “tope” del treinta por ciento (30%)¹⁶¹. Ello se vio complementado por el avance de la criminalización del sector privado, ante el reconocimiento de indeterminados ilícitos penales, como en especial sucedió con la especulación.

Así, la nueva Ley Orgánica de Precios Justos dispuso que los “*precios justos alcanzados con motivo de la ofensiva económica desplegada por el Presidente de la República, mantendrán su vigencia*”, hasta tanto no sean modificados por la Administración (disposición transitoria décima primera). Esta norma aludió a los inconstitucionales “ajustes” de precio que, como medida cautelar, fueron impuestos por la Administración en el marco de procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley, con lo cual, en la práctica, se ratifica el “congelamiento” de precios como respuesta la “guerra económica”.

¹⁶⁰ Gaceta Oficial N° 40.340 de 23 de enero de 2014. Vid.: Alfonzo, Juan *at el.*, *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos*, FUNEDA, Caracas, 2014.

¹⁶¹ Todo ello fue regulado en la Providencia N° 003/2014, *mediante la cual se fijan Criterios Contables Generales para la Determinación de Precios Justos* (Gaceta Oficial N° 40.351 de 7 de febrero de 2014). Poco después se aprobaría una reforma del Decreto-Ley, para incorporar normas básicas del Derecho de los consumidores que habían sido eliminadas por error (Gaceta Oficial N° 6.156 extraordinario de 18 de noviembre de 2014).

Pero sin duda, como vimos, el signo distintivo de la nueva regulación fue el marco general para que la Administración Pública pudiera implementar el control de precios, costos y ganancias. Los principios generales bajo los cuales esos controles fueron ejercidos eran los siguientes:

- En *primer* lugar, la SUNDDE podía establecer el control de precios sobre aquellos bienes y servicios que considere estratégicos, de acuerdo con la clasificación por categorías (artículos 24, 25 y 27). Ello, como se observa, en ausencia de cualquier evidencia técnica que justificase la restricción a la libertad de precios.

- En *segundo* lugar, de acuerdo con el artículo 24, tal clasificación podía derivar en regulaciones especiales aplicables a categorías de bienes y servicios. De acuerdo con la norma, la SUNDDE *“podrá disponer de distintos regímenes de regulación, requisitos, condiciones, deberes o mecanismos de control, en función de las características propias de los bienes o servicios, del sector que los produce, o comercializa, o a los que accedan las personas”*.

- En *tercer* y último lugar, se establecieron dos mecanismos generales de control sobre precios, costos, y precios: (i) la fijación del precio máximo de venta al público y (ii) la fijación de márgenes de ganancia. De esa manera, el control de precios se tradujo en la potestad de la SUNDDE de fijar el precio máximo, que podía ser fijado incluso por sectores, de acuerdo con la clasificación que al efecto realice (artículos 24, 27 y 28).

Lo peculiar, sin embargo, fue el control de precios indirecto, por medio de la regulación del margen de ganancia. En la práctica, y de manera arbitraria, se consideró como margen máximo el derivado del artículo 32, según el cual *“en ningún caso, el margen de ganancia de cada actor de la cadena de comercialización excederá de treinta (30) puntos porcentuales de la estructura de costos del bien o servicio”*. Esto implicó que, en la práctica, y margen del control del precio máximo, todos los precios fueron controlados pues en ningún caso podrían fijarse precios por encima de ese margen de ganancia, cuyos parámetros además no fueron establecidos con criterios técnicos, incrementándose con ello la inseguridad jurídica.

La inseguridad jurídica se agravó en la medida en que la Ley Orgánica de Precios Justos avanzó en la criminalización en contra del sector privado. Por ejemplo, la nueva Ley reguló, en su artículo 60, el delito de “usura genérica”. Conforme a esa norma “quien, por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de cuatro (04) a seis (6) años”. En ausencia de criterios técnicos, claros y estables, la SUNDDE tenía, *de facto*, el poder de declarar, incluso en inspecciones, que el precio de venta resultaba desproporcionado, lo que eventualmente podía conducir a detenciones en el propio acto de la inspección, bajo la errada aplicación de la figura de la flagrancia¹⁶².

Ya para ese momento (2014), los efectos del control de precios, en términos de desabastecimiento y escasez, eran evidentes¹⁶³. Frente a ello, el régimen de Maduro optó por mantener las instituciones extractivas que, desde 2002, habían conducido a esa crisis económica, incluyendo el control de precio, justificado ante la existencia de conductas ilícitas realizadas por el sector privado, y genéricamente referidas como “guerra económica”. Como vimos, la *Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*, de 2014, vinculó de manera estrecha el control de precio y el control de cambio, en especial, mediante debe-

¹⁶² Hernández G., José Ignacio, “Detención de gerentes o criminalización de la empresa privada”, *Prodavinci*, 5 de octubre de 2018: <https://prodavinci.com/detencion-de-gerentes-o-criminalizacion-de-la-empresa-privada/>

¹⁶³ Véase a Luis Vicente León, “Sobre la inflación, el desabastecimiento y la escasez”, 25 de octubre de 2013. Tomado de: <http://prodavinci.com/2013/10/25/actualidad/sobre-la-inflacion-la-escasez-y-el-desabastecimiento-por-luis-vicente-leon/?output=pdf>. Véase también, en *Prodavinci*: “47 economistas se pronuncian ante la crisis cambiaria, petrolera y el deterioro socioeconómico”, de 30 de enero de 2014. Tomado de: <http://prodavinci.com/2014/01/30/economia-y-negocios/47-economistas-se-pronuncian-ante-la-crisis-cambiaria-petrolera-y-el-deterioro-socioeconomico/>.

res de información, a lo cual se le agrega el contrato de fiel cumplimiento creado mediante Decreto-Ley de 2013¹⁶⁴. Además, la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014 también reguló la fianza de fiel cumplimiento. Todo ello pretendía asegurar que los operadores económicos “trasladasen” a los consumidores finales el beneficio derivado del acceso a divisas a la tasa preferencial administrada por el gobierno.

Esto, en la práctica, creó restricciones adicionales la oferta, pues el agotamiento de las divisas disponibles llevó a ampliar las importaciones pagaderas con mecanismos distintos a las divisas asignadas en el régimen cambiario, cuyo contravalor en bolívares no podía tomar en cuenta estructuras de costo valoradas a las tasas oficiales¹⁶⁵.

Así, el agotamiento gradual del control de cambio afectó la eficiencia con la cual las divisas eran suministradas, todo lo cual impactó negativamente en la estructura de costos, tanto más ante la creciente inflación, producto del desmantelamiento de la autonomía del BCV y, consecuentemente, el financiamiento monetario del déficit (especialmente luego de que el endeudamiento público había cerrado las puertas a los mercados financieros). Frente el agravamiento de la crisis económica, el entonces Gobierno de Maduro decidió, mediante Decreto-Ley, reforzar las instituciones extractivas con la reforma de la *Ley Orgánica de Precios Justos* aprobada en 2015, bajo la siguiente motivación¹⁶⁶:

¹⁶⁴ Véase el artículo 4.10 del Decreto N° 601, mediante el cual se dicta el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Centro Nacional de Comercio Exterior y de la Corporación Venezolana de Comercio Exterior*.

¹⁶⁵ La Ley de 2015 eliminó toda referencia al contrato de fiel cumplimiento. En todo caso, la figura quedó regulada en el citado artículo 4.10 de la citada *Ley del Centro Nacional de Comercio Exterior y de la Corporación Venezolana de Comercio Exterior*.

¹⁶⁶ Gaceta Oficial N° 6.202 extraordinario de 8 de noviembre de 2015, reimpresso luego en la Gaceta N° 40.787 de 12 de noviembre de 2015. Véase: Alfonzo, Juan, “Comentarios en cuanto al Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015”, en *Revista de Derecho Público* N° 143-144, Caracas, 2015, pp. 227 y ss.

“El Gobierno revolucionario se encuentra impulsando la continuidad de la construcción del socialismo bolivariano del siglo XXI, como alternativa al sistema capitalista y para ello tiene como premisa fundamental asegurar la reivindicación del contenido social de la democracia, lo cual ha dado pasos decisivos con la aplicación de la política en materia de Precios Justos. Así, debe enfatizarse que es necesario hacer frente a las fluctuaciones de la economía y buscar siempre el interés de proteger y defender a los usuarios, aun cuando se han presentado ondas especulativas y explotadoras que pudieran arruinar las posibilidades adquisitivas de nuestro pueblo, y de esta manera desmejorar su calidad de vida.

Esta situación debe evitarse y es por ello que el Gobierno revolucionario, ha detectado como terminar con los abusos flagrantes e impunes del poder monopólico de muchos sectores de la economía, que han estado en el centro de un sistema perverso de acumulación del capital, y en el que sobresalen los elevados márgenes de ganancia, así como el alza constante e injustificada de los precios. De allí la necesidad de romper los eslabones de la cadena monopólica generadora de escasez artificial y los efectos perversos de un esquema mercantilista e injusto, que durante muchos años ha sido la regla de la llamada “mano invisible del mercado”.

Las modificaciones de 2015 se limitaron a reiterar la centralización del control de precios para la creación del orden económico socialista (artículo 3.3), todo ello, a partir del control generalizado de precios, mediante aquellos fijados por la Administración y los precios determinados bajo los criterios de la Ley, bajo la potestad de fiscalización y supervisión de la SUNDDE¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Como poco antes había quedado regulado en la Providencia Administrativa N° 070 publicada en la Gaceta Oficial N° 40.775 de 27 de octubre de 2015.

Esta Ley, al formalizar el modelo socialista centralizado, consolidó el proceso de desmantelamiento de las instituciones de la economía de mercado¹⁶⁸.

Además, la reforma de 2015 amplió la criminalización al sector privado, al disponer en su artículo 44 que *“los socios, así como los miembros de los órganos de dirección, administración, gestión, personal operativo y de vigilancia de las personas jurídicas, así como medios de comunicación social, página web y otros medios publicitarios serán personalmente y solidariamente responsables por ante la justicia venezolana de los delitos cometidos por las empresas que representan, sin perjuicios de las demás sanciones a que hubieren lugar de acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano vigente”*. Esto es, que la responsabilidad penal de los operadores económicos, imprecisamente regulada frente a cualquier violación a los controles administrativos, sería extensible, incluso, a terceros.

5. *El control de precio desde la asamblea nacional constituyente: los precios acordados y la emergencia humanitaria compleja*

El triunfo de la oposición democrática en la Asamblea Nacional, en diciembre de 2015, impidió al entonces Gobierno de Maduro seguir reformando las Leyes del “precio justo” para justificar la crisis en la “guerra económica”, a pesar de que el colapso de ese régimen de control de precios era evidente. Ello llevó a desplazar la función normativa de la Asamblea Nacional al Poder Ejecutivo, para lo cual, desde enero de 2016, el Gobierno decretó el “estado de emergencia económica”, que concentró la función legislativa en la Presidencia de la República, especialmente para responder a la “guerra económica iniciada contra el pueblo venezolano”, mediante la cual *“se establecieron mecanismos de coordinación entre factores*

¹⁶⁸ Morles Hernández, Alfredo, “La repercusión en el Derecho Privado de los actos dirigidos a consolidar el orden económico socialista”, Caracas, 2015, consultado en original.

internos y externos en detrimento de las actividades económicas, lo cual ha incidido negativamente en los ciudadanos y ciudadanas, dificultando el ejercicio de su derecho a disponer y acceder libremente a bienes y servicios esenciales, en detrimento de sus derechos constitucionales a la salud y a la alimentación". Este "estado de emergencia económica", que por Constitución solo puede ser temporal, sin embargo, se ha mantenido, incluso, hasta el día de hoy¹⁶⁹.

En realidad, la amplitud de la Ley de 2015 permitía al Gobierno, a través de las Administraciones Públicas, implementar el control centralizado de precios. Con todo, para realizar la narrativa de la guerra económica frente al avance la crisis, el Gobierno necesitaba asumir formalmente la función normativa. Ello lo logró con la asamblea nacional constituyente, ilegítimamente instalada en julio de 2017 como un Poder Legislativo paralelo.

Así, el sistema de control centralizado fue ratificado por la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente en 2017, con la llamada "Ley Constitucional de Precios Acordados"¹⁷⁰. Apartando la ilegitimidad de esa Ley, formalmente

¹⁶⁹ Decreto N° 2.184, *mediante el cual se declara el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su ordenamiento jurídico, por un lapso de sesenta (60) días, en los términos que en él se indican* (Gaceta Oficial N° 6.214 extraordinario del 14 de enero de 2016). En general, *Vid.* Abadi, Anabella y García, Carlos, "La Asamblea Nacional, la economía y la emergencia económica en 2016", en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional* N° 7, Caracas, 2017, pp. 5 y ss.

¹⁷⁰ Gaceta Oficial N° 6.342 extraordinario de 22 de noviembre de 2017. Véase, de Alfonzo, Juan, "La Ley Constitucional de Precios acordados emitida por la Asamblea Nacional Constituyente. Su inconstitucionalidad, nueva regulación de precios a través del diálogo y su desconocimiento por las vías de hecho de autoridades administrativas", en *Revista de Derecho Público* N° 153-155, Caracas, 2018, pp. 157 y ss. Cabe destacar que esta "Ley Constitucional" no derogó expresamente la Ley Orgánica de Precios Justos, aun cuando en la práctica el control de precios se implementó bajo las formas de "precios acordados". Así, la "Ley Constitucional" precisa que "el incumplimiento de los Precios

ésta creó el “Programa de Precios Acordados”, con el propósito de sustituir el modelo de fijación unilateral de precios por otro modelo en el cual los operadores económicos, de acuerdo con el Gobierno, fijan precios (lo que, en todo caso, suprime inconstitucionalmente la libertad de precios, condición básica de la defensa de la libre competencia). Pero en la práctica tal mecanismo de concertación nunca funcionó, y los precios máximos siguieron siendo fijados de manera unilateral, bajo el marco sancionador de la Ley Orgánica de Precios Justos¹⁷¹.

A todo evento, a partir del 2017, el entorno económico hizo inviable mantener, en la práctica, este modelo de control de precio, por tres razones que deben resumirse.

- En *primer lugar*, la fijación de precios máximos en bolívares, que hasta ese momento generaba daños patrimoniales por efecto de la inflación, a partir de fines de 2017, con la hiperinflación, se traducía en una medida claramente expropiatoria, al ser imposible materialmente ajustar formalmente los precios máximos “acordados”.

- Además, y en *segundo lugar*, el agotamiento del control de cambio –que fue “desmontado” a fines de 2018- impedía “subsidiar” la producción con divisas suministradas a tasas preferenciales, como ya vimos. Con lo cual, los operadores económicos se enfrentaban a un entorno de precios regulados en bolívares, con insumos y materias primas importados a la tasa fluctuante en un contexto hiperinflacionario y de creciente dolarización¹⁷².

Acordados será sancionado de conformidad con lo previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, hasta tanto se cree el Sistema Integrado de Seguimiento y Control para el Abastecimiento Soberrano y Cumplimiento de la Política de Precios”.

¹⁷¹ Por ejemplo, de la Vicepresidencia sectorial de la economía, véase la Resolución N° VSE-004, mediante la cual se establecen como precios máximos al consumidor para los medicamentos en sus formas farmacéuticas que en ella se indican (Gaceta Oficial N° 41.501 de 11 de octubre de 2018). Este acto, formalmente, sigue vigente.

¹⁷² Como explicamos, al reforzarse la conexión del control de precios y de cambio, se agravaron los efectos de éste, pues los productos termina-

- Por último, y en *tercer lugar*, la dolarización *de facto* impidió aplicar en la práctica el control de precios, ante la creciente generalización de transacciones en divisas. El control del precio, en bolívares, suponía el uso del bolívar como moneda de pago, una condición que progresivamente se ha ido perdiendo.

A pesar de la vigencia formal del control de precio, bajo modalidad de “precios acordados”, podría decirse que a partir del 2017 el control centralizado de precios impuesto en 2011 colapsó. A ese colapso contribuyó no solo la aguda crisis económica, transformada en emergencia humanitaria compleja, sino también el propio colapso de la capacidad administrativa del Estado para gestionar la pesada carga burocrática asociada a los controles centralizados impuestos desde el 2003.

Esto llevó -como es común en Estados fallidos, según explicamos en el capítulo siguiente- a una brecha entre el marco jurídico o instituciones *de iure*, y las reglas vigentes en la práctica (instituciones informales, o *de facto*). Así, las reglas formales mantienen las instituciones extractivas del control de precios, bajo la modalidad de precios acordados y los actos administrativos, formalmente vigentes, que fijan el precio máximo, así como el régimen punitivo de los precios justos. En la práctica, tal control es inaplicable, sea por que los precios son superiores a aquellos precios máximos regulados (como simple consecuencia de la hiperinflación), sea por que la oferta de bienes y servicios se realiza en divisas.

Ello llevó a ensayar una modalidad de control de precio en “petros”. Como antes explicamos, el “petro” surge, supuestamente, como una “criptomoneda”, pero luego fue usada

dos, materias primas, insumos y empaques importados, como regla, solo podían valorarse a las tasas oficiales, lo que impedía reflejar con sinceridad la estructura de costos con componentes importados a través de instrumentos distintos a las divisas suministradas por el Estado, que cada vez fueron escaseando más. La convergencia cambiaría permitió sincerar esa estructura de costos, reduciendo con ello el impacto del control de precio.

como una unidad de cuenta. Con lo cual, la fijación de precios en petros -en ejecución del régimen de la “emergencia económica”- fue un intento de ajustar el control de precio a la hiperinflación y a la dolarización *de facto*, que en la práctica impidió regular precios en moneda de curso legal¹⁷³.

Luego, en abril de 2020, el régimen de Maduro nuevamente anunció el listado de “precios acordados” en bolívares -pero con referencia al petro- de diversos rubros¹⁷⁴. Ello llevó al sector privado a denunciar no solo lo inconsulto de los precios “acordados”, sino, además, su inviabilidad económica ante el contexto hiperinflacionario y de dolarización *de facto*¹⁷⁵.

Este es el desordenado sistema que se mantiene en la actualidad. Así, en fecha reciente se ha insistido en la implementación de precios acordados¹⁷⁶. En enero de 2021 el régimen de

¹⁷³ Véase: *Resolución N° DM/001/2020, mediante la cual se establecen los precios mínimos referenciales a ser pagados a los productores primarios de los rubros maíz blanco y amarillo, arroz, en las condiciones que en ella se indican* (Gaceta Oficial N° 41.802 de 17 de enero de 2020). De acuerdo con su artículo 1, esta “Resolución tiene por objeto fijar en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela los precios mínimos referenciales a ser pagado a los productores primarios de los rubros maíz blanco y amarillo, y arroz, en las condiciones en ella expuestas, aplicando como base de cálculo la criptomoneda Petro, pero sin menoscabo de que el pago se haga efectivo en cualquier otra moneda de libre circulación”.

¹⁷⁴ *Finanzas Digital*, 30 de abril de 2020, tomado de: <https://www.finanzasdigital.com/2020/04/lista-de-precios-acordados-de-27-rubros/>. Es importante aclarar que, según los medios de comunicación, los “precios acordados” fueron inicialmente fijados en dólares. Véase: “Ni petros ni bolívares: gobierno fija el precio de la carne en dólares”, *Tal Cual*, 24 de abril de 2020, tomado de: <https://talcualdigital.com/ni-petros-ni-bolivares-gobierno-fija-el-precio-de-la-carne-en-dolares/>

¹⁷⁵ *Prodavinci*, 29 de abril de 2020, tomado de: <https://prodavinci.com/alimentos-polar-no-hemos-acordado-precios/>

¹⁷⁶ Véase el Decreto N° 4.396, *mediante el cual se declara el Estado de Excepción de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la*

Maduro estableció “baremos” para determinar el precio de servicios médicos en el marco de la pandemia de la COVID-19¹⁷⁷, y en febrero de 2021, la SUNDDE “acordó” con una empresa de comercializador de productos finales la “rebaja” de precios y deberes de asegurar transacciones en dólares y en efectivo¹⁷⁸. En agosto de 2021 se ordenó tomar acciones para garantizar “precios equilibrados”, ante la denuncia del “alza” de precios en dólares¹⁷⁹.

Un elemento que ha incentivado este tipo controles de precio es lo que -indebidamente- se ha denominado “inflación en dólares”, esto es, el alza de los precios fijados en divisas, incluso, en comparación con el precio de otros bienes similares transados en el extranjero. Pretender solucionar tal situación con controles de precio es ineficiente, pues el problema de fondo es la informalidad y precariedad institucional imperante, junto al rezago de la tasa de cambio y, por supuesto, la inflación en bolívares. Además, la destrucción de los mecanismos de mercado llevó a destruir el sistema de precios. Como se observa, el problema es mucho más complejo que solo el alza de precios en divisas¹⁸⁰.

población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida (Gaceta Oficial N° 6.606 extraordinario del 26 de diciembre de 2020). El numeral 24 del artículo 2 prevé como objetivo, la “*activación, potenciación y optimización del funcionamiento de un Sistema de Determinación de Costos, Rendimiento, Precios Justos, y Precios Acordados que ordenen y garanticen el equilibrio de las relaciones comerciales y el acceso a los bienes y servicios fundamentales que determine el Ejecutivo Nacional*”.

¹⁷⁷ Gaceta Oficial N° 42.053 de 22 de enero de 2021. La medida se adoptó mediante resolución ministerial, en el marco del estado de emergencia declarado.

¹⁷⁸ Véase: *Efecto Cocuyo*, 23 de febrero de 2021, tomado de: <https://efectococuyo.com/economia/farmatodo-precios-dolares-min-comercio/>

¹⁷⁹ “Maduro anuncia navidades y crecimiento económico desde octubre”, *Efecto Cocuyo*, 8 de agosto de 2021, en: <https://efectococuyo.com/economia/navidad-en-octubre/>

¹⁸⁰ La inflación es un fenómeno monetario, con lo cual no puede haber inflación en dólares. El alza de los precios en dólares responde al co-

Esto quiere decir que, aun cuando formalmente el régimen de control de precios sigue vigente, en la práctica se ha tornado en inaplicable, y ha sido sustituido por erráticas y arbitrarias medidas de fijación de “precios acordados” de ciertos bienes, no solo en bolívares sino, además empleando al “petro” como moneda de cuenta. Esta discrepancia entre las instituciones formales y las informales agrava la inseguridad jurídica, especialmente, pues las instituciones informales por medio de las cuales se fijan los precios, en tanto sean contrarias a las instituciones en vigor del control de precio, podrían dar lugar a las penas y sanciones previstas en la Ley Orgánica de Precios Justos. La inexistencia de condiciones efectivas del Estado de Derecho agrava esos riesgos, en especial, ante la propensión al uso del Poder Judicial como instrumento de criminalización del sector empresarial privado¹⁸¹.

6. *Balance del control de precios, la expropiación regulatoria y la hegemonía de la empresa pública*

El control de precio ha sido una técnica usual de intervención administrativa en la economía venezolana, justificada ante la presión en el alza de precios derivados del impacto económico del ingreso petrolero. Esta justificación, en parte, fue la que llevó a implementar el régimen de control de precios en febrero de 2003, básicamente, bajo el mismo régimen jurídico que se había empleado en el pasado. Desde sus orígenes, el control de precio se concibió como una técnica complementaria al control de cambio. Como resultado, el control

lapso económico e institucional, cuyos efectos se agravarán con controles de precio. Véase: “¿Por qué en Venezuela los precios en dólares también suben?”, *El Estímulo*, 23 de septiembre de 2020, tomado de: <https://elestimulo.com/elinteres/por-que-en-venezuela-los-precios-en-dolares-tambien-suben/>

¹⁸¹ Sobre la criminalización del sector privado, incluso, luego del 2018, véase el reportaje de *Reuters* “Venezuela swapped PDVSA oil for food, then punished the dealmakers”, 24 de agosto de 2021, tomado de: <https://www.reuters.com/world/americas/exclusive-venezuela-swapped-pdvsa-oil-food-then-punished-dealmakers-2021-08-24/>

de precios solo aplicó respecto de ciertos bienes y servicios calificados como esenciales o básicos, en especialmente, en el sector alimentación.

A medida que el entonces presidente Chávez avanzaba en la imposición del modelo socialista, el control de precios fue también ajustándose para imponer mayores restricciones a la libertad de empresa. A esos fines, y a pesar de que el control de precios solo regía a ciertos bienes, el listado de productos sometidos a control de precios fue aumentando gradualmente, al tiempo que el precio máximo de venta al público se fijaba sin criterios técnicos. Ello, junto con el retraso en la actualización del precio regulado, llevaron en la práctica a medidas de “congelamiento” del precio regulado. Debido al contexto inflacionario, este rezago afectaba no solo el derecho a la rentabilidad razonable, sino en especial, el derecho a la recuperación de costos.

Abadi y García resumen este rezago con la siguiente tabla:¹⁸²

Período	Número de productos ajustados	Incremento promedio autorizado
2003	13 de 87	21,0
2004	82 de 87	32,3
2005	9 de 91	38,8
2006	9 de 91	15,4
2007	36 de 91	47,5
2008	36 de 98	59,8
2009	29 de 95	14,5
2010	16 de 91	25,9
2011	35 de 91	43,8
2012	27 de 97	15,7*

Cuadro N° 1
Rezago del control de precio
Fuente: Abadí y García

¹⁸² Abadi, Anabella y García, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la “guerra económica”*, cit

Del total de productos regulados, solo un porcentaje minoritario se sometía a revisión o actualización del precio máximo, y en todo caso, la revisión resultaba insuficiente de cara a la inflación. Esto, inevitablemente, creó incentivos para dejar de producir los productos sometidos a control de precio o, en su caso, producir variedades especiales a precio de mercado. El Gobierno reaccionó frente a esas soluciones imponiendo genéricas obligaciones de producción basadas en la calificación de servicio público, limitando la producción de variedades especiales y luego, fijando cuotas mínimas de producción (junto al resto de controles centralizados adoptados). Para reforzar el cumplimiento del control de precio, se estableció la expropiación como sanción, al tiempo que se regularon imprecisos procedimientos de inspección en cuyo contexto las Administraciones Públicas podían adoptar medidas de ocupación, que tenían efectos expropiatorios. Todo ello se formalizó en 2011, cuando el régimen de control de precios pasó a ser centralizado, o sea, aplicable a todos los precios en virtud del impreciso concepto de “precios justos”.

El control de precio y sus controles anejos, aunado al resto de controles centralizados impuestos con ocasión al modelo socialista, violaron las garantías jurídicas de la libertad económica y la propiedad privada, y en suma, afectaron gradualmente la capacidad de los operadores económicos de ofrecer bienes y servicios. El impacto de la destrucción de los mecanismos de mercado, en cierto modo, fue silenciado por el boom de importaciones y gasto público, producto del reparto clientelar del ingreso petrolero. Pero ya para 2014, con el signo del declive del ingreso petrolero y del sobreendeudamiento, los efectos adversos del control de precio comenzaron a ser más evidentes en términos de desabastecimiento y escasez. Sin posibilidad de acceso a los mercados financieros, Maduro optó por aumentar el financiamiento monetario al déficit fiscal, lo que promovió la inflación, agravándose los efectos adversos del control de precio ante el rezago del precio regulado. Pero lejos de revertir estos controles, entre 2015 y 2017 Maduro decidió reforzar el control de precio, primero con la reforma del régimen de precios justos y luego, con la figura de los “precios acordados”, cuya aplicación fue ratificada, en fecha reciente.

El control de precios puede ser considerada como la causa primera de la destrucción de los mecanismos de mercado y de la expropiación regulatoria de la propiedad privada. Así, la expropiación regulatoria -conocida como expropiación indirecta o medidas equivalentes a la expropiación- alude a las técnicas de limitación de derechos económicos que violan su contenido esencial y, en especial, suprimen toda utilidad económica a la propiedad privada, ocasionando daños patrimoniales¹⁸³. El control de precio se basó en limitaciones arbitrarias que impidieron no solo la rentabilidad razonable sino, además, la recuperación de costos, en un contexto de controles centralizados sobre las actividades de importación, producción, distribución y comercialización. El progresivo declive del control de cambio y la arbitrariedad en su administración, expuso a las empresas privadas a un entorno en el cual debían adquirir materias primas, insumos, empaques e incluso, productos terminados importados al precio fijado por los proveedores y por ello, a una tasa superior a aquella que era tomada en cuenta a fines del control de precio.

Asimismo, los controles anejos al control de precio marcaron la predominancia del Estado en la importación, en el contexto de la primacía de la empresa pública. No solo el Estado reguló arbitrariamente la actividad de la empresa privada, sino que además desplazó su rol a través de empresas públicas que -sin las trabas impuestas al sector privado- podían operar en mejores condiciones -pero también, en condiciones menos eficientes-. Esta política comenzó a formalizarse en 2003, en especial, con la creación de la empresa pública MERCAL, a través de la cual el Estado asumió actividades de suministro de alimentos concurrendo con la empresa privada, pero en condiciones claramente favorables, en tanto los controles que entonces comenzaban a aplicarse afectaban la competitividad del sector privado. Asimismo, el Gobierno comenzó a asumir directamente importaciones, tanto de productos terminados como de materia prima, lo cual creó adi-

¹⁸³ Como analizamos en detalle en Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, cit

cionales vínculos de dependencia con el sector privado que dependía de tales importaciones. Estas importaciones -como sucedió con el caso del maíz blanco- se hicieron cada vez más necesarias ante el colapso de producción local por las arbitrarias medidas adoptadas sobre el sector privado¹⁸⁴.

La hegemonía de la empresa pública pudo ser financiada con los ingresos del boom petrolero y del sobreendeudamiento. Agotados esos recursos como resultado de las arbitrarias políticas adoptadas, las importaciones -públicas y privadas- fueron recortadas drásticamente y hacia el 2018 el Gobierno anunció que no podía mantener las importaciones, cediendo ese espacio a la iniciativa privada¹⁸⁵. En parte, las sanciones adoptadas por Estados Unidos después de 2017 pudieron haber incidido en la mayor tolerancia a la iniciativa privada en las importaciones, en tanto el régimen se vio impedido de contratar. Incluso, algunos estudios económicos evidencian el repunte de importaciones, lo que puede ser resultado de estos espacios de tolerancia a la iniciativa privada, como ampliamos en el capítulo cuarto¹⁸⁶.

Este repliegue del Estado no es, en todo caso, resultado de políticas de liberalización, ni mucho menos de desmontaje

¹⁸⁴ Alayón, Ángel, "El extraño caso de la desaparición del maíz blanco en Venezuela", *Prodavinci*, 27 de mayo de 2016, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/blogs/el-extrano-caso-de-la-desaparicion-del-maiz-blanco-en-venezuela-por-Angel-alayon/>

¹⁸⁵ "Gobierno promete cesar importación de maíz, arroz, azúcar, granos, cacao, café y soja", *El Estímulo*, 9 de marzo de 2018, tomado de: <https://elestimulo.com/elinteres/venezuela-cesara-importacion-de-maiz-arroz-azucar-granos-cacao-cafe-y-soja/>

¹⁸⁶ Anova Policy Research, Policy Brief Año 3, N° 1, "Impacto de las Sanciones Financiera Internacionales contra Venezuela: Nueva Evidencia", enero de 2021. La conclusión (p.- 2) es que "no existe evidencia de que las sanciones hayan tenido un efecto negativo sobre la disponibilidad de insumos humanitarios básicos. Por el contrario, las sanciones de agosto 2017 están asociadas, directa o indirectamente, con un aumento y posterior estabilización de las importaciones de alimentos y medicinas" (tomado de: <https://thinkanova.org/wp-content/uploads/2021/02/Anova-Policy-Brief-Sanciones.pdf>).

formal del control de precios. En realidad, la hiperinflación y la dolarización de facto, en los hechos, impidieron la aplicación del control de precio, formalmente vigente con el listado de precios máximos de venta al público anunciados -falsamente- como precios acordados. Además, el colapso de ingresos y la pesada carga de la deuda pública impidieron al Ejecutivo seguir concentrando las importaciones -una tarea igualmente limitada por las sanciones-. Con lo cual, el colapso del Estado llevó a que las tareas que éste no podía asumir fuesen abordadas por el sector privado, incluso, por medio de mecanismos informales.

Esto marcó, como es usual en Estados fallidos, la diferencia entre el ámbito de iure y el ámbito de facto: en el primero rige el control de precio, y en el segundo rige la fijación autónoma del precio, incluso, en divisas. Con lo cual, no solo las instituciones extractivas del control de precio se mantienen en vigor, sino que, en la práctica, han surgido instituciones informales que no restablecen los derechos económicos, en especial, la libertad de precios, todo lo cual determina -como ya ha sido explicado- la inaplicación del artículo 7 del Código Civil.

III. EL COLAPSO DE LOS CONTROLES CENTRALIZADOS Y EL ESTADO FRÁGIL EN VENEZUELA

Como explicamos en los dos capítulos anteriores, a partir de 2018 los controles centralizados de cambio y de precio colapsaron, como resultado del progresivo colapso del Estado venezolano y la emergencia humanitaria compleja desarrollada, en especial, desde 2017. Este colapso se explica, así, desde dos causas.

Por un lado, la crisis económica degeneró en la hiperinflación y la dolarización de facto, todo lo cual agotó la implementación práctica del control de cambio, lo que llevó a Maduro, en 2018, a adoptar una importante devaluación para propender a la convergencia cambiaria, al tiempo que reguló el intercambio de divisas fuera de la centralización en el BCV.

Ello impactó en el control de precio, que al depender del control de cambio, perdió también vigencia efectiva como control centralizado, manteniéndose sin embargo, de manera errática, como un control específico a ciertos productos. Esto es, que el colapso de los controles centralizados de cambio y de precio fue resultado de la crisis económica, que mutó a emergencia humanitaria compleja.

Por el otro lado, el colapso gradual de la capacidad del Estado para cumplir con sus cometidos públicos, incluyendo la administración de los controles centralizados, llevó a sustituir éstos por controles más puntuales y focalizados.

Estos hechos han sido interpretados como un giro del modelo económico, hacia un modelo favorable a la libertad económica, propiedad privada y libertad de contratos, como resultado de una “apertura” o “liberalización”. Tal conclusión la consideramos errada. Los cambios introducidos en 2018 no han sido resultado de la implementación de políticas públicas dirigidas a ampliar el ámbito de la libertad de empresa. Tampoco se han sustituido las reglas jurídicas que destruyeron los mecanismos de mercado por reglas que garantizan y promueven el libre intercambio de bienes y servicios. Con lo cual, el diagnóstico adecuado de las transformaciones introducidas desde el 2018, en nuestra opinión, debe considerar que éstas reflejan el progresivo colapso del Estado venezolano, que es hoy un **Estado frágil** sin capacidad para cumplir sus cometidos públicos. La mejor evidencia de ello es la emergencia humanitaria compleja, agravada por la incipiente emergencia sanitaria de la pandemia de la COVID-19.

Para explicar esta tesis, el presente capítulo explica, en apretada síntesis, la teoría general que permite analizar el caso venezolano desde la teoría del Estado fallido y las emergencias humanitarias complejas, tomando como referencia los controles centralizados de precios y de cambio, que al destruir los mecanismos de mercado y derivar en una corrupción generalizada, promovieron en buena medida tal emergencia humanitaria. Esto significa que los controles de cambio y de precio contribuyeron al colapso del Estado, y este colapso favoreció el desmoronamiento de los controles centralizados.

1. *Breve aproximación a la teoría general del Estado fallido y de las emergencias humanitarias complejas*

El concepto de Estado fallido depende del concepto de Estado, y en concreto, de las tareas o cometidos que éste debe atender. No existe uniformidad de criterios acerca de cuáles deben esos cometidos. En todo caso, un elemento común al momento de definir el Estado, de acuerdo con el concepto de Max Weber, es que el Estado es la organización social que ejerce el poder político único y unitario a través de la soberanía y del *monopolio legítimo de la fuerza* sobre todo el territorio¹⁸⁷.

Sin embargo, esos elementos solo permiten definir *qué es el Estado*, no lo que el Estado debe hacer. En realidad, Weber no se encargó de definir cuáles tareas debían ser asumidas por el Estado¹⁸⁸. En sintonía con el concepto de Estado como *poder unitario y unificador* expuesto por Heller y Jellinek¹⁸⁹, esta idea de Weber enfatiza que el Estado, para existir efectivamente, debe ejercer la fuerza sobre todo su territorio, de lo cual resulta que, en sentido sustantivo, la soberanía es la capacidad de asegurar el ejercicio de la fuerza en todo el territorio y la población.

El Derecho Internacional, influenciado en el modelo de Estado-nación derivado de la Paz de Westfalia¹⁹⁰, ha recogido

¹⁸⁷ De acuerdo con Weber, el Estado “*es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es el elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia*”. Vid.: Max Weber's *Complete Writings on Academic and Political Vocations*, Algora Publishing, 2013, pp. 367 y ss.

¹⁸⁸ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 170 y ss.

¹⁸⁹ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, pp. 169 y ss., y Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pp. 130 y ss.

¹⁹⁰ Kissinger, Henry, *World Order*, Penguin, Nueva York, 2014, p. 26.

este concepto a los fines de definir los estándares internacionales que permiten reconocer a Estados¹⁹¹. Así, en el Derecho Internacional, el Estado se compone de cuatro elementos, a saber, (i) territorio definido; (ii) población permanente; (iii) gobierno efectivo y (iv) la capacidad de establecer relaciones internacionales con otros Estados¹⁹².

De lo anterior puede señalarse que, tradicionalmente, el cometido existencial del Estado es el ejercicio del monopolio legítimo de la fuerza para garantizar la seguridad de las personas y de los bienes¹⁹³. De allí que en el Derecho Constitucional el Estado puede ser definido como la organización jurídica que ejerce la soberanía estatal sobre un conjunto determinado de personas en un territorio dado¹⁹⁴. El Derecho Constitucional, de esa manera, se encarga de organizar al Estado a través de las reglas que regulan el cumplimiento de los cometidos públicos, fijando a su vez el sistema de pesos y contrapesos que previene el abuso de poder y garantiza la protec-

¹⁹¹ El reconocimiento del Estado implica la existencia de un Gobierno que ejerza la soberanía efectivamente sobre el territorio y sobre la población, al margen de que se trate de un Gobierno *de iure* o *de facto*. En tal sentido, el Gobierno equivale a la comunidad política estable. El concepto, sin embargo, a pesar de remitir a la idea de Weber, resulta bastante impreciso. En general, *Vid.* Crawford, James R, *Brownlie's Principles of Public International Law* Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 167 y ss.

