

**LAS FORMAS DEL DERECHO COMO LÍMITE
AL PODER. PALABRAS DE PRESENTACIÓN
DE LA OBRA SOBRE FALACIAS, JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y DERECHO TRIBUTARIO.
DEL GOBIERNO DE LAS LEYES
AL GOBIERNO DE LOS HOMBRES: MÁS ALLÁ
DE «LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO».
PROF. SERVILIANO ABACHE CARVAJAL.**

Caracas, 18 de octubre de 2016.

Los *ejes temáticos* a los cuales me aboqué en el libro que hoy se presenta, guardan íntima relación con un artículo que recientemente leí del conocido iusfilósofo español Juan Antonio GARCÍA AMADO, intitulado **¿Qué es saber Derecho y ser buen jurista?** En éste, su autor explica que la respuesta a la pregunta que se plantea pasa por tres aspectos, cuales son: (i) *entender y manejar* el lenguaje jurídico, (ii) saber *encontrar* las normas jurídicas aplicables al caso que nos ocupe, y (iii) saber *interpretar* dichas normas, así como poder justificar adecuadamente, esto es, *argumentar* de manera correcta, la opción interpretativa por la cual nos decantamos dentro de los distintos sentidos o significados posibles que encierre el enunciado jurídico en cuestión.

Como lo explica el catedrático español, para los dos primeros aspectos indicados es necesario tener un buen manejo de la dogmática jurídica y de la teoría general del Derecho, mientras que para el tercero señalado, que goza de especial interés para nosotros el día de hoy a propósito del libro que nos reúne, se requiere, entre otras cosas, lectura y análisis crítico de sentencias.

En sintonía con GARCÍA AMADO, pero analizando el estudio del *fenómeno jurídico* desde la acera de en frente, no deja de tener razón ROMERO-MUCI al explicar -en su extraordinario prólogo de la obra- que estamos ante una « [o]portunidad estelar para aprender críticamente, por contraste, lo que **no es derecho**, las **perplejidades del anti-derecho** o simplemente las **patologías del revés**, y a la vez, **afianzar el conocimiento y las prácticas que promueven la razonabilidad del derecho**».

Pues bien, la obra que nos ocupa versa sobre el –por todos conocido- polémico caso del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, objeto de la sentencia N° 301, dictada el 27 de febrero de 2007, sus respectivas aclaratorias, la doctrina de la Administración Tributaria y,

finalmente, la «reforma ejecutiva» de esa ley dictada el 18 de noviembre de 2014, en la cual, una vez más, se «modificó» la norma en cuestión.

La finalidad del libro, como podrá apreciarse, no fue otra que intentar darle virtualidad al tercer elemento al que hace alusión GARCÍA AMADO, y presentar un estudio analítico del Derecho por medio del Anti-Derecho que explica ROMERO-MUCI, a partir de un ejercicio de *interpretación jurídica*, por un lado, y de *argumentación jurídica*, por el otro, del contenido discursivo de la sentencia y de los materiales jurídicos que se emplean en la misma, las piezas del Derecho objeto de análisis en el fallo y los desenlaces arribados en éste.

El enfoque asumido, desde las teorías de la argumentación y de la interpretación jurídica, se deja ver desde el título mismo de la obra: *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de «la pesadilla y el noble sueño»*, con el cual se delimitan las ramas del saber jurídico y el campo de estudio abordados.

En primer lugar, tenemos el tema de las *falacias*. Éstas se refieren, como es sabido, a argumentos que gozan de apariencias de corrección, que *parecen* buenos, pero que realmente *no lo son*. Estos *argumentos fallidos* pueden adolecer de un error *formal* (en la inferencia argumentativa), de un error *material* (en la selección de las premisas del argumento), o de un error *pragmático* (en el lenguaje o en las reglas del discurso) que, al fin y a la postre, los tacha de invalidez.

