

Derecho y Sociedad

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

No. 17 - 2021



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

Derecho
y Sociedad
17

Abril 2021

Derecho y Sociedad

Los actos privativos del Parlamento

José Guillermo Andueza
José G. Salvuchi Salgado

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

Amado José Carrillo Gómez

La importancia del Derecho Civil hoy

María Candelaria Domínguez Guillén

Relaciones laborales: ruptura o transformación

Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño

Reflexiones sobre la incursión del laudo arbitral en la jurisdicción ordinaria

Adolfo Hobaica

Algunas notas sobre el régimen jurídico del vino en Venezuela

Claudia Madrid Martínez

Prácticas del ambush marketing en relación con los límites de la tutela de los derechos de propiedad intelectual referente a las marcas comerciales en Venezuela

Adrián Andrés Maldonado León

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

Juan Andrés Miralles Quintero

Constitución y principios penales: los límites al legislador en la creación de los hechos punibles y las penas

Jorge Enrique Núñez

Tratamiento de las pruebas digitales en un escenario into-post pandémico

Ana Gabriela Ojeda Caracas

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

Andrea Carolina Olivares Hernandez

La Constitución de Emergencia y el COVID-19 en Venezuela

Angello J. Peña B.

La potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República

Nélida Peña Colmenares

Principio de eventualidad, determinación y delimitación de la controversia en la oralidad procesal

Rodrigo Quintero Bencomo

Laudo arbitral y orden público

Pedro Rengel Nuñez

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

Manuel Alejandro Romero Zapata

Un análisis de la teoría de las nulidades con la vía de hecho

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Derecho Internacional, libre circulación e identidad venezolana

María Gabriela Sarmiento

El tráfico ilícito de bienes culturales en sistema legal venezolano

Erna Sellhorn Nett

Medicamentos y complementos alimenticios: estudio de Derecho Comparado de los criterios de distinción entre España y Venezuela

Alfredo Ignacio Silva Loynaz

La transformación de los procedimientos administrativos tradicionales como consecuencia del riesgo tecnológico

Alejandro Silva Ortiz

Aspectos prácticos del arbitraje internacional: financiamiento por terceros

Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes

La memoria jurídica de atrocidades: condición del hecho histórico y cultural

Fernando M. Fernández

Yihad y guerra justa: análisis comparativo

Julio Armando Morón Pulido

Testimonio. En homenaje al amigo y maestro Duque Corredor

Ramón Guillermo Aveledo

A cien años de la Ley de Hidrocarburos y demás minerales combustibles de 1920 y el futuro de las energías renovables

Eugenio Hernández-Bretón

Derecho Energético: Bases para su enseñanza universitaria

Román J. Duque Corredor

Colaboran en este número

José Guillermo Andueza

Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad José María Vargas. Exdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, exsecretario de la Comisión Bicameral del Congreso de la República para la Reforma Constitucional del año 1961 y ex Procurador General de la República.

Ramón Guillermo Avelado

Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Abogado por la Universidad Central de Venezuela, PhD en Ciencias Políticas de Madison University. Programa Avanzado de Gerencia Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Diplomas en Inglés y Literatura Inglesa (City of London College) y Técnica Legislativa (Public Law Center de las Universidades Tulane y Loyola). Profesor Titular de la Universidad Metropolitana, donde coordinó por diez años la Especialización en Gerencia Pública, y obtuvo el Premio a la Investigación en el área de Ciencias Humanísticas, Educativas y Filosofía, 2004-2005. Profesor en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello.

Amado José Carrillo Gómez

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo. Doctorante en Derecho de la Universidad Católica “Andrés Bello” (UCAB). Profesor de pregrado de la Universidad Centrocidental “Lisandro Alvarado” (UCLA).

María Candelaria Domínguez Guillén

Universidad Central de Venezuela, Abogada; Especialista en Derecho Procesal; Doctora en Ciencias, Mención «Derecho»; Profesora Titular por concurso de oposición; Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado.

Román J. Duque Corredor

Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela. Profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monteávila, de Caracas.

Fernando M. Fernández

Profesor Invitado del IESA, UCV y UMA. Director del Monitor de Derechos Humanos y del Observador de Crímenes contra la Paz.

Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño

Universidad Católica Andrés Bello, Abogado (2000). Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho del Trabajo II (2009-2014). Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho del Trabajo I (2014-2016). Miembro de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro de la Sección Latinoamericana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Capítulo Venezuela).

Eugenio Hernández-Bretón

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela, en la Universidad Monteávila y en la Universidad Católica Andrés Bello. También ha sido profesor de la misma materia en el Instituto de Altos Estudios Diplomáticos “Pedro Gual” del Ministerio de Relaciones Exteriores; Doktor iuris utriusque (summa cum laude) de la Universidad de Heidelberg (Alemania); Master en Derecho (magna cum laude) de la Universidad de Tübingen (Alemania) y de la Columbia University (New York); Diplomado en Derecho Comparado de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (Estrasburgo, Francia); Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (summa cum laude). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional. Autor de más de noventa publicaciones en materia de Derecho Constitucional, Administrativo, Arbitraje, Civil, Mercantil, Internacional Privado, Procesal Civil Internacional.

Adolfo Hobaica

Abogado en ejercicio. Universidad Santa María Caracas - Venezuela (1976). Diploma Superior de la Université de Droit, d’Economie et Sciences Sociales de Paris «Finances Publiques et Droit Fiscal» (1980). Socio fundador del Escritorio Lafée Hobaica (1985). Especializado en Derecho Procesal Civil y Mercantil, Derecho de Familia y Sucesiones, Arbitraje y Mediación. Integrante de la lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC), del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Caracas (CEDCA) y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA). Integrante del Comité Directivo del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje (CEA). Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) y de la Latin American International Arbitration (LIA).

Claudia Madrid Martínez

Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014). Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA). Parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI) de la UNAULA.

Adrián Andrés Maldonado León

Abogado egresado de la Universidad Dr. Rafael Bellosó Chacín. M.Sc. en Derecho Mercantil egresado de la Universidad Dr. Rafael Bellosó Chacín.

Juan Andrés Miralles Quintero

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

Julio Armando Morón Pulido

Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Maestrante en Relaciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Jorge Enrique Núñez

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad de Barcelona y en la Universidad Pompeu Fabra (España). Profesor de Derecho Penal en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido profesor de las asignaturas Derecho Penal Constitucional y Jurisprudencia Penal en la Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas y Guayana).

Ana Gabriela Ojeda Caracas

Universidad Gran Mariscal de Ayacucho (Ugma) Abogada Cum Laude. Especialista en Derecho Procesal Civil Ugma. Especialista en Derecho del Trabajo Ugma. Blogger en www.derechovenezolano.wordpress.com www.adeinitivas.com. Miembro de la Comisión de Derecho Civil de la Sociedad Peruana de Derecho.

Andrea Carolina Olivares Hernandez

Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela. Candidata a *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela.

Angello J. Peña B.

Abogado *Summa Cum Laude* por la Universidad de Los Andes. Investigador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl de la Universidad de Los Andes.

Nélida Peña Colmenares

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela. Especialista de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid). Diploma de Estudios Avanzados de Derecho Administrativo (DEA), de la Universidad Complutense de Madrid. Doctora en Ciencias, mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Rodrigo Quintero Bencomo

Estudiante del último trimestre de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta. Promotor del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, Fundador y Presidente de LEX, Estudio de Ciencias Jurídicas. Autor en la Revista Cuestiones Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta.

Pedro Rengel Nuñez

Abogado Universidad Católica Andrés Bello, 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, profesor de pre y postgrado Universidad Monteávila.

Manuel Alejandro Romero Zapata

Abogado cum laude egresado de la UJAP en 2020.

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes. Mención *Cum Laude*. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo I (ULA). Especialista en Derecho Tributario (ENAHP). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor de la Especialización de Derecho Administrativo Y Tributario (ULA). Aspirante a Doctor (LUZ). Estudiante del Derecho Público. Director-Fundador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).

José G. Salvuchi Salgado

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con postgrado en Derecho Administrativo y actual doctorando en Derecho de dicha Universidad. Postgrado en Derecho Comparado (mención Energía y Ambiente) de la Universidad de Londres. Profesor de pre y postgrado en las Universidades

Católica Andrés Bello, Central de Venezuela, Metropolitana y José María Vargas.