¹⁹² Ezrow, Natasha y Frantz, Erica, *Failed States and Institutional Decay*, Bloomsbury, Nueva York-Londres, 2013, p. 17. Este concepto deriva del artículo 1 de la *Convención sobre derechos y deberes de los Estados*, suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana, en Montevideo (1933).

¹⁹³ De allí el rol que la Fuerza Armada o Ejército cumple en el ejercicio efectivo de la soberanía como elemento constitutivo del Estado, de acuerdo con Heller.

¹⁹⁴ El Estado es, así, un concepto jurídico, en el sentido que existe desde determinado ordenamiento jurídico, que define sus reglas de funcionamiento. De acuerdo con Hans Kelsen, el concepto de Estado es propio del orden jurídico nacional. *Vid.:* *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 1958, pp. 216 y ss.

ción jurídica del ciudadano¹⁹⁵. Por ello, y bajo la interpretación tradicional del derecho a la “autodeterminación de los pueblos”, corresponde al Derecho Constitucional de cada país definir el listado de cometidos públicos y, por ende, definir los procedimientos a través de los cuales el Estado cumplirá esos cometidos. Esto explica por qué, tradicionalmente, es el Derecho Público doméstico -y no el Derecho Internacional Público- el que define los cometidos estatales¹⁹⁶.

La evolución del Estado luego de la Segunda Guerra Mundial está marcada por la ampliación de los cometidos estatales a través de la cláusula del Estado Social o del Estado de Bienestar¹⁹⁷. Así, el Estado asumió como cometido la promoción de condiciones de igualdad material, lo que incluso se tradujo en el reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que son, en realidad, “derechos prestacionales”, en tanto su satisfacción requiere de prestaciones específicas¹⁹⁸. Como resultado de ello, el número de tareas a cumplir, o sea, los cometidos públicos, aumentó.

¹⁹⁵ El Derecho Constitucional comparado permite clasificar a la Constitución en dos grandes partes: una orgánica, que organiza al Estado típicamente a través del principio de separación de poderes, y la parte dogmática, con el catálogo de derechos del ciudadano, que constituyen límites a la actuación del Estado. Lo importante de esta distinción -meramente académica- es que realza que la existencia jurídica del Estado deviene directamente de la Constitución. *Cfr.*: García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984, pp. 33 y ss.

¹⁹⁶ La definición de cometidos públicos ha sido, tradicionalmente, función del Derecho doméstico, debido a que ello corresponde a un asunto interno que debe ser soberanamente decidido por cada Estado en virtud del principio de “autodeterminación de los pueblos”. Típicamente, la Constitución de cada Estado define cuáles son esos cometidos. Para una revisión, *Vid.* Ghani, Ashraf y Lockhart, Claire, *Fixing failed states*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 3 y ss

¹⁹⁷ Recientemente, *Vid.* Sotelo, Ignacio, *El Estado Social: antecedentes, Origen, Desarrollo y Declive*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 139 y ss.

¹⁹⁸ Sobre los derechos constitucionales prestacionales, *Vid.*: Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación, Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp.

Esta ampliación de cometidos fue luego acompañada por el Derecho Internacional de los derechos humanos. Así, la mundialización de los derechos humanos basados en declaraciones y pactos de protección de la libertad general del ciudadano aumentaron las tareas que el Estado debía cumplir para garantizar efectivamente el ejercicio de tales derechos de libertad. Posteriormente, el Derecho Internacional reconoció derechos prestacionales, o sea, derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), lo que igualmente amplió los cometidos que el Estado debe cumplir¹⁹⁹.

La Constitución puede determinar la existencia jurídica del Estado, y asignar a éste las tareas -cometidos- que deben ser cumplidos. El Derecho Internacional, por su parte, fija las condiciones para el reconocimiento internacional de Estados y, más recientemente, también ha asignado tareas o cometidos, en especial, de protección de los DESCAs. Empero, estas normas jurídicas -o instituciones formales- solo definen las tareas que el Estado debería cumplir, o sea, el ámbito *de iure* de los cometidos públicos.

Esas instituciones formales no son "auto-aplicables", esto es, que más allá del listado de cometidos que el Estado debe cumplir, es preciso que en la práctica el Estado, por medio de los Poderes Públicos, cumpla con esos cometidos. La aptitud del Estado de cumplir efectivamente esos cometidos es la *capacidad estatal*. Así, la capacidad estatal puede ser definida como la *aptitud del Estado de cumplir efectivamente con sus come-*

44 y ss., y Garcés Sanagustín, Ángel, *Prestaciones sociales, función administrativa y derecho de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 47 y ss. En Latinoamérica, los derechos sociales como derechos constitucionales son componentes del denominado "neoconstitucionalismo". Vid.: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Trotta, Madrid, 2007. Recientemente, Vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press-INAP, Madrid, 2015, pp. 17 y ss.

¹⁹⁹ En general, Vid. Ghani, Ashraf y Lockhart, Claire, *Fixing failed states*, cit.

tidos públicos a través del ejercicio de su soberanía. En este concepto sobresale la figura de los cometidos públicos, esto es, las tareas que el Estado debe cumplir a través del ejercicio de su soberanía, y que como tal son cambiantes en el tiempo²⁰⁰. En este sentido, dentro del ámbito estatal, la capacidad depende de cuatro elementos que conviene diferenciar²⁰¹.

- Por un lado, la capacidad estatal depende de los *funcionarios*, esto es, las personas al servicio del Estado que llevan a cabo las tareas necesarias para cumplir con sus cometidos. La capacidad de los funcionarios está condicionada por varios factores, entre los cuales destaca su número, organización y capacitación. Es por ello que un componente esencial del Derecho Público es la función pública, pues la existencia de funcionarios capaces y formados es condición necesaria para la eficaz gestión de los cometidos públicos.

- Junto a ello, encontramos *los recursos financieros*. El gasto público es un componente esencial para la atención de los cometidos públicos, de lo cual resulta que la capacidad estatal también depende de la capacidad del Estado de recaudar ingresos, típicamente a través de *tributos*, pero también mediante la *deuda pública*.

- La *infraestructura* (o los recursos no-financieros) es otro componente esencial de la capacidad estatal. Este concepto alude a los bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de los cometidos estatales.

- La *organización* del Estado es el cuarto elemento de la capacidad estatal. Los funcionarios, recursos e infraestructura deben estar articulados en torno a reglas que permitan su funcionamiento eficiente y efectivo.

²⁰⁰ Desde la perspectiva de los cometidos públicos, véase la aproximación tradicional de Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo, I*, Montevideo, Uruguay, 1974, pp. 48 y ss. Desde la teoría institucional del Estado, *Vid.*: Fukuyama, Francis, *State Building*, Cornell University Press, 2014, pp. 1 y ss.

²⁰¹ Andrews, Matt *et al.*, *Building State Capability*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 13 y ss

Por supuesto, la capacidad estatal no solo depende de estos cuatro elementos, pues también incide de manera determinante la capacidad de actores no-estatales, esto es, el sector privado o sociedad civil. Esto abarca al sector económico, a los partidos políticos, así como a las diversas comunidades organizadas. La interacción entre el sector privado y el Estado -de acuerdo con principios como la participación ciudadana, la transparencia y la rendición de cuentas- tienden a crear condiciones favorables a la capacidad estatal, mientras que la debilidad del sector privado -en especial, de los partidos políticos- tiende a repercutir adversamente. Por ello, de acuerdo con Acemoglu y Robinson, la protección efectiva de la libertad requiere la interacción de Estados capaces con sociedades igualmente capaces²⁰².

Para el Derecho Público el estudio de la capacidad estatal es fundamental, pues la implementación del ordenamiento jurídico requiere que el Estado cuente, efectivamente, con los cuatro elementos ya señalados²⁰³. Pero cuando esa capacidad falla, surgen lo que Risse llama "áreas de limitada estatalidad"²⁰⁴, esto es, áreas en las cuales el Estado y el Derecho Público no pueden regular efectivamente la conducta humana.

Ello no quiere decir que esas áreas queden completamente desatendidas. Así, los cometidos que el Estado no puede atender -por ser áreas de limitada estatalidad- pueden ser asumidos por el sector privado, quien se organiza para cumplir las tareas que el Estado no cumple en la práctica. Incluso, esto puede dar lugar a la atención de cometidos por medios que son, formalmente, ilícitos. El mejor ejemplo es el llamado

²⁰² Acemoglu, Daron y Robinson, James, *The narrow corridor*, Penguin Press, New York, 2019, pp. 1 y ss.

²⁰³ Véase en especial a Hernández G., José Ignacio, "Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales", en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodivm, Salvador, 2019, pp. 681 y ss.

²⁰⁴ Risse, Thomas, "Governance in Areas of Limited Statehood", *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2015, pp. 700 y ss.

mercado negro de bienes considerados esenciales, y cuya provisión no puede ser garantizada por el Estado²⁰⁵. En suma, en las “áreas de limitada estatalidad”, pueden surgir instituciones informales orientadas a satisfacer necesidades esenciales por mecanismos distintos a los recodidos en las técnicas de intervención administrativa reguladas en el Derecho Público, lo que coincide con lo que Douglas North llamó “instituciones informales”²⁰⁶. Desde el punto de vista del Derecho, ello abarca a las fuentes informales del Derecho, como la costumbre *praeter legem*. Pero también comprende arreglos informales contrarios a las instituciones formales, en lo que el Derecho conoce como “costumbre contra legem”²⁰⁷.

Las fallas en la capacidad estatal dan lugar a *brechas de capacidad*, esto es, la diferencia entre los cometidos que el Estado debe atender (de *iure*) y los cometidos que realmente

²⁰⁵ El mercado negro, a veces denominado “economía en la sombra”, o -quizás equívocamente “economía informal”- describe a los mecanismos de intercambio de bienes y servicios que no se ajustan al marco jurídico establecido en la regulación aplicable, típicamente, mediante limitaciones administrativas. Frente a canales formales previstos en esa regulación, surgen canales informales que por ello, tienden a ser antijurídicos, como sucede típicamente con el contrabando, y en general, con la corrupción por medio de la cual se obvian los controles aplicables. *Vid.* Schneider, Friedrich, “Shadow economies and corruption all over the world: what do we really know?”, en *The Shadow Economy, Corruption and Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, pp. 122 y ss.

²⁰⁶ En la teoría económica del desarrollo, se alude a los “tratos sociales” para describir las instituciones formales que surgen de acuerdos sociales al margen del Estado, típicamente, para satisfacer necesidades que no quedan cubiertas por mecanismos de gobernanza pública. *Vid.* Pritchett, Lant, *et al.*, *Deals and Development*, *cit*, 24 y ss.

²⁰⁷ Debe recordarse que el concepto económico de instituciones difiere del sentido que la expresión tiene en Derecho. Para North, las instituciones son las reglas vinculantes de conducta humana, y que en especial, determinan el proceso de intercambio de bienes y servicios. Tales reglas pueden ser formales -como la Ley o el contrato- o informales -como la costumbre. *Vid.:* North, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 36 y ss.

atiende (de *facto*). Los cometidos que realmente atiende son menores a aquellos cometidos asignados por el ámbito de *iure*, siendo la diferencia las “áreas de limitada estatalidad”.

Ahora bien, las brechas en la capacidad estatal pueden afectar el acceso de sectores vulnerables de la población a bienes y servicios esenciales vinculados al derecho al desarrollo humano. En situaciones extremas, esto puede dar lugar a **emergencias humanitarias**, esto, graves crisis que afectan la capacidad del Estado y de la sociedad civil, y que producen la exclusión de sectores de la población de bienes y servicios esenciales en detrimento del derecho a la vida, a la salud y a la dignidad humana²⁰⁸. El ejemplo es la *hambruna*, que es, en esencia, la emergencia humanitaria que surge cuando amplios sectores de la población no pueden acceder a bienes y servicios esenciales asociados al derecho a la alimentación²⁰⁹.

Esas emergencias pueden responder a causas distintas, pero siempre se relacionan con brechas en la capacidad estatal. Por un lado, hay emergencias que derivan de **causas naturales** que generan necesidades que exceden la capacidad del Estado, como está sucediendo con la pandemia de la COVID-19. Por el otro lado, las emergencias humanitarias pueden responder a colapsos en la capacidad estatal debido a **crisis políticas** asociadas con el deterioro de la democracia constitucional. Estas crisis son resultado de fallas en el Derecho Públi-

²⁰⁸ Anderson, Mark, y Gerber, Michael, “Introduction to Humanitarian Emergencies”, en *Health in Humanitarian Emergencies: Principles and Practice for Public Health and Healthcare Practitioners*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y ss. Partiendo del concepto de “desastre” asumido por la *Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres*, la emergencia humanitaria se define como todo evento con efectos disruptivos sobre la sociedad, sin que ésta tenga capacidad para atender las consecuencias de tal evento, de lo cual surgen situaciones de riesgo para derechos humanos, en especial, el derecho a la vida y a la salud. Nótese que la clave es la incapacidad del sociedad -y por ende, del Estado- de hacer frente a tal situación.

²⁰⁹ Sen, Amartya, *Poverty, and famines. An essay on entitlement and deprivation*, Clarendon Press-Oxford University Press, Nueva York, 1982, pp. 10 y ss.

co, en tanto éste no puede prevenir medidas autoritarias que socavan la democracia constitucional y con ello la capacidad estatal. Aquí suele aludirse a *emergencias humanitarias complejas*.

Todo este marco teórico nos permite aproximarnos al concepto de *Estado fallido*, o sea, el Estado que no cuenta con capacidad suficiente para la efectiva implementación de cometidos públicos, en especial, por medio de sus Administraciones Públicas. Estas fallas de capacidad estatal pueden estar relacionadas con conflictos políticos que merman la capacidad estatal. En la práctica, todo Estado presenta fallas, con lo cual, el concepto de Estado fallido debe ser entendido a partir de los distintos grados de fallas de capacidad estatal, lo que en parte ha justificado emplear, también, la expresión *Estado frágil*²¹⁰.

La diferencia entre el Estado fallido y el Estado frágil es simplemente de enfoque, y no debe dársele por ello mayor relevancia teórica. En ambos casos se alude al Estado que tiene fallas de capacidad, las cuales admiten diversos grados, que en caso extremo colocan en duda la existencia efectiva del Estado, cuando ha sucumbido totalmente la autoridad central que ejerce el monopolio legítimo de la violencia. Pero más allá

²¹⁰ Véase el temprano trabajo de Helman, Gerald B. y Ratner, Steven R., "Saving Failed States", en *Foreign Policy*, No. 89, Invierno de 1992-1993, pp. 3 y ss. En especial, Vid. Rotberg, Robert, "Failed States, Collapsed States, Weak States", en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss. Luego ampliado en "When States Fail", en *When State Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2004, pp. 1 y ss. Posteriormente, Vid. Rotberg, Robert, "Odious and Failed States, Humanitarian Responses", en Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?* Ohio University Press, Ohio, 2014, pp. 119 y ss., as como "Repressive, Aggressive and Rogue Nation-States", en Rotberg, Robert (editor), *Worst of the worst. Dealing with repressive and rogue nations*, World Peace Foundation y Brookings Institution Press, Cambridge, 2007, pp. 1 y ss. En general, Vid.: Woodward, Susan, *The Ideology of failed States*, Cambridge University Press, Nueva York, 2017, pp. 12 y ss., y 34 y ss.

de estos casos extremos, lo cierto es que todo Estado, en mayor o menor medida, presenta fallas de capacidad que pueden, por ello, incidir en emergencias humanitarias complejas, cuya gravedad también es gradual. Hay eventos en los cuales el colapso estatal y la emergencia surgen súbitamente, por ejemplo, por graves conflictos civiles; en otros casos, incluso más comunes, el colapso y la emergencia son graduales.

Para efectos de este libro, como destacamos en la sección siguiente, es importante apuntar que las fallas de capacidad estatal pueden afectar a todos los Poderes Públicos, pero en la práctica las fallas más relevantes son aquellas que inciden en el Poder Ejecutivo, esto es, en las Administraciones Públicas, pues solo a éstas corresponde la gestión concreta de los cometidos públicos. Por lo anterior, las fallas más sensibles al ciudadano son las fallas de las Administraciones Públicas.

De esa manera, el interés por las fallas de capacidad estatal reside, principalmente, en aquellos casos en los cuales esas fallas impiden al Estado -y a la sociedad civil- satisfacer necesidades esenciales, todo lo cual deriva en situaciones que afectan la calidad de vida y genera riesgos a la vida. Tales situaciones son, precisamente, las emergencias humanitarias complejas²¹¹. Así, tales emergencias agravan la *vulnerabilidad* de grandes sectores de la población²¹², cuya vida y salud se encuentran en riesgo, especialmente debido a la escasez de medicinas, servicios de salud y alimentos, lo que incluso puede dar lugar a *hambrunas*²¹³.

²¹¹ Keen, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008, pp. 1 y ss. Véase igualmente a Taylor, Andrew, *State Failure*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2013, pp. 133 y ss.

²¹² El concepto de vulnerabilidad es clave dentro del estudio de la emergencia compleja, pues ésta incide especialmente sobre la población que están en mayor posición de riesgo frente a las fallas en el cumplimiento de los cometidos estatales. *Cfr.*: Väyrynen, Raimo, "Complex Humanitarian Emergencies: Concepts and Issues", en *War, Hunger, and Displacement: Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 48.

²¹³ El concepto de hambruna es técnico, y mide aquellas situaciones en las cuales la falta de acceso a alimentos -como índice revelador de fa-

Con lo cual y, en resumen, la capacidad estatal mide la aptitud del Estado de cumplir con sus cometidos públicos, lo que depende en buena medida de la capacidad del Poder Ejecutivo (o Gobierno, en sentido estricto). El Estado no siempre cuenta con capacidad adecuada, lo que da lugar a brechas de capacidad estatal. El Estado frágil es, así, el Estado que presenta fallas de capacidad estatal y en el cual hay cometidos que el Gobierno no puede atender debidamente, y que pueden dar lugar “áreas de limitada estatalidad”.

2. *Auge y colapso de la capacidad estatal en Venezuela (2006-2020)*

El marco teórico del Estado frágil -del cual hemos expuesto, tan solo, sus aspectos más básicos- permite comprender mejor el proceso de auge y colapso de la capacidad estatal en Venezuela. Para el debido análisis de este tema, sin embargo, debemos recordar el rol preponderante que las Administraciones Públicas cumplen en el Estado moderno, y por qué las fallas de las Administraciones Públicas resultan particularmente sensibles, tomando en cuenta la evolución del Estado venezolano.

llas en la seguridad alimentaria- coloca en riesgo la vida de amplios sectores de la población. Por ejemplo, de acuerdo con la *Clasificación Integrada de las Fases de la Seguridad Alimentaria* (IPC), la hambruna existe en áreas en las cuales, incluso con asistencia humanitaria, al menos uno de cada cinco hogares se encuentra en una situación de extrema falta de alimentos y otras necesidades esenciales, con lo cual, el hambre extrema y la desnutrición son evidentes y la mortalidad es significativa, como resultado de la desnutrición o de la combinación entre desnutrición y otras enfermedades. *Guidelines on Key parameters for IPC Famine classification*, 2016, p. 2. La hambruna, la desnutrición y la pobreza conceptos relacionados aun cuando independientes. Cfr.: Sen, Amartya, *Poverty and famines. An essay on entitlement and deprivation*, cit, pp. 39 y ss.

A. *Breve introducción a la evolución del Estado venezolano a la sombra del Petro-Estado (1939-1999)*

La expansión de los cometidos públicos a través del reconocimiento de derechos prestacionales asociados al derecho al desarrollo humano²¹⁴ ha propendido a la expansión del rol de las Administraciones Públicas. En efecto, aun cuando todos los Poderes Públicos participan en la satisfacción de los cometidos públicos, es a las Administraciones Públicas a quienes corresponde la satisfacción inmediata y concreta de estos cometidos²¹⁵. En especial, corresponde a ésta garantizar la satisfacción de necesidades esenciales asociadas a derechos prestacionales, conocidos también como DESCA²¹⁶, en lo que se ha

²¹⁴ Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha reconocido que existen derechos humanos relacionados con necesidades esenciales cuya protección requiere, por ello, la efectiva satisfacción de esas necesidades. A fines de la década de los setenta, esta idea fue incorporada al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una década más tarde se dicta, con similar propósito, el Protocolo de San Salvador, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Más recientemente, estos derechos tienden a sintetizarse en el concepto del "derecho al desarrollo". *Vid.*: Gómez Isa, Felipe, *El Derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 63 y ss.

²¹⁵ Se debe a la doctrina italiana la tesis de acuerdo con la cual la actividad administrativa es aquella actividad estatal orientada a la gestión concreta del interés público. *Cfr.*: Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Primer Volumen, octava edición, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 1 y ss., así como Sandulli, Aldo, *Manuale di Diritto Amministrativo*, I, décimo tercera edición, Joveen Editore, Nápoles, 1982, pp. 6 y ss. Por ello, se ha señalado que Administración es el instrumento para la consecución o realización de fines (Fernández Farreres, Germán, *Sistema de Derecho administrativo*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 51 y ss.).

²¹⁶ Jurídicamente esta tesis se enfrenta al problema de la indeterminación de los cometidos públicos asociados a los derechos prestacionales. Estos derechos suelen reconocerse en términos amplios y poco precisos, lo que constituye un obstáculo para su efectiva protección judicial. *Vid.*: Cascajo Castro, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 48-50. Véase también a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 37 y

denominado la “Administración Pública prestacional”²¹⁷. Por ello, el Estado siglo XX se configuró, básicamente, como un “Estado administrativo”²¹⁸, todo lo cual ha propendido a la difusión de la tradicional diferencia entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo²¹⁹.

En Venezuela, la expansión de los cometidos estatales inicia en 1939, con ocasión a las medidas económicas adoptadas por el entonces presidente Eleazar López Contreras, precisamente, en materia de precios y libertad cambiaria. La Constitución de 1947 consolidó esa transformación al organizar a Venezuela como Estado Social, lo que implicó el reconocimiento de amplios mandatos de actuación positiva para promover condiciones reales de igualdad, especialmente, a través de la garantía de acceso equitativo a bienes y servicios esenciales relacionados con los derechos prestacionales²²⁰.

La progresiva transformación de Venezuela como Petro-Estado consolidó esta evolución, en especial, luego de la nacionalización petrolera de la década de los setenta. Ello marcó la predominancia del Estado administrativo en el orden económico, no solo en la actividad de limitación -justificada por

ss. Asimismo, *Vid.* Carbonell, Miguel y Ferrer McGregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Editorial Flores, México, 2014, y Ferrer McGregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017.

²¹⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado social y la Administración Prestacional”, en *Revista Vasca de Administración Pública* número 57, Guipúzcoa, 2000, pp. 17-47, y Rodríguez de Santiago, José María, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, 2007, p. 93.

²¹⁸ Dwight, Waldo, *The administrative state. A study of the political theory of American public administration*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2007, pp. 65 y ss.

²¹⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Aproximación al Derecho administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 155 y ss.

²²⁰ Para esta transformación, por todos, *Vid.* Brewer-Carías, Allan, *Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979*, *cit.*

el “régimen de excepción” que, en la práctica, derogó a la Constitución económica del Texto de 1961- sino también a través de la actividad prestacional, con el paradigma del “Estado empresario”. El resultado de ello fue la reducción del rol y relevancia del sector privado en la economía, y la preponderancia del Estado, especialmente, en su rol exclusivo de gestor de la industria petrolera y administrador del ingreso petrolero²²¹. De allí que, como se ha explicado, tanto el control de precio como de cambio han sido técnicas usuales de intervención administrativa económica desde 1939²²².

El así llamado “viernes negro” de 1983 demostró el agotamiento de este modelo estatista de desarrollo, todo lo cual llevó a la Comisión Para la Reforma del Estado (COPRE), a proponer un conjunto de reformas económicas para reducir el rol del Estado en la economía y ampliar el rol del sector privado. Parte de esas reformas fueron implementadas durante la segunda presidencia de Carlos Andrés Pérez (1989-1993), pero de manera muy reducida, en buena medida, como resultado de la inestabilidad política²²³.

Lo anterior quiere decir que mucho antes de 2003 el Derecho Económico en Venezuela había degenerado en torno un concepto estatista de la economía, esto es, el modelo basado en la promoción del desarrollo a través de la primacía del Estado, relegándose el rol del sector privado, cuyos derechos

²²¹ En general, en cuanto a los arreglos institucionales del Petro-Estado, véase a Terry Lynn, *The paradox of plenty*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles, 1997, pp. 6 y ss. Ello llevó a considerar, hacia la década de los setenta del pasado siglo, que la libertad económica era un derecho de reducido alcance. Véase nuestro análisis crítico en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, cit

²²² En cuanto al control de cambio, Vid. Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, cit, pp. 44 y ss. Respecto del control de precios, Vid. Abadi, Anabella y García, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la “guerra económica”*, cit, pp. 24 y ss.

²²³ Naim, Moisés, *Paper tigers & minotaurs*, The Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 1993, pp. 115 y ss.

económicos fueron severamente diezmados a resultas del régimen de excepción que, como explicamos, entró en vigor junto con la Constitución de 1961, derogando en los hechos sus cláusulas económicas²²⁴. A ello se le debe agregar el pobre desempeño económico registrado en Venezuela a partir de la década de los setenta, todo lo cual permite explicar el declive político bajo el cual, en diciembre de 1998, Hugo Chávez fue electo presidente²²⁵.

El triunfo de Chávez en esa elección, a pesar del discurso autoritario-populista asumido, puede ser explicado, al menos en parte, como una reacción a la progresiva crisis económica y el declive político²²⁶. La reacción de Chávez fue promover, en contra de la Constitución de 1961, el proceso constituyente, con el objetivo formal de “refundar” al Estado. El verdadero propósito, sin embargo, fue concentrar poderes en la Presidencia de la República, desmantelando las instituciones democráticas vigentes en la Constitución de 1961²²⁷.

Con lo cual, los controles de cambio y de precios adoptados en 2003, en realidad, responden a técnicas de intervención tradicionales del Estado en la economía, como resultado del sesgo estatista del Derecho Económico venezolano, agra-

²²⁴ Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, cit.

²²⁵ Vid. Hausmann, Ricardo y Rodríguez, Francisco, “Why did Venezuela growth collapse?”, en *Venezuela before Chávez. Anatomy of an Economic Collapse*, The Pennsylvania State University Press, University Park, 2014, pp. 15 y ss

²²⁶ Fue por ello por lo que Allan Brewer-Carías, a fines de la década de los noventa, habló de “crisis terminal”. Vid.: *Cambio político y consolidación del Estado de Derecho 1958-1998. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 675 y ss., así como *Asamblea Constituyente y proceso constituyente 1999. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI Fundación de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2013, pp. 15 y ss.

²²⁷ Brewer-Carías, Allan R., *Dismantling Democracy in Venezuela*, cit

vado por los arreglos formales del Petro-Estado²²⁸. Hugo Chávez se valió de ese Derecho Económico para imponer de manera arbitraria tales controles en 2003.

B. *El fortalecimiento de la capacidad estatal en Venezuela como resultado del modelo socialista de desarrollo (1999-2012)*

Durante la Presidencia de Chávez (1999-2012) la fragilidad estatal se redujo, o lo que es igual, se fortaleció la capacidad estatal, al ser ello necesario para imponer las medidas autoritarias que se tradujeron en el control centralizado de la sociedad civil, y en especial, de la economía, mediante políticas de claro contenido totalitario²²⁹.

Si repasamos la medición de fragilidad estatal del *Fund For Peace*, podemos comprobar que, salvo en el 2009, la tendencia del Estado venezolano fue hacia el fortalecimiento de su capacidad, hasta 2012²³⁰.

Esto fue demuestra que la implementación del modelo socialista exigió fortalecer la capacidad del Estado, en especial, a través de las Administraciones Públicas creadas para el

²²⁸ Entendemos por arreglos formales del Petro-Estado las reglas jurídicas en cuya virtud el Estado asume, como cometido, la gestión en exclusiva de las actividades de exploración y producción; la captura del ingreso petrolero y su posterior distribución, todo ello, a través del Poder Ejecutivo. La naturaleza económica única del ingreso petrolero crea condiciones para la centralización del Poder Ejecutivo. Estos arreglos facilitaron la implementación de las políticas autoritarias de Chávez. Véase: Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 5 y ss.

²²⁹ Brewer-Carías, Allan R., *Estado totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 175 y ss. Véase nuestro prólogo, en el cual formulamos algunas consideraciones teóricas sobre el totalitarismo (pp. 7 y ss.).

²³⁰ Tomado de: <https://fragilestatesindex.org/country-data/>

cumplimiento coactivo de las arbitrarias potestades de ordenación y limitación.

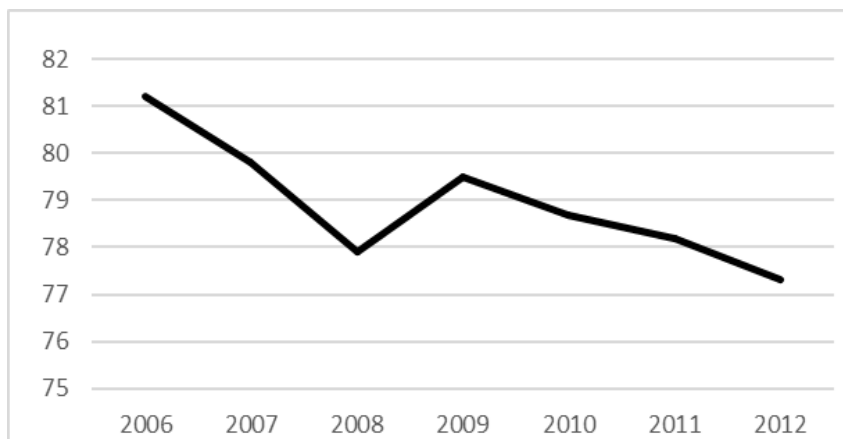


Gráfico N° 2
Fragilidad estatal de Venezuela: 2006-2021
Fuente: Fund for Peace

Este gráfico mide la fragilidad estatal, de una escala más alta de fragilidad -82- a una escala más baja -75-. Entre 2006 y 2016 la fragilidad estatal se redujo, lo que quiere decir que la capacidad del Estado venezolano se fortaleció. Por ello, hasta el 2012, la brecha entre el ámbito *de iure* -caracterizado por los controles centralizados como “instituciones económicas extractivas”- y el ámbito *de facto* -las reglas que en la práctica regían el intercambio- era reducida, pues el Estado administrativo tenía capacidad suficiente para hacer cumplir los controles centralizados. Esto nunca impidió, en todo caso, ni la fuga de capitales ni tampoco el intercambio por medio de instituciones informales como “mercado negro”, principalmente, mediante el “mercado paralelo” de divisas²³¹.

²³¹ En realidad, la fuga de capitales aumentó durante el control de cambio, como evidencia adicional a su irracionalidad. Cfr.: Reinhart, Carmen M, y Santos, Miguel Angel, “From Financial Repression to External Distress: The Case of Venezuela”, *Emerging Markets Finance & Trade* 52, no. 2, 2016, pp. 255 y ss.

De esa manera, la implementación del modelo socialista promovió a la centralización del Estado y a la reducción de su fragilidad. Este fortalecimiento estatal se llevó a cabo al mismo tiempo que la democracia constitucional colapsaba en Venezuela, como resultado de las medidas autoritario-populistas impuestas desde 1999. Así, la oferta constituyente que se promovió en 1999 respondió al uso de la retórica populista para imponer medidas autoritarias que, sin embargo, mantuvieron una apariencia de constitucionalidad, pues el Gobierno empleó a los Poderes del Estado para imponer esas medidas autoritarias, muy especial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Luego, Venezuela fue un caso -notable, por lo demás- del “Derecho Constitucional autoritario”, o más precisamente, del “Derecho Constitucional autoritario-populista”²³².

Esto quiere decir que, en Venezuela, hasta 2012, se generó un proceso en dos sentidos: centralización y fortalecimiento del Estado, por un lado, y declive de la democracia constitucional, por el otro. Este resultado es coherente con el sentido totalitario del modelo socialista, como vimos, pues ello requería de un Estado con capacidad adecuada. También contribuyó al proceso de fortalecimiento de la capacidad estatal la política de expropiaciones y nacionalizaciones, en tanto ello creó incentivos para fortalecer la capacidad de gestión de las Administraciones Públicas. A todo lo anterior contribuyeron los arreglos formales del Petro-Estado, en tanto ellos favorecieron la concentración de funciones en la Presidencia de la República para la mejor administración de los ingresos del *boom* petrolero para financiar el modelo socialista.

²³² Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, 2018, en <http://www.iconnect-blog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/> El caso de Venezuela coincide con el llamado “populismo rentista”, debido a que la retórica populista justificó la captura y reparto del ingreso petrolero. Véase: Mazzuca, Sebastian L., “The rise of rentier populism”, in *Journal of Democracy* 24, no. 2, 2013, pp. 108 y ss.

Interesa también destacar que, hasta el 2012, pudo apreciarse el incremento del PIB per cápita²³³:

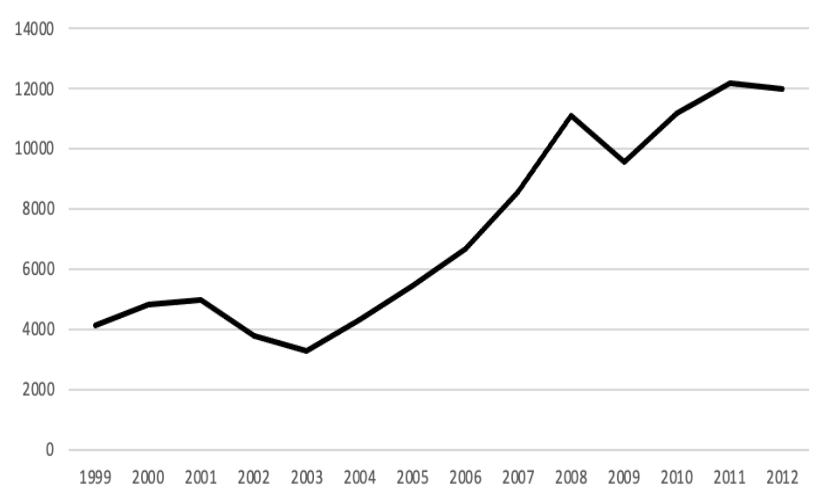


Gráfico N° 3
PIB per cápita de Venezuela, 1999-2012.
Miles de dólares, precios corrientes
Fuente: Fondo Monetario Internacional

Además, de acuerdo con información de la Programa de Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, puede apreciarse la mejoría del índice de desarrollo humano (IDH) en comparación con la situación previa a 1999²³⁴:

²³³ Tomado del Fondo Monetario Internacional: <https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPDPC@WEO/VEN?year=2021>

²³⁴ Tomado de: <http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/VEN>

Trends 1990 - Present

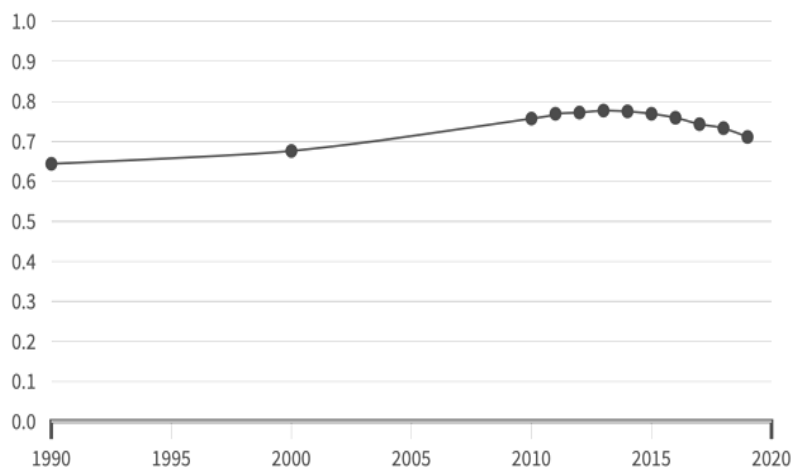


Gráfico N° 4
IDH Venezuela 1999-2015
Fuente: Programa de Desarrollo de la
Organización de las Naciones Unidas

El crecimiento económico y la mejora del IDH puede ser explicado a partir del reparto clientelar del ingreso petrolero derivado del *boom*, lo que permitió al Gobierno Nacional subsidiar las importaciones e implementar programas sociales por canales clientelares y poco transparentes, como las misiones. Es preciso destacar que tanto el crecimiento del PIB como la mejora del IDH se produjeron al mismo tiempo que los mecanismos de mercado eran desmantelados, y con ello, se afectaba la producción local. Los efectos económicos de estas instituciones extractivas, por ello, fueron en cierto modo silenciados por el *boom* petrolero, cuya administración clientelar fue otra condicionante a favor del fortalecimiento de la capacidad estatal.

C. *El colapso de la capacidad estatal como resultado del modelo socialista de desarrollo (2013-2021)*

La caída de la producción petrolera como causa de las políticas arbitrarias ejecutadas sobre la industria, y el sobreendeudamiento, afectaron severamente los ingresos fiscales y la disponibilidad de divisas, con lo cual, los costos económicos de los controles centralizados comenzaron a ser evidentes, en especial, hacia 2014. Como ya explicamos, el entonces Gobierno de Maduro optó por mantener las instituciones económicas extractivas, lo que agravó la crisis económica y social, que desde 2017 mutó en emergencia humanitaria compleja, como se ha resumido recientemente desde el Banco Interamericano de Desarrollo²³⁵.

En este sentido, los datos de la encuesta ENCOVI 2019-2020 fueron reveladores: el 79,3% de los venezolanos no tienen como cubrir la canasta de alimentos, mientras que la línea de pobreza permite estimar que el 96% de los hogares están en situación de pobreza y 79% en pobreza extrema²³⁶. De los datos de la encuesta 2021 se desprende que, comparativamente, la pobreza extrema se redujo como resultado de la “apertura económica” y transferencias directas, pero aumentó en 2021. Además, y de acuerdo con el índice Gini, la desigualdad aumentó en 2021. Se estima que entre 2020 y 2021 “el consumo de alimentos en términos reales per-cápita ha caído en este último año entre 2% y 13% según el estrato social”²³⁷.

²³⁵ Abuelafia, Emmanuel y Saboin, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, cit

²³⁶ Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, tomado de: <https://www.proyectoencovi.com/encovi-2019>.

²³⁷ Véase: <https://www.proyectoencovi.com/encovi-2021>

La Organización de las Naciones Unidas de la Alimentación y la Agricultura, a fines de 2020, ha estimado que cerca de 9.3 millones de venezolanos enfrenta inseguridad alimentaria aguda²³⁸.