El capítulo introductorio de la obra versa sobre el *mundo de las falacias*, su concepto, concepciones y clasificaciones, con la finalidad de sentar las bases mínimas necesarias que deberán tenerse presente al adentrarse en el segundo capítulo del libro: el caso de la sentencia N° 301/2007, la cual, como es palpable de inicio a fin en su contenido justificativo interno y externo, está plagada de falacias y *manipulaciones discursivas*. Tan es así, que el fallo en cuestión pudiera ser referido como el caso paradigmático de ¡mala argumentación!, de ¡cómo no debe justificarse un fallo!

Quizás lo más reprochable de la sentencia N° 301 –a efectos de los pseudo-razonamientos utilizados- sea la *falacia de la desviación del asunto de fondo* que constituye –además del punto de inflexión del caso-, un *artilugio para la dominación* con fundamento en el prestigio

del principio de capacidad contributiva, como bien lo explica ROMERO-MUCI, mediante el cual la Sala Constitucional, en lugar de mantenerse en el tema objeto de discusión (nulidad de los enunciados jurídicos que regulaban el impuesto al dividendo), se adentró en un aspecto que no había sido cuestionado, recurrido o, siquiera, comentado por los recurrentes, para con ello entrar –de oficio y falazmente- a conocer lo que se convertiría en el eje (paradójicamente no debatido) del asunto: *la imposición de la renta salarial*.

La denunciada situación de actuación de oficio de la Sala Constitucional sobre un tema no cuestionado, dio lugar al segundo aspecto del libro –y, con ello, de su título-: la denominada «justicia constitucional». La tarea asumida consistió –principalmente- en desentrañar el contenido de las *normas constitutivas* establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a fin de analizar la actuación desplegada por la Sala Constitucional desde las fuentes (formales-vinculantes) de nuestro ordenamiento jurídico, para precisar si dicha Sala podía o no hacer lo que, en definitiva, terminó haciendo, esto es: (i) *revisar* de oficio una norma *no* impugnada o recurrida; y (ii) *modificar* el contenido normativo de un enunciado *legal*.

La ausencia de tales facultades o poderes por parte de la Sala Constitucional, como lo denunciamos en el trabajo, pone en clara perspectiva la situación del Derecho venezolano, en lo general, y de nuestro Derecho tributario, en lo particular: hemos pasado, sin más, *del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres*; no es el Estado de Derecho el que nos gobierna, sino una «aristocracia judicial», «neolingüística», «activista» y «justiciera», que conforme a «su moral», ajusta el ordenamiento jurídico en apego a *sus intereses* y, con ello, peligrosamente delimita –por no decir que quebranta- nuestras vidas y libertad. En fin, se concretó la *patología del revés*, que denuncia ROMERO-MUCI.

Y fue precisamente esa *actitud justiciera y activista* lo que llevó a la Sala Constitucional a pretender «interpretar» (de oficio) el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, «olvidando» que la *interpretación jurídica* –en sus distintos enfoques- no habilita la *modificación* del enunciado objeto de la actividad interpretativa. En efecto, y como enseña GUASTINI, la interpretación jurídica consiste, desde sus distintas concepciones, en bien: (i) *descubrir* el sentido verdadero y único del

enunciado, desentrañando la opción correcta dentro de las presentes en la norma bajo examen, de acuerdo con la tesis formalista (referida como el «noble sueño» por H. L. A. HART); (ii) *adjudicarle* sentido a la norma, que consiste en decidir si los hechos en cuestión encuadran o no en la misma, esto es, decidir un significado dentro de los múltiples posibles, para la tesis realista (bautizada «la pesadilla» por HART); y (iii) *descubrir* el sentido de la norma en los «casos fáciles» y *adjudicarle* sentido a la norma en los «casos difíciles», según la tesis intermedia.