María Gabriela Sarmiento

Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996. Master en Droit des affaires internationales de la Université de Bourgogne, Dijon, 1998; Curso de post-grado en International Trade Law del Instituto Universitario di Studi Europei, Turín, 2003. Cursó estudios de doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Periodo académico: 2018-2021. Ha sido profesora universitaria de arbitraje comercial en Caracas. Ha participado en foros, conferencias, grupos de trabajo en Europa y Latinoamérica. Es autora de numerosos artículos publicados en revistas electrónicas e impresas especializadas venezolanas y extranjeras, también con proceso de arbitraje doble ciego, sobre aspectos legales del comercio electrónico y arbitraje internacional de inversiones.

Erna Sellhorn Nett

Abogado, egresada de la Universidad Central de Venezuela, 1998. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela, 2008. Postgrado sobre Art Crime & Cultural Heritage Protection, Association for Research into Crimes against Art, 2019

Alfredo Ignacio Silva Loynaz

Abogado egresado de la Universidad Monteávila en el año 2015, mención honorífica *Summa Cum Laude*. En el año 2019 aprobó el Máster en Derecho de la Salud, el cual cursó en Centro de Estudios Superiores de la Industria Farmacéutica (CESIF), ubicado en Madrid, España. Además, es profesor titular de la cátedra Fundamentos de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas (FCEA) de la Universidad Monteávila.

Alejandro Silva Ortiz

Abogado, mención *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello. *Visiting Scholar Researcher* en materia de regulación de medicamentos, Fordham University, Nueva York. Doctor en Derecho, mención sobresaliente *cum laude* por unanimidad, Universidad de Navarra. Miembro del Consejo Asesor de *Derecho y Sociedad*.

Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes

Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello con la mención *summa cum laude*. Posteriormente, obtuvo un Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York.

Derecho y Sociedad

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

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
derechoysociedad@uma.edu.ve

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

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

Eugenio Hernández-Bretón
Decano

Geraldine Cardozo
Directora de la Escuela de Derecho

CONSEJO EDITORIAL DE DERECHO Y SOCIEDAD

Carlos García Soto
Director

Fernando Sanquírigo Pittevil
Subdirector

Daniela Urdaneta
Coordinadora del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio
Asistente del Consejo Editorial

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

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

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

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY
ISSN: 1317-2778

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional
Universidad Monteávila

ÍNDICE

Derecho y Sociedad	iv
Colaboran en este número.....	vii
Nota Editorial.....	1
Derecho.....	2
Los actos privativos del Parlamento	3
<i>José Guillermo Andueza y José G. Salvuchi Salgado</i>	
I. Introducción	3
II. La autonomía parlamentaria	6
A. Preliminar.....	6
B. Autonomía Funcional Parlamentaria en Venezuela.....	6
C. Autonomía Funcional Parlamentaria Comparada.....	15
III. Análisis breve de la sentencia N° 260 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de diciembre de 2015	24
IV. Conclusiones.....	26
La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido	29
<i>Amado José Carrillo Gómez</i>	
I. Introducción	29
II. La intervención de partidos políticos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como mecanismo de control político	31
A. Aproximaciones al amparo constitucional en Venezuela	31
B. El uso de medidas cautelares en el proceso de amparo constitucional para la suspensión de Juntas directivas de partidos políticos.....	33
III. La intervención de partidos políticos en el marco de un Estado fallido	36
A. Aproximaciones sobre los Estados fallidos	36
B. La intervención de partidos políticos como expresión de un Estado fallido	44
IV. Conclusiones.....	46
La importancia del Derecho Civil hoy.....	49
<i>María Candelaria Domínguez Guillén</i>	

Relaciones laborales: ruptura o transformación.....	57
<i>Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño</i>	

I.	Consideraciones Preliminares.....	58
II.	Derecho Individual.....	59
A.	Principio de Norma Más Favorable.....	59
B.	Modalidades del Contrato de Trabajo.....	60
C.	Trabajadores Extranjeros.....	61
D.	Teletrabajo.....	62
E.	Suspensión por Fuerza Mayor o Caso Fortuito.....	64
F.	Terminación de la Relación.....	64
G.	Solidaridad Laboral.....	66
H.	Tercerización.....	67
I.	Salario.....	67
J.	Jornada de Trabajo.....	69
K.	Personas con Discapacidad.....	70
L.	Protección de la Familia.....	71
M.	Invenções y Mejoras.....	71
III.	Derecho Colectivo.....	71
A.	Organizaciones Sindicales.....	71
B.	Negociación Colectiva.....	73
C.	Conflicto Colectivo.....	75
D.	Instancia de Protección.....	77
IV.	Resolución de Conflictos.....	79
V.	Sanciones y Procedimiento.....	80
VI.	Conclusiones.....	81

Reflexiones sobre la incursión del laudo arbitral en la jurisdicción ordinaria.....	81
<i>Adolfo Hobaica</i>	

I.	Introducción.....	83
II.	Ingreso obligatorio del laudo arbitral a la jurisdicción ordinaria.....	85
III.	Escenarios en la jurisdicción ordinaria con el ingreso inevitable del laudo arbitral.....	88
IV.	Solicitud de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en la jurisdicción ordinaria.....	91
V.	Conclusiones.....	94

Algunas notas sobre el régimen jurídico del vino en Venezuela.....	97
<i>Claudia Madrid Martínez</i>	

I.	Introducción.....	97
----	-------------------	----

II.	El vino en Venezuela	99
III.	Las primeras regulaciones fueron de naturaleza arancelaria y fiscal.....	102
IV.	El vino en el mundo del Derecho marcario	105
V.	Protección al consumidor de vinos	111
VI.	Una breve conclusión.....	116
Prácticas del <i>ambush marketing</i> en relación con los límites de la tutela de los derechos de propiedad intelectual referente a las marcas comerciales en Venezuela.....		117
<i>Adrián Andrés Maldonado León</i>		
I.	Introducción	117
II.	Ambush marketing. Conceptualización y origen.....	118
A.	Consideraciones en relación con el Marketing	128
B.	Conceptualización y origen del Ambush Marketing	119
III.	Propiedad intelectual. Régimen de protección de derechos intelectuales y consideraciones sobre el derecho marcario	121
A.	Régimen de Protección de la Propiedad Intelectual. Definición	121
B.	Derecho Marcario. Definición y ámbito de aplicación. Reseña sobre la legislación de la competencia desleal	123
IV.	Conclusiones y recomendaciones	126
Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores		129
<i>Juan Andrés Miralles Quintero</i>		
I.	Introducción	130
II.	Consideraciones generales sobre el Derecho Administrativo Sancionador	131
A.	Breves apuntes sobre la potestad sancionatoria de la Administración y aproximación general al concepto de “sanción administrativa”.....	131
B.	Principios que regulan el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria	133
III.	El procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Decreto-Ley del Mercado de Valores.....	144
A.	Procedimiento ordinario	147
B.	Procedimiento especial	148
C.	Recursos administrativos	149

D.	Posibilidad de dictar medidas preventivas	150
IV.	El régimen de las sanciones administrativas previsto en el Decreto-Ley del Mercado de Valores.	153
A.	La multa.	153
B.	Cancelación de la autorización	158
C.	Prescripción para el ejercicio de las acciones para perseguir las infracciones administrativas	160
D.	Determinación de las sanciones administrativas.....	160
E.	Otras medidas administrativas	162
V.	Breve alusión a las sanciones penales previstas en el Decreto-Ley del Mercado de Valores	171
VI.	Conclusión	174
Constitución y principios penales: los límites al legislador en la creación de los hechos punibles y las penas		
<i>Jorge Enrique Núñez</i>		
I.	Introducción	175
II.	Estado constitucional, ley penal y jurisdicción constitucional	176
III.	Concepto y función de los principios penales.....	179
IV.	Principio de Legalidad	184
A.	Reserva legal	185
B.	Irretroactividad.....	193
C.	Taxatividad.....	195
V.	Principio de Culpabilidad.....	199
A.	Intrascendencia de la pena	199
B.	Responsabilidad por el hecho.	200
C.	Exigencia de dolo o culpa	202
D.	Imputación personal	204
VI.	Principio de lesividad.....	205
VII.	Principio de humanidad	209
VIII.	Principio de proporcionalidad.....	212
A.	Adecuación.....	217
B.	Necesidad	217
C.	Proporcionalidad en sentido estricto	219
IX.	El principio ne bis in idem	223
A.	Imposición acumulativa de sanciones administrativas y penales.....	224
B.	La reincidencia.....	225