La caída del PIB, junto a la hiperinflación, han agravado la desigualdad y pobreza, excluyendo a amplios sectores de la población del acceso a bienes y servicios esenciales, en especial, respecto de la salud y la alimentación. Este cuadro es el que ha permitido enmarcar la crisis económica venezolana desde una perspectiva humanitaria²³⁹. Como ha resumido la Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios en su reporte de 2020²⁴⁰:

“La situación humanitaria en Venezuela continúa tras seis años consecutivos de contracción económica y otras tendencias y eventos como la inflación con episodios de hiperinflación, tensiones políticas, sociales e institucionales, y recientemente el impacto de la pandemia global de la COVID-19. Los ingresos, el ahorro y el consumo de los hogares han disminuido. El gasto público, incluyendo inversiones importantes en programas sociales, que han sido priorizados, la capacidad de importar y suministrar bienes y la posibilidad de asegurar servicios esenciales también se han visto afectados (...)”

La emergencia humanitaria en Venezuela es el signo más claro del colapso de la capacidad estatal, esto es, del incre-

²³⁸ *Venezuela (Bolivarian Republic of). Revised humanitarian response (May-December 2020)*, tomado de: <http://www.fao.org/documents/card/es/c/CB0195EN>.

²³⁹ Véase: *Venezuela's Humanitarian Emergency Large-Scale UN Response Needed to Address Health and Food Crises*, Human Rights Watch- The Center for Public Health and Human Rights at Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health, 2019, tomado de: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/venezuela0419_web.pdf

²⁴⁰ *Plan de respuesta humanitaria con panorama de las necesidades humanitarias. Venezuela*, julio de 2020, tomado de: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/venezuela_hrp_2020_es_vf.pdf (p. 7).

mento de la fragilidad estatal²⁴¹. Así como entre el 2006 y el 2012 el *Fund For Peace* registró un proceso de reducción de esa fragilidad, a partir de 2013 el resultado observado es el contrario: el aumento de esa fragilidad. En el índice 2020, Venezuela aparece en el número 28 de los Estados más frágiles, lo que implica una caída de 61 puestos desde que Maduro llegó al poder, en 2013²⁴², tal y como se refleja en el siguiente cuadro:

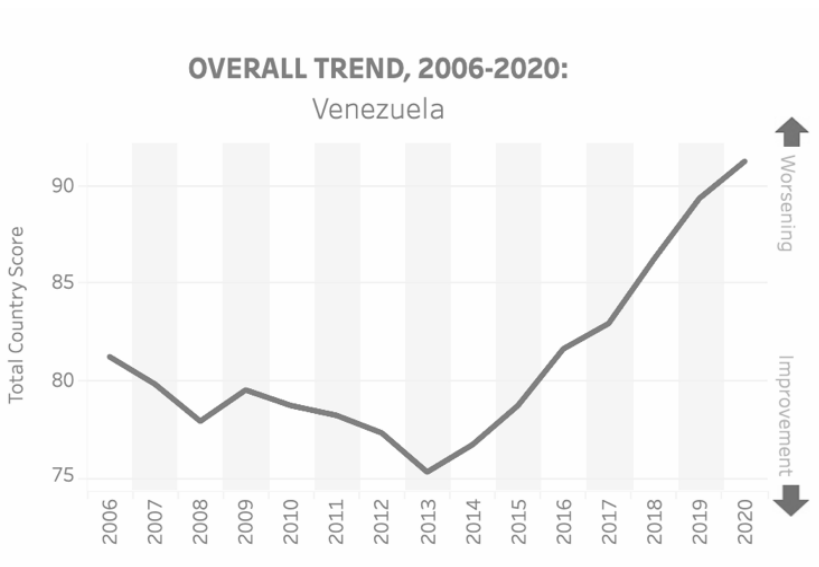


Gráfico N° 5
Fragilidad estatal de Venezuela 2006-2020
Fuente: Fund for Peace

Otros índices permiten tener una mejor idea del grado de colapso estatal. Así, de acuerdo con los indicadores *“Worldwide Governance Indicators: Government Effectiveness 1995-2019”*

²⁴¹ En general, *Vid.:* Shezi, Sipho, “State Collapse: The humanitarian challenge to the United Nations”, en *Collapsed States. The disintegration and restoration of legitimate authority*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 1995, pp. 207 y ss.

²⁴² *Fragile state index. Annual report 2020*, Fund for Peace, Washington D.C., 2020, p. 7.

del Banco Mundial, que miden la efectividad del gobierno, es posible apreciar la caída de esa efectividad, luego de un repunte hacia el 2001²⁴³:

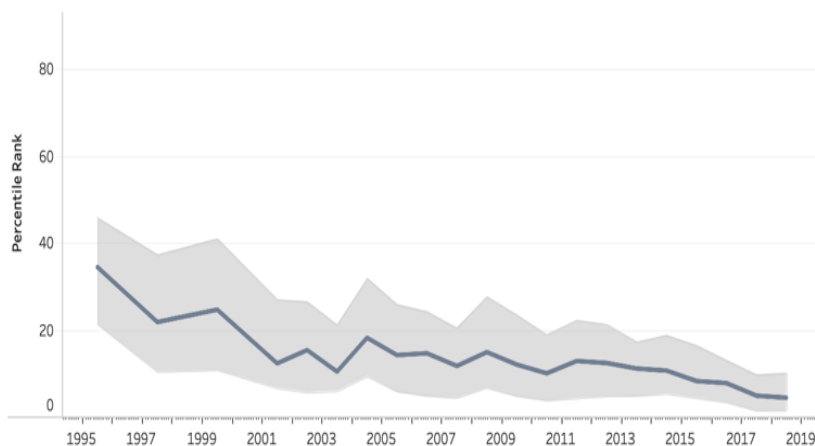


Gráfico N° 6
Efectividad del Gobierno 1995-2019
Fuente: Banco Mundial

De acuerdo con el *State Fragility Index and Matrix 2018* del Center for Systemic Peace²⁴⁴, el índice de fragilidad de Venezuela (14) es el mismo de países como Libia, Siria y Uganda, destacándose además fracturas importantes en el ejercicio del monopolio legítimo de la fuerza y, por ende, en el control de la violencia.

Un resultado similar se extrae del *States of fragility 2020* de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)²⁴⁵. Destaca, en especial, la fragilidad política, con indicadores “severos” en baremos como clientelismo, percepción de corrupción y efectividad de gobierno, así como la fragilidad económica, que es calificada de alta, en situación similar a países como Tayikistán.

²⁴³ Véase: <https://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports>

²⁴⁴ Véase: <http://www.systemicpeace.org/inscr/SFImatrix2018c.pdf>

²⁴⁵ Véase: <http://www3.compareyourcountry.org/states-of-fragility/countries/VEN/>

Otra dimensión de este colapso es el *Global Illicit Trade Environment Index 2018*, de *The Economist Intelligence Unit*, que mide el comercio ilegal internacional, lo que es reflejo del colapso de la capacidad estatal para garantizar coactivamente el orden público. Venezuela es ubicada en el puesto 80 de 84, solo por encima de Loas, Myanmar, Irak y Libia²⁴⁶. Junto a lo anterior, es necesario tomar en cuenta los estudios que acreditan la proliferación de organizaciones criminales que se han enquistado en las debilitadas instituciones del Estado, desde la cleptocracia, pasando por actividades minerales ilegales, hasta el narcotráfico. Desde este sentido, la involución de Venezuela es similar a aquella registrada en Estados que han colapsado al tiempo que sus estructuras son cooptadas por organizaciones criminales²⁴⁷.

Es por lo anterior que la situación de Venezuela coincide con las emergencias humanitarias complejas ocasionadas por conflictos civiles y políticos que socavan gradualmente la capacidad estatal. Otro signo de ello es la crisis de migrantes y refugiados, considerada la segunda del mundo, y que ha sido enmarcada en el Derecho Internacional Humanitario, al ser resultado de la emergencia humanitaria compleja y el colapso estatal²⁴⁸.

Ahora bien, interesa destacar que *la causa inmediata de la emergencia humanitaria compleja son las medidas autoritario-populistas implementadas desde 2003, y en especial, los controles de cambio y de precio*. Esas medidas, como explica-

²⁴⁶ Véase: <http://illicittradeindex.eiu.com/#>

²⁴⁷ Hirschfeld, Katherine, *Gangster States*, Palgrave Macmillan, London, 2015, pp. 68 y ss. y Rotberg, Robert, "Failed States, Collapsed States, Weak States", *cit* Véase: http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/_superlano-ley-de-recuperacion-de-activos. Véase además, de InSight Crime, *Venezuela Mafia State*, Washington D.C., 2018. Véase también a Arocha, José Gustavo, "Venezuela: more than a brutal regime it's an evil revolution that must be stopped", en *Latin America Policy Journal*, consultado en: <http://lapj.hkspublications.org/>

²⁴⁸ Como explicamos en detalle en Hernández G., José Ignacio, *Aspectos jurídicos de la crisis de migrantes y refugiados en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 77 y ss.

mos en los capítulos anteriores, destruyeron los mecanismos de mercado y socavaron la capacidad de la sociedad civil para organizarse y satisfacer sus necesidades. Al mismo tiempo, estas medidas destruyeron la autonomía de PDVSA, promoviendo el colapso de la producción petrolera al tiempo que la deuda pública externa aumentó de manera insostenible, todo lo cual llevó la escasez de divisas.

A lo anterior debe agregarse que la desorganización administrativa que caracterizó la implementación del modelo socialista afectó adversamente la capacidad de las Administraciones Públicas. Así, el crecimiento desorganizado de ministerios y de empresas del Estado; la creación de diversos órganos y entes para supervisar la implementación de los controles centralizados; la duplicación de trámites administrativos, y la creación de instancias paralelas en el marco del inconstitucional “Estado Comunal”, afectaron la capacidad de las Administraciones Públicas de cumplir con los cometidos públicos que se habían ampliado notablemente a propósito del modelo socialista²⁴⁹.

Así, el *Panel de Expertos Internacionales designados por la Organización de Estados Americanos* concluyó que la crisis económica y social de Venezuela es imputable a las políticas clientelares y predatorias²⁵⁰:

²⁴⁹ Véase a Iturbe, Eglé, “La institucionalidad administrativa de la revolución bolivariana y las políticas públicas”, en Diego Bautista Urbaneja (coordinador), *Desarmando el modelo. Las transformaciones del sistema político venezolano desde 1999*, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro-AB Ediciones-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2017, pp. 195 y ss. De la autora, véase igualmente “Administración Pública Nacional”, en Alarcón, Benigno y Ramírez, Sócrates, *La consolidación de una transición democrática. El desafío venezolano III*, cit, pp.207 y ss.

²⁵⁰ Cfr.: *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*, 2018, pp. 202 y ss.

“La crisis humanitaria no es producto de la casualidad, ni el resultado de una guerra económica iniciada por un enemigo interno compuesto por grupos fragmentados de oposición y civiles hambrientos. La única entidad con la capacidad de afectar la economía de esta forma necesita control de las instituciones de gobierno en el territorio nacional. De esta única forma, las políticas económicas y alimentarias pueden implementarse. Nicolás Maduro y su régimen son los únicos actores con control de estas instituciones, lo que les otorga el monopolio de la política económica, política y social del país. La única guerra económica que se ha declarado es la del Régimen a su propia gente, al sostener intencionalmente una crisis humanitaria caracterizada por el hambre y la enfermedad que no ha sido y no es, inevitable”.

Además, tal y como el señalado *Panel de Expertos* afirmó, el régimen autoritario ha utilizado la emergencia compleja para implementar políticas de control social y persecución política²⁵¹:

“Asimismo, los testigos dieron testimonio de actos de persecución generalizados y persistentes, con anuencia del Estado, como el utilizar la escasez de alimentos y medicinas como arma política, restringiendo su distribución solo a aquellos grupos que respaldan al Gobierno, penalizando a las personas y grupos que apoyan a la oposición. El Régimen fue acusado también de agravar la situación, ya que niega la existencia de una crisis humanitaria y rehúsa aceptar toda forma de asistencia”.

Esta emergencia ha sido agravada por las sistemáticas violaciones de derechos humanos cometidas en Venezuela, en especial, desde 2014. Entre otros documentos, cabe mencionar el informe de septiembre de 2020, presentado por la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos de las Naciones Unidas sobre la República Bolivariana de

²⁵¹ Cfr.: *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*, cit, p. 26.

Venezuela. En el párrafo 151 del Informe, se concluye lo siguiente:²⁵²

“La Misión tiene motivos razonables para creer que los actos y conductas descritos en este informe constituyen asesinatos arbitrarios, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes - incluyendo violencia sexual y de género-, desapariciones forzadas (a menudo de corta duración) y detenciones arbitrarias, en violación de la legislación nacional y las obligaciones internacionales de Venezuela”.

Asimismo, la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, el 2 de diciembre de 2020, presentó el Informe Fomentando la impunidad: El impacto de la ausencia de una investigación de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela²⁵³, en el cual se concluye lo siguiente:

“Las pruebas demuestran que los crímenes de lesa humanidad ocurridos en Venezuela fueron ordenados por altos dirigentes del Régimen que tenían la intención de que se cometieran los crímenes (o que, como mínimo, eran conscientes de que existía una probabilidad sustancial de que se habrían de cometer esos crímenes). Como explica el Informe de la OEA de 2018, los crímenes de lesa humanidad formaban parte de una política de Estado represiva formulada por Maduro y los altos dirigentes del Gobierno”.

²⁵² Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, 15 de septiembre de 2020, tomado de: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_33_UnofficialSpanishVersion.pdf.

²⁵³ Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, *Fomentando la impunidad: El impacto de la ausencia de una investigación de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*, 2 de diciembre de 2020, p. 145, tomado de <http://www.oas.org/documents/spa/press/Crimes-Against-Humanity-II-in-Venezuela-SPA.pdf>.

Por ello, como ha concluido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución N° 2/18, de 2 de marzo, sobre *migración forzada de personas venezolanas*²⁵⁴:

“(…) las violaciones masivas a los derechos humanos, así como la grave crisis alimentaria y sanitaria que viene enfrentando Venezuela como consecuencia de la escasez de alimentos y medicamentos, también, ha conllevado al crecimiento exponencial de cientos de miles de personas venezolanas que se han visto forzadas a migrar hacia a otros países de la región en los últimos años, como una estrategia de supervivencia que les permita a ellas y sus familias preservar derechos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la salud y la alimentación, entre otros”.

La caracterización adecuada de la crisis económica y social en Venezuela es la de la *emergencia humanitaria compleja*, pues su causa inmediata son las medidas autoritario-populistas impuestas en especial desde 2003, que de manera gradual socavaron las instituciones políticas y económicas inclusivas, que fueron sustituidas por instituciones extractivas, entre ellas y de manera destacada, los controles de precio y de cambio.

El caso de Venezuela comprueba la observación de Acemoglu y Robinson, en el sentido que las “instituciones extractivas” pueden afectar el crecimiento y, eventualmente, la propia capacidad estatal. Esos autores consideran que el crecimiento requiere de “instituciones inclusivas”, tanto políticas como económicas. Las instituciones inclusivas resumen los principios y valores de la democracia constitucional y del reconocimiento y garantía de derechos económicos que permiten el funcionamiento de los mecanismos de mercado. Por el contrario, las instituciones políticas extractivas resumen los principios y valores de regímenes autoritarios, así como las reglas que destruyen los mecanismos de mercado, desna-

²⁵⁴ Tomado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolución-2-18-es.pdf>

turalizando los derechos económicos y, en suma, “extrayendo” riqueza de la sociedad²⁵⁵.

Fukuyama, igualmente, ha observado cómo las desviaciones autoritarias y vicios como la corrupción y el clientelismo, pueden derivar en declives políticos y, en suma, en colapsos de la capacidad estatal²⁵⁶. Para describir las reglas o instituciones que promueven este declive, en lo económico, suele aludirse al “Estado predatorio”, como aquel que acosa y, en suma, aniquila a los operadores económicos, y a la sociedad civil en general²⁵⁷.

Desde el punto de vista jurídico, debe observarse que las medidas autoritario-populistas que ocasionaron el colapso estatal fueron adoptadas cumpliendo formas constitucionales, en un claro ejemplo de Derecho Constitucional autoritario²⁵⁸ o, más propiamente, Derecho Constitucional autoritario-populista²⁵⁹. Así, las instituciones políticas y económicas extractivas, bajo esta apariencia de constitucionalidad, socavaron gradualmente la capacidad estatal, en un proceso que el colapso del ingreso petrolero aceleró.

Como resultado de lo anterior, la brecha de capacidad estatal aumentó y con ella, la diferencia entre el ámbito de iure y el ámbito de facto. En el Derecho Administrativo Económico ello se tradujo en la ampliación de las instituciones informales que, como el mercado negro, permiten el intercambio de bienes y servicios, en un ámbito de facto que se fue expandido, al punto que, para 2018, llevó al colapso de los controles de cambio y de precio. La dolarización es, así, una

²⁵⁵ Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, Nueva York, 2012, pp. 335 y ss.

²⁵⁶ Fukuyama, Francis, *Political order and political decay*, cit, pp. 199 y ss.

²⁵⁷ Robinson, James, “When is a State Predatory?”, 2001.

²⁵⁸ Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes”, y Tushnet, Mark “Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y 36.

²⁵⁹ Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, cit.

muestra de cómo el ámbito de iure basado en el bolívar como moneda de curso legal, dejó de aplicarse en la práctica, dando lugar a instituciones informales, que han sido toleradas por el régimen de Maduro.

Con lo cual, el Derecho Constitucional autoritario-populista también ha cambiado, pues sus instituciones formales han venido colapsando, al tiempo que instituciones informales han surgido en las áreas de limitada estatalidad. Luego, lo característico del Derecho Público Económico en Venezuela ya no son las instituciones extractivas, sino su naturaleza fallida, lo que permite calificarlo como "Derecho Público fallido". Así, el Derecho Público en Venezuela es fallido pues el Estado no tiene capacidad para implementar las instituciones formalmente en vigor, todo lo cual ha dado lugar a instituciones informales o de facto.

De todo lo anterior se desprende que la principal restricción al desarrollo ya no son las instituciones económicas extractivas traducidas en Leyes, Decretos-Leyes, Decretos y sentencias de naturaleza autoritario-populista, sino el colapso de la capacidad estatal, en tanto Venezuela es hoy un Estado fallido, o si se quiere, un Estado frágil, sin capacidad para cumplir con cometidos esenciales, tales y como el ejercicio del monopolio de la violencia, la implementación de políticas macroeconómicas y la garantía de acceso a servicios esenciales, como el suministro eléctrico. Este es, precisamente, el reflejo que muestran los resultados de las encuestas Enterprise Survey y World Management Survey, de las cuales se desprende que los obstáculos principales a los que se enfrentan la empresa privada en Venezuela se relacionan con inestabilidad macroeconómica, inestabilidad política y fallas de suministro eléctrico, que son síntomas del colapso del Estado²⁶⁰.

En todo caso, que Venezuela sea un Estado frágil no implica que no cuente con capacidad estatal. En realidad, todavía el Estado puede cumplir algunas de sus funciones, incluso, en relación con el régimen autoritario en vigor.

²⁶⁰ Saboín, José Luis, *The Venezuelan Enterprise. Current situation, challenges and opportunities*, cit.

Lo anterior queda corroborado por las graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos que, incluso actualmente, son realizadas por el régimen autoritario, todo lo cual requiere cierto grado de capacidad²⁶¹. Esto implica que, a pesar de la fragilidad estatal, Venezuela puede ser considerada como un Estado represivo, debido a la sistemática violación de derechos humanos derivados de actos de abuso y represión, así como también como resultado de la privación de bienes y servicios esenciales en el marco de la emergencia humanitaria compleja²⁶².

A su vez, las organizaciones criminales que se han enquistado en las frágiles instituciones estatales -en áreas tales y como comercio ilícito de oro y demás mercados negros- comprenden a instituciones de las cuales se vale el Gobierno dentro de su frágil capacidad²⁶³. Esto permite estudiar a Venezuela, también, dentro de la teoría general del Estado mafioso, esto es, aquel cuyas instituciones responden, en mayor o menor medida, a las estructuras del crimen organizado²⁶⁴.

²⁶¹ Véase la declaración de Marta Valiñas, Presidenta de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en la 46ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, de 10 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26872&LangID=S> Véase, entre muchas otras fuentes, Los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 9 de octubre de 2019, párrafos 47 y ss.

²⁶² Rotberg, Robert, "Repressive, Aggressive and Rogue Nation-States" *cit*

²⁶³ Para el marco teórico, *Vid.*: Dick, Howard, "The Shadow Economy: Markets, Crime and the State", en Wilson, Eric, (ed), *Government of the Shadows. Parapolitics and Criminal Sovereignty*, Pluto Press, Nueva York, 2010, pp. 97 y ss.

²⁶⁴ El concepto de "Estado mafioso" ha sido empleado para describir al Estado cuyo Gobierno está controlado por una élite política basada en relaciones personales y familiares que giran en torno al crimen organizado. El uso de esa expresión se ha utilizado, por ejemplo, para describir a Gobiernos post-comunistas como Rusia y Hungría. *Cfr.*: Magyar, Balin, *Post-Communist Mafia State: The Case of Hungary*, Central

D. *El colapso de la capacidad estatal y el colapso de la sociedad civil*

A pesar de que nuestro interés se ha centrado en la fragilidad del Estado como resultado de fallas de capacidad, es preciso tomar en cuenta -como lo enseña la teoría del Estado fallido- que cuando colapsa la capacidad estatal también puede colapsar la capacidad de la sociedad civil²⁶⁵. En el caso de Venezuela, hay dos causas generales que permiten comprender este colapso de la sociedad civil.

Así, por un lado, las instituciones económicas extractivas debilitaron la capacidad de la sociedad civil como resultado de la destrucción de los mecanismos de mercado. En especial, los controles centralizados diezmaron la capacidad de la sociedad civil de emprender actividades económicas, tal y como lo refleja el colapso del PIB.

Por el otro lado, el colapso del Estado, en especial en la provisión de bienes públicos, debilitó a la sociedad civil, ante la ausencia o deficiente prestación de actividades esenciales para la convivencia social pacífica, como es el caso de los servicios de seguridad ciudadana o la administración de justicia.

Otro de los signos económicos del debilitamiento de la sociedad civil fue la escasez y desabastecimiento que mutaron en emergencia humanitaria compleja, no solo como resultado de la destrucción de la capacidad doméstica de producción sino además por el colapso de las importaciones.

European University Press, Budapest, 2016, pp. 67 y ss. Para Moisés Naim, el Estado mafioso es describe a los “países en los que el Estado controla y usa grupos criminales para promover y defender sus intereses nacionales y los intereses particulares de una élite de gobernantes” (“El Estado Mafioso”, en *El País*, 5 de mayo de 2012). En sentido similar se ha empleado la expresión “Estado gánster”. *Vid.*: Hirschfeld, Katherine, *Gangster States*, *cit.*

²⁶⁵ La interacción entre la capacidad estatal y la capacidad de la sociedad civil puede derivar en situaciones en las cuales, a pesar de la fragilidad estatal, la sociedad tiene una elevada capacidad. Pero también puede suceder que el colapso estatal arrastra a la capacidad de la sociedad civil. *Vid.*: Migdal, Joel, *Strong societies and weak states*, Princeton University press, Nueva Jersey, 1988, pp. 33 y ss.

El colapso de los controles centralizados, como se explica en este libro, llevó a un proceso de apertura de facto, en el cual el Gobierno tuvo que dejar de atender tareas propias de esos controles ante su creciente fragilidad. Esto se tradujo en la dolarización de facto y el colapso de las restricciones a la importación, lo que ha permitido el surgimiento de nuevos emprendimientos económicos al socaire de las instituciones informales en vigor. Empero, en tanto este proceso de facto no ha atendido la naturaleza del problema -el colapso estatal causado por las instituciones extractivas- la fragilidad de la sociedad civil sigue presente. Ello permite explicar por qué se ha mantenido la emergencia humanitaria compleja y la crisis masiva de refugiados y migrantes.

3. *El Estado frágil, la economía de mercado y las tres categorías de instituciones económicas informales*

El caso de Venezuela debe enfocarse bajo el concepto del Estado frágil, para describir las fallas de capacidad estatal que han llevado al colapso de los controles de cambio y de precio en el marco de la emergencia humanitaria compleja. Esto no significa que el Estado venezolano haya colapsado completamente: hay, todavía, “sombras del Estado”, o sea, instituciones estatales que, con notables fracturas, ejercen cometidos públicos, incluso, en lo que respecta al ejercicio del monopolio legítimo de la violencia²⁶⁶. Con lo cual, todavía hay espacio para que el colapso estatal en Venezuela avance, como resultado de un proceso degenerativo.

Ahora bien, la teoría del Estado frágil, aplicada a Venezuela, permite comprender mejor el colapso de los controles centralizados estudiado en los dos capítulos anteriores, así como las instituciones informales que han surgido en el marco de ese colapso para el intercambio de bienes y servicios. A

²⁶⁶ El concepto de Estado fallido suele basarse en el tipo ideal de Estado con capacidad plena. Por ello, es preferible centrar la atención en las fallas de capacidad estatal. *Vid.*: Breede, H. Christian, *The idea of failed states*, Routledge, Oxon, 2017, pp. 2-13.

estos fines debemos explicar brevemente la perspectiva del Estado frágil desde los “bienes públicos” y, a partir de allí, estudiar las tres categorías de instituciones informales que han surgido.

A. *Estado frágil, “bienes públicos” e instituciones informales*

El libre intercambio de bienes y servicios basados en la garantía de derechos económicos -esto es, los mecanismos de mercado- precisan de un Estado con capacidad suficiente para cumplir con cometidos públicos que faciliten y permitan ese intercambio. De esa manera, el Estado debe intervenir para atender las imperfecciones que impiden ese libre intercambio en condiciones de competencia efectiva, esto es, los fallos de mercado²⁶⁷.

El interés quiere colocarse ahora en el rol del Estado prestando los “bienes públicos”, de acuerdo a su significado económico. Así, existen ciertos bienes y servicios cuya oferta no puede ser exclusiva, lo que limita -y eventualmente impide- que esos bienes y servicios sean adjudicados por medio del derecho de propiedad, en tanto los derechos derivados de este son exclusivos. En términos económicos hay dos notas que caracterizan a los bienes públicos, a saber, la **no-rivalidad** y **no-exclusión**. Así, los bienes públicos son no-rivales pues varios operadores económicos pueden beneficiarse simultáneamente de tales bienes; además, los bienes públicos son no-exclusivos pues la oferta de esos bienes se realiza en condiciones tales que no es posible limitar su acceso a ciertos operadores económicos²⁶⁸.

²⁶⁷ En el capítulo IV, al estudiar cómo pueden restablecerse los mecanismos de mercado en relación con la libertad cambiaria y de precios, ahondamos en este concepto.

²⁶⁸ Por todos, y de nuevo, solo desde una visión introductoria, *Vid. Weimer, David y Vining, Aidan, Policy analysis. Concepts and practice*, Routledge, Nueva York, 2017, pp. 74 y ss. Estas dos características no son, en todo caso, absolutas, y en la práctica admiten diversos grados.

Debido a la limitación o imposibilidad de asignar derechos de propiedad, no existen incentivos para que su oferta sea asumida por la iniciativa privada, lo que justifica que el Estado asuma esa oferta. Tal es, apretada síntesis, la justificación de la intervención del Estado en la economía desde la perspectiva de los “bienes públicos”.

Ahora bien, la teoría económica de los bienes públicos se interconecta con el concepto de servicio público en el Derecho Administrativo, pues los bienes y servicios que son calificados como bienes públicos coinciden con aquellas actividades calificadas como servicio público, como sucede con el alumbrado público. Así, la prestación del servicio de alumbrado público no genera rivalidad, pues beneficia a un número indeterminado de personas sin que ello afecte la calidad del servicio. Tampoco es posible limitar el alcance del alumbrado público, lo que hace que este servicio sea no-exclusivo.

Esta teoría es útil pues recuerda que más allá de los consensos políticos y sociales reflejados en las normas constitucionales y legales que asignan al Estado el cumplimiento de ciertos cometidos, como el alumbrado público, existen razones económicas que justifican la intervención del Estado. Quizás el mejor ejemplo a efectos de este trabajo son los servicios de seguridad ciudadana y de administración de justicia, típicos servicios públicos que desde una perspectiva económica podrían ser considerados bienes públicos.

De acuerdo con la teoría del Estado frágil, las fallas de capacidad estatal pueden impedir la provisión de bienes públicos, todo lo cual derivará en áreas de limitada estatalidad. A su vez, las fallas en la provisión de bienes públicos limitan el libre intercambio, en tanto éste requiere de ciertos bienes y servicios, desde el suministro eléctrico hasta la seguridad ciudadana y la administración de justicia²⁶⁹.

Desde la perspectiva del caso venezolano, cabe observar que el colapso gradual de la capacidad estatal se ha traducido en fallas en la provisión de bienes públicos, lo que ha dado

²⁶⁹ Ghani, Ashraf y Lockhart, Claire, *Fixing failed states*, cit.

lugar a “áreas de limitada estatalidad”. Como vimos, ello quedó en evidencia en las encuestas Enterprise Survey y World Management Survey, pues los principales obstáculos percibidos por la empresa privada en Venezuela se basan, en precisamente, en fallas en la provisión de bienes públicos²⁷⁰. En esas áreas pueden surgir instituciones informales para suplir los bienes y servicios que el Estado frágil no puede prestar, como, por ejemplo, fuentes de auto-generación eléctrica o seguridad privada. Pero se trata de soluciones limitadas que, además, no pueden extenderse a otras áreas como, por ejemplo, la administración de justicia para garantizar los derechos económicos y resolver disputas, en especial, contractuales. En esa área podría promoverse el arbitraje comercial como alternativa a la administración de justicia por el Estado, pero incluso en el arbitraje se precisa de un Estado capaz, en especial, para la ejecución coactiva del laudo arbitral.

En resumen, el colapso de la capacidad estatal registrado en Venezuela desde 2013, ha creado limitaciones al crecimiento económico, pues el libre intercambio de bienes y servicios se enfrenta a obstáculos derivados de fallas estatales en la provisión de bienes públicos. Esas fallas han llevado a la sociedad civil a organizarse para tratar de abarcar las “áreas de limitada estatalidad”, lo que ha permitido el surgimiento de tres tipos de instituciones informales, que estudiamos de seguidas.

B. *Los tres arreglos institucionales que han surgido a la sombra del colapso estatal*

El cuadro que presenta Venezuela es ciertamente complejo, sin que sea posible formular conclusiones de general aplicación. En todo caso, desde la perspectiva del intercambio de bienes y servicios es preciso analizar las tres categorías de instituciones informales que han venido surgiendo como resultado de fallas en la capacidad estatal y la frágil provisión

²⁷⁰ Saboín, José Luis, *The Venezuelan Enterprise. Current situation, challenges and opportunities*, cit.

de bienes públicos²⁷¹. Debe aclararse que esas categorías se han construido tan solo para facilitar la comprensión de la compleja situación venezolana²⁷².

- En primer lugar, encontramos las instituciones informales que han surgido como resultado de la libre iniciativa privada que se ha adoptado a las "áreas de limitada estatalidad" en las cuales el frágil Estado no puede ejercer sus funciones. El mejor ejemplo es la dolarización de facto. 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 estatal para ejercer su función monetaria. Esas instituciones informales, que surgen en "áreas de limitada estatalidad", han sido toleradas por el régimen autoritario.

Así, la iniciativa privada ha logrado adaptarse a esas instituciones informales y, aprovechando el colapso de los controles centralizados, ha logrado emprender actividades cuya realización era antes obstruida por los controles centralizados.

²⁷¹ Como concluye Asdrúbal Oliveros, es posible identificar tres grupos empresariales actualmente en Venezuela "uno tradicional, conformado por empresas eminentemente familiares, que entienden el entorno, lo han sufrido y son parte de los sobrevivientes. Otro, que agrupa a nuevas empresas, no siempre asociadas al poder, muchas de ellas pequeñas, quizás algunas no puedan madurar y mueran en el camino. Se trata de un nuevo tejido empresarial, débil todavía, pero que está surgiendo. Y un tercer grupo, también nuevo, cuyo desarrollo tiene que ver con sus conexiones con el poder y, por supuesto, las ventajas que derivan de esas conexiones. Eso les ha permitido, incluso, un crecimiento acelerado. Yo lo que creo, pero ya estamos hablando de política, es que el chavismo entendió que para mantenerse en el poder es importante crear su propio poder económico" (Hugo Pietro "Asdrúbal Oliveros: "La economía negra reduce la tensión social", *cit*). Nuestra clasificación parte de otra perspectiva, de acuerdo a una valoración jurídico-institucional.

²⁷² Para la mejor explicación de esta sección, recordamos que las instituciones informales son las prácticas, costumbres y en general, "tratos sociales" que surgen en el intercambio de bienes y servicios, distintas a las reglas jurídicas -instituciones formales- que rigen a tal intercambio.

La licitud de la iniciativa económica privada conducida por estos cauces informales no puede determinarse bajo un análisis formal anclado en el citado artículo 7 del Código Civil, o sea, considerando las posibles colisiones entre las instituciones informales y las reglas jurídicas en vigor, incluso, en materia de control de precio y de cambio. Ya hemos explicado que el artículo 7 no puede regir, pues el colapso estatal impide el cumplimiento -incluso, bajo coacción- de las reglas jurídicas que conforman al Derecho Económico. A pesar de lo anterior, todavía se mantienen en vigor las normas penales que en el pasado se han empleado para la criminalización del sector privado. De allí que hemos descrito a estos espacios como espacios de tolerancia, pues el régimen autoritario ha decidido, de manera selectiva y arbitraria, no aplicar esas normas penales y, en general, permitir transacciones por instrumentos distintos a los que derivan de las normas jurídicas en vigencia.

La ausencia de instituciones económicas inclusivas, la pervivencia de instituciones (económicas y políticas) extractivas, y las fallas de capacidad estatal, en especial, en la provisión de bienes públicos, constituyen restricciones al crecimiento económico que por esta vía puede alcanzarse.

- En segundo lugar, encontramos la iniciativa económica que se ha desplegado en colaboración o coordinación con el régimen de Maduro, por ejemplo, a través de la cesión de activos al amparo de la así llamada "ley constitucional anti-bloqueo". Esta iniciativa ha surgido en el marco de las instituciones informales que el propio régimen ha promovido, en especial, ante la incapacidad del Estado de cumplir el marco jurídico formal de contrataciones públicas, bajo los controles derivados del Derecho Constitucional, incluyendo el control parlamentario.

El juicio de sobre la licitud de esta iniciativa no puede depender de un análisis meramente formal, ante el "estado de hecho" imperante en Venezuela. De allí la fragilidad institucional de esta iniciativa, lo que marca una clara limitación al alcance que pueda tener.

- Por último, y en tercer lugar, encontramos la iniciativa económica que al amparo del colapso estatal se ha organizado ilícitamente para capturar y maximizar ingresos económicos, esto es, el crimen organizado²⁷³. El crimen organizado puede responder a iniciativas individuales que, aprovechando el colapso estatal, se organizan para maximizar beneficios económicos o por el contrario, pueden responder al propio accionar del régimen autoritario, en ilícitos como el lavado de dinero y el comercio ilegal del oro.

Así, el colapso estatal, la proliferación de instituciones informales y el cúmulo de necesidades desatendidas, crea incentivos para iniciativas individuales que, por medios ilícitos, se organizan para promover el intercambio de bienes y servicios por medio de mercados negros, como, por ejemplo, las vacunas en contra de la COVID-19²⁷⁴. La dolarización de facto

²⁷³ El crimen organizado describe los arreglos institucionales a través de los cuales diversos actores coordinan su actuación para hacer más eficiente la realización de actividades consideradas ilícitas, logrando así obtener -por técnicas empresariales y típicamente promoviendo situaciones de monopolio- beneficios económicos. Entre otros, *Vid.*: Abadinsky, Howard, *Organized crime*, Allyn and Bacon Inc., Boston, 1981, pp. 20 y ss.; Dean, Geoff, *et al.*, *Organized Crime: Policing Illegal Business Entrepreneurialism*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 4. y ss., y Finckenauer, James, "Organized Crime", en *The Oxford Handbook of Crime and Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 307 y ss. En tal sentido, el crimen organizado es un género, que en la práctica puede presentar diversas variedades de acuerdo con la sofisticación de la organización bajo la cual actúen esas organizaciones. *Vid.*: Armao, Fabio, "Why is organized crime so successful?", en Allum, Felia y Siebert, Renate (editores), *Organized Crime and the Challenge to Democracy*, Routledge, Londres, 2003, p. 28. El concepto genérico ha sido incorporado en el artículo 2, literal a) de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, de acuerdo con el cual, el "grupo delictivo organizado" es aquel "grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

²⁷⁴ "Así se sobrevive aquí: Prolifera el mercado negro de vacunas en Venezuela", *VOA*, 26 de mayo de 2021, tomado de: <https://www.voz>

también crea un entorno favorable a la realización de esos ilícitos, ante la inexistencia de controles efectivos destinados a prevenir la legitimación de capitales y las transacciones en efectivo. Claro está, no puede afirmarse que todas las transacciones en divisas responden al lavado de dinero, pero lo cierto es que la precariedad institucional impide aplicar correctas políticas de inteligencia financiera²⁷⁵.

Estas estructuras criminales surgidas a la sombra del frágil Estado también han sido promovidas o incentivadas por el régimen autoritario, en especial, en actividades ilícitas como sucede con la explotación minera en el Arco Minero del Orinoco. Ciertamente la proliferación del crimen organizado en esa área es resultado del colapso estatal, pero también debe considerarse cómo miembros del régimen autoritario también podrían favorecerse de los beneficios económicos de esas actividades ilícitas.

En términos generales, la corrupción sistémica en Venezuela y la cleptocracia son también manifestaciones de estas estructuras criminales.

Lo peculiar de las situaciones como las que se aprecia en el Arco Minero del Orinoco, es que ilustran muy bien cómo el colapso estatal ha impactado adversamente sobre el control del territorio y el ejercicio del monopolio legítimo de la violencia²⁷⁶. En especial, la violencia es consecuencia de las insti-

deamerica.com/venezuela/prolifera-mercado-negro-de-vacunas-en-venezuela.

²⁷⁵ Tal y como el diputado y economista Ángel Alvarado ha recordado, *“los dólares que circulan en el país tienen un origen que no es completamente claro para nadie (...) no todo lo que circula es completamente negro e ilícito, sino que se solapa lo ilícito y lo lícito”* (“Ángel Alvarado: «Hay un nuevo modelo económico en Venezuela: la desigualdad en una economía empobrecida»”, *Diálogo Político*, 20 de agosto de 2021, tomado de: <https://dialogopolitico.org/agenda/angel-alvarado-hay-un-nuevo-modelo-economico-en-venezuela-la-desigualdad-en-una-economia-empobrecida/>).