Como luce evidente, ninguna de las dimensiones de la interpretación jurídica permite considerar bajo el rótulo de «interpretación», la posibilidad de *modificar* el tenor literal de la norma, de cambiar la letra que democráticamente escribió el propio legislador (o el constituyente, claro está), sino de *seleccionar* el sentido de la norma que es constitucional (conforme a la Constitución), por cuanto y como lo ha explicado con rigor FRANCISCO DELGADO “[n]o hay duda que aquello que finalmente se llega a establecer como el sentido de la norma tiene que ser compatible con el lenguaje del texto analizado; de otro modo, ya no se estaría interpretando sino modificando, corrigiendo, o simplemente sustituyendo el derecho vigente”, como (inconstitucionalmente) lo hizo en este caso la Sala Constitucional, produciéndose una manifiesta usurpación del órgano jurisdiccional en los *poderes de modificación* del contenido del Derecho de la autoridad legislativa, violando, así, el principio de separación de poderes, la reserva legal tributaria y, con ello, nuestra libertad.

Y como si todo lo anterior no fuera suficiente, la supuesta «interpretación» realizada por la Sala Constitucional del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, carece –al contrario de lo sentado en el mismo fallo– de *carácter vinculante*. En efecto, conforme al artículo 335 de la Constitución: «[L]as interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República».

Pues bien, de acuerdo con el enunciado normativo citado, tienen carácter vinculante las sentencias (i) de la Sala Constitucional que (ii) interpreten (iii) normas (reglas) y principios constitucionales; *condiciones necesarias* éstas que deben estar presentes de manera *concurrente* para otorgar el carácter vinculatorio al fallo de que se trate, lo

que a su vez permite afirmar, por argumento *a contrario*, que si alguna sentencia (i) no emana de la Sala Constitucional, o (ii) no concreta o materializa actividad interpretativa alguna (y, por el contrario, lo que hace [o pretende hacer] es *modificar* una norma, v. g. el caso en cuestión), o (iii) de haber tenido lugar actividad interpretativa, ésta no versa sobre normas (reglas) o principios establecidos en la Constitución (nuevamente, el caso analizado), entonces dicha sentencia no tendrá (no puede tener) carácter vinculante al amparo del artículo 335 de la *norma normarum*.

Para mayor precisión de lo señalado, es necesario tener presente que la interpretación de las *normas constitutivas* debe ser –siempre y forzosamente- *restrictiva*, porque está en juego nada más y nada menos que la libertad individual, la cual no puede bajo concepto alguno ponerse en riesgo por interpretaciones *extensivas* mediante las cuales se pretendan ampliar, allende del Derecho positivo, las facultades de los órganos de los poderes públicos y, en este específico caso, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuyos poderes, ya de por sí bastante amplios, «auto-atribuidos» y extralimitados, son tales como para reconocerles otros que, lisamente, *no tienen*.

Lo expuesto se traduce en que, todo este caso se presenta como un manifiesto atentado contra la Constitución y el propio Estado de Derecho, debiéndose recordar que una cosa es *tener* Constitución (concepción formal: texto escrito) y otra –muy distinta- es *vivir* (real y no semánticamente) en Constitución (concepción material: separación de poderes y garantía de los derechos individuales, en tanto límites efectivos al poder), como lo ha precisado con rigor el iusfilósofo Josep AGUILÓ REGLA.

Por su parte, la sentencia N° 301 se tradujo, en el ámbito laboral y como atinadamente lo ha denunciado PALACIOS MÁRQUEZ en la excelente reseña que hiciera del libro, en una indeseable manifestación de «[i]nseguridad jurídica e incertidumbre que ocasiona en el trabajador al momento de proceder a efectuar la estimación que la empresa realiza de la retención del impuesto y al determinar, liquidar y pagar la cuota impositiva del ejercicio anual correspondiente», esto sin entrar en las mismas consideraciones del lado del patrono, quien es, por cierto, susceptible de sanciones.