X.	Principio de igualdad	225
XI.	La prohibición de la pena de extrañamiento del territorio de la República	227
XII.	Conclusiones	228
Tratamiento de las pruebas digitales en un escenario into-post pandémico		231
<i>Ana Gabriela Ojeda Caracas</i>		
I.	Introducción	231
II.	La prueba digital como elemento de hecho disruptivo en la nueva forma de probar	233
III.	Principio de equivalencia de las pruebas digitales y la Convención Interamericana de Comercio Electrónico	236
IV.	Inexistencia de las pruebas digitales en la legislación venezolana: Zona gris	237
V.	Eficacia y valor probatorio de las pruebas digitales	243
VI.	Alternativas para preservar evidencias digitales en tiempos de COVID-19	246
A.	Preconstituir la prueba en Notarias (Saren)	247
B.	Exportar Chats (Caso Whatsapp).....	251
VII.	Conclusiones	253
Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del <i>ius cogens</i> ?		257
<i>Andrea Carolina Olivares Hernandez</i>		
I.	Introducción	257
II.	Consideraciones previas sobre la relación entre las normas del <i>ius cogens</i> y la inmunidad estatal.....	258
A.	Alcance de la Inmunidad de jurisdicción de los Estados actualmente	264
III.	Casos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	268
A.	Caso Al Adsani vs. Reino Unido	269
B.	Caso McElhinney vs. Irlanda.....	274
C.	Caso Kalogeropoulou y otros vs. Grecia y Alemania.....	276
IV.	Sentencia de la Corte Internacional de Justicia “Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia-Grecia interviniente).....	277
A.	Contexto histórico que dio origen al caso.....	278
B.	Alegatos de las partes	279

C.	Razonamiento de la Corte y motivación del fallo.....	282
D.	Conclusiones del fallo.....	285
V.	Conclusiones.....	287
La Constitución de Emergencia y el COVID-19 en Venezuela.....		289
<i>Angello J. Peña B.</i>		
I.	Introducción.....	289
II.	La Constitución de Emergencia.....	290
A.	Sobre el significado de “Estado de Excepción”.....	291
B.	Tipos de Estados de Excepción.....	292
C.	El control del Poder de Excepción.....	293
III.	Finalidad de la Constitución de Emergencia.....	399
IV.	El Control del Poder de Excepción: ¿Estado de Alarma bajo la Constitución de Emergencia?.....	300
A.	La necesidad de un Estado de Alarma.....	300
B.	Problemas del Estado de Alarma.....	301
V.	La continuación de una grave crisis institucional.....	304
A.	Asamblea Nacional Constituyente.....	305
B.	Estado de Emergencia Económica.....	306
C.	Desnaturalización de la Justicia Constitucional.....	307
VI.	Conclusiones.....	308
La potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República.....		311
<i>Nélida Peña Colmenares</i>		
I.	Introducción.....	313
II.	Antecedente normativo de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal por el Contralor General de la República, y su recepción en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.....	314
A.	La previsión contenida en el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre de 1999.....	314
B.	La previsión contenida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.....	315

III.	La discutible constitucionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República prevista en el artículo 34 de la LOCGR.....	316
A.	Los numerales 3 y 6, del artículo 289, constitucional, invocados por el titular de la Contraloría General de la República, como fundamento de la intervención de los órganos de control fiscal	316
B.	La eventual intervención de las Contralorías Estadales y Municipales, como parte de la actuación de la Contraloría General de la República en los Estados y Municipios.....	318
C.	La hipotética invocación del artículo 290 de la Constitución que crea el Sistema Nacional de Control Fiscal, como fundamento de la potestad de intervención del titular de la Contraloría General de la República, de los órganos de control fiscal	324
IV.	Análisis de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República (art. 34 de la LOCGR).....	326
A.	Hacia una aproximación a la potestad de intervención de la Contraloría General de la República.....	326
B.	La sustitución del titular de del órgano de control fiscal, como núcleo esencial del acto de intervención.....	335
C.	Los requisitos legales de procedencia de la intervención de los órganos de control fiscal por la Contraloría General de la República	337
D.	El carácter no sancionatorio de la potestad de intervención	341
V.	Breve análisis de las causales que condicionan la validez del ejercicio de la potestad de intervención por la Contraloría General de la República.....	343
A.	El método seguido para tipificar las causales de intervención de los órganos de control fiscal.....	343
B.	La falta absoluta de planificación de las actividades por el órgano de control fiscal (numeral 1).....	345
C.	La omisión absoluta e injustificada de la práctica de auditorías sobre los órganos y entidades sujetos a control, durante un ejercicio fiscal (numeral 2)	345
D.	La reiterada falta de acciones de seguimiento respecto a sus propias observaciones y recomendaciones (numeral 3)	346
E.	No haber iniciado, sin causa justificada, ninguna investigación o procedimiento administrativo para la	

	determinación de responsabilidad durante un ejercicio fiscal, cuando el propio órgano de control fiscal hubiere detectado la ocurrencia de actos, hechos u omisiones presumiblemente irregulares o evidentemente haya lugar a ello (numeral 4).....	347
F.	No haber remitido al Ministerio Público, las actuaciones que hubiere realizado, de las que surjan indicios de responsabilidad penal o de responsabilidad civil cuando no sea procedente la formulación del reparo (numeral 5).....	349
G.	El incumplimiento reiterado e injustificado de las observaciones y recomendaciones formuladas por la Contraloría General de la República (numeral 6).....	351
H.	Cualquier otro acto, hecho u omisión que afecte gravemente la legalidad, la efectividad, la eficiencia y economía de sus operaciones administrativas o que viole los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, establecidos en el artículo 25 de la ley (numeral 7). El análisis de esta causal se hizo en el punto 4.1., al cual remitimos a los lectores.....	352
VI.	Los efectos del ejercicio de la potestad de intervención.....	352
A.	Una intervención con efectos de acto definitivo.....	352
B.	La “suspensión” del titular del órgano de control fiscal intervenido y la violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia.....	354
C.	La contradicción casi irresoluble entre las disposiciones reglamentarias que “instan” a la destitución del titular del órgano intervenido, y las normas de la Ley del Estatuto de la Función Pública.....	355
VII.	El procedimiento para tramitar la intervención de los órganos de control fiscal.....	358
VIII.	Conclusiones.....	359
	Principio de eventualidad, determinación y delimitación de la controversia en la oralidad procesal.....	363
	<i>Rodrigo Quintero Bencomo</i>	
I.	Introducción.....	363
II.	Fundamento, sentido y principios de la oralidad en el proceso 366	
III.	El problema de la determinación y delimitación de la controversia en la oralidad.....	373
IV.	Principio de eventualidad en la oralidad.....	378

V.	Principio de eventualidad para la determinación y delimitación de la pretensión del demandante.....	381
VI.	Principio de eventualidad para la determinación y delimitación de la defensa del demandado	386
VII.	Determinación y delimitación final de la controversia en el proceso oral: audiencia preliminar y principio de eventualidad	388
VIII.	Conclusiones.....	391
Laudo arbitral y orden público.....		395
<i>Pedro Rengel Nuñez</i>		
I.	Introducción	395
II.	Orden publico, Ley Modelo UNCITRAL y derecho comparado.....	396
III.	Orden publico y derecho arbitral venezolano	398
IV.	Jurisprudencia venezolana	404
A.	Caso Van Raalte de Venezuela.....	407
B.	Caso Inversiones Salazar y Marin Salymar	408
C.	Caso Uniseguros	408
D.	Caso Almacenadora Smartbox.....	409
E.	Caso Albert Blanco.....	409
V.	Conclusión	412
La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad		413
<i>Manuel Alejandro Romero Zapata</i>		
I.	Introducción	413
II.	El terrorismo y sus acepciones jurídicas.....	416
A.	El terrorismo a nivel de Derecho Internacional Público.....	416
B.	El terrorismo a nivel de legislaciones de competencia nacional.....	424
III.	El delito de terrorismo en la legislación venezolana: caso comparativo con España	428
A.	El delito de terrorismo en el Artículo 573 del Código Penal de España	429
B.	El delito de terrorismo en el Artículo 52 LOCDFT	435
IV.	Las problemáticas de técnica legislativa del delito de terrorismo en la legislación venezolana y sus consecuencias legales	440