²⁷⁶ En general, *Vid.* Howard, Tiffany, *Failed States and the Origins of Violence*, Ashgate, Surrey-Burlington, 2014, pp. 1 y ss. Asimismo, *Vid.*

tuciones informales y criminales que se han enquistado en las frágiles estructuras del Estado, incluso, como consecuencia de luchas por el control del territorio²⁷⁷. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas²⁷⁸:

“La información de que dispone el ACNUDH indica que gran parte de la actividad minera dentro y fuera del Arco Minero del Orinoco está controlada por grupos delictivos organizados o grupos armados. Dichos grupos determinan quien entra y sale de la zona; imponen reglas; infligen duros castigos físicos a quienes infringen las reglas; y obtienen beneficios económicos de toda la actividad dentro de la zona minera, en particular mediante prácticas de extorsión a cambio de protección”.

La existencia de organizaciones criminales, como instituciones informales que suplen al frágil Estado, es la mejor muestra del colapso estatal, en tanto marca, en términos de Douglas North, la regresión del Estado basado en institucio-

Chayes, Sarah, *Thieves of State. Why corruption threatens global security*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2015, pp. 91 y ss.

²⁷⁷ Organizaciones informales han asumido el control del orden público, como sucede en especial en el sur del país, en el contexto de la deprecación del arco minero del Orinoco. Véase: “Bouncy Castles and Grenades: Gangs Erode Maduro’s Grip on Caracas”, *New York Times*, May 30, 2021, tomado de: <https://www.nytimes.com/2021/05/30/world/americas/venezuela-gang-maduro.html> Asimismo, *Vid.* “Guns, drugs, jobs. In these Venezuelan towns, Colombian rebels call the shots”, *Reuters*, 2 de septiembre de 2021, tomado de: <https://www.reuters.com/world/americas/guns-drugs-jobs-these-venezuelan-towns-colombian-rebels-call-shots-2021-09-02/>

²⁷⁸ Reporte: “Independencia del sistema judicial y acceso a la justicia en la República Bolivariana de Venezuela, también respecto de las violaciones de los derechos económicos y sociales, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco”, 29 de septiembre de 2020, párrafo 40, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/242/34/PDF/G2024234.pdf?OpenElement>

nes -o de acceso abierto- al Estado patrimonial -aquel basado en instituciones informales y subjetivas-²⁷⁹.

Bajo esta perspectiva, puede afirmarse que estas instituciones informales -como el crimen organizado- son también la herramienta de la cual el régimen de Maduro se vale para repartir rentas y así, promover su propia estabilidad, ante el colapso de la capacidad estatal que impide el reparto de rentas por medio de la corrupción, como sucedió con la gestión del control de cambios.

Esto último otorga una explicación adicional a las razones por las cuales el régimen autoritario ha tolerado estos mecanismos informales. No solo el Gobierno carece de capacidad para implementar controles centralizados, todo lo cual da lugar a mecanismos informales de intercambio de bienes y servicios. Es que además el régimen se vale de esos mecanismos informales, organizados criminalmente, para el reparto de rentas y la creación de condiciones propicias a su estabilidad²⁸⁰.

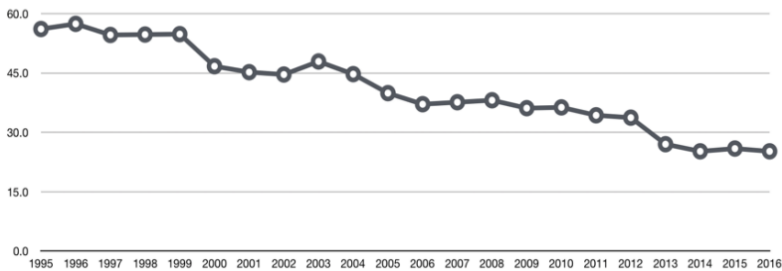
Ahora bien, junto a estas instituciones informales todavía perviven -profundamente debilitadas- instituciones formales, o sea, actividades económicas que se desenvuelven pre-

²⁷⁹ North, Douglas, et al., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009, pp. 11 y ss. El caso de Venezuela ilustra bien este proceso degenerativo: la creación de Estados es resultado de la supresión gradual del crimen organizado; el colapso estatal es resultado de un movimiento de signo opuesto, marcado por el surgimiento de estructuras de crimen organizado. *Vid.*: Tilly, Charles, "War Making and State Making as Organized Crime", en Evans, Peter, et al (ed.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 167 y ss.

²⁸⁰ Easton, Stephen y Karaivanov, Alexander, "Understanding optimal criminal networking", en Bouchard, Martin y Wilkins, Chris (ed.), *Illegal Market and the Economic of Organized Crime*, Routledge, Nueva York, 2010, pp. 38 y ss. Véase igualmente a Fiorentini, Gianluca y Peltzman, Sam, "Introduction", en Fiorentini, Gianluca y Peltzman, Sam (ed), *The economics of organised crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 1 y ss.

ponderantemente de acuerdo con los cauces previstos en el ordenamiento jurídico-económico. En la práctica, en realidad, lo que puede apreciarse es que el ejercicio de actividades económicas responde a la interaplicación de instituciones informales y de instituciones formales, especialmente, para la primera categoría estudiada, o sea, el emprendimiento económico que se ha adoptado al colapso estatal.

Tomando en cuenta lo anterior, y como se insiste en este trabajo, no puede hablarse de liberalización o apertura económica, pues cualquiera de esas políticas requiere adoptar instituciones económicas inclusivas, y en especial, requiere reconstruir el Derecho Económico venezolano, a partir de la libertad general del ciudadano, sin perjuicio de los títulos legítimos de intervención administrativa en la economía. En Venezuela, actualmente, la libertad económica no tiene vigencia efectiva, pues no existen instituciones llamadas a garantizar su ejercicio. De acuerdo con el índice de libertad económica de la Fundación Heritage, Venezuela ocupa el penúltimo lugar, solo por debajo de Corea del Norte. Este gráfico resume el declive de la libertad económica en Venezuela:



Libertad económica en Venezuela 1995-2016 **Fuente: Heritage Foundation**

De esa manera, y, en resumen, la iniciativa privada que en especial ha surgido desde 2018 a la sombra del colapso estatal, no es resultado de instituciones económicas inclusivas, sino del colapso estatal. Por ello, esa iniciativa es consecuen-

cia, principalmente, de instituciones informales que han surgido en las “áreas de limitada estatalidad”, lo que no implica, necesariamente, que siempre se trate de iniciativas que responden a estructuras criminales o ilícitas. Por el contrario, el emprendimiento económico ha logrado adaptarse al colapso estatal. Pero en ausencia de instituciones económicas inclusivas, con la pervivencia de instituciones extractivas, y en general, en el marco del colapso estatal, ese emprendimiento encuentra notables obstáculos.

C. *¿Cómo sustituir las instituciones informales por instituciones formales?*

Debido al colapso de los controles centralizados la economía venezolana responde a la interaplicación de instituciones formales e informales. Así, el intercambio de bienes y servicios se realiza de acuerdo con las reglas jurídicas en vigor del Derecho Económico venezolano, y al mismo tiempo, de acuerdo con las instituciones informales surgidas en las “áreas de limitada estatalidad”. De todo ello resulta un cuadro heterogéneo que, en suma, imposibilita aplicar, de manera efectiva, el Derecho Económico venezolano. En suma, existe en Venezuela una situación de hecho que hace inaplicable el artículo 7 del Código Civil.

Es por lo anterior que, como hemos explicado, la reforma de las instituciones formales -esto es, de la legislación económica- tendrá un impacto muy limitado, pues ante las fallas de capacidad estatal se mantendrán -y evolucionarán- las instituciones informales. Esa es la principal restricción al crecimiento económico en Venezuela: las fallas de capacidad estatal han derivado en “áreas de limitada estatalidad” que restringen el libre intercambio de bienes y servicios.

Por ello, la recuperación económica en Venezuela pasa por cerrar la brecha de capacidad estatal y, con ello, reducir el ámbito de las instituciones informales. Esto requiere reconstruir la capacidad estatal, en especial, para proveer bienes públicos. Solo este objetivo permitirá asegurar el cumplimiento de la reforma legislativa orientada a restablecer los mecanismos de mercado.

Todo lo anterior abre una interrogante: ¿cómo reconstruir la capacidad estatal? No es posible adelantar políticas de reconstrucción de la capacidad estatal endógenas, pues precisamente, la frágil capacidad del Estado limita su capacidad para diseñar e implementar políticas públicas de reconstrucción de su capacidad. Tampoco es posible trasladar tareas a la iniciativa económica doméstica -privatización- pues como se ha explicado, el sector económico venezolano -y la sociedad civil en general- también se ha debilitado. En realidad, la reconstrucción de la capacidad estatal en Venezuela debe ser parte de las políticas internacionales llamadas a atender la emergencia humanitaria compleja desde el Derecho Internacional Humanitario²⁸¹.

Suele afirmarse que la recuperación de Venezuela requerirá del apoyo de la comunidad internacional, en especial, en términos financieros. Pero ese apoyo en realidad va mucho más allá del financiamiento internacional, pues debe abarcar también el rol de la comunidad internacional para atender la emergencia humanitaria compleja²⁸².

El rol de la comunidad internacional en la reconstrucción de la capacidad estatal y la satisfacción de necesidades esenciales desatendidas puede enmarcarse en el compromiso de la responsabilidad para proteger²⁸³. Una visión muy limitada

²⁸¹ Einsiedel, Sebastian von, "Policy responses to state failures", *Making states Works*, United Nations University Press, Nueva York, 2005, pp. 13 y ss. Sobre el rol del Derecho Internacional Humanitario, véase: Rodenhäuser, Tilman, y Giacca, Gilles. "The international humanitarian law framework for humanitarian relief during armed conflicts and complex emergencies", en Breau, Susan y Samuel, Katja (editores) *Research Handbook on Disasters and International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 132 y ss.

²⁸² Véase la entrevista de Ricardo Hausmann, "Understanding the Venezuelan Crisis with Ricardo Hausmann", *The Harvard Gazette*, 12 de febrero de 2019, en: <https://news.harvard.edu/gazette/story/2019/02/harvard-expert-tries-to-make-sense-of-venezuelas-collapse/>

²⁸³ Véase de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la Resolución N° 60/1 de 2005, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, párrafos 138 y 139. Cfr.: Barnes, Richard y Tzevele-

podría reducir este compromiso en la intervención militar²⁸⁴, pero en realidad, el contenido de este compromiso es mucho más amplio: todos los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos en riesgo, en especial, por emergencias humanitarias complejas²⁸⁵. La respuesta humanitaria, por ello, tiene como propósito inmediato detener y prevenir la sistemática violación de derechos humanos en Venezuela en el contexto de la emergencia humanitaria compleja, para lo cual resulta fundamental reconstruir la capacidad estatal²⁸⁶.

Junto a lo anterior, es también importante el rol de la iniciativa privada. Ya hemos dicho que la sociedad civil venezolana -y dentro de ella, el sector económico privado- ha sido también debilitada. Pero la iniciativa privada nacional, junto a la iniciativa privada extranjera, puede concurrir junto con el Estado para la atención de cometidos públicos, contribuyendo de esa manera a cerrar las “áreas de limitada estatalidad”. Una figura clave para ello son los acuerdos público-privados, que van más allá de la aproximación tradicional de la privatización o de la gestión privada de tareas de interés general medio de contratos públicos. Los acuerdos público-privados deben concebirse como instrumentos formales de gobernanza

kos, Vassilis, “Beyond responsibility to protect”, en *Beyond responsibility to protect*, Intersentia, Cambridge, 2016.

²⁸⁴ Lowe, Vaughan y Tzanakopoulos, Antonios, “Humanitarian Intervention”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011. Puede verse también a Lagot, Daniel, “Droit international et guerres humanitaires” en *Responsabilité de protéger et guerres «humanitaires»*. *Le cas de la Libye* L'Harmattan, Paris, 2012, pp. 9 y ss. Para una discusión práctica sobre ello, *Vid.* Stewart, Rory y Knaus, Gerald, *Can intervention work?* W.W. Norton & Company, Nueva York, 2011, pp. 34 y ss.

²⁸⁵ Kreijen, Gerard, *State failure, sovereignty, and effectiveness: Legal lessons from the decolonization of Sub-Saharan Africa*, M. Nijhoff, Boston, 2004, pp. 64 y ss.

²⁸⁶ Rotberg, Robert, “Odious and Failed States, Humanitarian Responses”, *cit.*

de cometidos públicos, que permiten paliar las fallas de capacidad estatal con la capacidad de la iniciativa privada²⁸⁷.

En resumen, el colapso estatal ha derivado en obstáculos al libre intercambio de bienes y servicios, aun cuando como resultado de ello han colapsado también los controles centralizados. La iniciativa económica privada ha logrado adaptarse a ese entorno, pero no podrá avanzar si no se reconstruye la capacidad estatal y, de manera gradual, se cierra la brecha de capacidad estatal y las “áreas de limitada estatalidad”. Aquí hay que recordar la co-evolución entre capacidad estatal y desarrollo: a medida que se promueve el crecimiento se crean condiciones favorables para reconstruir la capacidad estatal, y la reconstrucción de la capacidad estatal coadyuva al crecimiento económico. Con lo cual, ya no basta con reformas legislativas para introducir instituciones económicas inclusivas, pues además es preciso reconstruir la capacidad estatal, para lo cual resultará clave la cooperación internacional y las alianzas público-privadas.

D. *Fragilidad estatal y actividades ilícitas globales*

Nuestro interés se ha centrado, hasta ahora, en la fragilidad del Estado venezolano como causa que permite explicar la proliferación de actividades económicas conducidas por cauces informales. Para completar el este análisis, es preciso agregar -siquiera sumariamente- que esta fragilidad está también determinada por el auge de actividades ilícitas en el espacio global.

En efecto, el concepto de Estado considera la existencia de un poder único y unitario que ejerce el monopolio de la violencia legítima dentro de su territorio, todo lo cual implica que, por definición, el Estado no puede ejercer su soberanía fuera de su territorio, espacio dominado por el Derecho Internacional. La globalización ha propendido a cambiar ese para-

²⁸⁷ Valaguzza, Sara y Eduardo Parisi, *Public Private Partnerships: Governing Common Interests*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2020, pp. 2 y ss.

digma, en el sentido que el cumplimiento de los cometidos públicos ya no puede limitarse solo al territorio, en tanto es necesario cubrir, también, tareas que se ubican más allá del Estado, en el así llamado espacio global. Esto ha dado lugar a organismos internacionales que actúan dentro de su propio ordenamiento jurídico, en lo que se ha calificado como Derecho Global²⁸⁸.

Esta conclusión es relevante a efectos de este estudio, pues las actividades ilícitas ya no se circunscriben al ámbito territorial, sino que ellas se desenvuelven también en el espacio global, incluso, por medio de redes, tal y como apunta Moisés Naim²⁸⁹. Esto implica que las redes de actividades ilícitas, a diferencia de la organización tradicional del crimen organizado, son descentralizadas, con células que adquieren un grado importante de autonomía y que tienen una alta capacidad de adaptación. La estructura tradicional de Gobiernos centrados en poderes soberanos territoriales y en el principio de no-intervención limitan la posibilidad de hacer frente a las redes globales de actividades ilícitas²⁹⁰.

Por ello, al estudiar la fragilidad del Estado venezolano, debe también tomarse en cuenta que, por diseño, sus estructuras no están adecuadas para prevenir, detectar y responder a redes globales de actividades ilícitas. A ello debe agregársele que, debido al progresivo aislamiento internacional del régimen autoritario, la participación en redes de agencias regulatorias -como sucede en especial en prevención de legitimación de capitales- se ha debilitado.

²⁸⁸ Cassese Sabino, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021.

²⁸⁹ Naim, Moisés, *Illicit*, Doubleday, Nueva York, 2003, pp. 217 y ss.

²⁹⁰ Shelley, Louise, "Transnational Organized Crime: The New Authoritarianism", en Friman, Richard y Andreas, Peter, *The Illicit Global Economy and State Power*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham, 1999, pp. 25 y ss. De acuerdo con la autora, el crimen organizado transnacional es una nueva forma de autoritarismo no-estatal, que refleja el declive del Estado-Nación (pp. 25-33).

Con lo cual y, en resumen, la progresiva sustitución de las instituciones económicas informales por instituciones económicas formales también debe considerar la reinserción de Venezuela en el espacio global, en especial, para hacer frente a la actual cleptocracia, que es también global.

4. *Recapitulación*

El concepto clave para comprender al auge y colapso de los controles de precio y de cambio en Venezuela es el de Estado frágil, esto es, el Estado con fallas de capacidad estatal que impiden atender todos los cometidos públicos, cuyo número ha venido creciendo al socaire de la transformación del Estado Social y, en el caso de Venezuela, del Petro-Estado. La fragilidad del Estado se mide por esas fallas, de las cuales surgen brechas de capacidad estatal en las cuales las instituciones formales (de iure) ceden ante instituciones informales que surgen en las áreas de limitada estatalidad. A pesar de que esas fallas afectan a todos los Poderes Públicos, éstas resultan más relevantes en el Poder Ejecutivo, pues solo éste tiene a su cargo la gestión concreta de cometidos públicos.

La fragilidad del Estado venezolano fue resultado de las políticas autoritarias impuestas en el marco del modelo socialista de desarrollo, muy especial, por la destrucción de los mecanismos de mercado, la destrucción de la industria petrolera y el sobreendeudamiento. Hacia 2012, estas causas comprometían severamente la capacidad financiera del Estado, en una situación que se agravó en el tiempo y que en 2017 degeneró en la emergencia humanitaria compleja. Con lo cual, Venezuela es un caso de estudio peculiar del fortalecimiento de la capacidad estatal para la implementación del modelo socialista de desarrollo y en especial, de los controles centralizados de precio y de cambio, y de posterior colapso de esa capacidad, como resultado de los controles centralizados establecidos.

Las áreas de limitada estatalidad han dado lugar al intercambio de bienes y servicios por instituciones informales, e incluso, a la atención de cometidos estatales por organizaciones informales, o sea, paralelas al Estado. Esas instituciones son producto del colapso estatal, como sucede por ejemplo con el mercado negro de bienes, el intercambio de divisas en el “mercado paralelo” o la dolarización de facto. También esas instituciones son promovidas por el régimen autoritario, quien se vale de organizaciones criminales para el reparto de rentas -ante la imposibilidad de acudir a mecanismos de reparto derivado de los colapsados controles centralizados-.

Por ello, la realización de actividades económicas al margen de los controles centralizados de precios y de cambio no son reflejo de apertura económica, sino simplemente, de las áreas de limitada estatalidad que han surgido a resultas del colapso del Estado venezolano, cuyas débiles instituciones han sido cooptadas por organizaciones criminales.

Es por todo lo anterior que hoy día el restablecimiento de los mecanismos de mercado por medio de reformas legislativas es una condición necesaria pero no suficiente, pues las instituciones económicas inclusivas que se implementen no serán efectivamente cumplidas, debido a la fragilidad del Estado. A ello hay que agregar que la sociedad civil, y en especial, el sector empresarial privado, igualmente, tiene una limitada capacidad de ofrecer bienes y servicios como parte de la destrucción de los mecanismos de mercado y del propio colapso estatal, en especial, ante las fallas en la provisión de bienes públicos.

De esa manera, las fallas de capacidad estatal han llevado al colapso de los controles centralizados, de lo cual han surgido tres tipos de instituciones informales, a saber, (i) la legítima iniciativa económica conducida por medio de instituciones informales, como la dolarización de facto; (ii) la iniciativa desarrollada al amparo de mecanismos de coordinación o colaboración con el régimen autoritario, y (iii) las organizaciones criminales, o sea, el crimen organizado. Como se observa, no es posible concluir que toda la iniciativa privada conducida por medio de instituciones informales es siempre ilícita.

Pero en todo caso, el intercambio de bienes y servicios por medio de instituciones informales encuentra barreras en la ausencia de un Estado capaz, sin perjuicio de las restricciones derivadas de la implementación -selectiva y arbitraria- de instituciones extractivas.

IV. LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS MECANISMOS DE MERCADO, LA LIBERTAD DE PRECIOS Y LA LIBERTAD CAMBIARIA: LA ENCRUCIJADA DE VENEZUELA

El colapso estatal y la emergencia humanitaria compleja han puesto en evidencia el colapso de los controles centralizados de precio y de cambio, en un contexto además marcado por la dolarización de *facto*, en el cual las transacciones de bienes y servicios, cada vez con mayor amplitud, se realizan en divisas -típicamente dólares- quedando desplazado el bolívar como medio de pago, pues sus funciones económicas como dinero fueron destruidas, en especial, por la hiperinflación. Pero como hemos explicado a lo largo de este trabajo, el colapso de los controles centralizados y la dolarización responden a instituciones informales, pues lo cierto es que las instituciones formales siguen rigiéndose por las normas que determinan el poder liberatorio del bolívar. Asimismo, las instituciones informales a través de las cuales se realizan el intercambio de bienes y servicios en esta dolarización de *facto* no inciden en la vigencia de la regulación formalmente en vigor en materia de control de cambio, con el nuevo Convenio Cambiario N° 1, y en especial, con la todavía vigente Ley Orgánica de Precios Justos, y las muy erráticas técnicas de control de precio que se han venido imponiendo.

El colapso de los controles centralizados ha sido confundido, como vimos, con una apertura económica o liberalización, e incluso, con el abandono del modelo socialista²⁹¹. De

²⁹¹ Además de los artículos ya citados, puede verse: "Maduro Embraces Capitalism and Venezuelan Emigres Are Returning", *Bloomberg*, 7 de febrero de 2021, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/ar->

acuerdo con Cody Weddle, en un artículo publicado el 27 de febrero de 2021 en *The Telegraph*, para algunos analistas Nicolás Maduro estaría promoviendo un modelo económico como el China, esto es, de promoción de la inversión privada en un marco político autoritario²⁹². Comentando este trabajo, el editorial de *El Nacional* del 3 de marzo de 2021 señaló²⁹³:

“¿Puede copiarse tal modelo en Venezuela, y a quiénes beneficiaría? Con respecto a lo primero, pensamos que sí, con inocultables limitaciones que luego abordaremos. Con relación a lo segundo, la pregunta que uno se hace es: ¿por qué a Maduro y su régimen no se les ocurrió antes la idea? Nos resulta bastante obvio que, en teoría, permitir un capitalismo controlado, seguir enriqueciéndose en el plano personal, pero mejorando las paupérrimas condiciones de vida de los venezolanos en general, y a la vez preservar el poder político autoritario, constituye una fórmula atractiva para el régimen...”

El actual régimen autoritario ha querido justificar, *ex post*, esta “apertura”, dando a entender que ésta responde a políticas diseñadas para revertir los controles centralizados

ticles/2020-02-07/maduro-embraces-capitalism-and-venezuelan-emigres-are-returning, así como “Venezuela’s Socialists Embrace Business, Making Partner of a ‘Parasite”, *The New York Times*, 22 de febrero de 2020, tomado de: <https://www.nytimes.com/2020/02/23/world/americas/venezuela-economy-polar.html>. Asimismo, en el diario *ABC*, véase el reportaje de 1 febrero de 2021 “Maduro abre las puertas al capitalismo salvaje para mantenerse en el poder en Venezuela”, en: https://www.abc.es/internacional/abci-maduro-abre-puertas-capitalismo-salvaje-para-mantenerse-poder-venezuela-202102010233_noticia.html

²⁹² “Dollars flood Venezuela as Maduro abandons ‘socialismo’ in favour of Chinese system”, tomado de: <https://www.telegraph.co.uk/news/2021/02/27/dollars-flood-venezuela-maduro-abandons-socialismo-favour-chinese/>

²⁹³ Tomado de: <https://www.elnacional.com/opinion/el-modelo-chino-para-venezuela/>

sobre la economía, incluso, cuestionando que éstos respondiesen, en efecto, a un modelo socialista²⁹⁴.

La otra explicación de este fenómeno, como resume Víctor Salmerón en entrevista a Luis Vicente León, es que la “apertura” que se aprecia es, en realidad, resultado del colapso de los controles centralizados, una realidad de hecho que Maduro ha debido tolerar²⁹⁵:

“Tras siete años consecutivos de recesión, la economía venezolana es un tercio de lo que era en 2013 y la mayoría de los analistas espera que en 2021 se estabilice en la miseria, con crecimiento o decrecimiento del PIB en torno a uno por ciento. Pero en determinadas áreas, la desregulación crea oportunidades de negocios e incremento del ingreso.

Hay un cambio substancial, el gobierno ya no puede controlar la economía y permite una apertura de facto que genera ganadores y perdedores. Existen los que pueden desarrollar negocios y ganar dinero, los que siguen fuera del juego y los que están obligados a producir cambios fundamentales en sus empresas o de lo contrario saldrán del mercado”, explica Luis Vicente León, director de Datanálisis”.

²⁹⁴ “Maduro’s Reluctant Reforms May Halt Venezuelan Economic Freefall”, *Bloomberg*, 22 de junio de 2021, en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-22/maduro-s-reluctant-reforms-may-halt-venezuelan-economic-freefall>. La versión que se presenta es que el régimen de Maduro diseñó políticas para revertir el colapso económico a través de lo que se calificaron como medidas ortodoxas, a saber, eliminación del control de precio, reducción de subsidios a la gasolina, y la eliminación de restricciones a la libertad cambiaria. Tales medidas habrían sido diseñadas por Patricio Rivera, quien fuera Ministro de Finanzas de Ecuador. Como se explica a lo largo de este libro, en realidad, ni el control de cambios ni el control de precios han sido desmontados, ni mucho menos se han introducido instituciones económicas inclusivas acordes con los mecanismos de mercado.

²⁹⁵ “Maduro se aleja del socialismo: ¿quiénes ganan y quiénes siguen en el foso?”, *cit*

En otro reportaje publicado el 17 de marzo de 2021, Víctor Salmeron resume así las consecuencias del colapso del modelo socialista²⁹⁶:

“Tras el colapso del socialismo del siglo XXI emerge una economía despiadada y contrastante. Se consolida una cotidianidad de pensiones simbólicas, trabajadores públicos con salarios precarios y ausencia de garantías sociales; pero al mismo tiempo, en Caracas, crecen las opciones para el consumo: tiendas repletas de productos importados, nuevos restaurantes y servicio de internet por fibra óptica.

Discretamente, sin modificar leyes, Nicolás Maduro aplica un severo ajuste con recorte sin precedentes del gasto público, liberación de precios, apertura de espacios a la empresa privada y libre circulación del dólar. Quienes pueden subirse al tren de la nueva economía respiran, pero la mayoría siente que la cadena de la prosperidad está rota.

Los pobres se quedan sin oportunidades, la clase media retrocede y aumenta la distancia con los grupos privilegiados.

La moneda oficial es el bolívar, pero luego de tres años en hiperinflación y el fin del control de cambio los precios y las transacciones giran alrededor del dólar. Las empresas usan sus divisas libremente para importar materia prima, cancelar a proveedores y en algunos sectores de la economía, los trabajadores reciben parte del salario o bonos en divisas (...)

La versión de una apertura económica no se corresponde con la realidad. Ni el control de cambio ni el control de precios han sido desmontados para introducir una regulación acorde con los mecanismos de mercado. Ciertamente, el con-

²⁹⁶ “La crisis agiganta la desigualdad en Venezuela”, *Runrunes*, 17 de marzo de 2021, tomado de: <https://runrun.es/rr-es-plus/438739/la-crisis-agiganta-la-desigualdad-en-venezuela/amp/> Como resume Alejandro Grisanti, en declaraciones a Salmerón: “*pasamos de una economía que perseguía al sector privado bajo la consigna del socialismo del Siglo XXI a una de la supervivencia del más apto. El Estado ha sido incapaz de crear arreglos sociales para aminorar la desigualdad*”.

trol centralizado fue suprimido en 2018, pero solo después de que el régimen cambiario se agotara, como resultado del colapso de ingresos en divisas. Y con todo, el Convenio Cambiario N° 1 mantiene indebidas regulaciones a la libre convertibilidad. Por lo que respecta al control de precios, como vimos, todavía se mantienen en vigor las regulaciones del precio justo y de precios acordados, que ocasionalmente, han sido aplicadas. Asimismo, el régimen punitivo que ha derivado en la criminalización del sector empresarial privado también se mantiene en vigor.

En realidad, todo parece indicar que el régimen autoritario, ante el colapso de los controles centralizados, optó por tolerar las instituciones informales que habían surgido, entre ellas, la dolarización *de facto*. Estos espacios de tolerancia económica, con ello, no responden a políticas públicas basadas en instituciones económicas inclusivas, sino al colapso del Estado que llevó al régimen a tolerar tales espacios, cuya “normalización” ahora se pretende a través de la llamada “ley constitucional anti-bloqueo”.

De esa manera, el colapso de los controles de cambio y de precio, en el marco de la dolarización *de facto* y la hiperinflación, colocan a Venezuela en una encrucijada. Por un lado, encontramos la vía ofrecida por el régimen autoritario; por el otro, la propuesta del *Plan País* de la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, o sea, el restablecimiento de los mecanismos de mercado.

La propuesta resumida en la “ley constitucional anti-bloqueo” es adecuarse a la dolarización *de facto*, facilitando las transacciones en divisas y promoviendo la cesión de activos y derechos del Estado a la inversión privada al margen de controles basados en un sistema de pesos y contrapesos y, por ello, en contravención a los principios de rendición de cuenta y transparencia. Estas reformas, además, se harían de manera aislada, sin atender a las causas del colapso. Frente a ello, la propuesta del *Plan País* de la Asamblea Nacional electa en 2015 pasa por un programa de reformas económicas integrales de largo aliento y, además, por medidas inmediatas para la

atención de la emergencia humanitaria. Dentro de esas reformas se incluye la derogatoria de las instituciones económicas extractivas y su sustitución por instituciones económicas inclusivas, o sea, los mecanismos de mercado.

Ante esta coyuntura, la propuesta del régimen autoritario es claramente insuficiente. Esta propuesta, ciertamente, podrá mejorar las importaciones y con ello, la oferta de productos, reduciendo con ello el desabastecimiento y la escasez. Bajo el escombros de los controles centralizados, la iniciativa privada puede emprender nuevas actividades y así, contribuir a la producción económica. Incluso, algunas estimaciones apuntan a una mejoría en términos de crecimiento económico en 2021²⁹⁷. Víctor Salmeron, en entrevista a Asdrúbal Oliveros, lo resumió así²⁹⁸:

“La economía tenderá a caer menos porque ya sufrió una reducción de 80% en siete años y la precaria producción de bienes y servicios no seguirá deteriorándose a la misma escala; además, factores como el aumento de las remesas, que de acuerdo con Ecoanalítica, aumentarían desde 1.500 millones de dólares este año hasta alrededor de 1.900 millones en 2021, ayudarán a darle oxígeno al consumo.

Vamos a seguir contrayéndonos a un menor ritmo que antes, es una estabilización en el foso con menor inflación, pero sin salir de la hiperinflación”, dice Asdrúbal Oliveros, director de la referida firma consultora. Dijo que la mejora en el consumo, focalizada en los hogares que reciben remesas y los que tienen ahorros o ingresos en dólares beneficiará las ventas, principalmente de alimentos y productos de cuidado personal”.

²⁹⁷ El Fondo Monetario Internacional, a septiembre de 2021, estimó que en 2020 el PIB cayó 30%, y que en 2021 podría caer entre 10% y 5%. *Vid.*: <https://www.imf.org/en/Countries/VEN> Hay, como se verá, otras estimaciones más optimistas.

²⁹⁸ “Economía venezolana camina hacia una incipiente estabilización para 2021 en medio de la crisis”, *El Diario*, 19 de diciembre de 2020, tomado de: <https://eldiario.com/2020/12/19/economia-venezolana-estabilizacion-2021/>

En realidad, el alcance de esta “recuperación”, como consecuencia del colapso de los controles, debe medirse en función a la dimensión del colapso económico. Para una estimación de caída del PIB cerca al ochenta por ciento (80%), Venezuela necesita mucho más que la ralentización de la caída de la economía como resultado de un desordenado y anárquico proceso de “apertura *de facto*”. En especial, si se considera que el objetivo inmediato es asegurar la satisfacción de necesidades esenciales de los sectores más pobres de la población, como un grupo especialmente vulnerable. La “recuperación” de la economía nada dice sobre este aspecto, ni sobre la brecha de desigualdad y pobreza, ni sobre el impacto económico y social de la pandemia de la COVID-19²⁹⁹.

Por ello, es necesario analizar, en su aspecto jurídico, cómo pueden derogarse las instituciones económicas extractivas remanentes en materia de control de precio y de cambio, y sustituirse por instituciones económicas inclusivas que permitan reconstruir los mecanismos de mercado, como una reforma necesaria -pero no suficiente- para procurar la recuperación económica en Venezuela, tomando en cuenta la emergencia humanitaria compleja y el colapso estatal.

1. *Marco jurídico para rescatar los mecanismos de mercado, la libertad cambiaria y la libertad de precios*

El primer paso para promover la recuperación económica en Venezuela es reconstruir los mecanismos de mercado. A lo largo de este trabajo hemos explicado este concepto, pero

²⁹⁹ Más bien, lo que podría esperarse es que la “recuperación económica” en el 2021, de ser el caso, no mejore la desigualdad y la pobreza, incluso, concentrando esa “recuperación” solo en una minoría. Véase en general “Asdrúbal Oliveros: La economía venezolana tardará entre 12 y 15 años para retornar a niveles del 2012”, *El Impulso*, 11 de febrero de 2021, tomado de: <https://www.elimpulso.com/2021/02/11/asdrubal-oliveros-la-economia-venezolana-tardara-entre-12-y-15-anos-para-retornar-a-niveles-del-2012/>

ahora interesa ensayar una definición, para lo cual seguiremos lo señalado por Miguel Ángel Santos³⁰⁰:

“El mecanismo de mercado permite a las sociedades organizarse de manera espontánea para satisfacer sus necesidades haciendo el mejor uso posible de los recursos disponibles. Ese mecanismo depende de una red de instituciones y regulaciones que empezaron a ser desmontadas hace dos décadas, y cuyos impactos fueron disimulados durante algún tiempo por la bonanza petrolera y el endeudamiento acelerado de la república. Entender este proceso es esencial no solo para identificar las razones por las cuales el país ha sido incapaz de producir una transición política en medio de la catástrofe, sino también para pensar en las bases de un programa orientado a producir una recuperación acelerada”.

Desde el punto de vista jurídico, los mecanismos de mercado son las reglas jurídicas -o instituciones- que garantizan el libre intercambio de bienes y servicios a través del reconocimiento de derechos económicos previstos en la Constitución de 1999, lo que también puede denominarse “economía de mercado”³⁰¹. Los mecanismos de mercado no se oponen a la intervención pública del Estado en la economía. En realidad, tales mecanismos presuponen la intervención del Estado, para paliar fallos de mercado y, en especial, proveer bienes y servicios que solo el Estado puede ofrecer, desde el monopo-

³⁰⁰ Santos, Miguel Ángel, “La Venezuela del día después (y del día antes)” en Fajardo, Alejandro y Vargas, Alejandra, *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*, Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe (CODS)-International Development Research Centre (IDRC), Bogotá, 2021, p. 46.

³⁰¹ Las instituciones son reglas coactivas sobre la conducta humana, incluyendo las reglas formales, o sea, aquellas expresadas bajo formas jurídicas. Luego, los mecanismos de mercado son las reglas constitucionales, legales, administrativas, jurisprudenciales y contractuales -o las instituciones formales- que reconocen y garantizan los derechos económicos necesarios para el libre intercambio de bienes y servicios. Esas reglas jurídicas conforman la economía de mercado, o sea, las instituciones que facilitan el libre intercambio de bienes y servicios.

lio legítimo de la violencia, como es el caso de la implementación de mecanismos de solución de controversias que permitan, mediante la coacción, la ejecución de la decisión de esas controversias.

A. *Breve introducción al sistema de economía de mercado y los mecanismos de mercado en la Constitución de 1999. Su ilegítima mutación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*

Tal y como lo afirmó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente antes de 2004, el sistema económico reconocido en la Constitución de 1999 es la *economía social de mercado*. De esa manera, y, por un lado, la Constitución reconoce derechos económicos referidos a la libertad de empresa, propiedad privada, libre competencia y acceso y selección a bienes y servicios (artículos 112, 113, 115 y 117). Por otro lado, reconoce que el Estado debe intervenir en la economía para garantizar condiciones efectivas de competencia (artículo 117) y para promover condiciones reales de igualdad, en especial, promoviendo el acceso equitativo a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, considerados como derechos prestacionales (artículo 299). Con lo cual, el Estado, a través de sus Administraciones Públicas, puede desplegar dos tipos de técnicas: la ordenación y limitación de los derechos económicos y la actividad prestacional orientada a satisfacer necesidades esenciales asociadas a derechos prestacionales³⁰².

³⁰² Sobre la Constitución económica en el Texto de 1999, puede verse entre otros a Badell Madrid, Rafael "La Constitución económica", en *Revista del Banco Central de Venezuela número, Volumen XIV, número 1*, Caracas, 2000, pp. 151 y ss.; Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999: Estado democrático y social de Derecho. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 858 y ss.; Meier, Henrique, "La Constitución económica", en *Revista de Derecho Corporativo N° 1*, Caracas, 2001, pp. 9 y ss., y Núñez, Ana Cristina, "Los principios económicos de la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional N° 6*, Caracas, 2006, pp. 215 y ss. Nuestro análisis puede verse en

No existe oposición entre la economía social de mercado y la economía de mercado, pues en realidad una y otra responden al mismo sistema, que pivota en torno al libre intercambio de bienes y servicios. En realidad, lo opuesto a la economía de mercado es la economía centralizada, en la cual el intercambio no descansa en la autonomía privada. Lo que caracteriza a la economía social de mercado, por lo anterior, es que el Estado promueve condiciones de igualdad, pero siempre a partir del reconocimiento de los mecanismos de mercado.

En tal sentido, los derechos económicos tienen un contenido doble. Por un lado, son derechos subjetivos que empoderan a las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, y a acceder y seleccionar bienes y servicios de su preferencia. Pero a la vez, esos derechos tienen una dimensión institucional, que se traduce en las reglas jurídicas que garantizan el libre intercambio de bienes y servicios. Por ello, el sistema de economía social de mercado debe expresarse en reglas jurídicas que faciliten ese intercambio, y con ello, la eficiencia económica³⁰³.