En lo fiscal, el fallo ha conducido a una evidente deformación del espectro de incidencia en la valoración de lo imponible en las rentas salariales, al dejar de lado las *remuneraciones accidentales* que son, en efecto, incuestionables potencialidades de renta o incrementos patrimoniales. Quizás valdría la pena cavilar en otra oportunidad –a contracorriente de lo decidido en el fallo-, en un enfoque de la tributación salarial que no se proyectase plenamente sobre los conceptos *regulares, permanentes y conmutativos*, en tanto difícilmente representan un verdadero índice de capacidad contributiva de los trabajadores –por lo menos en la mayoría de los casos-, dado sus montos extremadamente bajos en la realidad laboral venezolana, sino más bien considerar la viabilidad técnica de que (sólo) se gravasen las manifestaciones *irregulares, accidentales y no conmutativas*, que pudieran tener la virtualidad de representar un índice más razonable –o real- de capacidad contributiva, al generar una efectiva expresión de *incremento patrimonial*. En cualquier caso, y al margen de esta incipiente reflexión en voz alta, no paso por alto que las remuneraciones salariales (sean *regulares* o *accidentales*) califican, en puridad técnica y conceptual, como renta, en tanto representen incrementos patrimoniales anuales, netos y disponibles.

Lo señalado cobra aún más sentido, si se repara en las *perversiones* que aqueja el abuso de la Unidad Tributaria en el caso específico de cuantificación de la tributación de las rentas bajo relación de dependencia, a los efectos de lidiar con las distorsiones inflacionarias en el poder adquisitivo de la remuneración salarial. Como bien enseña ROMERO-MUCI, en su –recién publicado- trabajo, intitulado *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*, lo cierto es que «[s]i la Sala Constitucional quería atender seriamente el tratamiento de la capacidad contributiva de las personas naturales tanto en el ISR, como en otras formas impositivas que gravan el salario de los trabajadores, la falta de un “**mínimo vital**” y más concretamente de un “**mínimo imponible**” de protección en el ISR, debió más apropiadamente referirse a las formas de neutralización de la inflación sobre el poder adquisitivo del salario, la subestimación y el retraso en la aplicación del ajuste de la UT sobre los tramos de la tarifa correspondiente a las personas naturales (...)», entre otros aspectos.

Para ir concluyendo, hay que tener presente que recientemente la misma Sala Constitucional ha dictado dos nuevas sentencias sobre este asunto, bajo el N° 499 de 30 de junio y N° 673 de 2 de agosto, las cuales, ratificando el contenido del fallo N° 301, continúan desmeritando el ideal político del Estado de Derecho, superponiéndose –una vez más– los «señores de la toga» a la libertad individual, lo que quizás obedezca, como lo explica PALACIOS MÁRQUEZ, a que contamos «[c]on una *jurisdicción constitucional complaciente con la visión funcionalista de la gestión tributaria encasillada no en recaudar para construir, sino para demoler, no para evitar la interrupción protectora de una legislación que tergiversa los principios y valores fundamentales del sistema tributario que definió la Constitución de 1999 en procura de un extractor incontrolado de recursos para el financiamiento del gasto público, que por la irracionalidad en su establecimiento a espaldas de los principios ordenadores, se convierte en exacción*».

Antes de terminar, debo agradecer –como siempre y en primer lugar– a mi familia y amigos, que representan lo mejor de mí; al Dr. Humberto ROMERO-MUCI, por su excepcional prólogo para este libro y por las tantas discusiones que hemos sostenido sobre este tema y tantos otros de hondo calado intelectual; al Dr. Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ, excelente jurista y mejor amigo, por su categórica e inmerecida reseña de la obra, así como por su siempre presente –así como desinteresado– apoyo en todos mis proyectos; y a esta honorable Academia de Ciencias Políticas y Sociales, presidida por mi apreciado y admirado Prof. Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN, por el honor que me concede el día de hoy al permitirme presentar este trabajo en su seno.

Para concluir, quiero rescatar –con este caso– la innegable importancia que tienen las *formalidades* –correctamente entendidas– en la concepción y validez del *fenómeno jurídico*, a propósito de su abierta desatención en el producto normativo que se concretó con esta «sentencia» (y tantas otras), para lo cual debemos echar mano a las sabias palabras de Rudolph VON IHERING, quien llegó a referirse a la *forma* –o al formalismo– del Derecho, como: *enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad*.

Muchas gracias.