A.	Sobre el Principio de Legalidad en el marco normativo venezolano	440
B.	Sobre el “tipo penal en blanco” y el Artículo 52 LOCDFT	444
V.	Conclusiones	448
Un análisis de la teoría de las nulidades con la vía de hecho.....		451
<i>Jean-Denis Rosales Gutiérrez</i>		
I.	Introducción	451
II.	Nulidad Absoluta de pleno derecho en los actos administrativos formales y sus efectos.....	454
A.	<i>La Evidenztheorie</i>	454
B.	El Efecto fundamental de la nulidad: la ineficacia <i>Ab-Initio</i>	459
III.	Importancia de la teoría de las nulidades en los actos administrativos como herramienta cuasi-punitiva y de perfeccionamiento de la gestión pública.....	462
IV.	Los cimientos de la presunción de legitimidad como basamento dogmático de la gestión administrativa.....	467
V.	La incidencia de la ilegitimidad del acto administrativo sobre la autotutela y especialmente sobre la legitimidad de la actuación material	475
VI.	La vía de hecho como vicio invalidatorio dentro de la teoría general del acto administrativo	480
VII.	Conclusiones	486
Derecho Internacional, libre circulación e identidad venezolana		495
<i>María Gabriela Sarmiento</i>		
I.	Introducción	495
II.	Desarrollo.....	599
III.	Conclusiones	513
El tráfico ilícito de bienes culturales en sistema legal venezolano		517
<i>Erna Sellhorn Nett</i>		
I.	Introducción	517
II.	Definición de patrimonio cultural a la luz del sistema legal venezolano	520
A.	Definición de bienes culturales	520
B.	Marco legal venezolano para reconocer a los bienes como bienes de propiedad cultural	522
C.	Patrimonio Cultural del Estado	523

D.	Algunas consideraciones sobre la Herencia Cultural Indígena	524
III.	Definición de tráfico ilícito de bienes culturales en el sistema legal venezolano	526
IV.	Medidas legales para la recuperación y restitución de bienes culturales	530
A.	Medidas legales para abordar los casos de tráfico ilícito.....	530
B.	Procedimientos para la repatriación o recuperación de bienes culturales.....	532
V.	Conclusiones	536
Medicamentos y complementos alimenticios: estudio de derecho comparado de los criterios de distinción entre España y Venezuela		
<i>Alfredo Ignacio Silva Loynaz</i>		
I.	Introducción	539
II.	¿Cuál es el régimen jurídico de los medicamentos? Requisitos para su comercialización.....	540
A.	España	541
B.	Venezuela.....	542
C.	Función y finalidad terapéutica de los medicamentos	543
III.	¿Qué son los complementos alimenticios y qué finalidad tienen?.....	546
A.	España	547
B.	Venezuela.....	553
IV.	Frontera entre medicamentos y complementos alimenticios ¿Qué criterios ha aplicado la jurisprudencia para distinguirlos?.....	555
A.	Frontera entre medicamentos y alimentos	555
B.	Criterios de distinción.....	560
V.	Conclusiones	567
La transformación de los procedimientos administrativos tradicionales como consecuencia del riesgo tecnológico		
<i>Alejandro Silva Ortiz</i>		
I.	La función de dirección	573
A.	Las normas organizativas de la FDA	574
B.	<i>Soft law</i> administrativo en materia de planes y estrategias de gestión y mitigación de riesgos	575

II.	La función de interlocución entre la Administración y la sociedad.....	578
A.	El Comité Asesor	578
B.	El caso de “Talidomida”	579
III.	Los procedimientos administrativos de gestión del riesgo	580
A.	El refuerzo de las obligaciones de colaboración que recaen sobre los solicitantes	583
B.	La relevancia de la información.....	583
C.	La importancia de la opinión experta.....	583
D.	El carácter provisional de las decisiones de autorización y la proliferación de medidas provisionales.....	584
IV.	Consideraciones finales.....	584
Aspectos prácticos del arbitraje internacional: financiamiento por terceros		587
<i>Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes</i>		
I.	Introducción	587
II.	Antecedentes	589
III.	594	
A.	Concepto y características.....	594
B.	Diferencias con mecanismos similares de financiamiento	599
C.	Modalidades de financiamiento por terceros	601
D.	Ventajas y desventajas	603
IV.	Conflicto de intereses y revelación del financiamiento por terceros	607
A.	Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.....	608
B.	Centros de arbitraje	611
C.	Tratados internacionales	616
D.	Jurisprudencia arbitral.....	618
V.	Condena en costas y cautio judicatum solvi	620
A.	Condena en costas	621
B.	Cautio <i>judicatum solvi</i>	623
VI.	Conclusiones	628

Sociedad.....	629
La memoria jurídica de atrocidades: condición del hecho histórico y cultural	631
<i>Fernando M. Fernández</i>	
I. Los hechos	631
II. Algunos antecedentes históricos	647
III. Marco teórico	651
A. La propiedad social como otro botín	667
IV. Conclusiones y propuestas remediales	671
Yihad y guerra justa: análisis comparativo.....	673
<i>Julio Armando Morón Pulido</i>	
I. Introducción	673
II. De la Yihad	673
III. De la Guerra Justa.....	677
IV. Conclusiones.....	682
Acto Homenaje al Dr. Román J. Duque Corredor	685
Testimonio En homenaje al amigo y maestro Duque Corredor.....	687
<i>Ramón Guillermo Avelado</i>	
A cien años de la Ley de Hidrocarburos y demás minerales combustibles de 1920 y el futuro de las energías renovables	689
<i>Eugenio Hernández-Bretón</i>	
I. Introducción	689
II. La Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles de 1920.....	689
III. El proceso de construcción de la legislación petrolera	690
IV. La importancia económica de los jugos de la tierra antes de la industria	691
V. La actuación del Dr. Gumersindo Torres y del Dr. Pedro Manuel Arcaya.....	692
VI. La Ley de 1920 y sus resultados	692
VII. De la crítica y de la enseñanza que nos deja la Ley de 1920.....	694
VIII. Las energías renovables en Venezuela y su futuro en el mundo	695
Derecho Energético: Bases para su enseñanza universitaria	697
<i>Román J. Duque Corredor</i>	
I. El Derecho Energético y el objeto de su estudio	698
II. Contenido del estudio especializado del Derecho Energético	699

III.	La gobernabilidad universal, las relaciones surgidas del aprovechamiento y explotación de las fuentes de energía y el contenido de la especialización del Derecho Energético	701
IV.	Los objetivos del desarrollo sostenible y la especialización del Derecho Energético	703
V.	Conclusión	704
VI.	Agradecimiento	705

Nota Editorial

Este número 17 de Derecho y Sociedad es un hito importante en la evolución de la publicación: se convocó un proceso de recepción de artículos, que fueron sometidos a arbitraje de tipo “doble ciego”. Fue un proceso impulsado y liderado por el profesor Fernando Sanquírigo Pittevil, Daniela Urdaneta y Caterina Jordan Procopio, miembros del Consejo Editorial de Derecho y Sociedad.

Como resultado de ese proceso, se publican ahora un conjunto variado y muy interesante de ensayos, algunos sobre temas muy originales y poco estudiados en nuestra literatura científica.

Según hemos anunciado anteriormente, la Revista está disponible para su consulta en la nueva página web de la Revista: www.derysoc.com. Esa página web, además, aloja el *Blog de Derecho y Sociedad*, que pretender ser un lugar para el análisis y discusión de los temas que habitualmente tratamos en la Revista, pero de una forma más ágil e inmediata.

Carlos García Soto
Director

Derecho

Los actos privativos del Parlamento

*José Guillermo Andueza
José G. Salvuchi Salgado*

Sumario

- I. Introducción
- II. La autonomía parlamentaria
- A. Preliminar
- B. Autonomía Funcional Parlamentaria en Venezuela
 - i. En cuanto a su formación
 - 1) La calificación de los integrantes de la AN (art. 187, num.20, CRBV)
 - 2) La renuncia del parlamentario a su mandato (art. 187, num.20, CRBV)
 - 3) Las medidas disciplinarias necesarias (art. 187, num.19, CRBV)
 - ii. En cuanto a su funcionamiento
 - 1) La autonomía financiera (art.187, num.22, CRBV)
 - 2) La seguridad interna y las resoluciones concernientes al funcionamiento y organización administrativa de la AN (art. 187, nums.21 y 23, CRBV)
 - 3) La autonomía reglamentaria (art. 187, num.19, CRBV)
- C. Autonomía Funcional Parlamentaria Comparada
 - i. La autonomía administrativa
 - ii. La autonomía financiera
 - iii. La autonomía reglamentaria
- III. Análisis breve de la sentencia N° 260 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de diciembre de 2015
- IV. Conclusiones

I. Introducción

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los artículos que regulan a la Asamblea Nacional preceden a los artículos que norman las otras ramas de Poder Público, esto es a los fines, no solamente simbólicos en cuanto a la metodología de aplicación de la Constitución, sino, también, para evidenciar la relevancia de la supremacía del parlamento como expresión de su legitimidad y representatividad.