Las reglas jurídicas de la economía de mercado tienen dos propósitos. Así, esas reglas deben definir derechos económicos y asegurar su ejercicio, en especial, a través de mecanismos de solución de controversias que, en concreto, garantizan el cumplimiento de contratos. Además, esas reglas deben atender a los fallos de mercado que restringen o impiden el libre intercambio de bienes y servicios y, con ello, la eficiencia económica, incluyendo en especial aquellos que derivan de la provisión de “bienes públicos”, concepto antes tratado. El primer tipo de reglas se conoce como “regulación civil” y las segundas como “regulación económica”³⁰⁴. En su conjunto,

Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 123 y ss.

³⁰³ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit

³⁰⁴ Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss.

ellas forman parte de lo que hemos considerado “instituciones económicas inclusivas”. Con lo cual, los mecanismos de mercado pueden ser definidos como reglas jurídicas que, mediante la regulación civil y económica, facilitan el libre intercambio de bienes y servicio y con ello, el derecho de la sociedad para organizarse libremente y satisfacer sus propias necesidades de acuerdo con el principio de subsidiariedad³⁰⁵.

Es por lo anterior que los mecanismos de mercado presuponen el Estado, y más en concreto, presuponen la existencia de un Estado con capacidad para proveer “bienes públicos” y, en general, atender los fallos de mercado³⁰⁶.

Ahora bien, los derechos económicos pueden ser limitados por el Estado, siempre y cuando se cumplan tres garantías jurídicas, que desde 2003 fueron sistemáticamente violadas³⁰⁷:

- La *primera garantía* es la reserva formal, de acuerdo con la cual la limitación a la libertad económica debe estar establecida en la Ley. Esta garantía fue violada desde el 2003, pues

Del autor, más recientemente, *Vid. “Fundamentos jurídicos de la regulación económica: el modelo de la unión europea”, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica, Tomo II, Caracas, 2005, pp. 95 y ss.*

³⁰⁵ Es posible identificar un tercer tipo de regulación, llamada “regulación administrativa”, que no responde a la atención de fallos de mercados sino a la protección del orden público. Puede verse en general a Laguna de Paz, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2016, 27 y ss., y Ruiz, Nuria, *Regulación económica y Estado de Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 88 y ss.

³⁰⁶ Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*, Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 59 y ss.

³⁰⁷ Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado de Derecho español y venezolano, cit, así como “Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre la libertad económica y el Estado social”, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad Económico, Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 18 y ss.*

las Leyes o Decretos-Leyes sobre el control de cambio y precio, establecieron normas amplias, generales e indeterminadas, que otorgaron a la Administración la potestad ilimitada de restringir los derechos económicos. La ausencia de controles legislativos permite explicar, en parte, la arbitrariedad con la cual tales controles fueron implementados.

- Además, las limitaciones a los derechos económicos no pueden desnaturalizar su contenido, lo que constituye la *segunda garantía*, conocida como el contenido esencial. En cuanto a los derechos económicos de libertad, tal contenido consiste en la autonomía privada para definir las decisiones básicas relacionadas con el inicio, explotación y cese de actividades económicas. En relación con el derecho de propiedad privada, el contenido esencial no puede vaciar de contenido a ese derecho, lo que sucedería si el control de precio impide la recuperación de costos, pues ello en realidad implicará la adopción de una inconstitucional medida con efectos expropiatorios. Los controles de precio y de cambio, como controles centralizados, desnaturalizaron el contenido esencial de los derechos económicos, al vaciar de contenido esos derechos y desconocer la libre autonomía privada y, con ello, el derecho de la sociedad a organizarse para la satisfacción de sus propias necesidades.

- Finalmente, las limitaciones a los derechos económicos deben ajustarse a las *garantías materiales* basadas con el principio de menor intervención, todo lo cual exige que los actos que concretan las técnicas de limitación sean motivados, proporcionales y adecuados. Esas garantías también fueron incumplidas, pues como explicamos, los controles de precio y de cambio se impusieron de manera arbitraria, al punto que su efecto acumulado sobre la empresa privada generó efectos equivalentes a la expropiación³⁰⁸.

³⁰⁸ Toda restricción a los derechos económicos, en tanto restringe la libertad, debe ser de interpretación restrictiva. Cfr.: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico, Tomo I, cit.*, pp. 125 y ss.

Estas violaciones constitucionales fueron convalidadas por la Sala Constitucional en sentencia de 17 de agosto de 2004, en el caso *Henry Pereira Gorrín*, al justificar la concentración de poderes en la Presidencia de la República y, con ello, el debilitamiento del principio de legalidad. La Sala, en tal decisión, cambió drásticamente el criterio mantenido en la sentencia de 21 de noviembre de 2001, en la cual se declaró la nulidad parcial de la *Ley de Régimen Cambiario*, precisamente, por el indebido debilitamiento del principio de legalidad. A partir de entonces, la Sala Constitucional avaló las Leyes y Decretos-Leyes que impusieron controles centralizados que desnaturalizaron los derechos económicos y, con ello, los mecanismos de mercado. Además, la jurisdicción contencioso-administrativa, igualmente, avaló la actividad administrativa que, arbitrariamente, menoscabó derechos económicos, en especial, la propiedad privada³⁰⁹.

En diciembre de 2007 la Asamblea Nacional aprobó una ambiciosa reforma constitucional que, en la práctica, derogaba la economía de mercado constitucionalmente reconocida, propuesta que sin embargo fue rechazada en referendo de 2 de diciembre³¹⁰. Ello no impidió al entonces Gobierno implementar esa reforma, pero a través de Leyes, Decretos-Leyes dictados en ejecución de las ilimitadas Leyes habilitantes aprobadas³¹¹, y otros actos que fueron avalados por la Sala Constitucional, incluso, en lo que respecta al intento de impo-

³⁰⁹ Entre otros, *Vid.* García, Carlos, "La (con) fusión de los conceptos de ocupación temporal y ocupación previa en la expropiación", en *Anuario de Derecho Público* N° 2, Caracas, 2008, pp. 215 y ss.

³¹⁰ Muci Borjas, José Antonio, "La suerte de la libertad económica en el Proyecto de Reforma de la Constitución de 2007", en *Revista de Derecho Público* N° 112, Caracas, 2007, pp. 203 y ss.

³¹¹ Desde 1999 el Poder Legislativo aprobó Leyes habilitantes que, con el tiempo, adoptaron un contenido indeterminado por largos períodos de tiempo, todo cual desplazó el ejercicio de la función legislativa del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, especialmente en materia económica. Por todos, *Vid.* Arias, Tomás, "Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República (1999-2012)", *Revista de Derecho Público* N° 130, Caracas, 2012, pp. 393 y ss.

ner el modelo económico comunal³¹². El efecto de ello, como en general ha estudiado Allan R. Brewer-Carías, fue la ilegítima mutación de la Constitución de 1999³¹³. Esto es, que en la práctica las cláusulas económicas de la Constitución de 1999 fueron inaplicadas, prevaleciendo las inconstitucionales medidas que impusieron un modelo de planificación central vinculante apoyado en la economía comunal.

Por ello, reconstruir los mecanismos de mercado pasa por restablecer la vigencia de la Constitución económica, un objetivo que depende, en realidad, del restablecimiento del orden constitucional, que quedó definitivamente desplazado con la instalación de la asamblea nacional constituyente de 2017. No es posible, por ello, restablecer los mecanismos de mercado de manera aislada, en el sentido que ello debe ser resultado de un proceso más amplio, cual es restablecer el Estado de Derecho. Como este objetivo no puede alcanzarse en el corto plazo, por ello, el restablecimiento de los mecanismos de mercado debe efectuarse de manera gradual, mientras se restablece la vigencia de la Constitución.

Para iniciar el restablecimiento del orden constitucional en lo que respecta a la economía de mercado, es preciso derogar las instituciones económicas extractivas en vigor desde 2003 y sustituirlas por instituciones económicas inclusivas, o sea, reglas jurídicas que faciliten el funcionamiento de la economía de mercado, de conformidad con la regulación civil y económica. Un contenido fundamental de esta propuesta es la derogación de los controles de cambio y de precio y su sustitución por reglas jurídicas que fomenten la libertad de cambio y de precios.

³¹² Morles Hernández, Alfredo, "El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI", en *Revista de Derecho Público* N° 112, Caracas, 2007, pp. 233 y ss.

³¹³ Brewer-Carías, Allan R., "¿Reforma constitucional o mutación constitucional?: la experiencia venezolana", en *Revista de Derecho Público* N° 137, Caracas, 2014, pp. 19 y ss.

Pero la reconstrucción de los mecanismos de mercado es hoy, en Venezuela, una condición necesaria pero no suficiente. Así, como vimos, el funcionamiento de los mecanismos de mercado precisa del Estado, o más en concreto, de un Estado con capacidad suficiente para cumplir con los cometidos previstos en el Derecho Internacional y la Constitución, típicamente, por medio de sus Administraciones Públicas. Pero el Estado venezolano actual no tiene esa capacidad, al ser un Estado fallido, o si se quiere, frágil. Luego, si las instituciones extractivas fuesen sustituidas por instituciones inclusivas mediante una reforma legislativa, probablemente, el nuevo marco jurídico de la economía no sería debidamente implementado, surgiendo -o manteniéndose- instituciones informales en las áreas de limitada estatalidad. En especial, ninguna reforma legislativa podrá reparar la fractura del monopolio legítimo de la violencia y, por ende, la muy limitada capacidad del Estado de ofrecer, a través del Poder Judicial, mecanismos de solución de controversias para garantizar los derechos económicos y, en especial, el cumplimiento de contratos.

De lo anterior quiere destacarse que, desde el punto de vista de la reforma del marco jurídico, el primer problema que debe resolverse en Venezuela es de orden legal, no de orden constitucional. Más allá de sus defectos, la Constitución de 1999 otorga suficientes garantías para el funcionamiento de los mecanismos de mercado, evidencia de lo cual es que el desmantelamiento de esos mecanismos violó la Constitución -una violación convalidada, sin embargo, por la Sala Constitucional-.

- B. *La reconstrucción de los mecanismos de mercado y la libertad cambiaria. La necesidad depuración conceptual: libertad cambiaria, libre convertibilidad, régimen cambiario, política cambiaria y la divisa como medio de pago*

Como se explicó, uno de los objetivos del programa de reforma económica en Venezuela es el desmontaje del control de cambio, o sea, la eliminación de las regulaciones que impiden la libre compra y venta de divisas entre particulares, en virtud del modelo de centralización impuesto desde el 2003 y

las arbitrarias regulaciones introducidas en el nuevo Convenio N° 1 de 2018. Para ello, en realidad, no hace falta ninguna reforma legal, pues la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, en su artículo 9, reconoció la legalidad de las operaciones de compra y venta de divisas entre particulares. La “derogatoria” de esa Ley por la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente, por ello, no fue más que una decisión política, carente de relevancia jurídica.

Es en tal sentido importante recordar que el nuevo Convenio Cambiario N° 1, al derogar la regulación administrativa de la centralización de divisas, se adecuó -solo parcialmente- al citado artículo 9. Sin embargo, ese Convenio introdujo imprecisas regulaciones cambiarias en el “Sistema de Mercado Cambiario”, que en modo alguno restablecen, en ese ámbito, los mecanismos de mercado.

La derogatoria de ese régimen centralizado era una tarea sensible, pues no podía interrumpirse el suministro de divisas, todo lo cual marcaba importantes retos desde la perspectiva del régimen transitorio³¹⁴. Sin embargo, en la práctica, lo que sucedió fue ese régimen colapsó, como consecuencia del colapso de la capacidad estatal para administrar el mecanismo centralizado de adjudicación de divisas, y del agotamiento del modelo ante el déficit de divisas. A ello se le agrega el colapso de la función monetaria y el proceso de dolarización de facto, en cuyo contexto resultaba ya obsoleto mantener el régimen cambiario centralizado.

Con lo cual, jurídicamente, el Convenio Cambiario N° 1 de 2018 derogó regulaciones que ya no se aplicaban, y en todo caso, no creó instituciones llamadas a restablecer los mecanismos de mercado cambiario. Con lo cual, el colapso del régimen cambiario no ha dado lugar a la creación de instituciones para el funcionamiento del mercado cambiario. Con todo,

³¹⁴ Véase a Santos, Miguel Ángel, *¿Cómo levantar el control de cambio?*, en *Prodavinci*, 25 de julio de 2015. Para ese momento, el colapso de la economía venezolana no registraba los niveles presentes en 2018. Asimismo, *Vid.* Balza, Ronald, “Antes y después de levantar el control de cambios”, *cit.*

actualmente la creación de esas instituciones es mucho más sencilla, pues ya no se precisa “desmontar” el control cambiario centralizado.

Ahora bien, el solapamiento del colapso del régimen cambiario y de la dolarización de facto han llevado a confundir, en el Convenio Cambiario N° 1, diversos conceptos relacionados con el mercado convenio. De allí que resulta de interés adelantar una depuración conceptual.

En términos generales, la **libertad cambiaria** o **libertad de cambio** es el derecho derivado de libertad de empresa y propiedad privada (artículos 112 y 115 de la Constitución), por medio del cual se compran y venden divisas mediante el uso del bolívar. Tal derecho permite celebrar el **contrato de compraventa de divisas**. Esa libertad, como reconocen los citados artículos 112 y 115 constitucionales, pueden ser limitados por la Ley, en lo que se denomina **régimen cambiario**, esto es, las limitaciones al ejercicio de la libertad cambiaria³¹⁵.

Que la libertad de cambio pueda ser restringida a través del régimen cambiario, no implica desconocer que esa restricción debe reunir tres garantías jurídicas básicas para salvaguardar los derechos de libertad económica y propiedad privada, incluso, en el contexto de las inversiones internacionales. Así, cabe recordar las garantías jurídicas de la libertad cambiaria:

- En *primer* lugar, la regulación o control de cambio debe estar establecida expresamente en la Ley, sin que se admitan remisiones en blanco o “deslegalizaciones”. Como antes veíamos, el régimen cambiario de 2003 fue adoptado al margen de una concreta limitación establecida en la Ley, con lo cual, ese régimen cambiario violó la reserva legal (situación luego agravada por la intervención de la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente).

³¹⁵ Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, cit., así como lo dispuesto, en general, en La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano, cit, pp. 155 y ss.*

La interpretación inicial de la jurisprudencia venezolana, hasta 2004, fue bastante rigurosa en este sentido. Así, como ya explicamos, la Sala Constitucional, en sentencia de 21 de noviembre de 2001, declaró la nulidad parcial de la *Ley de Régimen Cambiario*, visto que esa Ley, en su artículo 2, habilitó genéricamente a la Administración para acordar restricciones a la libertad cambiaria cuya contravención daría lugar a la imposición de penas y sanciones:

“En el caso de autos, la Ley bajo estudio contiene los delitos e infracciones cambiarios, sin embargo, el establecimiento de los parámetros del control a la libre convertibilidad de la moneda -que en caso de incumplirse implicará la configuración de tales delitos cambiarios-, queda en manos del Ejecutivo, quien establecerá los controles mediante un instrumento de rango sublegal, posterior a la ley. Ello así, debe esta Sala Constitucional declarar que las normas contenidas en los artículos 2 y 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario están viciadas de inconstitucionalidad al ser contrarios a los principios de la reserva legal y separación de los poderes públicos antes referidos”.

La Sala Constitucional afirmó que resulta contrario al principio de legalidad que el alcance de la potestad punitiva del Estado dependa de las obligaciones discrecionalmente fijadas por el Poder Ejecutivo a través de la normativa cambiaria. Este criterio fue posteriormente reiterado por esa Sala, al señalar que la inclusión, como tipo delictual, de infracciones de normas administrativas, supone una “...apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé...”³¹⁶.

Sin embargo, este principio, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, fue ignorado al reconocer la jurisprudencia que la reserva legal no es absoluta, admitiéndose una amplia colaboración reglamentaria para definir el tipo

³¹⁶ Sentencia de 11 de junio de 2002, caso *nulidad del artículo 52 de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia*.

infractor o la consecuencia jurídica, incluso, cuando la infracción consista en la violación de normas sub-legales³¹⁷. Este criterio fue luego empleado en la sentencia de la Sala Constitucional de 17 de agosto de 2004, en el caso *Henry Pereira Gorrín*, la cual avaló no solo la constitucionalidad del régimen cambiario impuesto en 2003 sino, además, la constitucionalidad de los delitos derivados de la infracción de normas sub-legales, abandonando expresamente el criterio de 2001:

“Ello así, considera la Sala que la remisión hecha por el legislador a los convenios cambiarios (...) no hacen posible una regulación independiente del régimen cambiario consagrado en la misma Ley del Banco Central de Venezuela, por lo que dichos convenios se encuentran claramente subordinados a ésta; por consiguiente, la remisión que hizo el legislador no constituye un caso de “deslegalización” que infrinja la reserva legal de la materia cambiaria...”

Este cambio fue posible pues poco antes la Asamblea Nacional -bajo control del régimen autoritario- había modificado el marco jurídico del Tribunal Supremo de Justicia para controlar políticamente a la Sala Constitucional, y con ello, evitar la revisión judicial de las políticas autoritario-populistas que entonces se implementaban. Esto explica por qué el sector privado no encontró remedios judiciales para la defensa de sus derechos económicos.

Ahora bien, es importante aclarar que la violación al principio de legalidad fue continuada con el Convenio Cambiario N° 1, aprobado en 2018. Como vimos, ese Convenio, a diferencia del dictado en 2003, no partió de la centralización del intercambio de divisas en el BCV, al admitir el intercambio directo entre operadores económicos privados. Sin embargo, de acuerdo con el principio de legalidad, el Convenio Cambiario, como acto administrativo complejo, no podía limitar el ejercicio de la libertad cambiaria, en tanto tiene rango sub-legal. Ese instrumento puede regular la política cambiaria

³¹⁷ Sentencia de la Sala Constitucional de 30 de marzo de 2004, caso *Freddy Orlando*.

y la administración de las reservas internacionales -esto es, las divisas propiedad del Estado- pero mal puede extenderse para limitar el ejercicio de derechos económicos individuales. Por ello, la regulación del “Sistema de Mercado Cambiario” viola el principio de legalidad.

.- En *segundo* lugar, el control de cambio debe salvaguardar el contenido esencial de la libertad de cambios, que no es otra que la autonomía que, como mínimo, debe caracterizar el ejercicio de la operación cambiaria. El régimen de control centralizado impuesto en 2003 violó ese contenido esencial, pues el control de cambio se basó en el monopolio del Estado para la compra y venta de divisas a través del principio de centralización.

.- Por último, y en *tercer* lugar, el control de cambio debe respetar las garantías materiales de la libertad de empresa y propiedad privada, que exigen que las limitaciones a esos derechos no vayan más allá de lo estrictamente necesario, conforme al principio de menor intervención. Por ello, el control de cambio sólo puede ser una medida excepcional y por ende temporal, pese a lo cual, el control de cambios fue pieza clave del modelo socialista entre 2003 hasta su colapso, en 2018.

Ahora bien, aun cuando la libertad cambiaria puede ser realizada por cualquier operador económico, el régimen cambiario presenta aristas especiales cuando restringe la libertad de tránsito de capitales y el derecho de inversionistas extranjeros de comprar divisas con moneda local. Ese derecho, derivación de la libertad de cambio, es reconocido en diversos Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs). En ese contexto se refuerzan las garantías jurídicas antes enunciadas, pues el control de cambio -o régimen cambiario- no puede hacer nugatorio el derecho del inversionista a la transferencia efectiva de capitales en condiciones razonables. El desconocimiento de ese derecho no solo puede suponer una violación al régimen de libre movimiento de capitales, sino que incluso, puede ser considerada una medida de efecto equiva-

lente a la expropiación, al ocasionar una privación patrimonial singular en cabeza del inversionista³¹⁸.

Junto al concepto de libertad cambiaria también se ha distinguido la *libre convertibilidad*, definida como el derecho a convertir los billetes en divisas, conforme a las disposiciones de Ley del Banco Central de Venezuela³¹⁹. En efecto, los billetes emitidos por el BCV son “convertibles al portador”, lo cual abarca el derecho a convertirlos en divisas en las oficinas del BCV. Esa libre convertibilidad externa puede ser restringida, de acuerdo con la Ley a través de “convenios cambiarios”³²⁰. Con lo cual, en términos legales, los convenios cambiarios-actos administrativos dictados conjuntamente por el Poder Ejecutivo Nacional en representación de la República y el BCV- permiten regular la libre convertibilidad, pero no la libertad cambiaria.

³¹⁸ En general, Vid. Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho administrativo venezolano*, cit En esta materia también ha operado la destrucción de los mecanismos de mercado, pues la ilegítima asamblea nacional constituyente dictó la “Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva” (Gaceta Oficial N° 41.310, de 29 de diciembre de 2017). El artículo 28 de tal texto limita arbitrariamente la libre transferencia de capitales, al condicionar ésta a un parámetro indeterminado, a saber, el “previo cumplimiento del objeto de la inversión”. Además, la norma prevé que “en casos de fuerza mayor o situaciones económicas extraordinarias, el Ejecutivo Nacional podrá reducir este porcentaje entre el sesenta por ciento (60%) y el ochenta por ciento (80%) de las utilidades”.

³¹⁹ Brewer-Carías, Allan, *Régimen cambiario, Tomo I*, cit. Ente principio se recoge en el artículo 121 de la Ley del Banco Central de Venezuela, conforme al cual “las monedas y los billetes de curso legal serán libremente convertibles al portador y a la vista y su pago será efectuado por el Banco Central de Venezuela mediante cheques, giros o transferencias sobre fondos depositados en bancos de primera clase del exterior y denominados en moneda extranjera, de los cuales se puede disponer libremente”.

³²⁰ Artículo 124: “Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos **podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional** cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital” (destacado nuestro).

Esas disposiciones, sin embargo, han sido interpretadas erradamente para justificar la base legal del control de cambio impuesto en 2003. Lo que permite la Ley del Banco Central de Venezuela es restringir la convertibilidad del bolívar en divisas en el marco del régimen jurídico de las *reservas internacionales*. Pero las restricciones a la libre convertibilidad no deben afectar la libertad de cambio, que es el derecho que permite a los operadores privados celebrar contratos de compra y venta de divisas, incluso, con su patrimonio. Las restricciones a la libertad de cambio, o sea, a la operación cambiaria, es materia de la reserva legal, como vimos, al implicar la limitación de la libertad de empresa y la propiedad privada³²¹.

En otras palabras: el convenio cambiario, como acto administrativo de rango sub-legal, solo puede regular la libre convertibilidad en función a las reservas internacionales, y de allí que sea necesario el concurso de voluntades entre el Poder Ejecutivo y el Banco Central. Con lo cual, el convenio cambiario solo puede incidir en las divisas del Estado. Pero en modo alguno el convenio cambiario puede ser empleado para limitar el derecho de los operadores económicos privados al libre intercambio de divisas, en tanto ese libre intercambio solo puede ser excepcionalmente restringido por Ley.

³²¹ Artículo 122, Ley del Banco Central de Venezuela: “El Banco Central de Venezuela regulará, en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional, la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago. En la regulación que dicte al efecto, el Banco Central de Venezuela podrá establecer requisitos, condiciones y procedimientos en relación con las materias a que se refiere el presente artículo (...)”. Esa norma, con una amplitud indebida que no satisface las exigencias formales de las materias de la reserva de Ley, admite la limitación de la “negociación y comercio de divisas”, o sea, la libertad de cambio que permite realizar la operación cambiaria. En similar sentido, el artículo 21.17 atribuye al Banco Central la competencia de “fijar, por acuerdo con el Ejecutivo Nacional, los precios en bolívares que habrán de regir la compraventa de divisas”. Igualmente, estamos ante una norma imprecisa, que no reúne las condiciones necesarias para limitar la libertad cambiaria.

Lo que sucedió desde el 2003 -con los antecedentes de los controles de cambio anteriores- es que a través del Convenio Cambiario N° 1 de aquel año se restringió la libertad cambiaria, prohibiéndose el libre intercambio entre operadores económicos privados, y violándose con ello los derechos económicos asociados a la libertad cambiaria.

El *régimen cambiario* debe además diferenciarse de la *política cambiaria*, a la cual alude el artículo 7.2 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Esta política forma parte de las competencias del Banco Central, en concreto, en su rol de administrador de las reservas internacionales (artículo 127), todo lo cual puede llevar a comprar y vender divisas a través de las instituciones bancarias (artículo 49.3). Esto es importante pues de acuerdo con la regla fiscal de esa Ley, PDVSA debe vender al BCV las divisas derivadas de exportaciones de hidrocarburos “salvo aquellas que sean necesarias para cumplir con las contribuciones fiscales en divisas a las que están obligados de conformidad con la ley los sujetos autorizados para realizar las referidas actividades” (artículo 125). Con lo cual, el BCV administra las divisas derivadas de exportaciones petroleras -la práctica totalidad de divisas de exportación en Venezuela- todo lo cual le permite realizar operaciones de política cambiaria, y así, incidir en la disponibilidad de divisas³²².

Pero tampoco estas disposiciones pueden derivar en regulaciones a las operaciones cambiarias entre privados, las cuales son consecuencia de los derechos de libertad de empresa y propiedad privada. Las competencias del BCV rigen solo respecto de las divisas del sector público y en general, el régimen de las reservas internacionales.

³²² “La economía venezolana ha sido siempre altamente dependiente del petróleo, pero durante la revolución bolivariana esa dependencia fue exacerbada y llegó a representar 96 %12 de las divisas necesarias para importar bienes y servicios. En consecuencia, prácticamente todo lo que se importa se realiza con dólares provenientes del petróleo. Dicho de otra manera, esta es la fuente que genera los fondos que el país necesita para importar los bienes que consume y que utiliza para comprar los insumos importados para producir nacionalmente”. Puente, José Manuel y Rodríguez, Jesús Adrián, “Venezuela: radiografía de un colapso macroeconómico (1980-2019)”, *cit*, p. 142.

Un punto de interés en lo anterior es la tasa de cambio, o sea, la relación de proporción entre el bolívar y las divisas, lo que equivaldría al “precio” del contrato de compraventa de divisas. Esa tasa forma parte de la libertad cambiaria y, por ello, debe ser resultado de la libre oferta y demanda, salvo las limitaciones legalmente establecidas, materia que no es tratada en la Ley del Banco Central de Venezuela, que regula tan solo la competencia del Instituto Emisor en materia de tasas de interés. En la práctica, sin embargo, y debido al solapamiento de la libertad cambiaria con la libre convertibilidad, la competencia del BCV de determinar la tasa cambiaria se deriva indebidamente del régimen general de la libre convertibilidad³²³.

Es preciso insistir que nada tiene que ver la regulación de las reservas internacionales y la limitación de la libre convertibilidad del bolívar, con las limitaciones impuestas al intercambio de divisas entre privados. Los contratos de compraventa de divisas entre privados responden a la disposición de la propiedad privada, y no afectan por ello a las reservas internacionales. Por ello, limitar esa compraventa privada, como mecanismo de protección de las reservas internacionales, no sólo luce arbitrario, sino que entraña además el desconocimiento de la propiedad privada, al asumir el Estado una especie de “dominio implícito” sobre toda divisa, incluso, de propiedad privada.

La gravedad de esa medida es mayor en el marco del principio de centralización, pues ello implica prohibir a los particulares disponer de su propiedad, pese a que ello en nada compromete a las reservas internacionales. Además, la venta forzosa de divisas derivadas de operaciones privadas de

³²³ El artículo 7.3 de la Ley del Banco Central, como ya vimos, genéricamente permite regular, mediante convenios, “los precios en bolívares que habrán de regir la compraventa de divisas”. Ello no puede regir para operaciones privadas, en tanto se trataría de una limitación - imprecisa- a la libertad cambiaria.

exportación, es en realidad una expropiación, pues el Estado dispone de manera coactiva sobre la propiedad privada³²⁴.

Los efectos de la confusión entre la libertad cambiaria, la libre convertibilidad, el régimen cambiario y la política cambiaria son especialmente intensos en el marco de los arreglos institucionales del Petro-Estado, pues lo cierto es que el Poder Ejecutivo asume el control de las divisas derivadas de la comercialización de hidrocarburos y que representan la práctica totalidad de divisas de exportación. Esto otorga una posición de dominio del Poder Ejecutivo que es reforzado en el marco del principio de centralización del mercado cambiario. La concentración de poderes fue fortalecida a partir de 2005, como resultado de la violación de la autonomía del BCV, la politización de PDVSA y el desvío de los ingresos petroleros a fondos extra-presupuestarios como el FONDEN, administrados discrecionalmente por la Presidencia de la República.

Todas esas condiciones debilitaron sensiblemente el principio de separación de poderes y contribuyeron al colapso de la democracia constitucional.

Es también preciso depurar el concepto de *contratación en moneda extranjera*. Así, la contratación en moneda extranjera alude al uso de la divisa como moneda de cuenta y/o de pago³²⁵. De acuerdo con la Ley del Banco Central de Venezuela, se reconoce el derecho a celebrar contratos en los cuales se emplee a la divisa como moneda de cuenta o moneda de pago³²⁶. En el primer caso, el pago se efectúa en bolívares, pero a

³²⁴ Aun cuando en la regulación se prevé la “venta forzosa” de divisas derivadas de exportaciones, entendemos que se trata de una expropiación, es decir, la adquisición coactiva de las divisas derivadas de operaciones de exportación, mediante el pago de su contravalor en bolívares a la tasa oficial.

³²⁵ En cuanto a ello, en general, *Vid.* Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, *cit.*, pp. 615 y ss.

³²⁶ Véanse los artículos 128 al 131 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Según el artículo 128, “los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago”.

la tasa corriente al momento de hacerse efectivo el pago; en el segundo caso, la obligación se extingue mediante el pago en divisas. En todo caso, la extinción de obligaciones en divisas es la excepción al principio conforme al cual el bolívar es la unidad monetaria (artículos 318 de la Constitución y 106 de la Ley), con lo cual, se trata de la moneda de “curso legal”, o sea, que el bolívar tiene “*poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada, sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban pago de impuestos, contribuciones u obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago*” (artículo 116 de la Ley).

De esa manera, el poder liberatorio del bolívar tiene dos excepciones de acuerdo con la norma citada. La primera es la Ley, que puede prever el carácter liberatorio de la divisa. La segunda es la autonomía de la voluntad de las partes, que permite libremente pactar la divisa como medio de pago, caso en el cual el deudor solo puede liberarse mediante el pago en divisas.

Esto quiere decir que, en ausencia de estipulación legal o contractual especial, el deudor siempre puede liberarse pagando en bolívares.

De manera indebida, el control de cambio incidió en la contratación en divisas por medio de restricciones poco claras³²⁷. *La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos* de 2014, en todo caso, había derogado todas esas restricciones, restablecien-

³²⁷ En cuanto a las restricciones establecidas con la Ley de 2005, *Vid.* Muci Facchín, Gustavo, “La contratación en moneda extranjera a la luz de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios”, en *Ley contra los ilícitos cambiarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pp. 63 y ss. Concluyó Muci que la Ley contenía una prohibición relativa, no absoluta, y que por ello subsistía la legalidad de la contratación en moneda extranjera. Pedro Planchart llegó a una conclusión similar: las Ley no contiene una prohibición general de la contratación en materia extranjera (“Control de cambio y obligaciones en moneda extranjera”, *La Ley contra los Ilícitos Cambiarios*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006, pp. 157 y ss.). Véase igualmente a Giral, José Alfredo, *Ley contra los ilícitos cambiarios de 2010 y contratos en moneda extranjera, cit.*, pp. 287 y ss.

do el sistema general ya explicado, esto es, que como principio general el bolívar extingue todas las obligaciones, salvo que mediante Ley o contrato se haya establecido el uso de la divisa como moneda de cuenta o de pago. Con lo cual, la contratación en divisas quedó separada del régimen cambiario, pues en realidad, esa contratación es parte de la libertad de contratos. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al recordar que la partes pueden pactar el pago en divisas³²⁸.

La contratación en divisas no puede confundirse con la dolarización *de facto*, pues la primera es resultado de reglas jurídicas y la segunda es resultado de los hechos. En todo caso, que el precio de los bienes y servicios sea pagado en la práctica en divisas, como resultado de esta dolarización *de facto*, no implica necesariamente una situación ilícita, pues las partes siempre pueden pactar el pago en divisas. Técnicamente el problema legal se presentaría cuando el proveedor ofrece bienes y servicios, pero imponiendo su pago en divisas, pues en ausencia de pacto en contrario, los consumidores y usuarios siempre podrán pagar en bolívares.

Pero esta regla jurídica es, en los hechos, inaplicable, pues el bolívar ha perdido su poder liberatorio como resultado de la hiperinflación. Este es un buen ejemplo de cómo el Estado fallido ha llevado al surgimiento de instituciones informales y paralelas a las formalmente en vigor: mientras la Ley del Banco Central de Venezuela dispone el poder liberatorio del bolívar, en los hechos, este poder es inexistente, pues el bolívar perdió sus cualidades económicas como moneda.

³²⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil de 29 de abril de 2021, caso Gabriela Coromoto Infante. Algunos medios informaron que esa Sentencia “declaró legal” el pago en divisas (Finanzas Digital, 27 de mayo de 2021, tomado de: <https://www.finanzasdigital.com/2021/05/tsj-determino-que-existe-la-posibilidad-de-usar-las-divisas-como-moneda-de-pago-de-contratos/>). En realidad, la decisión solo reiteró los principios de la Ley del Banco Central de Venezuela que, más allá de la anarquía del régimen centralizado de control de cambio, nunca perdieron vigencia.

En resumen, la reconstrucción de los mecanismos de mercado pasa por el reconocimiento y garantía de la libertad cambiaria, o sea, el derecho al libre intercambio de divisas, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley, las cuales deben preservar la autonomía privada y, además respetar el principio de menor intervención. Junto a la libertad cambiaria, las partes también tienen el derecho a pactar la divisa como moneda de pago y/o de cuenta. La intervención del Estado sobre las reservas internacionales y la política cambiaria, en modo alguno pueden devenir en restricciones administrativas a esa libertad, ni siquiera en el marco de convenios cambiarios.

Estos mecanismos de mercado no están reconocidos en el Convenio Cambiario N° 1 de 2018, el cual establece imprecisas regulaciones que además violan el principio de reserva legal. Con lo cual, aun cuando ese Convenio derogó el Convenio de 2003 y con ello la centralización de divisas, no logró restablecer los mecanismos de mercado, lo que sigue siendo una tarea pendiente.

C. *La reconstrucción de los mecanismos de mercado y la libertad de precios*

La Constitución reconoce la *libertad de precio*, y, además, fija las reglas que promueven la formación del *precio competitivo* y por ello, la existencia del *sistema de precios* como mecanismo de información útil al intercambio de bienes y servicios. Estos tres conceptos deben ser precisados.

El precio es el valor pecuniario de los bienes y servicios ofertados, y como tal, puede ser fijado libremente por el oferente. El derecho a fijar libremente el precio, o libertad de precios, es un atributo de la libertad de empresa reconocido en el artículo 112. Asimismo, es un derecho derivado de la propiedad privada -en tanto el capital puede ser empleado para generar ingresos económicos-. Aun cuando el oferente -o proveedor- puede fijar libremente el precio, el precio así fijado debe ser libremente aceptado por los demandantes -o consumidores y usuarios- con base en los artículos 117 y 113 constitucionales y como consecuencia de la autonomía de la voluntad.

Por lo anterior, la libertad de precios es un componente fundamental de la libre competencia reconocida en el artículo 113 constitucional. Así, en condiciones de competencia efectiva el precio es en realidad determinado por el libre intercambio de bienes y servicios, en lo que se conoce como precio competitivo. El oferente puede fijar libremente un precio superior, pero el demandante -en condiciones de competencia efectiva- tendrá alternativas suficientes para adquirir los bienes y servicios al precio competitivo. Por ello, el precio competitivo promueve la eficiencia económica y, con ello, el bienestar de los consumidores y usuarios.

Con lo cual, el precio libremente fijado es también un importante vehículo de información, en lo que se conoce como el sistema de precios. En condiciones de competencia efectiva el precio competitivo es determinado de manera transparente, con lo cual el precio es un indicador de posibles desequilibrios. Por ello, desde esta vertiente institucional, la libertad de precios se estudia como el sistema de precios, o sea, el sistema de información sobre el precio de bienes y servicios, lo que resulta útil para conocer el precio competitivo, apreciar desequilibrios que puedan canalizar la oferta hacia actividades rentables, o en general, apreciar imperfecciones del mercado³²⁹.

La libertad de precio, como sucede con la libertad económica e incluso, con la libertad cambiaria, puede ser limitada por el Estado. En términos generales, las técnicas a través de las cuales el Estado, por medio de sus Administraciones Públicas, restringe o limita la libertad de precio, se conoce como *control de precio*. Caben, como es lógico comprender, diversas técnicas, que van desde la libre fijación del precio con carga de notificación, hasta la fijación del precio por la Administración, como precio mínimo, precio máximo o bandas de precios.

³²⁹ Véase por todos a Stiglitz, Joseph, *Economics of the public sector*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2000, pp. 53 y ss.

Desde el punto de vista jurídico, la intervención pública sobre la libertad de precio responde a diversos títulos habilitantes, que pueden clasificarse en dos grandes grupos, a saber, libre competencia y desórdenes económicos.

Desde la perspectiva de la libre competencia o microeconomía, la intervención del Estado sobre la libertad de precio queda justificada, al amparo del artículo 113 constitucional, en dos grandes causas. Por un lado, el ejercicio abusivo de la libertad de precio puede ser considerada una conducta anti-jurídica desde el Derecho de la Competencia, como sucede por ejemplo con el precio derivado del abuso de la posición de dominio, o el caso de los precios predatorios. Por el otro lado, fallas de mercado -como sería el caso de actividades que propenden al monopolio natural- también justifican la intervención del Estado. En ambos casos, la intervención pública se orienta a restablecer las condiciones que permiten la fijación competitiva del precio³³⁰.

Por otro lado, desórdenes macroeconómicos pueden incidir en el precio de los bienes y servicios. El ejemplo más relevante -especialmente en Venezuela, desde 1983- es la inflación, que, en sentido muy estricto, puede definirse el incremento general de precios como consecuencia adversa de la política monetaria irracional, especialmente, orientada a financiar el déficit fiscal³³¹. En Petro-Estados como Venezuela, el

³³⁰ Véase a Mónaco, Miguel, *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 82 y ss. Seguimos lo señalado en Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a la Ley Antimonopolio*, cit.