En la influyente revolución norteamericana que inspiró a la revolución francesa en sus postulados republicanos, como los derivados de los principios y conquistas del Parlamento inglés, y en su cuerpos políticos por excelencia y prevalencia, a saber, el Congreso de los Estados Unidos de América, la Asamblea Nacional de Francia y el Parlamento inglés, establecieron un principio rector del constitucionalismo moderno, cual es el principio de separación del poder, afianzando un principio de democracia republicana en las prerrogativas

del Parlamento por lo que respecta a su autonomía con relación a las otras ramas del poder, que de hecho han de ser controlados por el Parlamento, justificado en su mayor representatividad de todos los sectores de la sociedad. Como un desarrollo de la democracia contemporánea, debe considerarse al Parlamento respecto de la concentración del poder en una sola persona o grupo de personas, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, refería en el artículo 16:

Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución¹.

En la Declaración de la Asamblea Nacional del año 1789, donde se establecen importantes derechos con la creación de la República de Francia, la vigencia del mencionado artículo adquiere relevancia, jurídica y políticamente, en el Derecho Constitucional actual, ya que si existe separación del poder existe Constitución y si no hay esta división, entonces no habría Constitución, siguiendo la suerte de lo mayor en una relación de continente con contenido, lo que impediría el cumplimiento de los subsiguientes artículos de la Declaración que establecen otros derechos, haciéndola, en suma, letra muerta. De allí, la capital importancia de la separación del poder en ramas, a los fines de este cumplimiento, basado en controles de las ramas del poder y en su respectiva autonomía. Este principio cardinal, jurídico y político, tiene dos vertientes: la separación radical y la separación relativa, las cuales postulan un sistema de pesos y contrapesos, derivados del constitucionalismo clásico y diseñado en la Constitución de los Estados Unidos de América, como base del republicanismo. Esto se configura así, con el objeto de controlar al poder mismo, dividido en una triada de ramas o subpoderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), cuyo fin último es impedir la concentración de éste en un solo sujeto. En Venezuela, con la reforma constitucional del año 1999, se incorporaron los poderes Ciudadano y Electoral, diseñando una división del poder en cinco ramas públicas con un orden no aleatorio: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Lo anterior, conviene a los efectos de destacar la importancia que tiene la división o separación del poder y la trascendencia de la autonomía que deben poseer las ramas del mismo (autonomía de poderes), dentro del ámbito de sus competencias. De este modo, cada rama tiene sus competencias y atribuciones propias, así como también unas competencias residuales, que en el caso de la legislativa consisten en legislar y controlar, como propias de ella, y unas residuales de carácter administrativas y jurisdiccionales, con base al principio básico la autotutela.

¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Disponible en: https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espanol/es_dhc.pdf [Consulta: 2018, junio 14]

La autonomía, que en una simple concepción griega significa “*el que se da su propia ley*”, comporta un atributo necesario para comprender el ámbito y alcance de la actuación del Poder Legislativo. En este sentido, teniendo en cuenta los vocablos “*autos*” y “*nomos*” que integran la palabra “*autonomía*”, vemos que ésta alude, etimológicamente, a la posibilidad que un determinado poder pueda darse sus normas propias, es decir, a darse o tener competencia para dotarse a sí mismo de un reglamento propio, que le permita realizar actos en desarrollo de esa autonomía, incluyendo, aquellos que por su naturaleza funcional le son privativos (competencias residuales). En definitiva, la importancia del Poder Legislativo, que es la rama más representativa entre los diversos sectores de la sociedad, estriba en que su legitimidad deriva de la inclusión de la totalidad de las partes o sectores de su humana diversidad, las cuales son representadas y están sentadas en el Parlamento, con voz y voto de todos sus miembros.

Dicho lo anterior, cabe aludir lo ocurrido luego de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015, en la que la oposición unida por el voto mayoritariamente favorable a la coalición política reunida en el Movimiento de la Unidad Democrática (MUD), obtuvo 112 diputados al Parlamento Nacional, los cuales una vez proclamados como parlamentarios electos por las Juntas Electorales competentes, les fueron entregadas, posteriormente, sus credenciales respectivas, sin ningún tipo de reserva. Sin embargo, al momento de acercarse el día de la juramentación de ley, un grupo militante del partido político PSUV procedió a accionar judicialmente por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, produciendo ésta siete fallos, todos de fecha 30 de diciembre de 2015, publicadas el lunes 4 de enero de 2016, en el portal de internet del Máximo Tribunal, como respuestas a los recursos interpuestos por integrantes del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), impugnando las elecciones parlamentarias en los estados Amazonas, Yaracuy y Aragua, y la representación indígena del Distrito Sur. Todos los recursos fueron admitidos a trámite, pero en uno de los casos, el más emblemático en la opinión pública, se admitió, también, una solicitud accesorio de suspensión cautelar de efectos (amparo cautelar), que vinculaba a todos los circuitos de la entidad indígena del sur del país, lo que fue acordado por la Sala Electoral, no solo afectando la autonomía funcional de la Asamblea Nacional, como cuerpo colegiado, sino, además, dejando sin representación indígena y sin representación parlamentaria al estado Amazonas, no pronunciándose, en este sentido, sobre la nulidad parcial o total de las elecciones, ni sobre una eventual convocatoria a nuevas elecciones.

Hechas las consideraciones anteriores, el estudio que nos ocupa, persigue precisar los actos privativos de la Asamblea Nacional venezolana en la Constitución de 1999, como desarrollo de la autonomía parlamentaria, en correspondencia con el principio base de la división o separación de poderes, a los efectos de cumplir los cometidos democráticos. “*Actos Privativos*” o

“*Atribuciones Privativas*” del Parlamento que a pesar de no estar de forma expresa tal cual como se mencionan en la Constitución de 1961, se pueden inferir del análisis comparado con las atribuciones de la Asamblea Nacional en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999. Asimismo, se hará referencia a un marco comparativo sobre la autonomía funcional parlamentaria en algunos países del mundo, y se concluirá con un breve análisis de la sentencia N° 260 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de diciembre de 2015, que ordenó la suspensión de la proclamación de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena, en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015, en el estado Amazonas, para la elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional.

II. *La autonomía parlamentaria*

A. Preliminar

La autonomía parlamentaria, en general, proviene de la naturaleza de las cosas. Ella deriva del poder de organización interno que posee todo cuerpo constituido. Ella procede, sobre todo, del desarrollo progresivo de las prerrogativas de las Asambleas o Parlamentos resultantes del sufragio popular; lo que significa que el Parlamento ocupa un lugar prominente en el seno de las instituciones y escapa, en la medida de lo posible, al control de autoridades exteriores. La autonomía es, para ciertos regímenes políticos, el principio fundamental de la separación de los poderes, que garantiza la independencia de las Asambleas o Parlamentos, principalmente, respecto al Poder Ejecutivo.

De hecho, esta autonomía no tiene siempre un carácter absoluto. Según la naturaleza de los regímenes políticos, ella recibe ataques más o menos graves. Sin embargo, la fuerza de la ley permanece de tal modo que es siempre posible encontrar manifestaciones en la mayoría de los ámbitos de la actividad parlamentaria. En un tiempo, este principio de autonomía mandaba, en gran parte, sólo en la estructura de la administración, pero lo cierto es que la autonomía recae, igualmente, sobre las decisiones de los Parlamentos.

B. Autonomía Funcional Parlamentaria en Venezuela

En Venezuela, la Asamblea Nacional es el órgano constitucional encargado de ejercer la función legislativa y la de control de la Administración Pública. Quiso el constituyente rodearla de una serie de facultades especiales que la colocasen por encima de los controles ordinarios. En este aparte nos referiremos a la autonomía funcional de la Asamblea Nacional, con base a su independencia en cuanto a su formación y, también, en cuanto a su

funcionamiento, concretándose en los llamados “*Actos Privativos del Parlamento*” o, también, “*Atribuciones Privativas del Parlamento*”².

Los actos privativos son aquellas normas o disposiciones internas de los cuerpos legislativos destinados a organizar el funcionamiento del Parlamento, bien en su forma unicameral o en su forma bicameral. Tales actos se dictan con la finalidad de garantizar la autonomía funcional de la Asamblea o Parlamento. Entre sus características se encuentran: a) son normas o disposiciones emanadas de los propios cuerpos legislativos (*interna corporis*) en uso de su potestad normativa interna; b) los destinatarios de estas normas internas son los propios parlamentarios o los terceros relacionados directamente con ellos; y c) corresponde a la propia Cámara interpretar el sentido y alcance de las normas internas, actuando como juez de única instancia.