³³¹ El Derecho venezolano, desde fines de la década de los setenta, ha prestado atención a la inflación. *Vid.*: Nikken, Pedro, "Mora e inflación", en *Revista de Derecho Público* N° 43, Caracas, 1990, pp. 17 y ss., y Rodner, James-Otis, "La inflación y el contrato; el uso de cláusulas de valor en el derecho civil venezolano" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 26, Caracas, 1978, pp. 63 y ss. La arbitrariedad del Derecho Económico, desde 2003, ha impedido sin embargo la aplicación de las instituciones jurídicas diseñadas para hacer frente a la inflación. *Vid.*: Romero-Muci, Humberto, "La mentira contable»: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de

alza de precios puede también estar determinada por el impacto del ingreso petrolero sobre bienes no-transables, lo que se conoce como “enfermedad holandesa”³³². En cualquiera de estos casos, la intervención pública del Estado debe orientarse a atender y corregir los desórdenes económicos que dan lugar al alza de precios. En especial, cabe recordar que una de las funciones del Banco Central de Venezuela de acuerdo con la Constitución, es prevenir el alza de precios, o lo que es igual, propender a preservar el valor de la moneda, lo que se traduce en el diseño e implementación de políticas monetarias que prevengan la inflación, de conformidad con los acuerdos macroeconómicos con el Poder Ejecutivo³³³.

Asimismo, circunstancias imprevistas, incluyendo lo que en economía se conoce como “choques”, pueden generar desequilibrios que propenden al alza de precios, tal y como sería el caso de guerras o desastres naturales. Técnicamente estos supuestos pueden enmarcarse en fallas de mercado, pero su naturaleza imprevista puede hacer inaplicable el marco jurídico ordinario, justificándose así la adopción de medidas extraordinarias, incluso, en el marco de estados de excepción³³⁴.

la liberación del tipo de cambio según el Convenio Cambiario N° 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia* N° 13, Caracas, 2020, pp. 385 y ss. Asimismo, *Vid.*: Rachadell, María Cecilia y Sanquírigo, Fernando, “La (hiper)inflación y sus efectos sobre las deudas de dinero. Un enfoque sobre la imprevisión en Venezuela” en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil / Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* N° 1, Caracas, 2018.

³³² Para una referencia general, *Vid.*: Sachs, Jeffrey y Warner, Andrew “The Curse of Natural Resources”, en *The economics of resource rich economies*, Elgar Research Collection, Cheltenham-Northampton, 2015, pp. 175 y ss., así como Van Wijnbergen, Sweder, “The Dutch Disease: a Disease after all?”, en la citada obra *The economics of resource rich economies*, pp. 142 y ss. Véase igualmente a O’Sullivan, Meghan, *Windfall*, Simon & Schuster, New York, 2017, pp. 263 y ss.

³³³ Artículos 318 y 319 de la Constitución.

³³⁴ La Constitución prevé el estado de excepción por emergencias económicas, un concepto desvirtuado en Venezuela desde el 2016. *Vid.*:

Ahora bien, la intervención del Estado sobre la libertad de precios debe respetar las garantías jurídicas de la libertad de empresa a las cuales hemos hecho referencia antes. De esa manera, solo la Ley puede establecer limitaciones a la libertad de precios. Además, las limitaciones a la libertad de precio no pueden desnaturalizar la autonomía privada y, en especial, no pueden privar de utilidad a la propiedad privada, pues en tal caso, el control de precio sería una medida con efectos expropiatorios. Finalmente, las técnicas de control de precio deben partir del principio de menor intervención y proporcionalidad. Sobre esas garantías se pronunció la sentencia de la Sala Constitucional de 1 de octubre de 2003, caso *Parkimundo*:

“Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor y el usuario. En efecto, en concordancia con el sistema de economía social que asumió el Texto Fundamental, el constituyente admitió que la libertad económica podía ser limitada para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que reconoce el artículo 117 de la Constitución.

Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición “de bienes y servicios de calidad”. Frente a tal eventualidad, la regulación de precios -junto a otras medidas económicas- encuentra plena justificación dentro del marco de la Constitución económica.

Abadi, Anabella y García, Carlos, “La Asamblea Nacional, la economía y la emergencia económica en 2016”, *cit.*

Ahora bien, observa esta Sala que, en criterio de los recurrentes, la sola regulación del precio de los servicios de estacionamiento, guarda y custodia de vehículos automotores constituye, per se, una violación a la libertad económica, argumento que debe desestimarse, por cuanto, en el marco de una economía social de mercado, la regulación de precios es una técnica de limitación que encuentra suficiente basamento jurídico. Evidentemente, en la implantación de esa regulación, los Poderes Públicos deben respetar las exigencias que derivan del artículo 112 constitucional, por lo que dicha regulación sólo podrá acordarse en los términos que expresamente establezca el legislador nacional, porque tal materia es de la reserva legal”.

Parte del razonamiento de la sentencia puede ser cuestionado al justificar el control de precio en “*la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales*”. Lo verdaderamente importante es comprender cuál es la causa que determina el alza del precio a los fines de su debida atención. Como vimos, abusos de competencia, fallas de mercado, desórdenes macroeconómicos o circunstancias extraordinarias pueden llevar al alza de precios. Establecer controles de precio sin considerar esas causas, ni diseñar políticas públicas para su corrección, resulta inadecuado y contraproducente.

Sin embargo, desde 1939, el Derecho Económico venezolano ha justificado la intervención administrativa en la economía para contrarrestar el alza de precios, en especial, aquellos considerados esenciales, al margen de todo análisis económico sobre las causas que determinan tal alza. Así, el control de precio en Venezuela ha sido, genéricamente, una técnica para garantizar el acceso a bienes y servicios esenciales, siendo que además esta calificación de esencialidad ha respondido a una valoración discrecional del Poder Ejecutivo³³⁵.

³³⁵ Abadi, Anabella y García, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la “guerra económica”*, cit, pp. 27 y ss. Así, el control de precios en Venezuela se ha justificado para responder al alza indebida del precio, incluso, calificando tal alza

Como resultado de ello, el control de precio en Venezuela ha sido ineficiente, pues lejos de garantizar este acceso crea limitaciones adicionales, en términos de desabastecimiento y escasez. Así sucedió, precisamente, con el control de precio impuesto en 2003 con base en el marco jurídico anterior a 1999 que, de manera indebida, otorgó al Ejecutivo Nacional una atribución ilimitada para contrarrestar el “alza” de precios. Los efectos adversos se agravaron con la adopción del precio justo y el control centralizado sobre el precio, todo lo cual suprimió en los hechos la libertad de precios y destruyó el sistema de precios. Por ello, en realidad, la libre competencia fue suprimida en Venezuela como resultado de estos controles centralizados, a lo cual coadyuvó la *Ley Antimonopolio*, de 2014, que estableció fines socialistas de la política de competencia³³⁶.

La reconstrucción de los mecanismos de mercado exige eliminar el control de precio como técnica de limitación permanente, debido a las distorsiones y efectos negativos que esa técnica genera. Nótese que este objetivo va más allá de eliminar el control de precio centralizado, como queda regulado en el llamado precio justo. No basta así con volver al sistema de la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 1995 -reproducido en la Ley de 2005- pues en realidad, ese sistema habilitaba restricciones indeterminadas y permanentes a la libertad de precios. Con lo cual, el restablecimiento de los mecanismos de mercado en relación con libertad de precios supone erradicar la cultura jurídica que, desde 1939, justificó ese control -imprecisamente- en el alza de precios de bienes y servicios esenciales.

Conviene enumerar, así, cuáles son los principios en los cuales este cambio de cultura jurídica debe operar.

como resultado de ilícitos económicos. *Vid.* Brewer-Carías, Allan R., *Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979*, cit, pp. 155 y ss.

³³⁶ Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a la Ley Antimonopolio*, cit., pp. 35 y ss.

Lo primero que debe aclararse es qué se entiende por bienes y servicios esenciales, lo que en modo alguno puede responder a una imprecisa categoría jurídica. Tanto desde la perspectiva de la Constitución como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta categoría debe reducirse a los bienes y servicios anejos a los DESCAs, pues solo en ese ámbito el Estado asume el deber de garantizar el acceso. Sin embargo, la técnica de intervención administrativa para cumplir con esa garantía no puede ser el control de precio.

Así, como resultado del principio de menor intervención, la Administración debe preferir técnicas no-coactivas que, mediante una actividad prestacional, permitan garantizar ese acceso. Ello cubre opciones que van desde la oferta de bienes y servicios por la Administración hasta la actividad de fomento a través de subsidios directos a la oferta y/o la demanda.

Pero, además, el control de precio -siempre respetando la garantía de la reserva legal y el contenido esencial- debe responder a las garantías jurídicas materiales que exigen que ese control sea una técnica racional. Por ello, es preciso efectuar el diagnóstico económico de la causa que lleva al alza de precios y así poder adoptar la técnica de intervención adecuada. Fallos de mercado y abusos de competencia no podrán subsanarse mediante técnicas de control de precio, salvo eventualmente en lo que respecta a los fallos de mercado derivados de actividades que requieren una infraestructura, como los servicios de agua, telecomunicaciones y electricidad³³⁷. Tampoco desórdenes macroeconómicos podrán subsanarse por medio del control de precio. Por el contrario, esos desórdenes pueden generar un círculo vicioso, en el cual la infla-

³³⁷ Las actividades infraestructurales son aquellas que dependen de redes, todo lo cual propende al monopolio natural y, por ende, limita la formación competitiva del precio. Esta es la razón económica por la cual las Leyes sectoriales suelen establecer técnicas de control de precio. *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, *cit.* En cuanto rezago del precio controlado de estos servicios en Venezuela, *Vid.*: Balza, Ronald *et al.*, "Economía", *cit.*

ción es empleada para justificar el control precios que inevitablemente quedará rezagado. Eventualmente, circunstancias económicas extraordinarias podrían justificar controles directos del precio, pero solo de manera excepcional.

La *vis* expansiva del control de precio que ha regido en Venezuela desde 1939, además, degenera en subsidios indirectos, regresivos e ineficientes, tanto en el sector público como en el sector privado. Así, en la medida en que el precio máximo fijado es inferior a los costos, el control de precio opera como un subsidio, pues el precio controlado pasa a ser un "precio subsidiado"³³⁸. Al ser indirecto, tal subsidio no es transparente ni eficiente, y en realidad, se traduce en una ilegítima transferencia de riqueza. Además, como el precio controlado aplica por igual, este subsidio indirecto termina beneficiando incluso a quienes no lo requieren, con lo cual tiene efectos regresivos. Finalmente, el precio controlado -como precio subsidiado- genera rentas y, con ello, incentivos para conductas oportunistas y eventualmente criminales dirigidas a capturar esa renta.

El mejor ejemplo en Venezuela es el control de precio sobre la gasolina ofertada por el Estado a un precio muy inferior a los costos de producción, con lo cual en la práctica se trata de un subsidio indirecto y regresivo³³⁹. Al no ser finan-

³³⁸ En el subsidio directo, la Administración transfiere recursos a la oferta y/o a la demanda, garantizando el acceso a bienes y servicios al precio competitivo. En especial, el subsidio directo a la demanda permite a las personas escoger libremente los bienes y servicios de su preferencia en el mercado, más allá de sus restricciones presupuestarias. El subsidio indirecto produce esa misma transferencia, pero como resultado de la fijación del precio por debajo del precio competitivo e incluso, de los costos de producción. En términos generales, el precio subsidiado es el precio fijado por la Administración por debajo del precio competitivo.

³³⁹ En realidad, en tanto el expendio de gasolina es una actividad reservada al Estado, estamos técnicamente ante un precio público. Pero incluso bajo la gestión privada de tal actividad el precio lo fijaba el Estado. El control del precio de la gasolina, que se traduce en subsidios indirectos y regresivos, es ya un problema crónico propio del Petro-Estado, que se ha agravado como consecuencia de la dolarización y la

ciaramente viable, este control desestimula la oferta y crea condiciones para el desabastecimiento de gasolina -lo que a vez incrementa la probabilidad de conductas para capturar esa renta, como el comercio ilegal de gasolina-. Una situación similar puede apreciarse en servicios de infraestructura cuyo precio controlado es, en la práctica, un subsidio. En el sector eléctrico, ello se ha traducido en la fijación de precio (como “tarifas”) que no permiten recuperar costos de producción, lo que en parte permite explicar el colapso de la inversión en el sector eléctrico³⁴⁰.

Cuando el control de precio opera arbitrariamente como subsidio, pero en relación con la oferta de bienes y servicios a cargo del sector privado, además de todos estos efectos económicos adversos, se produce un efecto expropiatorio. Así, el Estado, arbitrariamente, impone la transferencia de riqueza del sector privado a los consumidores y usuarios. Esta arbitrariedad desestimula la producción, promueve el desabastecimiento y escasez y, en suma, crea incentivos para

hiperinflación. A pesar de recientes incrementos del precio, éste sigue estando por debajo de los costos de producción. Inevitablemente, el resultado final es la escasez y el comercio ilegal, como parte de las estructuras criminales que se han enquistado en el frágil Estado. Véase: “Un litro de gasolina bacheada oscila entre 0,5 y 4 dólares en Venezuela”, *Efecto Cocuyo*, 15 de julio de 2021, tomado de: <https://elpitazo.net/economia/un-litro-de-gasolina-bacheada-oscila-entre-05-y-4-dolares-en-venezuela/> La solución de este problema crónico forma parte de la reforma económica integral que debe implementarse en Venezuela, en concreto, en el sector de los hidrocarburos, lo que será tratado en estudio aparte.

³⁴⁰ El control del precio del servicio eléctrico en bolívares, que ha sido históricamente rezagado, ha quedado todavía más desactualizado en el colapso económico actual, lo que en parte explica el colapso del sector. El régimen de Maduro ha negado la posibilidad de sincerar esos precios. Véase: “¿El servicio eléctrico en Venezuela se pagará en tarifas internacionales en 2021?”, *El Diario*, 14 de diciembre de 2020, tomado de: <https://eldiario.com/2020/12/14/servicio-electrico-venezuela-tarifas-internacionales-2021/>

capturar rentas, por ejemplo, por medio del mercado ilegal de bienes sometidos a control de precio³⁴¹.

Como se observa, la reconstrucción de los mecanismos de mercado frente a la libertad de precios pasa por erradicar el principio arraigado en Venezuela de acuerdo con el cual la Administración tiene amplios poderes para imponer controles de precio y así garantizar el acceso a bienes y servicios considerados esenciales, cuando el alza de precios coloca en riesgo ese acceso.

En todo caso, la reforma legal orientada a reconstruir los mecanismos de mercado por lo que respecta a la libertad de precios es insuficiente, en tanto no se restablezca la capacidad de la sociedad civil de proveer bienes y servicios y la capacidad del Estado de cumplir con sus funciones monetarias y económicas. La destrucción del sistema de precios no opera solo en el plano formal, sino en especial, en los hechos, como resultado de la hiperinflación y la dolarización *de facto*. Bajo estas condiciones, ninguna reforma legal podrá restablecer, en los hechos, el sistema de precios.

Además, el restablecimiento del sistema de precios también está condicionado a la recuperación del poder adquisitivo, y con ello, al crecimiento económico sostenido e inclusivo. Por ello, las reformas legales orientadas al restablecimiento de la libertad de precio deben también considerar las políticas sociales llamadas a paliar la dramática caída de ingresos, todo lo cual ha llevado a proponer un sistema transparente de subsidios directos que sustituyan los opacos y regresivos subsidios indirectos³⁴².

³⁴¹ El control de precio sobre bienes y servicios ofertados por el sector privado, por debajo del precio competitivo, implica pérdidas patrimoniales. Si además este control no impide recuperar costos, entonces, se generará un claro efecto expropiatorio, como hemos explicado. La pérdida de riqueza de la oferta privada es "trasladada" a los consumidores y usuarios, todo lo cual genera rentas que tienden a ser capturas, incluso, por estructuras criminales.

³⁴² Balza, Ronald *et al.*, "Economía", *cit.*

D. *La reconstrucción del Derecho Económico en Venezuela y el colapso del Estado. El limitado alcance de las reformas legales para promover la libertad cambiaria y de precio*

El restablecimiento de los mecanismos de mercado responde a una reforma legislativa para derogar las restricciones que impusieron el control de precio y de cambio centralizado, dictando en su lugar las reglas que fomenten la libertad cambiaria y la libertad de precios. Esto es, sustituir, mediante una reforma legislativa, las instituciones económicas extractivas por instituciones económicas inclusivas. Estas reformas deben ser parte de una reforma más general, que derogue el resto de las instituciones económicas extractivas impuestas sobre las actividades de importación, producción, distribución y comercialización, y las sustituya por instituciones económicas inclusivas.

Debido al grado de manipulación y deterioro del ordenamiento jurídico de la economía, esta tarea legislativa resulta ciertamente ambiciosa. Tal y como estudió Alfredo Morles Hernández³⁴³, la imposición del modelo económico socialista se tradujo en un entramado desordenado de Leyes, Decretos Leyes y regulaciones administrativas que degeneraron en un proceso de descodificación del Derecho Mercantil, al tiempo que la autonomía privada -esencia del Derecho Mercantil- fue gradualmente socavada ante el avance de la regulación económica autoritaria traducida en diversas Leyes administrativas³⁴⁴. Con lo cual, la reforma legislativa orientada a reconstruir los mecanismos de mercado debe pasar por un

³⁴³ Morles Hernández, Alfredo, "La repercusión en el Derecho Privado de los actos dirigidos a consolidar el orden económico socialista", *cit.*

³⁴⁴ Peña, Ángel, "Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el Derecho Mercantil", en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 3, Caracas, 2019, pp. 555 y ss.

nuevo ordenamiento legal de la economía, partiendo incluso por el Código de Comercio³⁴⁵.

Este nuevo Derecho Económico debe rescatar la autonomía privada para el ejercicio de los derechos económicos, de acuerdo con el marco institucional que provee el Derecho Privado, el cual debe “emanciparse” del Derecho Administrativo³⁴⁶. Por su parte, el Derecho Administrativo Económico debe reconstruirse para orientarlo a sus dos funciones básicas, a saber, garantizar el funcionamiento de los mecanismos de mercado atendiendo a los fallos de mercado, y garantizar la satisfacción de necesidades esenciales, en especial, asociadas a los DESCAs, todo ello bajo los principios de subsidiariedad y menor intervención.

Como puede observarse, esta tarea legislativa es ambiciosa, cercana al proceso de codificación adelantado durante el siglo XX. Con lo cual, debe tenerse en cuenta que el objetivo no puede limitarse a restablecer el Derecho Económico en vigor para 1999, pues ya para 1999 el Derecho Económico incluía instituciones contrarias a los mecanismos de mercado. Además, los avances tecnológicos y los cambios económicos aconsejan implementar reformas legislativas que sigan las modernas tendencias del Derecho Económico.

Pero, en todo caso, el objetivo final es procurar la transición económica, desde la economía centralizada y planificada del socialismo del siglo XXI, hacia la economía social de mercado.

³⁴⁵ Morles Hernández, Alfredo, “El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista”, en *Anuario de Derecho Público* N° 1, Caracas, 2007, pp. 319 y ss.

³⁴⁶ Como hemos observado en otro lugar, el Derecho Privado en Venezuela ha sido “raptado” por el Derecho Administrativo, que eliminó la autonomía privada en el ejercicio de actividades económicas. Cfr: Hernández G., José Ignacio, “El derecho de los consumidores en Venezuela: un ejemplo del rapto del Derecho Mercantil”, en *Foro de Derecho Mercantil* N° 56, Bogotá, 2017, pp. 51 y ss. El tema ha sido tratado a nivel comparado en Pascua Mateo, Fabio, *El rapto del Derecho privado*, Civitas. Madrid, 2015, pp. 95 y ss.

Para ello, el estudio de la transición económica producida luego del fin de la Guerra Fría permite valorar, mejor, la entidad de este proyecto³⁴⁷.

De lo anterior resulta que la reconstrucción de los mecanismos de mercado por medio de reformas legales no es objetivo de corto plazo. Sin embargo, la recuperación del crecimiento económico en Venezuela no puede esperar a culminar esta reforma, de lo cual resulta que es necesario identificar las reformas legales mínimas que deberían adoptarse para remover las instituciones económicas extractivas que, en mayor medida, impactan adversamente el crecimiento económico. El avance en la recuperación del crecimiento permitirá implementar el resto de las reformas. Para ese propósito, y de cara a la propuesta de reformas del *Plan País*, tuvimos ocasión de preparar el proyecto de Ley que agrupó las reformas mínimas que debían introducirse para remover los obstáculos legales más relevantes al crecimiento económico. Como ello implica reformas diversas Leyes y Decretos-Leyes, se optó por acumular todas las reformas legales en un solo texto, dando lugar así a una "*Ley Ómnibus*", o sea, una Ley que agrupa todas las reformas legales necesarias para sustituir las restricciones legales más vinculantes al crecimiento derivadas de las instituciones económicas extractivas impuestas desde 2003. En la medida en que las políticas públicas orientadas a la recuperación de la economía lograsen recuperar el crecimiento, sería posible avanzar en las Leyes llamadas a reconstruir el Derecho Económico. La Ley Ómnibus, por ello, diseñó como una "Ley puente", o sea, como la Ley llamada a regular la tran-

³⁴⁷ Puede verse a Gros, Daniel y Steinherr, *Economic transition in Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004, pp. 60 y ss. Un aspecto destacado es la incidencia de la capacidad de las Administraciones Públicas para implementar la transición económica: casos como Hungría se vieron favorecidos al contar con Administraciones Públicas capaces, mientras que, en el caso de Rusia, el colapso afectó la capacidad de las Administraciones y la implementación de la transición.

sición legal del modelo económico socialista y en colapso al modelo de economía social de mercado³⁴⁸.

Ahora bien, las reformas legales orientadas a reconstruir los mecanismos de mercado, y en concreto, derogar las instituciones económicas extractivas en materia de control de precio y de cambio, sustituyéndolas por instituciones económicas inclusivas basadas en la libertad cambiaria y de precio, presuponen la existencia de un Estado con capacidad suficiente para cumplir y hacer cumplir ese nuevo marco jurídico. Empero, como explicamos, desde el 2013 la capacidad estatal ha colapsado, al punto que Venezuela puede considerarse un Estado frágil, sin capacidad para cumplir y hacer cumplir ese nuevo marco jurídico. Desde 2017 la restricción más vinculante al crecimiento económico es la ausencia de un Estado capaz, de lo cual resulta que cualquier reforma que se implemente correrá el riesgo de no poder ser efectivamente implementada. Incluso, debido a la debilidad de la capacidad estatal, podría suceder que frente al ámbito de *iure* de la reforma legal, prevalezcan las instituciones informales *de facto*³⁴⁹.

³⁴⁸ La propuesta fue trabajada entre 2017 y 2019. Su propósito es introducir todas las reformas legales orientadas a remover los obstáculos más vinculantes al crecimiento derivados de las instituciones económicas extractivas impuestas desde el 2003, incluyendo el control de cambio y de precios. El proyecto responde al diagnóstico de acuerdo con el cual las dos principales restricciones al crecimiento en Venezuela eran, por un lado, la destrucción de los mecanismos de mercado, y por el otro, el déficit de divisas causado por (i) la destrucción de la industria petrolera y (ii) el sobreendeudamiento. El proyecto de Ley Ómnibus se diseñó para reconstruir jurídicamente los mecanismos de mercado y además, establecer el marco jurídico orientado a restablecer la unidad del tesoro y promover la gestión eficiente del gasto público para atender la emergencia humanitaria compleja. Para atender el colapso de la producción petrolera se preparó un proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos que reconoció el derecho de la inversión privada a realizar actividades de exploración y producción.

³⁴⁹ Las reformas institucionales, o sea, las reformas del marco jurídico de la economía pueden tener impacto limitado en tanto el Estado no cuenta con la capacidad adecuada para la efectiva implementación de se marco jurídico. *Cfr.*: Andrews, Matt, *The limits of institutional reforms in development*, Cambridge, New York, 2013, pp. 5-13 y 215. Ello per-

Esto no significa que pueda prescindirse del restablecimiento de los mecanismos de mercado mediante una reforma legal, sino que esa reforma es, hoy día, condición necesaria para no suficiente. Sin negar la relevancia de la necesaria reforma legal que debe introducirse en Venezuela, es también preciso implementar las políticas públicas orientadas a reconstruir la capacidad estatal y atender la emergencia humanitaria compleja. Desde la perspectiva de la co-evolución entre capacidad estatal y desarrollo, esta reforma debe implementarse de manera integral, restableciendo formalmente los mecanismos de mercado al mismo tiempo que se fortalece la capacidad estatal y, con ello, se cierra de manera gradual la brecha de capacidad y se reduce el espacio de las instituciones informales en la economía venezolana.

Con lo cual, la recuperación económica en Venezuela no depende solo de reformas legislativas, en el sentido que las nuevas Leyes no podrán ser efectivamente implementadas debido al colapso de la capacidad estatal. Como hemos explicado, este colapso hace inaplicable el artículo 7 del Código Civil, en el sentido que, ante el estado de hecho existente, las Leyes que conforman al Derecho Económico han devenido en inaplicables. Quizás la disciplina en la cual esto es más evidente es el Derecho Tributario, en tanto las Leyes tributarias se basan en condiciones económicas completamente distintas a la situación de hecho imperante, en especial, derivada de la dolarización *de facto*³⁵⁰.

Esto último permite recordar que el restablecimiento formal de los mecanismos de mercado no puede abordarse de

mite comprender por qué, según ciertos estudios, las políticas de crecimiento económico a corto plazo no están relacionadas con reformas regulatorias: esas reformas, en casos de fallos en la capacidad estatal, no pueden alcanzarse a corto plazo. *Vid.* Hausmann, Ricardo, *et al*, "Growth accelerations", John F. Kennedy School of Government Harvard University, 2005.

³⁵⁰ Romero Muci, Humberto, "(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomía social", en *Revista de Derecho Público* N° 153-154, 2018, pp. 85 y ss.

manera aislada, pues es también necesario introducir las reformas legales orientadas a restablecer el Estado de Derecho, y en especial, la separación de poderes y la capacidad del Poder Judicial de resolver disputas sobre derechos económicos por medio de procesos autónomos, justos e imparciales. Sin la garantía judicial, el restablecimiento formal de los derechos económicos de poco valdrá, pues como explicamos, un componente central es la existencia de mecanismos confiables y accesibles de resolución de controversias. Una reforma que podría permitir obtener ventajas de corto plazo en este sentido es el fortalecimiento el arbitraje como modalidad alternativa de solución de controversias.

El caso de Venezuela permite recordar que las instituciones económicas inclusivas, en sí mismas, no promueven el crecimiento. En realidad, la promoción del crecimiento está asociada a la efectiva implementación de esas instituciones y, con ello, la confianza que ellas generan en los operadores económicos. De poco servirán las reformas legales que creen instituciones económicas inclusivas si estas reformas no pueden implementarse en la práctica, y en especial, si no existen mecanismos de solución de controversias efectivos que brinden seguridad en el contexto del Estado de Derecho.

Es preciso recordar que la entidad del colapso de Venezuela impide que el Estado provea bienes y servicios indispensables para crear un clima de confianza y certeza, pasando por garantizar la seguridad personal hasta la garantía de prestación de servicios esenciales como el suministro eléctrico. Bajo estas condiciones, ya no es suficiente con las reformas jurídicas para restablecer los mecanismos de mercado y el Estado de Derecho, pues además es necesario reconstruir la capacidad estatal.

E. *Una nota sobre el rol de los acuerdos público-privados*

La reconstrucción de los mecanismos de mercado por medio de reformas legislativas debe estar acompañada, también, de políticas orientadas a promover la inversión privada en la actividad de gestión económica que el Estado, con su frágil capacidad, no puede atender. Así, una de las políticas

del modelo socialista fue promover la hegemonía de la empresa pública por medio de empresas del Estado creadas especialmente para la gestión de actividades, o de empresas creadas como resultado de la arbitraria política de expropiación. Estas empresas del Estado, en todo caso, como resultado de las fallas de capacidad estatal, no pueden asumir a cabalidad la gestión de actividades económicas³⁵¹.

La reconstrucción de los mecanismos de mercado pasa por reinstaurar la propiedad privada, todo lo cual justifica el diseño de políticas de privatización de la empresa pública enmarcadas en la vigente Ley Orgánica de Bienes Públicos³⁵². Cabe recordar que, desde el punto de vista jurídico, la “privatización de la empresa pública” abarca cualquier operación por medio de la cual la gestión de actividades económicas se traslada del sector público al sector privado, a los fines de incrementar la calidad de esa gestión y propender al uso racional del patrimonio público, incluyendo en especial la enajenación de bienes³⁵³.

La privatización no es una técnica de intervención administrativa a la cual pueda acudir en el corto plazo. En efecto, en algunos casos, las empresas públicas gestionan activos que fueron ilegítimamente ocupados, con lo cual, formalmente, ellos son propiedad del inversionista privado cuyos derechos fueron conculcados. Además, la capacidad de las empresas

³⁵¹ Sobre el Estado empresario en el marco del modelo socialista, *Vid.* Iturbe, Eglé, “La institucionalidad administrativa de la revolución bolivariana y las políticas públicas”, *cit.*

³⁵² Nikken, Claudia, “Sobre el Decreto N° 9.041 mediante el cual se dicta en decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos” en *Revista de Derecho Público* N° 130, Caracas, 2012, pp. 109 y ss. Todo ello sin perjuicio de los controles parlamentarios derivados de la Constitución.

³⁵³ Hernández G., José Ignacio, “Constitución económica y privatización”, *Revista de Derecho Constitucional* N° 12, Caracas, 2001, pp. 333 y ss. En general, véase el trabajo clásico de Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *La privatización de la empresa pública*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991. La privatización de empresas públicas puede abarcar, en términos generales, sus acciones o sus activos.

públicas está debilitada como parte del colapso estatal, lo que puede hacer que esas empresas no sean privatizables. Finalmente, la privatización requiere la reforma legislativa orientada a restablecer los mecanismos de mercado. Conviene detenerse en esas razones.

Es necesario adoptar una perspectiva más amplia en la cual la gestión de actividades económicas a cargo de las empresas públicas sea mejorada por medio de alianzas público-privado, cuyo rol principal será paliar la frágil capacidad del Estado, en este caso, para la gestión de actividades económicas³⁵⁴.

Así, la privatización es la técnica adecuada para el Estado en retirada, o sea, cuando la gestión directa de actividad económicas da lugar a la gestión directa por la iniciativa privada bajo el control del Estado. Para el Derecho Administrativo esto implica cambiar el rol del Estado, de gestor a garante de la satisfacción de necesidades esenciales³⁵⁵. No obstante, las alianzas público-privadas no tendrían por objeto inmediato sustituir al Estado en retirada, sino cubrir las áreas de limitada estatalidad que han surgido como consecuencia del colapso estatal, específicamente en el ámbito de actuación de las empresas del Estado.

Además, es preciso apuntar que los problemas de gobernanza de las empresas del Estado, junto a contingencias legales derivadas de la arbitraria política de expropiación, restringen el alcance práctico de la política de privatización. Así, en muchos casos el Estado explota a través de empresas públicas activos que formalmente son propiedad del inversionista privado, y cuyo uso fue afectado por medio de inconstitu-

³⁵⁴ Liease, Andrea y Beisheim, Marianne, "Transnational Public-Private Partnerships and the provision of collective goods in developing countries", en Risse, Thomas (ed.), *Governance without a State? Policies and politics in areas of limited statehood*, Columbia University Press, Nueva York, 2011, pp. 115 y ss.

³⁵⁵ Parejo Alfonso, Luciano, *Estado y Derecho en procesos de cambios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 45 y ss.

cionales medidas de ocupación, a las cuales nos referimos antes. En tales casos no es posible privatizar la empresa pública pues ésta no es propietaria de los activos que explota.

Por ello, para mejorar la gobernanza de esas empresas, mientras se procuran soluciones definitivas a las controversias derivadas de las ocupaciones ilegítimas, los acuerdo público-privado pueden constituir una útil herramienta³⁵⁶.

De esa manera, y en resumen, el establecimiento de los mecanismos de mercado pasa por ampliar los cauces de la inversión privada, en especial, para recuperar la gestión de actividades que el Estado, con su frágil capacidad, no puede gestionar adecuadamente. En tal sentido, los acuerdos público-privados, más que técnicas de privatización, serían instrumentos que en el corto plazo permitirían mejorar la oferta de bienes y servicios a cargo de empresas del Estado, mientras se avanza en la reestructuración del amplio y desordenado sector empresarial público venezolano.

F. *La política de sanciones internacionales y su impacto en la recuperación económica*

Hasta ahora hemos aludido a las restricciones internas al crecimiento económico inclusivo y sostenido en Venezuela. Ahora debemos hacer referencia, puntualmente, a la política de sanciones internacionales como restricciones externas al crecimiento inclusivo y sostenido.

Desde 2015 el Gobierno de Estados Unidos de América ha adoptado medidas unilaterales, aplicables solo en su territorio o a personas de Estados Unidos, que restringen la actividad de empleados y aliados del régimen de Venezuela e incluso, del propio Gobierno de Venezuela. Estas medidas

³⁵⁶ El proyecto de Ley Ómnibus incluyó el régimen jurídico de esos acuerdos público-privados, que no encuentran adecuada cobertura en la Ley de Contrataciones Públicas. El análisis de este mecanismo será tratado en un estudio especial.

unilaterales son conocidas como “sanciones”³⁵⁷. De esa manera, este programa de sanciones relacionado con la crisis política venezolana comenzó con la Orden Ejecutiva N° 13.692 de 8 de marzo de 2015, firmada por el entonces Presidente Obama, no solo con base en la legislación económica especial (la Ley de Poderes Económicos Internacionales de Emergencia), sino además, en previsión de la Ley dictada para atender la crisis política venezolana (la Ley de defensa de los derechos humanos y de la sociedad civil en Venezuela). Esta Orden estableció el marco jurídico para bloquear propiedades de ciertos sujetos, según su conexión con Estados Unidos medida en función a dos criterios, a saber, territorial (propiedades en Estados Unidos) y personal (propiedades fuera de Estados Unidos, pero en relación con sujetos de ese país). Los sujetos a quienes tales sanciones aplican quedan incorporados en la Lista de Sujetos Especialmente Designados y Personas Bloqueadas (o “SDN”)³⁵⁸.

La inclusión de sujetos en la lista SDN se inicialmente limitó a personas naturales -por su conexión con violaciones a derechos humanos perpetradas por el entonces Gobierno de Maduro-. Durante la Presidencia de Trump se incluyeron a órganos y entes del Gobierno de Venezuela en la lista, inicialmente, en relación con algunos títulos de deuda de PDVSA (Orden Ejecutiva N° 13.808, de 24 de agosto de 2017), cripto-monedas y otros títulos similares del BCV (Orden Ejecutiva N° 13.827 de 19 de marzo de 2018); deuda del Gobierno de

³⁵⁷ No se trata de sanciones en el sentido jurídico estricto de la palabra, sino de medidas unilaterales que los Estados adoptan para restringir ciertas operaciones bajo su soberanía territorial o personal, a los fines de impedir conductas no deseadas o estimular ciertas conductas, siempre en relación con otros Gobiernos. Desde esta perspectiva, las sanciones son un componente importante de la política exterior de Estados Unidos. *Vid.*: Nephew, Richard, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, Columbia University Press, Nueva York, 2018, pp. 43 y ss.

³⁵⁸ Véase la información sobre el programa de sanciones relacionado con Venezuela en la página del Departamento del Tesoro: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/venezuela-related-sanctions>

Venezuela (Orden Ejecutiva N° 13.835 de 21 de mayo de 2018) y el sector del oro (Orden Ejecutiva N° 3.850 de 1° de noviembre de 2018).

El siguiente paso se dio con la Orden Ejecutiva N° 13.857 de 25 de enero de 2019, por la cual se amplió el ámbito de las previas Órdenes a los fines de incluir a PDVSA y al BCV como sujetos de esas medidas y, por ende, como sujetos cuyas propiedades quedaban bloqueadas. Especialmente en relación con PDVSA, esto limitó su capacidad de hacer operaciones en Estados Unidos o con personas de ese país. Finalmente, la Orden N° 13.884 de 4 de agosto de 2019 estableció una restricción adicional y complementaria, de preferente aplicación a todas las demás restricciones dictadas a la fecha, bloqueando todas las propiedades del Gobierno de Venezuela.

La expresión “bloqueo”, de nuevo, aplica solo a actividades y bienes bajo la soberanía del Gobierno de Estados Unidos. Por un lado, se incluyen actividades y bienes en Estados Unidos; por el otro, se incluyen actividades y bienes fuera de Estados Unidos, pero en conexión con personas -naturales o jurídicas- de Estados Unidos. La expresión “bloqueo” equivale aquí a “prohibición”, esto es, que no puede realizarse ninguna actividad relacionada con el Gobierno de Venezuela o sus activos, en Estados Unidos o por personas de nacional estadounidense. Esta prohibición puede ser exceptuada por medio de autorizaciones, conocidas como “licencias”, que pueden ser individuales o generales. Mientras que las primeras tienden a ser confidenciales, las segundas son públicas. Una materia en la cual el Departamento del Tesoro a través de la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC, por sus siglas en inglés) ha venido dictando licencias generales es para permitir las operaciones relacionadas con la ayuda humanitaria³⁵⁹.

³⁵⁹ Véase la Guía para la provisión de ayuda humanitaria en el marco de las sanciones, de Agosto de 2019, en: https://home.treasury.gov/system/files/126/20190805_vz_humanitarian_guidance.pdf

Los economistas han venido analizando el impacto de esas medidas unilaterales sobre la economía venezolana, con conclusiones divergentes. Junto a estudios que asignan a estas medidas económicas la responsabilidad primera de la crisis actual, hay otros estudios que matizan ese impacto, advirtiendo que el colapso económico inició antes de las medidas impuestas en 2017, y que, en suma, es complejo trazar el peso de las sanciones en el colapso económico³⁶⁰.

Ahora bien, a los fines de este trabajo, interesa destacar que las sanciones adoptadas por Estados Unidos constituyen una restricción adicional para el crecimiento económico. Esto quiere decir que el restablecimiento de los mecanismos de mercado, en especial, respecto de la libertad de precios y de cambios, será insuficiente para estimular el ejercicio de actividades económicas bajo el actual programa de sanciones, básicamente, por dos razones.