La categoría de acto privativo (*interna corporis*) fue recogida, específicamente, con dicho nombre en la Constitución de 1961³ (art. 158)⁴; luego en la actual de Constitución de 1999⁵, se eliminó dicha categoría específica y se incorporaron los supuestos que comprendía el artículo 158 al listado de atribuciones generales del artículo 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV), conservando su fuerza jurídica y plena vigencia.

Cabe destacar que los antecedentes de esta categoría se encuentran en las Constituciones de 1830, 1858 y 1864⁶ que establecían “*que las resoluciones privativas de cada Cámara no necesitan la sanción del Presidente de la República, ni del consentimiento de la otra*” (arts. 76, 37 y 35, respectivamente). Esta disposición desapareció en las Constituciones posteriores hasta que reapareció en la Constitución de la República de Venezuela de 1961 (CRV) y se incorporó, luego, junto a las demás atribuciones de la Asamblea Nacional (AN), en la C RBV.

² Vid. Virga (1959): *Sindacato sugli interna corporis e poteri di indagine della corte costituzionale*. Giurisprudenza Costituzionale. Roma, p. 994; Campos, F. (1956): *Direito Constitucional*, Vol. II. S.L.: Edicao Livraria Freitas Bastos, pp. 119 y ss.; Boneschi, M. (1958): *Problemi dil Procedimento Legislativo e della sua sindicabilita giurisdizionale*. Roma: *Revista di Diritto Procesale*, Año XV, N° 4, p. 591; Calamandrei, P. y Levi, A. (1958): *Comentarios sistemáticos della costituzione italiana*. Roma, p. 103; Prelot, M. (1966): *Cours de Droit Parlemeintaire, Cours de Droit*. Paris; Blamont, E. (1958): *Techniques Parlementaires*. Paris: Press Universitaires de France

³ Publicada en la Gaceta Oficial N° 662 Extraordinario, de fecha 23 de enero de 1961

⁴ Andueza, J.G. (1971): *El Congreso*. Caracas: Ediciones del Congreso de la República, p. 79

⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000

⁶ Congreso de la República (1996): *Compilación Constitucional de Venezuela*. Caracas: Servicio Autónomo de Información Legislativa, pp. 81, 117 y 133, respectivamente

En virtud de la naturaleza de las cosas de la propia autonomía parlamentaria, la autonomía funcional opera frente a los otros poderes del Estado, por lo que no está sujeta al veto, examen y control de los mismos, salvo en casos de extralimitación de funciones, en los que podrán recurrirse los actos ante el Tribunal Supremo de Justicia.

El artículo 159 de la CRV, era mucho más preciso al consagrar tal prohibición en los siguientes términos: “Los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus atribuciones privativas no estarán sometidos al veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo que esta Constitución establece sobre extralimitación de atribuciones.” Si bien esta disposición no se recoge en la actual CRBV, nada obstaría para reconocer a los actos privativos de la AN dicha prerrogativa con base al poder de organización interno que posee todo cuerpo constituido. Si imaginamos que el Presidente de la República pudiera vetar algunos de estos actos privativos, la autonomía de la AN estaría sometida a un elemento extraño, como es la voluntad presidencial. Por otro lado, si los órganos jurisdiccionales, electoral o ciudadano pudieran intervenir en la vida interna de la AN, con el objeto de controlar el ejercicio de sus potestades internas o la interpretación de su régimen interno, estos órganos entrarían en el examen de una norma que agota sus efectos en el ámbito interno del Parlamento.

A nuestro juicio, quiso el Constituyente de 1999, así como lo hizo el del 1961, 1858 y 1830, que el cuerpo legislativo actuara sin trabas ni interferencia en su funcionamiento y que éste tuviera como únicas limitaciones las establecidas por la Constitución. Además, el control que deben ejercer los otros poderes, principalmente el control jurisdiccional, debe ser ejercido con el sano espíritu de mantener y respetar el principio de la separación de poderes, sin invadir la órbita de la propia actividad del Poder Legislativo. Si se actuara de manera diferente, se invadiría la esfera privativa de las funciones del Parlamento, se excederían de sus facultades de control y se crearía un clima de recelo y desconfianza, contrario al principio de colaboración que debe haber entre los Poderes Nacionales establecido en el artículo 136 de la CRBV.

Ahora bien, si en el ejercicio de sus atribuciones privativas la AN incurre en extralimitación de atribuciones, entonces esos actos pueden ser recurridos ante el Tribunal Supremo de Justicia por inconstitucionalidad. Así, si autoridad es potestad o facultad para ejercer determinadas funciones públicas, la CRBV (art. 138) califica de usurpación la extralimitación de atribuciones y considera ineficaz toda autoridad usurpada, declarando nulos sus actos. Ante esta disposición absoluta y tajante no caben distinguos. Tanto usurpa autoridad el Director de un Ministerio que asume funciones privativas del Ministro, como si éste ejerciere las que corresponde a otro Ministerio. En otras palabras, existe extralimitación de atribuciones cuando el titular de un órgano emite un acto sin tener competencia para ello o cuando invade la esfera de competencia de otro órgano.

La CRBV establece en los numerales 19, 20, 21, 22 y 23 de su artículo 187, los actos privativos de la AN, los cuales tienen su antecedente inmediato en el artículo 158 de la CRV. En efecto, se considerarían actos privativos de la AN:

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

(...)

19. Dictar su reglamento y aplicar las sanciones que en él se establezcan.

20. Calificar a sus integrantes y conocer de su renuncia. La separación temporal de un diputado o diputada sólo podrá acordarse por el voto de las dos terceras partes de los diputados y las diputadas presentes.

21. Organizar su servicio de seguridad interna.

22. Acordar y ejecutar su presupuesto de gastos, tomando en cuenta las limitaciones financieras del país.

23. Ejecutar las resoluciones concernientes a su funcionamiento y organización administrativa.

Veamos el alcance de cada una de estas expresiones de la autonomía funcional del Parlamento. A saber:

i. En cuanto a su formación

- 1) La calificación de los integrantes de la AN (art. 187, num.20, CRBV)

En el Derecho Constitucional, se entiende como la potestad que tiene el Parlamento de ser juez de elección de sus miembros, es decir, que a él le corresponde decidir sobre la validez o nulidad de las elecciones, esto último en el caso que el elegido esté comprendido en alguna de las causales de inelegibilidad, no siendo, en consecuencia, una potestad discrecional. Si el elegido lo fue en contravención de expresas normas constitucionales, la AN debe negarse a admitirlo; en cambio, si el elegido lo fue de conformidad con la Constitución, la AN debe admitirlo. En este sentido, la AN actúa como un tribunal de derecho y no como árbitro arbitrador. Así, el acto de calificación envuelve un juicio jurídico y político sobre la elección. Cuando la AN no admite a uno de los candidatos electos ordena convocar el suplente y cuando considera que la documentación presentada no es suficiente, puede diferir la calificación hasta tanto el candidato electo presente todas sus credenciales.

En consecuencia, la calificación de los integrantes por la propia AN es otra garantía de la independencia funcional. Si el poder de admitir o negar la admisión de un miembro del Parlamento correspondiera a otro poder, éste podría

influir para que se califique a aquellos que le son adeptos y descalificar a aquello que le son hostiles. La proclamación de los candidatos electos por las Juntas Electorales principales está sometida a una condición resolutoria, cual es, que no resulte invalidada la elección. A partir de la proclamación, el candidato electo goza de inmunidad parlamentaria (art. 200, CRBV), pero su *status* de parlamentario comienza con su admisión por la AN. Mientras no se haga la verificación sobre la validez de la elección, la proclamación sólo concede un título provisional.

Mención especial merece la creación de la jurisdicción contencioso – electoral, la cual es competente para conocer de los excesos en que puede incurrir la AN al ejercer la prerrogativa de calificar a sus miembros, pudiendo ejercer esta potestad con finalidades políticas y de conveniencia partidista, sin que los candidatos reúnan las condiciones de elegibilidad o se descalifique a personas electas por la simple razón de ser adversarias de la mayoría. Por otra parte, la jurisdicción contencioso– electoral puede originar una serie de pruebas y diligencias que la propia AN no está en capacidad de recabar, como son los casos de violencia, cohecho o soborno que, a veces, son pruebas difíciles que exigen mayor diligencia. De igual modo, en el juicio sobre la validez de una elección el órgano jurisdiccional está mejor preparado, ya que se trataría de un juicio de derecho y no político como el que seguiría la AN.

Finalmente, como antecedentes de esta potestad de la AN para verificar los poderes de sus integrantes, tenemos las Constituciones de 1811, 1857 y 1864 y la Constitución de 1961 (arts. 59, 31, 48, 35, numeral 7, y 158, numeral 2, respectivamente)⁷.