³⁶⁰ Explicando que las sanciones no ocasionaron la emergencia humanitaria compleja, véase a Bahar, Danny *et al.*, *Impact of the 2017 sanctions on Venezuela. Revisiting the evidence*, Policy Brief, Global Economy and Development at Brookings, mayo de 2019, tomado de: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/05/impact-of-the-2017-sanctions-on-venezuela_final.pdf. De ANOVA, explicando cómo las sanciones han contribuido al colapso de la producción petrolera, pero no han tenido efectos adversos sobre importaciones de alimentos y medicinas, véase: “Impacto de las Sanciones Financieras Internacionales contra Venezuela: Nueva Evidencia”, enero de 2021, tomado de: <https://thinkanova.org/wp-content/uploads/2021/02/Anova-Policy-Brief-Sanciones.pdf>. Para una visión crítica del efecto adverso de las sanciones, véase: Luis Oliveros, “Impacto de las sanciones financieras y petroleras sobre la economía venezolana”, WOLA, 2020, en: <https://www.wola.org/es/2020/10/nuevo-informe-documenta-sanciones-han-agravado-crisis-venezuela/> También, del *Congressional Reserach Service*, véase *Oil Market Effects from U.S. Economic Sanctions: Iran, Russia, Venezuela*, 5 de febrero de 2021, p. 22. El informe reconoce que las sanciones han impactado adversamente sobre PDVSA, aun cuando es complejo ponderar su influencia en la producción, pues ésta mostraba signos de deterioro antes del inicio de programa de sanciones. Véase en general a Ayuso, Anna y Gratius, Susanne “¿Sanciones como instrumentos de coerción: cuán similares son las políticas de Estados Unidos y la Unión Europea hacia Venezuela?”, en *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, cit, pp. 359 y ss.

- La *primera razón* es que ningún operador económico de nacionalidad estadounidense podrá entablar relaciones jurídicas con el Gobierno de Venezuela. Básicamente esto excluye a la inversión de Estados Unidos en actividades económicas que impliquen interacción con el Gobierno de Venezuela en especial mediante contratos públicos, como sucede con el sector de hidrocarburos.

- La *segunda razón* es que el Gobierno de Venezuela no puede realizar operaciones en Estados Unidos, lo que limita severamente la actividad de PDVSA. Ya hemos explicado que una de las condiciones para atender el actual colapso económico es promover la recuperación de la industria petrolera, lo que no es posible bajo el programa de sanciones actuales.

Cabe acotar que estas dos razones suponen, también, restricciones a las operaciones que el Gobierno de Venezuela debe adoptar para atender a la emergencia humanitaria compleja. Así, a pesar de las licencias generales que exoneran ciertas prohibiciones con este propósito, persisten un amplio cúmulo de restricciones a operaciones que no pueden ser implementadas por el Gobierno de Venezuela, como es el caso de las restricciones asociadas a la importación del diésel³⁶¹.

Pero al mismo tiempo, es preciso ponderar los aspectos favorables derivados del programa de sanciones. Destacamos, en este sentido, dos:

- El *primer* beneficio ha derivado de la protección de activos del Gobierno de Venezuela en Estados Unidos, y en especial, de Citgo -filial de PDVSA-. Las sanciones impiden a los acreedores ejecutar o tomar control de esas propiedades sin licencia de la OFAC. Esta es una de las razones por las cuales el incumplimiento de la deuda externa, decretada por

³⁶¹ “Aquí no hay diésel”: la última crisis de Venezuela y cómo puede llevar a un “aumento drástico” de la inseguridad alimentaria en el país”, BBC, 15 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56384284>

Maduro a fines de 2017 no ha derivado en medidas de ejecución de activos³⁶².

.- El *segundo* efecto positivo, al cual nos referimos en este libro, es en cuanto al impacto de las sanciones en la “liberalización” de las importaciones. Bajo el actual programa de sanciones el Gobierno de Venezuela no podía seguir manteniendo el dominio sobre las importaciones, todo lo cual puede explicar la “apertura” de las importaciones a la inversión privada, y el auge de importaciones al margen de controles de cambio. Claro está, el propio colapso del sistema de control de cambios y el agotamiento de las divisas también contribuyeron a ese resultado.

Frente al anterior panorama, cabría entonces ponderar los costos-beneficios de la derogatoria de las órdenes ejecutivas en las cuales se basa el programa de sanciones. Los efectos adversos que éstas generan sobre la economía en el marco de la emergencia humanitaria compleja han llevado a proponer como condición necesaria el levantamiento de las sanciones³⁶³.

Desde una posición más moderada, se ha observado que los efectos adversos de las sanciones no pueden justificarse en el marco de la emergencia humanitaria, todo lo cual requiere introducir reformas al régimen jurídico de las sanciones. Así, para la oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios en su reporte de 2020 sobre la respuesta humanitaria³⁶⁴:

³⁶² Véanse las aclaratorias número 808 y 809 de la OFAC de 9 de diciembre de 2019.

³⁶³ Véanse las declaraciones del *Relator Especial sobre la repercusión negativa de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos*, de 15 de febrero de 2021, en las cuales objeta la política de sanciones desde el Derecho Internacional: <https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/conclusiones-preliminares-de-la-visita-la-republica-bolivariana>

³⁶⁴ *Humanitarian Reponse Plan with humanitarian needs. Overview Venezuela*, Julio de 2020, p. 8, tomado de: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/venezuela_hrp_2020_en_vf.pdf. Traducción libre.

“Las causas de la contracción económica son varias. Algunos sectores ponen énfasis en la adopción de políticas económicas inadecuadas, una gestión ineficiente y la falta de transparencia durante varios años, mientras que otros resaltan el impacto de las sanciones económicas, que impactan las transacciones financieras internacionales y la industria petrolera que es la principal fuente de ingreso del país. Las sanciones fueron ampliadas a terceros como compradores, proveedores y transportistas, y así dificultando la exportación de petróleo y la importación de gasolina, insumos básicos y de repuestos para la industria y para servicios esenciales, entre otros, tanto para el Gobierno como para el sector privado. Según la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, si bien la contracción económica es anterior a la imposición de sanciones, existen preocupaciones por el impacto de estas sanciones en la economía y en la situación humanitaria”.

En el reporte de 2021 se señala, en similar sentido, que *“la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estimó que el Producto Interno Bruto (PIB) venezolano se contraería un 30 por ciento al cierre de 2020. Esto se debe, en parte, a la caída de la producción de petróleo, la reducción en los precios globales del crudo y el impacto de las sanciones internacionales entre otros”*³⁶⁵.

Junto a los efectos restrictivos derivados de las Órdenes Ejecutivas, es preciso también considerar los efectos del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado de la República por diversos países, incluyendo Estados Unidos. A resultas de la fraudulenta elección presidencial de 2018, Estados Unidos decidió reconocer al presidente encargado como el presidente de *iure*, lo que implicó el desplazamiento del régimen de Nicolás Maduro del ejercicio de la representación de Venezuela, incluso, en relación

³⁶⁵ *Plan de respuesta humanitaria. Actualización 2021*. Venezuela, p. 8 tomado de: https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files/venezuela_plan_de_respuesta_humanitaria_actualizacion_2021_junio2021.pdf

con activos como Citgo. El desconocimiento de Maduro es, también, una “sanción” en el sentido que limita su capacidad para actuar en nombre del Gobierno de Venezuela³⁶⁶.

Retomando las conclusiones de este trabajo, debe observarse que la principal restricción al crecimiento económico en Venezuela es el colapso del Estado -una condición que el levantamiento de las sanciones y la solución de la crisis de legitimidad de la Presidencia de la República no podría subsanar-. Además, como parte de ese colapso, las transacciones financieras relacionadas con Venezuela están afectadas por políticas de inteligencia financiera, así como por investigaciones relacionadas con lavado de dinero³⁶⁷.

Asimismo, la derogatoria de las Órdenes Ejecutivas podría ampliar la capacidad del régimen de Maduro de emplear activos venezolanos para sostener sus políticas predatorias, al tiempo que elevaría considerablemente los riesgos sobre los activos del Gobierno de Venezuela en Estados Unidos.

Tampoco el reconocimiento del régimen de Maduro como Gobierno de Venezuela en el exterior, e hipotéticamente en Estados Unidos, solucionaría las restricciones más vinculantes al crecimiento. Más allá de los efectos del reconocimiento internacional, lo cierto es que la fraudulenta elección presidencial de 2018 es parte del desmantelamiento del Estado de Derecho y de la vigencia de instituciones extractivas. Nada de ello cambiaría si el presidente de la Asamblea Nacional dejase de ser reconocido como Presidente encargado de *iure*.

Como se observa, para promover el crecimiento económico no basta con “levantar” las sanciones o revocar el reco-

³⁶⁶ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, cit.

³⁶⁷ Debido al deterioro de la calidad de la inteligencia financiera en Venezuela y la proliferación de instituciones informales, los oficiales de cumplimiento de instituciones financieras extranjeras suelen ser especialmente recelosos en la fiscalización de transacciones relacionadas con Venezuela. Incluso si las Órdenes Ejecutivas no fuesen aplicables, ese recelo permanecería.

nocimiento internacional del presidente encargado, acciones que producirían efectos más adversos que favorables. De allí que en el corto plazo el interés debe colocarse en la revisión del programa de sanciones a los fines de asegurar la correcta implementación de las excepciones en materia de ayuda humanitaria.

Pero en lo que respecta al restablecimiento de los mecanismos de mercado, y en especial, el restablecimiento de la libertad de precios y de cambio, el “levantamiento” de las sanciones no es una condición necesaria en el corto plazo, pues aun sin sanciones, se mantendría el colapso del Estado y, por ende, las instituciones extractivas e informales.

G. *Recapitulación*

Una condición necesaria, pero no suficiente, para promover el crecimiento económico en Venezuela, es derogar las Leyes, Decretos-Leyes y la regulación administrativa que destruyeron los mecanismos de mercado, especialmente, a través de controles centralizados de precio y de cambio. Tales normas deben ser sustituidas por otras que garanticen y promuevan los derechos económicos, y en concreto, la libertad cambiaria y la libertad de precio, restableciendo con ello la vigencia de la Constitución económica del Texto de 1999. Esta reforma debe ser realizada por medio de la Ley, como corresponde con el principio de legalidad.

La reforma legislativa necesaria en el Derecho Económico venezolano debe partir de la necesidad de rediseñar todo el ordenamiento jurídico-económico, comenzando por el Código de Comercio y siguiendo con las Leyes especiales, debido al grado de destrucción producido al Derecho Económico en Venezuela. Como esta es una tarea mediano o largo plazo, en el corto plazo resultará necesario derogar las restricciones más vinculantes al crecimiento de origen legal, entre ellas, los controles centralizados de cambio y de precio, y sustituirlos por reglas jurídicas acordes con la economía mercado. Para este propósito, estimamos que la técnica legislativa adecuada es la *Ley Ómnibus*, o sea, una Ley que resume todas las reformas orientadas a derogar las restricciones legales más vinculantes.

Empero, esta reforma legal sería hoy día una condición necesaria pero no suficiente. En efecto, ninguna reforma legal será efectiva si no se rescata la capacidad estatal, en especial, para proveer servicios necesarios para crear un clima de estabilidad y seguridad jurídica. Esto abarca la provisión de servicios de justicia, para garantizar los derechos económicos, la solución de controversias y el cumplimiento de contratos. Además, es necesario rescatar la capacidad del Estado de prestar servicios de seguridad para prevenir la violencia. Finalmente, el Estado debe garantizar la provisión de servicios esenciales, como el suministro eléctrico. Si no se reconstruye la capacidad estatal las reformas legales no cerrarán la brecha de capacidad, derivando en reformas de poca o nula efectividad, manteniéndose la dualidad de instituciones formales e informales.

Mientras Venezuela siga siendo un Estado frágil, el artículo 7 del Código Civil no será aplicable, en el sentido que las instituciones formales -Leyes- no podrán regular las condiciones de hecho imperantes, marcadas por los signos del colapso estatal. Para retomar la vigencia del citado artículo 7, el Estado debe recuperar el monopolio del ejercicio legítimo de la violencia y en especial el poder de coerción para hacer cumplir las Leyes, eliminando con ello la brecha entre las instituciones formales y su implementación práctica.

Bajo el principio de co-evolución entre capacidad estatal y desarrollo es necesario reconstruir jurídicamente los mecanismos de mercado al mismo tiempo que se reconstruye la capacidad estatal y, en concreto, se atiende a la emergencia humanitaria compleja.

De esa manera, la reconstrucción de los mecanismos de mercado y el rescate de la vigencia efectiva de la libertad de cambios y de precios debe ser gradual. No en un plano formal, advertimos sino en su dimensión práctica. En el plano formal, por el contrario, la gradualidad no es una opción: el objetivo no puede ser flexibilizar los controles centralizados y demás instituciones económicas extractivas, sino derogarlos de manera inmediata, sustituyéndolos por reglas jurídicas

conformes con la economía de mercado. Pero la implementación práctica de esa reforma legal no podrá ser inmediata, debido al colapso de la capacidad estatal.

El mejor ejemplo para comprender mejor esta conclusión es la dolarización *de facto*. Ninguna reforma en el plano formal podrá solucionar este proceso pues él se desenvuelve en el ámbito de los hechos. La dolarización *de facto* solo puede culminar en la medida en que se rescate la confianza sobre la moneda de curso legal, un objetivo asociado a la reconstrucción de la capacidad estatal y no -solo- a reformas legales.

2. *La opción de la “ley constitucional anti-bloqueo”. Un breve análisis comparado con el caso de China*

La opción del régimen autoritario frente al colapso económico es implementar la reforma económica basada en la llamada “ley constitucional anti-bloqueo”. Conviene analizar esa alternativa y su capacidad institucional para adoptar las reformas que precisa Venezuela, especialmente, a nivel microeconómico.

Lo primero que debe observarse es que la “ley constitucional anti-bloqueo” no contiene, en realidad, ninguna reforma orientada a restablecer jurídicamente los mecanismos de mercado, ni a derogar las instituciones económicas extractivas. Se trata, más de bien, de un texto de muy pobre técnica legislativa, cargado de un discurso político centrado en enfatizar los efectos económicos adversos de las sanciones³⁶⁸. En

³⁶⁸ De allí que este texto es conocido como “Ley anti-bloqueo”. Tal es el sentido del artículo 1, del cual se desprende todo el cuerpo normativo de este texto, en especial, el artículo 6, que declara “*irrita y antijurídica toda medida coercitiva unilateral y cualquier otra medida restrictiva o punitiva, dictada o implementada contra la República Bolivariana de Venezuela y su población, por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de estos, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos*”, disposición política y no jurídica, pues mal podría una Ley -en caso de ser válida- incidir sobre actos dictados por Gobiernos extranjeros.

realidad, la única disposición con relevancia práctica es el artículo 24, según el cual:

“Con el objeto impedir o revertir actos o amenazas de inmovilización, despojo o pérdida de control de activos, pasivos e intereses patrimoniales de la República o de sus entes, por efecto de la aplicación de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, se autoriza la celebración de todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios para su protección, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

En realidad, el único propósito práctico de este texto es habilitar al Poder Ejecutivo Nacional, de manera ilimitada, para realizar cualquier acto o negocio que considere pertinente, incluyendo la reorganización y enajenación de las empresas del Estado y sus activos³⁶⁹. Con lo cual, este texto ratifica la abolición de los controles sobre la gestión de la hacienda pública nacional, en especial, derivadas del control parlamentario, todo lo cual -no está de más destacarlo- es una clara violación al Estado de Derecho.

No es posible restablecer los mecanismos de mercado a través de la concentración de poderes absolutos e ilimitados en la Presidencia de la República. Antes, por el contrario, únicamente a través del restablecimiento formal de instituciones económicas inclusivas, que garanticen efectivamente el ejercicio de los derechos económicos, podrán crearse condiciones favorables a la recuperación económica a través de los mecanismos de mercado.

Además, cabe recordar que la concentración de poderes en la Presidencia de la República forma parte de las políticas predatorias que contribuyeron a la destrucción de los mecanismos de mercado. En concreto, hacia 2016 el Gobierno de

³⁶⁹ Artículos 25, 26 y 27. Este último permite “*elaborar e implementar operaciones de administración de pasivos, así como de administración de activos, mediante las operaciones disponibles en los mercados nacionales e internacionales, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”.

Venezuela, para intentar hacer frente al colapso económico, comenzó a ceder activos públicos al margen de controles constitucionales. Tal fue el emblemático caso de la cesión de las acciones de Citgo Holding, Inc. en garantía a acreedores extranjeros al margen de los controles de la Asamblea Nacional derivados del artículo 150 de la Constitución³⁷⁰. De igual manera, se cedió la participación de las filiales de PDVSA y/o de socios minoritarios en empresas mixtas de hidrocarburos sin el correspondiente control de la Asamblea, derivado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos³⁷¹, como también sucedió con “contratos de servicios” que, de hecho, transferían el ejercicio de actividades reservadas a la inversión privada³⁷². La cesión de estos activos al margen de los controles derivados de la Constitución fue consecuencia del golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional y, por ende, del desmantelamiento del Estado de Derecho.

Recientemente, y al amparo de la citada “ley constitucional anti-bloqueo”, el régimen autoritario ha seguido avanzando en estas políticas, de manera poco transparente, por ejemplo, en estaciones de gasolineras cuya gestión fue arbitrariamente nacionalizada³⁷³. Es a este tipo de acuerdos a los cua-

³⁷⁰ Acuerdo de 27 de septiembre de 2016, publicado en: <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-sobre-la-situacion-financiera-actual-de-petroleos-de-venezuela-sa-234>

³⁷¹ Acuerdo de 18 de abril de 2017 (<https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-sobre-la-nulidad-de-los-mecanismos-de-endeudamiento-y-de-constitucion-de-empresas-mixtas-suscritos-inconstitucionalmente-sin-aprobacion-parlamentaria-y-en-perjuicio-del-patrimoniode-la-nacion-123>) y de 7 de abril de 2020 (<https://asambleanacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/acto/acuerdo-mediante-el-cual-se-ordena-abrir-una-investigacion-sobre-la-presunta-venta-de-la-participacion-accionaria-de-la-empresa-rosneft-en-las-empresas-mixtas-venezolanas-20200505032656.pdf>).

³⁷² Véase el acuerdo de 8 de enero de 2019 (<https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-en-rechazo-a-los-contratos-de-servicios-suscritos-por-pdvsa-que-permiten-que-empresas-privadas-actuen-en-actividades-primarias-de-hidrocarburos-327>).

³⁷³ “Capitalism Maduro-Style Is Coming to Venezuela’s Gas Stations”, *Bloomberg*, 11 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.bloomberg.com>.

les parece referirse el régimen cuando “invita” a la inversión privada extranjera a operar en el país³⁷⁴. Fuera del ámbito de los activos del Estado, recientemente se ha anunciado el otorgamiento de “licencias” para la apertura de casinos³⁷⁵.

Esta política de “promoción” de la inversión privada parece apuntar, de manera especial, al sector de hidrocarburos. Luego de las arbitrarias expropiaciones en el sector, y que contribuyeron decisivamente al colapso de la producción petrolera, el régimen autoritario de Venezuela ha optado por ceder activos del Estado en ese sector, al margen de los controles derivados de la Constitución y en especial, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Con estos precedentes, el régimen autoritario podría estar interesado en ampliar los cauces de participación de la inversión privada por medio de “contratos de servicios” e incluso, cediendo acciones de PDVSA en empresas mixtas³⁷⁶. Para ello, podría optar por reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos a través de la Asamblea Nacional electa ilegítimamente en 2020³⁷⁷.

No cabe duda de que una de las condiciones necesarias para promover la recuperación de la industria petrolera es

com/news/articles/2021-03-11/capitalism-maduro-style-is-comingto-venezuela-s-gas-stations

³⁷⁴ “Maduro pide inversiones extranjeras durante entrevista exclusiva”, *Bloomberg*, 17 de junio de 2021: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-18/maduro-pide-inversiones-extranjeras-para-venezuela-en-entrevista-con-bloomberg>

³⁷⁵ “Venezuela bets on reopening casinos”, *The Times*, 2 de septiembre de 2021, tomado de: <https://www.thetimes.co.uk/article/venezuela-bets-on-reopening-casinos-hx39dqmvs>

³⁷⁶ “At a Hotel in Caracas, Oil Executives Weigh a Return to Venezuela”, *Bloomberg*, 19 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-19/at-a-hotel-in-caracas-oil-executives-weigh-a-return-to-venezuela>

³⁷⁷ “Maduro quiere reformar Ley de Hidrocarburos para darle legalidad a los Acuerdos de Servicios Conjunto”, *Petroguía*, 26 de marzo de 2021, tomado de: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petróleo/maduro-quiere-reformar-ley-de-hidrocarburos-para-darle-legalidad-los-acuerdos-de>

remover los obstáculos legales que impiden a la inversión privada participar directamente en actividades de exploración y producción, lo que precisa una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Pero esa reforma debe ser parte de una reforma más integral que restablezca los mecanismos de mercado y con ello, aporte seguridad jurídica a la inversión privada, sobre todo si recordamos la política arbitraria de expropiación que lesionó derechos de propiedad privada que no han sido, todavía, debidamente restaurados. En especial, la reforma de la legislación de hidrocarburos debe gozar de la legitimidad adecuada para brindar confianza -algo imposible en las actuales condiciones institucionales, por ausencia efectiva del Estado de Derecho³⁷⁸-. Por el contrario, la “apertura” del sector mediante “privatizaciones de *facto*”, resulta claramente insuficiente para crear los incentivos necesarios a los fines de recuperar el sector³⁷⁹.

Este ejemplo permite comprender por qué, bajo el marco institucional actual del Estado frágil en el régimen autoritario no-competitivo, ninguna reforma al amparo de la “ley constitucional anti-bloqueo” permitiría restablecer efectivamente los mecanismos de mercado. Aquí es importante insistir que la realización de transacciones económicas al margen de los controles centralizados de cambio y de precio, y en especial, empleando la divisa como medio de pago, no es resultado de

³⁷⁸ El propio régimen autoritario ha reconocido que los inversionistas privados tienen preocupaciones en torno a la calidad y legitimidad de cualquier reforma de la legislación de hidrocarburos. Véase: “PdV’s new upstream deals hinge on oil law reform”, *Argus*, 27 de mayo de 2021, tomado de: https://www.argusmedia.com/en/news/2219374-pdvs-new-upstream-deals-hinge-on-oil-law-reform?amp=1&__twitter_impression=true

³⁷⁹ Por ello, no compartimos la valoración positiva que de esta “apertura” ha realizado Luis Oliveros, para quien “no se puede criticar que desde el gobierno se quiera aumentar la participación privada de la industria, es algo que veríamos todos con buenos ojos porque Pdvs no puede sola...” (Jesús Herrera “¿Es cierto que hay una privatización de Pdvs en puerta?”, *Noticiero Digital*, 25 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.noticierodigital.com/2021/03/exclusiva-nd-es-cierto-que-hay-una-privatizacion-de-pdvs-en-puerta/>).

ninguna apertura económica o liberalización, sino es resultado del colapso de esos controles, lo que llevó al régimen autoritario a tolerar esos espacios interacción económica.

Es por todo lo anterior que la evolución de la economía a partir de 2018 no puede compararse con la reforma de China, pues a diferencia de lo sucedido en ese país, en Venezuela no se han introducido instituciones económicas inclusivas, incluso, en el medio de instituciones políticas extractivas³⁸⁰. Tampoco puede compararse esta situación con la transición de economías centralizadas a economías de mercado, en tanto ello fue el resultado procurado por políticas públicas basadas en el restablecimiento de los mecanismos de mercado. E incluso así, en esos contextos la fragilidad de la sociedad civil permitió el fortalecimiento del crimen organizado como resultado de las privatizaciones³⁸¹.

³⁸⁰ Como hemos visto, la flexibilización del régimen cambiario junto con la dolarización de *facto*, han llevado a aludir a la supuesta “apertura” o “liberalización” del régimen de Maduro, incluso, formulándose algunas similitudes con el modelo chino. Por ejemplo, véase: “Venezuela is quietly quitting socialism”, Stefano Pozzebbon, *CNN*, 18 de diciembre de 2020: <https://www.cnn.com/2020/12/18/americas/venezuela-death-of-socialism-intl/index.html>. También, de Anatoly Kurmanaev y Isayen Herrera, véase: “Venezuela’s Capital Is Booming. Is This the End of the Revolution?”, *New York Times*, 1 de febrero de 2020, en: <https://www.nytimes.com/2020/02/01/world/americas/Venezuela-economy-dollars.html>. De Pedro Benítez, *Vid.*: “¿Cuántos empresarios pueden tomarse en serio la ruta de Nicolás Maduro hacia el modelo chino?”, *Al Navío*, 14 de febrero de 2020, en: <https://alnavio.es/noticia/20407/noticias-de-venezuela/cuantos-empresarios-pueden-tomarse-en-serio-la-ruta-de-nicolas-maduro-hacia-el-modelo-chino.html>

³⁸¹ Una de las lecciones de la transición luego de la caída soviética, como se ha destacado en el estudio de Europa del Este, es que las políticas económicas, como la privatización, fueron diseñadas en el marco de reformas microeconómicas orientadas a restablecer el marco jurídico de garantía de los derechos económicos. *Cfr.*: Frydman, Roman y Rapaczynski, Andrzej, *Privatization in Eastern Europe: is the state withering away?* Central European University Press, Budapest, 1994, pp. 9 y ss. Puede verse igualmente a Frydman, Roman, et al., *Capitalism with a comrade’s face*, Central European University Press, Budapest, 1998, pp.

En efecto, la referencia al modelo chino alude a la experiencia de crecimiento económico en China a través de instituciones económicas inclusivas que, sin embargo, no han estado acompañadas de instituciones políticas inclusivas³⁸². Así, China introdujo instituciones -reglas jurídicas- basadas en el reconocimiento de ciertos derechos económicos individuales para fomentar el libre intercambio eficiente, ello, aun cuando en lo sustancial, su modelo político no ha variado³⁸³. Ello abre el debate en cuanto a la posibilidad de promover el crecimiento económico en regímenes políticos no-democráticos, pero en todo caso, lo que aquí interesa destacar es que China logró reproducir instituciones inclusivas que generaron confianza en los operadores económicos, incluso, inversionistas extranjeros.

Esto no es lo que ha sucedido en Venezuela. Ni la “derogatoria” de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, ni el Convenio Cambiario N° 1 han restablecido, siquiera medianamente, las instituciones inclusivas en el mercado cambiario. Todo lo contrario, las reglas de ese mercado no han sido claramente definidas, al tiempo que se mantienen títulos de intervención pública de dudosa base legal, como la competencia del BCV en relación con la tasa de cambio. En cuanto a la libertad de precio, se mantienen en vigor ciertas reglas del precio justo, así como imprecisos títulos de intervención pública en materia de control de precio.

42 y ss. De acuerdo con Rolf H. W. Theen, la privatización postcomunista requería de reformas legales para instaurar los derechos de propiedad (pp. 289-299), todo lo cual precisaba de sociedades civiles capaces (pp. 290-291). Por ello, avanzar en procesos de privatización sin una reforma comprehensiva, puede terminar fortaleciendo organizaciones criminales, como sucedió en Rusia (p. 304). *Cfr.*: “Law and Civil Society in Postcommunist Transition”, en Hancock, M. Donald y Logue, John, *Transition to Capitalism and Democracy in Russia and Central Europe*, Praeger, Westport, 2000.

³⁸² Acemoglu, Daron y Robinson, James *Why nations fails*, cit, pp. 428-446. Puede verse en general a Jenkis, Rhys, *How China is reshaping the global economy: development impacts in Africa and Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 20-32.

³⁸³ Una complete explicación en Yuen, Ang, *How China escaped the poverty trap*, Cornell University Press, Nueva York, 2016, pp. 26 y ss.

Es igualmente determinante recordar que no existen condiciones funcionales del Estado de Derecho y que el Poder Judicial se mantiene bajo el control político del régimen autoritario, todo lo cual eleva los riesgos de aplicación arbitraria del marco legal para la criminalización del sector privado³⁸⁴. Bajo este marco institucional -que mantiene las notas propias de las instituciones extractivas- no existen incentivos para facilitar, de manera eficiente y transparente, el libre intercambio de divisas.

Esto permite explicar el fracaso de la regulación adoptada en el Convenio Cambiario N° 1 de 2018. Este Convenio, como vimos, intentó -indebidamente- restablecer los mecanismos de mercado en el ejercicio de la libertad cambiaria. Además de la deficiencia en la regulación, faltó un elemento central, cual es el restablecimiento de la garantía jurídica formal de los derechos económicos, o sea, la reserva legal: solo la Ley ha podido establecer la regulación contenida ese Convenio, ello, en el marco de un Estado de Derecho funcional con un Poder Judicial con capacidad suficiente para resolver disputas. A ello se le agrega las fallas de capacidad de las Administraciones Públicas para implementar la regulación derivada de ese Convenio. A resultas de ello, junto a las instituciones formales del Convenio, han pervivido instituciones informales o paralelas para el intercambio de divisas.

Con lo cual, paradójicamente, el Convenio fue dictado para poner fin al mercado paralelo de divisas, creando al efecto un mercado regulado, pero en la práctica, siguen manteniéndose transacciones paralelas a ese mercado formalizado.

³⁸⁴ Se ha observado que la criminalización del sector privado -como parte del uso político de la justicia penal- reproduce las fórmulas del Derecho Penal del enemigo. *Vid.*: Fernández, Fernando, "La justicia penal en Venezuela bajo el Estado Dual y el derecho penal del enemigo. Análisis de una realidad que afecta los derechos humanos" en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional* N° 12, Caracas, 2017, pp. 1.381 y ss.

Lo propio sucederá si, precariamente, se pretende formalizar la dolarización *de facto*, como sugieren algunos indicios recientes³⁸⁵. Debido a la ausencia de instituciones inclusivas y el colapso de la capacidad estatal, todo intento por formalizar la dolarización *de facto* desembocará probablemente en el surgimiento de nuevas instituciones informales, todo lo cual agravará más la precariedad de las instituciones económicas.

De esa manera, la así considerada “apertura económica” es, en realidad, en signo del colapso del Estado, colapso que arrastró los controles centralizados sobre la economía. En este contexto, la “ley constitucional anti-bloqueo” lo que pretende es consolidar las instituciones políticas extractivas, tolerando, de manera poco transparente, ciertos espacios de tolerancia económica.

A lo anterior debe agregársele que esta “apertura” se ha implementado al margen del programa de recuperación económica llamado a resolver el problema macroeconómico del déficit de divisas. Así, el mercado cambiario precariamente regulado se enfrenta a restricciones al acceso de divisas, como consecuencia del colapso de la producción petrolera, el colapso de la producción local y la pesada carga de la deuda pública externa³⁸⁶. Todo este conjunto de restricciones limita notablemente el alcance del mercado cambiario precariamente regulado (tanto más si tomamos en cuenta la dimensión de la recuperación económica necesaria en Venezuela).

³⁸⁵ Salmerón, Víctor, “Cuentas en divisas en Venezuela: ¿Un impulso crucial a la dolarización de facto?”, *Prodavinci*, 27 de febrero de 2020, en: <https://prodavinci.com/cuentas-en-divisas-un-impulso-crucial-a-la-dolarizacion-de-facto/> Este estudio, en todo caso, se enfoca en la libertad cambiaria y no en el proceso de dolarización.

³⁸⁶ Como afirmó Alejandro Grisanti, “una de las grandes debilidades de este programa es la restricción de financiamiento externo, puede venir algo de China, pero va a ser insuficiente. En la medida en que no haya financiamiento y que, por la caída de la producción petrolera, Venezuela produzca menos dólares, el gobierno no será capaz de estabilizar la moneda y lo más probable es que fracase”. Salmerón, Víctor, “Los anuncios económicos: muy poco, muy tarde y contradictorios”, *Prodavinci*, 18 de agosto de 2018, en: <https://prodavinci.com/los-anuncios-economicos-muy-poco-muy-tarde-y-contradictorios/>

Con lo cual, la “ley constitucional anti-bloqueo” no ha restaurado los derechos económicos, entiéndase, las instituciones económicas inclusivas. Mal puede hablarse de una apertura o liberalización, pues en ausencia de garantías jurídicas de la libertad de empresa, lo único que puede apreciarse son espacios de tolerancia. Más allá de los emprendimientos que puedan promoverse en esos espacios de tolerancia, lo cierto es que el marco institucional ofrecido por el régimen autoritario no ofrece garantías de seguridad jurídica mínimas, asociadas a los mecanismos de mercado³⁸⁷.

En resumen, la ausencia de instituciones inclusivas, el colapso de la capacidad estatal y la ausencia de planes de reforma macroeconómica, son condicionantes que limitarán la implementación práctica de la propuesta del régimen autoritario, traducida en la “ley constitucional anti-bloqueo”. Ello no niega que en los espacios de tolerancia que han surgido al socaire de las áreas de limitada estatalidad puedan surgir emprendimientos que contribuyan a detener la caída del PIB -aun cuando debe tomarse en cuenta las restricciones derivadas de la pandemia-³⁸⁸.

³⁸⁷ Los intentos del régimen de Maduro por promover la inversión privada, por ello, resultan claramente insuficientes, en ausencia de garantías jurídicas, o sea, instituciones económicas inclusivas. Véase “Maduro pide inversiones extranjeras durante entrevista exclusiva”, *Bloomberg*, 21 de junio de 2021, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-18/maduro-pide-inversiones-extranjeras-para-venezuela-en-entrevista-con-bloomberg>

³⁸⁸ Credit Suisse estimó un posible crecimiento del PIB del 5,5% en 2021, lo que revertiría el colapso del PIB registrado desde 2013. *Vid.*: “Credit Suisse: Venezuela’s GDP to Grow 5.5% in 2021”, *Orinoco Tribune*, 9 de octubre de 2021, tomado de: <https://orinocotribune.com/credit-suisse-venezuelas-gdp-to-grow-5-5-in-2021/> Véanse las declaraciones del presidente de FEDECAMARAS, Carlos Fernández, “La caída económica del sector privado en Venezuela se detuvo, pero no significa que dejen de caer algunos subsectores privados”, 4 de octubre de 2021, tomado de: <https://www.fedecamaras.org.ve/fedecamaras-la-caida-economica-del-sector-privado-en-venezuela-se-detuvo-pero-no-significa-que-dejen-de-caer-algunos-subsectores-privados/>

¿Cómo explicar el posible crecimiento económico en el marco del colapso del Estado y la ausencia de instituciones económicas inclusivas? Desde el punto de vista jurídico hay varias acotaciones que deben hacerse³⁸⁹.

Así, cualquier crecimiento económico se registraría *a pesar* del régimen autoritario, no *debido* a las políticas por éste adoptas. Ya hemos explicado que la así considerada apertura no es más que el signo del colapso del Estado, lo que llevó a espacios de tolerancia económica en las áreas de limitada estatalidad, o sea, las áreas en que el Gobierno no puede ya imponer los controles centralizados. El régimen autoritario solo ha tolerado esos espacios, en buena parte, pues no cuenta con un Gobierno para implementar los controles centralizados con la capacidad desarrollada entre 2003 y 2013.

Además, debido a la entidad inusual del colapso del PIB, necesariamente, el grado de colapso tiende a decrecer en el tiempo, e incluso, podría revertirse como resultado de los específicos espacios de tolerancia económica que han surgido.

³⁸⁹ De acuerdo con el economista Leonardo Vera “*En el caso de Venezuela, Credit Suisse se alinea con el criterio, bastante compartido, que estima que la economía de Venezuela cayó cerca de 25% durante el año 2020. Así que creciendo a la tasa de 5,5% (de Credit Suisse) cada año y en forma constante, a Venezuela le tomaría algo más de 5 años recobrar el PIB del año 2019 (pre-pandemia) y algo más de 2 décadas recuperar el PIB en US\$ del año 2013 (aquel que tuvimos justo antes del gran desastre depresivo) ¿Qué país o países en la región han logrado crecer al menos al 5,5% cada año y por 20 años consecutivos? Chile pudo hacerlo por 25 años (entre 1984 y 2008) con una tasa de crecimiento promedio de 5,6%. Pero la economía que Maduro y su gobierno nos ha legado, difícilmente semeja las potencialidades que tenía la economía chilena en 1984. A decir verdad, cuando se ha perdido tanta producción interna como en Venezuela, con un mínimo impulso vital, con un soplado, se rebota por un tiempo. Eso no debería generar ningún asombro. Lo difícil para Venezuela es sostener por un buen y largo tiempo el crecimiento, en una circunstancia que mantiene al país aislado del mundo, con tanto daño institucional, sin justicia imparcial, con su motor averiado (la industria de los hidrocarburos), con un sistema educativo destruido y en una economía que trabaja sin mercado de crédito y constituida por un ejército de pobres”.* Vid.: “¿Cómo leer a Credit Suisse?”, Política UCAB, 14 de octubre de 2021, tomado de: <https://politikaucab.net/2021/10/14/como-leer-a-credit-suisse/>

Sin embargo, ese crecimiento económico no sería resultado de instituciones inclusivas, sino más bien de la naturaleza adaptativa de la empresa privada que ha logrado ajustarse a las instituciones informales en vigor.

Pero más allá de cualquier posible repunte económico, lo importante es determinar si existen expectativas de crecimiento económico sostenido que además permitan promover el desarrollo inclusivo y así atender a la emergencia humanitaria compleja en el marco de la economía de mercado. Y lo cierto es que hoy no existen tales expectativas. Cualquier crecimiento económico que pueda llevar a registrarse será inestable, y no podrá contribuir a solucionar la emergencia humanitaria compleja, en buena medida, pues ello requiere de un Gobierno con capacidad y legitimidad democrática. Tal y como se desprende del estudio ENCOVI 2021 ya comentado, la desigualdad ha aumentado en el marco de la apertura de *facto* registrada, lo que demostraría que cualquier crecimiento económico que pueda registrarse, además de precario, no sería inclusivo.

3. *La encrucijada de Venezuela: crecimiento estable e inclusivo para todos, o crecimiento precario para pocos*

Actualmente parece existir un consenso en cuanto a la necesidad de impulsar la inversión privada en Venezuela. Esta posición ha sido defendida por el régimen autoritario, quien ha anunciado su intención de fomentar alianzas con el sector privado por medio de la “ley constitucional anti-bloqueo”. La legítima Asamblea Nacional electa en 2015 ha insistido en que es necesario desmontar las instituciones económicas extractivas para dar paso a instituciones económicas inclusivas que fomenten la inversión privada. Más allá de esta similitud, el alcance de ambas propuestas es completamente distintivo.