- 2) La renuncia del parlamentario a su mandato (art. 187, num.20, CRBV)

El mandato parlamentario puede expirar antes del vencimiento del plazo constitucional por renuncia del diputado o porque ha sobrevenido una causa de caducidad del mandato. A este respecto, la AN tiene la potestad de aceptar o no las renunciaciones presentadas por sus integrantes, pero sólo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes puede acordar la separación temporal de alguno de sus miembros.

En efecto, si el mandato parlamentario expira *por renuncia*: la AN, con el objeto de ejercer el control sobre la renuncia de sus miembros, debe aceptar o rechazar la dimisión, previa investigación de los motivos que llevan al renunciante a presentarla, pero debe entenderse que un parlamentario no puede renunciar a su mandato hasta tanto no haya sido calificado por la AN, a tenor de lo dispuesto en el numeral 20 del artículo 187 de la CRBV.

⁷ Congreso de la República (1996): op. cit., pp. 19, 103, 133 y 587, respectivamente

Si la renuncia se ha producido por mandato de la Constitución en los casos en que un diputado acepta un cargo público incompatible con la función parlamentaria, sería inútil que la AN investigue la voluntariedad de la renuncia; pero si el diputado es coaccionado a renunciar por el gobierno, un tercero o por su propio partido, entonces la AN debe investigar los motivos de la misma, ya que esa coacción es una manera de interferir en el trabajo parlamentario, comprometiendo la autonomía de la AN. De allí, que la renuncia debe presentarse ante la misma AN para que, considerada y evaluada la misma, ésta se pronuncie y de aceptarla, la renuncia produzca efectos jurídicos a partir de su aceptación.

En cambio, si el mandato parlamentario expira *por caducidad*: el pronunciamiento de la AN debe basarse en un juicio de derecho sobre la caducidad, en el que compruebe una causa sobrevenida de inelegibilidad, o se constate la inhabilitación derivada de una sentencia judicial, o se declare la nulidad de una elección popular por el Tribunal Supremo de Justicia. Cabe destacar que, en el primer caso, la elegibilidad debe darse no solamente en el momento de la elección, sino durante todo el tiempo que dure el mandato. Si falta una de ellas, ya sea antes o después de la elección, el parlamentario queda inhabilitado para ejercer la función.

En algunos países existe el derecho del Parlamento de expulsar a sus miembros por razones de indignidad o moralidad. Tal es el caso de la Cámara de los Comunes en el Reino Unido⁸. La caducidad procede en los casos en que el parlamentario incurre en faltas que la ley sanciona con la expulsión. En Venezuela esta sanción no sería viable, ya que el numeral 20 del artículo 187 de la CRBV prevé, como pena máxima, la separación temporal, debiendo decidirse con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en la correspondiente sesión de la AN en la que el asunto sea tratado.

3) Las medidas disciplinarias necesarias (art. 187, num.19, CRBV)

La CRBV concede a los parlamentarios los privilegios de la inmunidad e irresponsabilidad. Sin embargo, la AN podrá, a fin de garantizarse su normal funcionamiento y su propio decoro, imponerles sanciones a sus miembros.

Claro está, esta potestad está limitada por las garantías penales y procesales, por lo que estas sanciones no podrán ser, en ningún caso, la de la separación definitiva del Parlamento o expulsión del mismo, como se mencionó más arriba, ya que la Constitución sólo prevé, como pena máxima, la separación temporal, lo cual puede ser por una o varias sesiones del cuerpo legislativo.

⁸ Wikipedia: Cámara de los Comunes del Reino Unido. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1mara_de_los_Comunes_del_Reino_Unido [Consulta: 2018, junio 20]

No obstante, las sanciones que normalmente contempla el reglamento interno de la AN tienen que ver con: amonestaciones de la presidencia a los diputados que no respeten las normas del debate; publicación en el Diario de Debates del nombre del parlamentario que haya dejado de asistir injustificadamente o que se haya retirado sin motivo de una sesión, cuando ésta haya sido suspendida por falta de quórum; privación del uso de la palabra al parlamentario que infrinja gravemente las reglas del debate; privación de emolumento o multa; entre otras. Cabe referir, que en algunos casos las sanciones se amplían o sustituyen por las establecidas en los reglamentos internos de las fracciones políticas que cohabitan en el Parlamento.

ii. *En cuanto a su funcionamiento*

1) La autonomía financiera (art.187, num.22, CRBV)

Para garantizar la libertad de acción de la AN es indispensable que ella goce de autonomía financiera, es decir, que ella vote su propio presupuesto de gastos y ordene su ejecución. Corresponde al Presidente de la AN disponer todo lo relativo a la ejecución del presupuesto, y al final del respectivo ejercicio fiscal la Comisión de Finanzas debe revisar las cuentas presentadas por el Presidente y rendir un informe detallado al seno de la AN, la cual lo aprobará o no mediante el cumplimiento de las mismas formalidades usadas para la aprobación del presupuesto.

2) La seguridad interna y las resoluciones concernientes al funcionamiento y organización administrativa de la AN (art. 187, nums.21 y 23, CRBV)

El mantenimiento del orden en el ámbito local donde funciona la AN, plantea la necesidad que ésta organice su propio cuerpo de seguridad. Si éste dependiera de la fuerza pública ordinaria, podrían originarse situaciones peligrosas a la libertad de funcionamiento del Parlamento.

La potestad de organizar el servicio de seguridad interna comporta para la AN otra garantía de su independencia, pues el Palacio Legislativo goza de inmunidad. Por lo tanto, la fuerza pública no puede penetrar en su recinto, a menos que el Presidente de la AN la llame en su auxilio, en los casos en que algún suceso grave lo hiciere indispensable, a fin del mantenimiento del orden, incluyendo el de sus sesiones, como el del supuesto en que los espectadores no respeten a los diputados o provoquen perturbaciones graves y el Presidente de la AN ordene el desalojo de las barras. O, también, en el supuesto de una riña en el transcurso de una sesión donde intervengan los parlamentarios. En ambos casos, compete a la seguridad interna de la AN intervenir y velar por el normal desarrollo del trabajo parlamentario y hacer que se cumplan las órdenes del Presidente de la AN, evitando en lo posible el uso de la fuerza. En este sentido, al cuerpo de seguridad interna de la AN le compete *ejecutar las resoluciones*

concernientes a su funcionamiento para mantener el decoro de la AN y el sosiego, orden y autonomía de su actividad parlamentaria.

Actualmente, la AN no cuenta con normas específicas relativas a la formación y funcionamiento de su servicio de seguridad interna; sin embargo, puede afirmarse que las normas especialmente establecidas para el personal administrativo⁹, ubicado en las diferentes dependencias en que se organiza el Parlamento, le pueden ser aplicadas.

Cabe señalar que la potestad que tiene la AN para *ejecutar las resoluciones concernientes a su funcionamiento y organización administrativa*, es una potestad de autoejecución que tiene, además, como finalidad el hacer posible, por una parte, el ejercicio de las funciones encomendadas al Parlamento; y por la otra, garantizar al propio cuerpo legislativo su propio funcionamiento y el cumplimiento de sus atribuciones privativas.

3) La autonomía reglamentaria (art. 187, num.19, CRBV)

La AN posee un reglamento que determina su organización interna, es decir, que organiza su funcionamiento como poder del Estado (Poder Legislativo), y fija las reglas del debate parlamentario, es decir, el procedimiento para la formación de la voluntad legislativa. Este reglamento es su propia obra y conforme a la Constitución no debe intervenir en su discusión y aprobación ningún otro poder, ya que él es el resultado del ejercicio de la potestad de autodeterminación del Parlamento.

En una sociedad pluralista, donde la diversidad de opiniones e intereses se contraponen en el Parlamento, es indispensable reglamentar el diálogo entre mayorías y minorías, de manera que éstas no sean atropelladas por aquéllas o que las minorías paralicen el funcionamiento del cuerpo mediante tácticas obstruccionistas. Un buen reglamento, en el cual se equilibren los distintos intereses en juego, será la base sobre la cual marchará la actuación de un órgano tan importante como la AN.

Es reconocido que los reglamentos que dicta el cuerpo legislativo en atención a su autodeterminación son el *Reglamento Interior y de Debates* y el *Reglamento de la Comisión Delegada*, los cuales tienen una importancia considerable. Ambos son reglamentos parlamentarios que forman parte de las fuentes de rango legal, es decir, de ejecución inmediata de la Constitución, y que se denominan *actos parlamentarios sin forma de ley*, pero que tienen el mismo rango de éstas. Sin embargo, debe destacarse que, a la fecha de nuestro estudio, en la AN sólo rige el *Reglamento Interior y de Debates*, sancionado el 22 de

⁹ *Vid.* Estatuto Funcionario de la Asamblea Nacional, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.598 de fecha 26 de diciembre de 2002.

diciembre de 2010¹⁰, el cual incluye tanto sus normas de funcionamiento como las reglas del debate parlamentario, en los períodos ordinario y de receso.