Así, la propuesta del régimen autoritario -si es que cabe calificársele como tal- no parte de la derogación formal de instituciones económicas extractivas para su adecuada sustitu-

ción por instituciones económicas inclusivas. En realidad, la propuesta tras la “ley constitucional anti-bloqueo” es avanzar en espacios de tolerancia a la inversión privada, en especial, mediante la cesión de activos del Estado y la tolerancia de intercambios de bienes y servicios al margen del Estado de Derecho. Pero incluso en este ámbito, el régimen de Maduro - como ha sucedido en el primer trimestre del 2021- recuerda que todavía tiene cierta capacidad para la aplicación selectiva del control de precio y sus medidas arbitrarias anejas.

El resultado de lo anterior solo puede ser, como mucho, un precario e inestable crecimiento económico que agravará la desigualdad. En tanto esta propuesta no parte de instituciones inclusivas, la supuesta “apertura” económica no es, en realidad, resultado de políticas que estimulen la entrada de la inversión privada en igualdad de condiciones. Lo que más bien puede apreciarse es la apertura solo en algunos ámbitos, e inevitablemente, la apertura por medio de acuerdos poco transparentes asociados a la sistemática cleptocracia en Venezuela.

No es censurable, en todo caso, que la legítima iniciativa privada esté aprovechando esos espacios de tolerancia ocupando las áreas que el Estado frágil ha ido desatendiendo. Esto corresponde a la naturaleza adaptativa de la empresa privada, sin duda, el gran sobreviviente de las instituciones económicas extractivas impuestas desde 2003. Pero es necesario tener en cuenta que esos espacios de tolerancia que han sido ocupados por la iniciativa privada no cuentan con las garantías jurídicas de la libertad de empresa, hoy día inexistentes. En cualquier momento el régimen puede decidir hacer uso selectivo de las instituciones económicas extractivas en vigor para cerrar los espacios de tolerancia. Si ello sucedió antes, en condiciones institucionales mucho más estables, hoy día este es un escenario tanto más probable.

Frente a esta alternativa de crecimiento precario y desigual, el *Plan País* ofreció una reforma económica integral basada en derogar las instituciones económicas extractivas que todavía se mantienen en vigor, para sustituirlas por insti-

tuciones económicas inclusivas, al tiempo que se implementan el resto de las reformas para fortalecer gradualmente la capacidad estatal. Esta propuesta no se basó en espacios de tolerancia sino en espacios de libertad, como condición necesaria para promover el desarrollo económico sostenido e inclusivo y así, superar la emergencia humanitaria compleja. Para ello, como se explicó, trabajamos en la propuesta de *Ley Ómnibus*, esto es, la reforma legislativa llamada a derogar las instituciones extractivas más vinculantes, adoptando en su lugar instituciones inclusivas que facilitasen el tránsito hacia la economía de mercado.

En resumen, es necesario en Venezuela restablecer las garantías jurídicas de la libertad de empresa y así, empoderar a la sociedad civil para la satisfacción de sus propias necesidades³⁹⁰. Precisamente por lo anterior, el objetivo no puede ser simplemente retrotraer el Derecho Económico en Venezuela a su situación en 1999, pues ese Derecho tenía indebidas instituciones estatistas que, en parte, fueron aprovechadas por las medidas autoritarias impuestas a partir del 2003, como es el caso del control de cambio y de precio³⁹¹. Por el contrario, el objetivo debe ser restablecer, o quizás más bien, *establecer* las garantías jurídicas de los derechos económicos a través de mecanismos de mercado basados en el derecho de la sociedad civil de organizarse para la satisfacción de sus propias necesidades.

La propuesta tampoco puede versar sobre la eliminación de la intervención pública en la economía. La economía de mercado precisa del Estado, no solo para proveer la regulación civil sino, además, proveer lo que en economía se llama “bienes públicos”. Esto es particularmente evidente en Venezuela pues, como hemos señalado, el colapso del Estado es una limitación al crecimiento económico.

³⁹⁰ Tal ha sido la posición histórica de FEDECAMARAS, reiterada recientemente. Vid. Botti, Jorge, “Libre empresa”, en *Democracia y libre empresa*, FEDECAMARAS, 2020, pp. 97 y ss.

³⁹¹ Como explicamos en 2004 en nuestro libro *Garantías jurídicas de la libertad de empresa*, cit.

Pero, además, el Estado es necesario para asegurar el acceso equitativo a los DESCAs, no solo de conformidad con la Constitución de 1999 sino en especial, de acuerdo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁹². Esta tarea es especialmente relevante en el marco de la emergencia humanitaria compleja y la pandemia de la COVID-19, en tanto es necesario garantizar el acceso a bienes y servicios esenciales, en especial, en el contexto de las medidas para sincerar el precio de los servicios esenciales que, como el suministro eléctrico, se han sometido a controles arbitrarios.

¿Pudiese el régimen de Maduro adoptar estas reformas integrales? Ya hemos señalado que, como resultado del colapso estatal, el régimen de Maduro ha optado por tolerar la inversión privada en sentido similar a algunas de las propuestas enmarcadas en el *Plan País*. Así sucede, en especial, con la promoción de la inversión privada en el sector de hidrocarburos, uno de los pilares del *Plan País* que Maduro, al parecer, quiere replicar, pero de manera distorsionada. Pero no se trata, de nuevo, de adoptar reformas parciales y distorsionadas, sino reformas integrales, orientadas a atender de manera comprensiva las tres restricciones vinculantes al desarrollo que hemos explicado en este libro, esto, el colapso de la capacidad estatal, la destrucción de los mecanismos de mercado y el déficit de divisas.

Esto solo parece posible con un *cambio de Gobierno*. Dejando a salvo la voluntad del actual régimen autoritario de emprender estas reformas integrales, lo cierto es que ese régimen no tiene la capacidad, la legitimidad y, lo que es más importante, la credibilidad necesaria para diseñar e implementar las reformas integrales que requiere la emergencia humanitaria en Venezuela. Así, habría que poner en duda, para comenzar, la voluntad de ese régimen de avanzar en esta reforma integral: no lo hizo en 2013, en condiciones mucho mejores que las actuales, y tampoco lo hizo en 2016, cuando

³⁹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit, pp. 150 y ss.

ha podido llegar a algún acuerdo político con la Asamblea Nacional. Apartando razones ideológicas, una posible explicación a esta falta de voluntad, como ya vimos, es que el régimen autoritario requería mantener instituciones extractivas para así poder repartir, a su arbitrio, rentas y represión económica, para promover su estabilidad, en especial, por medio del control de cambio, que devino en pieza central de la cleptocracia.

Pero más allá de esta voluntad, ese régimen autoritario no tiene la legitimidad necesaria para avanzar en un proceso integral de reforma económica que, como se dijo, requerirá de la cooperación multilateral. Desde 2018 Maduro es considerado como un gobernante *de facto*, responsable no solo de graves violaciones de derechos humanos sino, además, de ilícitos financieros internacionales. En lo interno, el sector privado no podría confiar en Maduro, luego de los continuos episodios que, desde 2013, han derivado en medidas arbitrarias. Por supuesto, no se trata solo de la confianza hacia el Gobierno: es también la ausencia de confianza en el Estado de Derecho, en tanto Maduro no puede ofrecer garantías efectivas a la libertad de empresa.

Con lo cual, el actual régimen autoritario no puede -ni quiere- adoptar la reforma económica integral dentro de la cual debería insertarse las reformas legislativas orientadas a derogar las instituciones económicas extractivas para su sustitución por instituciones económicas inclusivas, muy en especial, en lo que respecta a la libertad cambiaria y de precio. De lo cual resulta que un cambio de Gobierno es condición necesaria -pero no suficiente- para emprender el plan de recuperación económica en Venezuela, incluyendo la reconstrucción de los mecanismos de mercado.

Las condiciones bajo las cuales ese cambio de Gobierno podría alcanzarse son ciertamente inciertas, luego de que la fase de la transición que iniciara en enero de 2019 con el reconocimiento internacional del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado, no pudiese avanzar. El presidente encargado, en todo caso, mantiene el reconoci-

miento internacional, especialmente en países como los Estados Unidos y el Reino Unido, lo que le ha permitido proteger activos estratégicos y avanzar en el complejo proceso de renegociación de la deuda pública. Pero sin control efectivo sobre el territorio, el presidente encargado no puede avanzar en las reformas económicas orientadas a restablecer los mecanismos de mercado.

A efectos de este libro, en todo caso, interesa señalar que el cambio de Gobierno, más allá de la forma en la cual se materialice, debe reunir condiciones mínimas o básicas de legitimidad para rescatar la legitimidad internacional del Gobierno de Venezuela, notablemente fracturada a partir del desconocimiento colectivo de la elección presidencial de 2018. El reconocimiento internacional del Gobierno de Venezuela es necesario para lograr su reinserción en la comunidad financiera internacional, y así atender a los graves desórdenes macroeconómicos, especialmente, por medio del financiamiento de organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional. Esto permitirá emprender las complejas reformas orientadas a promover la estabilidad macroeconómica y atender al déficit de divisas.

Es conveniente aclarar que la crisis de legitimidad del Gobierno de Venezuela no comenzó en 2019 con el reconocimiento internacional del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado. En realidad, la legitimidad internacional de Venezuela, entendida como su capacidad legal para interactuar con la comunidad internacional y así avanzar en las reformas económicas que requiere el país, comenzó a resquebrajarse hacia 2014, cuando era ya evidente el colapso económico y la imperiosa necesidad de renegociar la deuda. Las sistemáticas violaciones a derechos humanos y la creciente criminalidad en el contexto de la cleptocracia, también mermaron esa capacidad. La fraudulenta elección presidencial de 2018 culminó este proceso de deslegitimación que afectó severamente la capacidad de Venezuela de interactuar con la comunidad financiera internacional. Todo ello, como puede observarse, sucedió antes del reconocimiento internacional del presidente encargado.

Con lo cual, la reforma económica -que pasa, pero no se limita, al restablecimiento de los mecanismos de mercado- requiere necesariamente solucionar la crisis de legitimidad internacional del Gobierno de Venezuela, que se remonta al 2014. Pero, además, es preciso solucionar la crisis de confianza doméstica, en tanto las reformas económicas deben ser resultado de amplios consensos políticos que integren al sector empresarial privado. El cambio de Gobierno, en un contexto de retorno gradual al orden constitucional, junto al programa de reformas económicas creíbles que restauren los mecanismos de mercado, son piezas claves para restaurar la confianza en el ámbito doméstico.

Esto solo puede hacerse a través de un nuevo Gobierno que, con reconocimiento internacional y apoyo político unitario doméstico, pueda retomar esa capacidad y así avanzar en la reforma macroeconómica y en las reformas legislativas orientadas a implementar los mecanismos de mercado, generando la confianza que el sector privado requiere para emprender actividades económicas y con ello, apalancar el crecimiento económico.

La promulgación de la reforma legislativa llamada a insertar tales mecanismos, por ello, debe partir de la confianza que inspire el Gobierno llamado a implementar esa reforma. Pero debido al colapso estatal, esto sería una condición insuficiente, pues más allá de la legitimidad que logre tener, el nuevo Gobierno no tendrá capacidad para implementar enteramente la reforma legislativa ni proveer los bienes públicos necesarios para crear condiciones propicias al crecimiento, por lo que respecta a la garantía de acceso a servicios esenciales, como el servicio eléctrico y, de manera crítica, la seguridad ciudadana.

La reconstrucción de la capacidad estatal no puede lograrse de manera endógena, pues ni el Estado ni la sociedad civil tienen capacidad para proveer los bienes y servicios necesarios para promover el crecimiento económico estable e inclusivo. Estos bienes y servicios deben ser proveídos por la comunidad internacional, lo cual realza la importancia de recuperar la legitimidad internacional. En tanto la crisis de Ve-

nezuela corresponde a una emergencia humanitaria compleja, solo la cooperación internacional podrá coadyuvar a reconstruir la capacidad estatal y cerrar las brechas que dan lugar a áreas de limitada estatalidad.

Asimismo, es necesario promover acuerdos público-privados que, de manera transparente, permitan a la inversión privada la gestión de las áreas de limitada estatalidad. Nótese que no aludimos acuerdos de privatización, pues ésta supone el traspaso al sector privado de bienes y empresas operativos. No se trata de suplir al Estado en retirada como consecuencia de políticas de liberalización, sino de suplir al Estado en colapso, como resultado de la compleja crisis por la que atraviesa Venezuela. Estos acuerdos público-privados precisan, en todo caso, de mecanismos de mercado que brinden garantías jurídicas a los contratistas privados.

Como se observa, la implementación de las reformas legislativas para restaurar los mecanismos de mercado debe ser parte de las políticas para reconstruir la capacidad estatal, recordando que la relación entre capacidad estatal y desarrollo es de co-evolución.

¿Qué hacer mientras no sucede el cambio de Gobierno? Recordamos que el cambio de Gobierno es un medio para restaurar la confianza doméstica e internacional y, con ello, brindar legitimidad a las reformas legislativas para restablecer los mecanismos de mercado, en especial, en lo que respecta a la libertad de precio y de cambio. Sin esos cambios, y en las condiciones actuales, lo más que podrá lograrse son emprendimientos privados legítimos en las áreas de tolerancia económica, lo que es claramente insuficiente para promover el desarrollo inclusivo y atender la emergencia humanitaria compleja. Sin posibilidad efectiva de restablecer los mecanismos de mercado, la única opción disponible será facilitar la ayuda humanitaria internacional, que es admisible incluso en el actual marco jurídico de las sanciones impuestas por Estados Unidos. La ayuda humanitaria es temporal y paliativa, y se orienta tan solo a satisfacer necesidades esenciales de sector vulnerables, pero en modo alguno esa ayuda permite restablecer los mecanismos de mercado.

La encrucijada a la cual hacemos mención en esta sección alude a las dos alternativas que actualmente existen en el contexto de la crisis política: procurar esa recuperación por medio de la “ley constitucional anti-bloqueo”, o procurar esa recuperación en contexto de una reforma integral que incluye el restablecimiento de los mecanismos de mercado. Esto es, procurar la recuperación por medio de instituciones económicas extractivas, o promover la recuperación económica por medio de instituciones económicas inclusivas. En otras palabras: la encrucijada entre el crecimiento estable para todos o el crecimiento precario para algunos.

La gravedad de la emergencia humanitaria compleja y el colapso estatal parecen haber superado las diferencias ideológicas y el sesgo estatista que ha caracterizado al Derecho Económico en Venezuela, todo lo cual crea una oportunidad única para alcanzar acuerdos políticos a favor de la reconstrucción de los mecanismos de mercado en Venezuela. En todo caso, solo el rescate de la legitimidad doméstica e internacional del Gobierno de Venezuela logrará las condiciones necesarias para avanzar en las reformas jurídicas llamadas a insertar los mecanismos de mercado, especialmente, en materia de libertad de cambio y de precio, al tiempo que se reconstruye la capacidad del fallido Estado venezolano. Mientras más tiempo tarde en alcanzarse esa reforma, mayores serán los costos económicos y sociales de la emergencia humanitaria compleja venezolana, agravada por efecto de la pandemia de la COVID-19.

BIBLIOGRAFÍA

ABADI, Anabella y GARCÍA, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la "guerra económica"*, CEDICE, Caracas, 2016.

_____, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la "guerra económica"*, CEDICE, Caracas, 2016.

_____, "La Asamblea Nacional, la economía y la emergencia económica en 2016", en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional* N° 7, Caracas, 2017.

ABADINSKY, Howard, *Organized crime*, Allyn and Bacon Inc., Boston, 1981.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

ABUELAFIA, Emmanuel y SABOIN, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020.

ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James, "Alfred Marshall Lecture: Kleptocracy and Divide-and-Rule: A Model of Personal Rule", en *Journal of the European Economic Association* 2, no. 2/3, 2004.

_____, *Why Nations Fail*, Crown Business, Nueva York, 2012.

_____, *The narrow corridor*, Penguin Press, New York, 2019

ALFONZO, Juan, at el., *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos*, FUNEDA, Caracas, 2014.

ALFONZO, Juan, "Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto N° 6.092 con rango valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008.

_____, "Comentarios en cuanto al Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015", en *Revista de Derecho Público* N° 143-144, Caracas, 2015.

_____, "La Ley Constitucional de Precios acordados emitida por la Asamblea Nacional Constituyente. Su inconstitucionalidad, nueva regulación de precios a través del diálogo y su desconocimiento por las vías de hecho de autoridades administrativas", en *Revista de Derecho Público* N° 153-155, Caracas, 2018.

ALVARADO, Jesús María, "La desaparición del bolívar como moneda de curso legal (Notas críticas al inconstitucional Decreto N° 6.130, con rango, valor y fuerza de ley para el fomento y desarrollo de la economía comunal, de fecha 3 de junio de 2008", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008.

ANDERSON, Mark, y GERBER, Michael, "Introduction to Humanitarian Emergencies", en *Health in Humanitarian Emergencies: Principles and Practice for Public Health and Healthcare Practitioners*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

ANDREWS, Matt *et al.*, *Building State Capability*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

ANDREWS, Matt, *The limits of institutional reforms in development*, Cambridge, New York, 2013.

Anova Policy Research, Policy Brief Año 3, N° 1, "Impacto de las Sanciones Financiera Internacionales contra Venezuela: Nueva Evidencia", enero de 2021.

ANZOLA, Karina, "El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008.

ARAUJO, Ana Elvira y SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena, "Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso", en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

ARIAS, Tomás, "Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República (1999-2012)", *Revista de Derecho Público* N° 130, Caracas, 2012,

ARMAO, Fabio, "Why is organized crime so successful?", en Allum, Felia y Siebert, Renate (editores), *Organized Crime and the Challenge to Democracy*, Routledge, Londres, 2003.

AROCHA, José Gustavo, "Venezuela: more than a brutal regime it's an evil revolution that must be stopped", en *Latin America Policy Journal*, consultado en: <http://lapj.hkspublications.org/>

AYUSO, Anna y GRATIUS, Susanne "Sanciones como instrumentos de coerción: ¿cuán similares son las políticas de Estados Unidos y la Unión Europea hacia Venezuela?", en *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, AB Ediciones-IESA-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2021.

AZPURUA, José, "Análisis económico de la sanción de expropiación en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios", en *Anuario de Derecho Público* N° 4, Caracas, 2011.

BADELL MADRID, Rafael, "La Constitución económica", en *Revista del Banco Central de Venezuela número, Volumen XIV, número 1*, Caracas, 2000.

_____, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014

_____, "Inconstitucionalidad del decreto de reconversión monetaria", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 157, Caracas, 2019.

BAHAR, Danny *et al.*, *Impact of the 2017 sanctions on Venezuela. Revisiting the evidence*, Policy Brief, Global Economy and Development at Brookings, mayo de 2019.

BALZA, Ronald *et al.*, "Economía", en *La consolidación de una transición democrática. El desafío venezolano III*, AB Ediciones-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2018.

BALZA, Ronald, "Antes y después de levantar el control de cambios", en Spiritto, Fernando, *La nueva economía venezolana. Propuestas ante el colapso del socialismo rentista*, Editorial Alfa, Caracas, 2017.

BARNES, Richard y TZEVELEKOS, Vassilis, "Beyond responsibility to protect", en *Beyond responsibility to protect*, Intersentia, Cambridge, 2016.

BARRIOS, Douglas y SANTOS, Miguel Ángel, "¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?", en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2019.

BLACKMAN, Allen, *et al.*, *La política pública frente al COVID-19*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020.

BOTTI, Jorge, "Libre empresa", en *Democracia y libre empresa*, FEDECAMARAS, 2020.

BREEDER, H. Christian, *The idea of failed states*, Routledge, Oxon, 2017

BREWER-CARIAS, Allan R., *Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979*, Cámara de Comercio de Valencia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.

_____, *Régimen cambiario, Tomo I*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

_____, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Autónoma de México, México, 2001.

_____, *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

_____, *Dismantling Democracy in Venezuela*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.

_____, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente 1999*. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2013.

_____, "¿Reforma constitucional o mutación constitucional?: la experiencia venezolana", en *Revista de Derecho Público* N° 137, Caracas, 2014.

_____, *Estado totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

_____, *La Constitución de 1999: Estado democrático y social de Derecho*. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

_____, *Cambio político y consolidación del Estado de Derecho 1958-1998*. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

_____, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2016.

_____, *Crónica de una destrucción*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

CANOVA, Antonio *et al.*, *¿Expropiaciones o vías de hecho?*, FUNEDA-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Trotta, Madrid, 2007.

CARBONELL, Miguel y FERRER MCGREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Editorial Flores, México, 2014.

CARMONA, Juan Cristóbal, *Mundo Jurídico de las Criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2019.

CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

CASSESE, Sabino, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021.

CHAVERO, Rafael, *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011.

CHAYES, Sarah, *Thieves of State. Why corruption threatens global security*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2015.

CORRALES, Javier, y PENFOLD, Michael, *Dragon in the Tropics: The Legacy of Hugo Chávez*, Brookings Latin America Initiative Book, Washington, D.C., 2015.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Estado social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CRAWFORD, James R, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

CRUZ FERRER, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

_____, "Fundamentos jurídicos de la regulación económica: el modelo de la unión europea", en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Tomo II, Caracas, 2005.

CURIEL, Claudia, "The Suppression of the Competition Policy Agenda in the Context of an Over-regulated Economy: The Case of Venezuela", en *State-Initiated Restraints of Competition*, ASCOLA Competition Law Series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015.

_____, "Sector privado", en Nikken, Pedro (editor), *Elementos de una transición integral e incluyente en Venezuela: una visión desde lo local*, Institute for Integrated Transition, Caracas, 2020.

DEAN, Geoff, et al., *Organized Crime: Policing Illegal Business Entrepreneurialism*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

DESAN, Christine, "Money as a Legal Institution", en *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

DICK, Howard, "The Shadow Economy: Markets, Crime and the State", en Wilson, Eric, (ed), *Government of the Shadows. Parapolitics and Criminal Sovereignty*, Pluto Press, Nueva York, 2010.

DWIGHT, Waldo, *The administrative state. A study of the political theory of American public administration*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2007.

EASTON, Stephen y KARAIVANOV, Alexander, "Understanding optimal criminal networking", en Bouchard, Martin y Wilkins, Chris (ed.), *Illegal Market and the Economic of Organized Crime*, Routledge, Nueva York, 2010.

EINSIEDEL, Sebastian von, "Policy responses to state failures", *Making states Works*, United Nations University Press, Nueva York, 2005.

ESPINASA, Ramón y SUCRE, Carlos, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, agosto de 2017, consultado en original.

EZROW, Natasha y FRANTZ, Erica, *Failed States and Institutional Decay*, Bloomsbury, Nueva York-Londres, 2013.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho administrativo*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ, Fernando, “La justicia penal en Venezuela bajo el Estado Dual y el derecho penal del enemigo. Análisis de una realidad que afecta los derechos humanos” en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional N° 12*, Caracas, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017.

FINCKENAUER, James, “Organized Crime”, en *The Oxford Handbook of Crime and Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

FIorentINI, Gianluca y PELTZMAN, Sam, “Introduction”, en Fiorentini, Gianluca y Peltzman, Sam (ed), *The economics of organized crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

FRYDMAN, Roman y RAPACZYNSKI, Andrzej, *Privatization in Eastern Europe: is the state withering away?* Central European University Press, Budapest, 1994.

FRYDMAN, Roman, et al., *Capitalism with a comrade's face*, Central European University Press, Budapest, 1998.

FUKUYAMA, Francis, *Political order and political decay*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014.

_____, *State Building*, Cornell University Press, 2014.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, *Prestaciones sociales, función administrativa y derecho de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984.

GARCÍA, Carlos, "La (con)fusión de los conceptos de ocupación temporal y ocupación previa en la expropiación", en *Anuario de Derecho Público* N° 2, Caracas, 2008.

GHANI, Ashraf y LOCKHART, Claire, *Fixing failed states*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

GIBBS, Darrin, "La regulación de la criptomoneda en Venezuela (la súbita creación de la Petro y de la superintendencia de criptomoneda y actividades conexas)", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 12, Caracas, 2017.

GINSBURG, Tom y SIMPSON, Alberto, "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

GIRAL, José Alfredo, *Ley contra los ilícitos cambiarios de 2010 y contratos en moneda extranjera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

GÓMEZ ISA, Felipe, *El Derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

GROS, Daniel y STEINHERR, *Economic transition in Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004.

HAUSMANN, Ricardo y RODRÍGUEZ, Francisco, "Why did Venezuela growth collapse?", en *Venezuela before Chávez. Anatomy of an Economic Collapse*, The Pennsylvania State University Press, University Park, 2014.

HAUSMANN, Ricardo, *et al*, "Growth accelerations", John F. Kennedy School of Government Harvard University, 2005.

HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002.

HELMAN, Gerald B. y RATNER, Steven R., "Saving Failed States", en *Foreign Policy*, N° 89, Invierno de 1992-1993, pp. 3 y ss.

HERNÁNDEZ G. José Ignacio, "Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 10, Caracas, 2000.

_____, "Constitución económica y privatización", *Revista de Derecho Constitucional* N° 12, Caracas, 2001.

_____, "Los principios del actual régimen jurídico del control de cambio en Venezuela", en *Revista Derecho y Sociedad* N° 4, Caracas, 2003.

_____, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004.

_____, "Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre la libertad económica y el Estado social", en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad Económico*, Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2004.

_____, (coordinador), *Ley contra los Ilícitos Cambiarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

_____, "Comentarios a la Ley contra los ilícitos cambiarios", en *Revista de Derecho Público* N° 103, Caracas, 2007, también en *Ley contra los Ilícitos Cambiarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

_____, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

_____, "Planificación y soberanía alimentaria", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008.

_____, *Comentarios a nueva Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios*, FUNEDA, Caracas, 2008.

_____, *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socioeconómico*, FUNEDA, Caracas, 2008.

_____, "Control de cambio y libertad económica", en *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

_____, "Libertad de empresa y Ley de costos y precios justos", en Nikken, Claudia *et al.*, *Ley de costos y precios justos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

_____, *Comentarios a la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*, FUNEDA, Caracas, 2014.

_____, "El asedio a la Asamblea Nacional", en Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2016.

_____, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

_____, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2016.

_____, "El derecho de los consumidores en Venezuela: un ejemplo del rapto del Derecho Mercantil", en *Foro de Derecho Mercantil* N° 56, Bogotá, 2017.

_____, "Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela", en *Revista de Derecho Público* N° 153-154, Caracas, 2018.

_____, "Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience", 2018, en <http://www.iconnect-blog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/>

_____, *Comentarios a la Ley antimonopolio*, FUNEDA-CIDEP, Caracas, 2018.

_____, “Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales”, en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodivm, Salvador, 2019.

_____, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

_____, *Aspectos jurídicos de la crisis de migrantes y refugiados en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

HERNÁNDEZ-DELFINO, Carlos, “La experiencia venezolana con los controles de cambio”, Caracas, 2003.

HIRSCHFELD, Katherine, *Gangster States*, Palgrave Macmillan, London, 2015.

HOLMES, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* N° 10, 1897.

HOWARD, Tiffiany, *Failed States and the Origins of Violence*, Ashgate, Surrey-Burlington, 2014.

_____, *The tragedy of failure*, Praeger, Santa Bárbara, 2010.

ITURBE, Eglé, “La institucionalidad administrativa de la revolución bolivariana y las políticas públicas”, en Diego Bautista Urbaneja (coordinador), *Desarmando el modelo. Las transformaciones del sistema político venezolano desde 1999*, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro-AB Ediciones-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2017.

_____, “Administración Pública Nacional”, en Alarcón, Benigno y Ramírez, Sócrates, *La consolidación de una transición democrática. El desafío venezolano III*, AB Ediciones-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2018.

JIMÉNEZ, Maryhen y ROSALES, Antulio, “Venezuela: Autocratic Consolidation and Splintered Economic Liberalization”, en *Revista de Ciencia Política*, Versión Electrónica, Santiago de Chile, 2021.

JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981.

JENKIS, Rhys, *How China is reshaping the global economy: development impacts in Africa and Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

KARL, Terry Lynn, *The paradox of plenty*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles, 1997.

KEEN, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 1958.

KISSINGER, Henry, *World Order*, Penguin, Nueva York, 2014.

KREIJEN, Gerard, *State failure, sovereignty, and effectiveness: Legal lessons from the decolonization of Sub-Saharan Africa*, M. Nijhoff, Boston, 2004.

LAGOT, Daniel, "Droit international et guerres humanitaires" en *Responsabilité de protéger et guerres «humanitaires». Le cas de la Libye* L'Harmattan, Paris, 2012.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2016.

LIEASE, Andrea y BEISHEIM, Marianne, "Transnational Public-Private Partnerships and the provision of collective goods in developing countries", en Risse, Thomas (ed.), *Governance without a State? Policies and politics in areas of limited statehood*, Columbia University Press, Nueva York, 2011.

LOUZA, Laura, *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011.

LOWE, Vaughan y TZANAKOPOULOS, Antonios, "Humanitarian Intervention", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011.

MAGYAR, Balin, *Post-Communist Mafia State: The Case of Hungary*, Central European University Press, Budapest, 2016.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico, Tomo I*, La Ley, Madrid, 1991.

MAZZUCA, Sebastian L., "The rise of rentier populism", in *Journal of Democracy* 24, N° 2, 2013.

MEIER, Henrique, "La Constitución económica", en *Revista de Derecho Corporativo* N° 1, Caracas, 2001.

MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2012.

MIGDAL, Joel, *Strong societies and weak states*, Princeton University press, Nueva Jersey, 1988.

MÓNACO, Miguel, *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

MONALDI, Francisco y HERNÁNDEZ, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, Center for International Development Working Paper N° 327, noviembre de 2016.

MONALDI, Francisco, *The collapse of the Venezuelan oil Industry and its global consequences*, The Atlantic, 2018.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, "El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista", en *Anuario de Derecho Público* N° 1, Caracas, 2007.

_____, "El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI", en *Revista de Derecho Público* N° 112, Caracas, 2007.

_____, *La banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

_____, "La repercusión en el Derecho Privado de los actos dirigidos a consolidar el orden económico socialista", Caracas, 2015.

MUCI BORJAS, José Antonio, "La suerte de la libertad económica en el Proyecto de Reforma de la Constitución de 2007", en *Revista de Derecho Público* N° 112, Caracas, 2007.

MUCI FACCHÍN, Gustavo, "La contratación en moneda extranjera a la luz de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios", en *Ley contra los ilícitos cambiarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

NAIM, Moisés, *Paper tigers & minotaurs*, The Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 1993.

_____, *Illicit*, Doubleday, Nueva York, 2003.

NEPHEW, Richard, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, Columbia University Press, Nueva York, 2018.

NIKKEN, Claudia, "Sobre el Decreto N° 9.041 mediante el cual se dicta en decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos" en *Revista de Derecho Público* N° 130, Caracas, 2012.

NIKKEN, Pedro, "Mora e inflación", en *Revista de Derecho Público* N° 43, Caracas, 1990.

NORRIS, Pippa e INGLEHART, Ronald, *Cultural Backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

NORTH, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999.

_____, et al., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*, Cambridge University Press, Nueva York 2009.

NÚÑEZ, Ana Cristina, "Los principios económicos de la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional* N° 6, Caracas, 2006.

O'SULLIVAN, Meghan, *Windfall*, Simon & Schuster, New York, 2017

OBUCHI, Richard, et al., "Microeconomic binding constraints on private investment and growth in Venezuela, Growth Lab-Center of International Development at Harvard, 2016.

OLIVEROS, Luis, “Impacto de las sanciones financieras y petroleras sobre la economía venezolana”, WOLA, 2020.

PALMA, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, IESA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “El Estado social y la Administración Prestacional”, en *Revista Vasca de Administración Pública número 57*, Guipúzcoa, 2000.

_____, *Estado y Derecho en procesos de cambios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

PASCUA MATEO, Fabio, *El rapto del Derecho privado*, Civitas. Madrid, 2015.

PEÑA, Ángel, “Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el Derecho Mercantil”, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 3*, Caracas, 2019.

PLANCHART, Pedro, “Control de cambio y obligaciones en moneda extranjera”, en *La Ley contra los Ilícitos Cambiarios*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006.

PRITCHETT, Lant, et al., *Deals and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

PUENTE, José Manuel y RODRÍGUEZ, Jesús Adrián, “Venezuela: radiografía de un colapso macroeconómico (1980-2019)”, en Gratius, Sussane y Puente, José Manuel (coordinadores) *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, AB Ediciones-IESA-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2021.

RACHADELL, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015.

RACHADELL, María Cecilia y SANQUÍRICO, Fernando, “La (hiper)inflación y sus efectos sobre las deudas de dinero. Un enfoque sobre la imprevisión en Venezuela” en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil / Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil N° 1*, Caracas, 2018.

RAFFALLI, Juan, "Aspectos generales y potestades extraordinarias del Estado previstas en el Decreto-Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios", en *Revista de Derecho Regulatorio* N° 1, Caracas 2008.

_____, "Límites constitucionales de la contraloría social popular", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008.

REINHART, Carmen M, y Santos, Miguel Angel, "From Financial Repression to External Distress: The Case of Venezuela", *Emerging Markets Finance & Trade* 52, No. 2, 2016.

RISSE, Thomas, "Governance in Areas of Limited Statehood", *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2015.

ROBINSON, James, "When is a State Predatory?", 2001.

RODENHÄUSER, Tilman, y GIACCA, Gilles. "The international humanitarian law framework for humanitarian relief during armed conflicts and complex emergencies", en Breau, Susan y Samuel, Katja (editores) *Research Handbook on Disasters and International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.

RODNER, James-Otis, "La inflación y el contrato; el uso de cláusulas de valor en el derecho civil venezolano" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 26, Caracas, 1978.

_____, *El dinero. La inflación y las deudas de valor*, Caracas, 1995.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La privatización de la empresa pública*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991.

_____, *Aproximación al Derecho administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

_____, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press-INAP, Madrid, 2015.

ROMERO MUCI, Humberto, “(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social”, en *Revista de Derecho Público* N° 153-154, 2018.

_____, “La mentira contable”: crónica de inco-municación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el Convenio Cambiario N° 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019”, en *Revista de Legisla-ción y Jurisprudencia* N° 13, Caracas, 2020.

ROTBURG, Robert, “Failed States, Collapsed States, Weak States”, en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003.

_____, “When States Fail”, en *When State Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2004.

_____, “Repressive, Aggressive and Rogue Na-tion-States”, en Rotberg, Robert (editor), *Worst of the worst. Dealing with repressive and rogue nations*, World Peace Founda-tion y Brookings Institution Press, Cambridge, 2007.

_____, “Odious and Failed States, Humanitarian Responses”, en Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?* Ohio University Press, Ohio, 2014.

RUIZ, Nuria, *Regulación económica y Estado de Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

SABOÍN, José Luis, *The Venezuelan Enterprise. Current situ-ation, challenges and opportunities*, Banco Interamericano de De-sarrollo, Washington D.C., 2021.

SACHS, Jeffrey y WARNER, Andrew “The Curse of Natu-ral Resources”, en *The economics of resource rich economies*, El-gar Research Collection, Cheltenham-Northampton, 2015.

SÁEZ, Francisco et al., *Estabilización, Crecimiento y Polí-tica Cambiaria en Venezuela*, Caracas, 2018.

SANDULLI, Aldo, *Manuale di Diritto Amministrativo, I*, décimo tercera edición, Joveen Editore, Nápoles, 1982.

SANTOS, Miguel Ángel, "Venezuela: Running on Empty", *LASAFORUM, Volume XLVIII: Issue 1*, 2017.

_____, "La Venezuela del día después (y del día antes)" en Fajardo, Alejandro y Vargas, Alejandra, *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*, Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe (CODS)-International Development Research Centre (IDRC), Bogotá, 2021.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo, I*, Montevideo, Uruguay, 1974.

SCHNEIDER, Friedrich, "Shadow economies and corruption all over the world: what do we really know?", en *The Shadow Economy, Corruption and Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

SEN, Amartya, *Poverty, and famines. An essay on entitlement and deprivation*, Clarendon Press-Oxford University Press, Nueva York, 1982.

SHELLEY, Louise, "Transnational Organized Crime: The New Authoritarianism", en Friman, Richard y Andreas, Peter, *The Illicit Global Economy and State Power*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham, 1999.

SHEZI, Siphon, "State Collapse: The humanitarian challenge to the United Nations", en *Collapsed States. The disintegration and restoration of legitimate authority*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 1995.

SINGER, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*, Yale University Press, New Haven, 2015.

SOSA, Cecilia y CASAL, Jesús (editores), *¿Qué hacer con la justicia?: El caso venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

SOTELO, Ignacio, *El Estado Social: antecedentes, Origen, Desarrollo y Declive*, Trotta, Madrid, 2010.

STEWART, Rory y KNAUS, Gerald, *Can intervention work?* W.W. Norton & Company, Nueva York, 2011.

STIGLITZ, Joseph, *Economics of the public sector*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2000.

SUÁREZ, Jorge Luis, "La Constitución venezolana y el control de cambio", en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

TAYLOR, Andrew, *State Failure*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2013.

THEEN, Rolf H. W., "Law and Civil Society in Postcommunist Transition", en Hancock, M. Donald y Logue, John, *Transition to Capitalism and Democracy in Russia and Central Europe*, Praeger, Westport, 2000.

TILLY, Charles, "War Making and State Making as Organized Crime", en Evans, Peter, et al (ed.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

TROCEL, Andrea, "Libre convertibilidad de la moneda y sistema de mercado cambiario", en *Revista de la Facultad de Derecho N° 72*, Caracas, 2020.

TULLOCK, Gordon, *Public Goods, Redistribution and Rent Seeking*, The Locke Institute-Edward Elgar, Northampton, 2005.

TUSHNET, Mark "Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues", en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

VALAGUZZA, Sara y PARISI, Eduardo, *Public Private Partnerships: Governing Common Interests*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2020.

VAN WIJNBERGEN, Sweder, "The Dutch Disease: A Disease after all?", en *The economics of resource rich economies*, Elgar Research Collection, Cheltenham-Northampton, 2015.

VÄYRYNEN, Raimo, “Complex Humanitarian Emergencies: Concepts and Issues”, en *War, Hunger, and Displacement: Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

_____, *Max Weber's Complete Writings on Academic and Political Vocations*, Algora Publishing, 2013.

WEIMER, David y VINING, Aidan, *Policy analysis. Concepts and practice*, Routledge, Nueva York, 2017.

WOODWARD, Susan, *The Ideology of failed States*, Cambridge University Press, Nueva York, 2017.

YUEN, Ang, *How China escaped the poverty trap*, Cornell University Press, Nueva York, 2016.

ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Primer Volumen, octava edición, Giuffré, Milano, 1958.