A modo de historia, puede decirse que el Parlamento inglés fue descartando, a través de su evolución, una serie de usos y costumbres que configuran el fundamento de las mayorías de las prácticas parlamentarias. Thomas Jefferson, quien desempeño por varios años la Vicepresidencia de los Estados Unidos de América y por ende ocupó la presidencia del Senado del Congreso, antes de luego ser Presidente de ese país, recopiló los usos del Parlamento inglés para adecuarlos a la práctica parlamentaria estadounidense. En Francia, cuando en 1789 la Asamblea Nacional Constituyente fue a dictar su reglamento, las opiniones se dividieron entre los criterios que propugnaban la implantación de los usos ingleses (Mirabeau), y el de los que eran partidarios de una reglamentación nacionalista del procedimiento parlamentario. A pesar de las diferencias, el ejemplo inglés tuvo mayores adeptos y el reglamento que se aprobó dejó clara su influencia sajona. En Venezuela, como en el resto de Latinoamérica, la importación de las prácticas francesas y estadounidenses, y con ellas la influencia inglesa, fue determinante en la formación del ordenamiento jurídico parlamentario.

Ahora bien, desde *el punto de vista material*, el reglamento parlamentario es un conjunto de normas jurídicas que no tienen validez general, pues sólo vinculan a los diputados de la AN y a las personas que por una u otra razón se encuentran en relación con ella, que se dictan para regular situaciones indeterminadas del régimen interior del Parlamento y no para resolver un caso concreto. Y desde *el punto de vista formal*, el reglamento es un acuerdo de la AN, cuya elaboración, discusión y sanción, compete exclusivamente a la AN, sin intervención de ningún otro poder público, como se mencionó antes.

Asimismo, el reglamento parlamentario se diferencia de la ley formal en que ésta es un acto en el que participa el Poder Ejecutivo mediante la iniciativa legislativa, la promulgación y publicación de la ley. En cambio, el reglamento sólo pueden iniciarlo los integrantes de la AN y es discutido, sancionado, promulgado y publicado por la propia AN, sin la colaboración ni participación del Presidente de la República. El reglamento parlamentario es la manifestación más evidente de la autonomía funcional de la AN. Si la organización y funcionamiento del Parlamento fueran dictadas por el Poder Ejecutivo, o con la participación de éste o de otro poder público, las interferencias harían de la AN un órgano subordinado e incapaz de ejercer el control político que le reserva la Constitución. La autonomía funcional de la AN no se limita únicamente a fijar sus propias reglas de organización y funcionamiento, sino que también tiene la función exclusiva de interpretar su propio ordenamiento jurídico interno. Si la

¹⁰ Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.014 Extraordinario, de fecha 23 de diciembre de 2010.

interpretación que la AN hace de sus actos pudiera ser recurrida ante otro órgano del Estado, como el jurisdiccional, la autonomía funcional se vería comprometida, a menos que de ella pueda desprenderse una extralimitación de sus funciones. Lo cierto es que una vez sancionado el reglamento parlamentario, la AN debe darle cumplimiento.

De igual modo, si bien desde el punto de vista material, la ley formal y el reglamento parlamentario son normas jurídicas de emanación directa de la Constitución y, por lo tanto, de igual jerarquía, el campo normativo del reglamento parlamentario es muy limitado, ya que su contenido sólo abarca todo lo relativo a la organización y funcionamiento de la AN y todo aquello que la misma Constitución le ha atribuido expresamente. Tales son los casos, por ejemplo, relativos a la discusión de los proyectos de leyes, las de calificación de sus integrantes, las de interpelación de los ministros, las de instalación de las sesiones de la AN y funcionamiento de sus comisiones, las de la convocatoria de los suplentes, entre otros, que la CRBV atribuye al Parlamento venezolano.

Finalmente, conviene resaltar que el carácter permanente del reglamento de la AN lleva consigo que mientras éste no sea modificado o abrogado por la misma AN, conserva su plena vigencia. No obstante, en países como Albania, Bulgaria y Noruega¹¹, la vigencia del reglamento parlamentario se limita al periodo de sesiones de la legislatura. Empero, la vigencia limitada del reglamento se convierte en la práctica en vigencia permanente cuando el Parlamento, al inicio de la legislatura, vota y sanciona el mismo texto aprobado en la anterior legislatura.

C. Autonomía Funcional Parlamentaria Comparada

Veamos tres áreas principales de la autonomía parlamentaria comparada:

¹¹ Vid. Wikipedia: Congresos y Parlamentos por país. Websites. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Congresos_y_Parlamentos_por_pa%C3%ADs [Consulta: 2018, junio 23] A los mismos fines, vid. Centro de Estudios Constitucionales de Chile: Parlamentos en el Mundo. Websites. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/publicacion/parlamentos-en-el-mundo/index.htm> [Consulta: 2018, junio 23] En similar sentido, vid. Inter-Parliamentary Union: Parliaments. Disponible en: <https://www.ipu.org/> [Consulta: 2018, junio 25] Igualmente, vid. Cherot, J. (1980): *Le comportement parlementaire. Thèse pour le doctorat d'Etat en Droit*. Marseille: Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix; Union Interparlementaire (1977): *Les Parlements dans le monde. Recueil de données comparatives*. Paris: Press Universitaires de France; Universidad Central de Venezuela (1971): *Las funciones de los modernos Parlamentos bicamerales*. Caracas.

i. *La autonomía administrativa*

La autonomía de la administración parlamentaria significa que ésta está sometida a la sola autoridad del organismo director de la Asamblea o Parlamento (presidente o directiva), sobre todo en lo que concierne a la composición, la organización y las atribuciones de los diferentes servicios.

Ella supone, no solo que el personal que hace parte de la Asamblea escapa a la autoridad gubernamental, sino que es absolutamente independiente de la función pública, tanto en su reclutamiento como en el régimen de remuneración, ascenso y disciplina. Estas diversas condiciones son efectivamente realizadas en un cierto número de países, donde los funcionarios parlamentarios constituyen un cuerpo especial sometido a un estatus particular elaborado por la Asamblea, en función de exigencias particulares del trabajo parlamentario. Esta solución es aplicada en países como Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos de América, India, Israel, Japón, Libia, Nueva Zelanda, Países de la Unión Europea y Turquía¹².

Por otra parte, es importante recalcar que el “*estatus especial*” no significa la existencia de un estatus privilegiado. En efecto, las reglas que lo componen son, la mayoría de las veces, similares a las que rigen la función pública. La autonomía y el estatus especial resultante aparecen mucho más como una cuestión de principio que como traducción de una situación de hecho. Esto explica que más allá de las distinciones formales, asistimos a un fenómeno de asimilación progresiva entre la administración parlamentaria y la administración pública, fenómeno que se manifiesta, si no por la confusión del personal, por lo menos por la similitud de situaciones.

Además, numerosos Parlamentos utilizan personal procedente de la función pública y se encuentra, entonces, sumiso a reglas de derecho común aplicables a los agentes del Estado. Así, en Etiopía, Ghana, Mónaco, Pakistán, Filipinas, Somalia y en Suiza¹³, no existe un régimen autónomo para los funcionarios del Parlamento, quienes se encuentran sometidos a las reglas generales de la función pública.

En definitiva, la única originalidad del cuerpo de funcionarios de las Asambleas, en relación con los de las administraciones ministeriales, resulta esencialmente de la naturaleza de los trabajos asignados y de servidumbres particulares que exige el servicio exclusivo del Parlamento.

A la norma de la autonomía administrativa se une el problema de los recursos contra las decisiones de los órganos directores de las Asambleas, en la medida que ellas llevan un prejuicio a los individuos. Este problema pasa

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

generalmente desapercibido porque, raramente resuelto en derecho, ha tenido poca aplicación. Desde luego, no se trata de las decisiones de carácter político, cuya sanción eventual resulta ser objeto de la jurisdicción administrativa - constitucional, pero de las solas medidas de gestión administrativa que, en su naturaleza, no difieren en nada del derecho ordinario, cabría preguntarse: ¿el hecho que sean tomadas por un órgano soberano les bastaría para ser inatacables? Muchos países contestan afirmativamente, considerando que la soberanía del Parlamento se extiende a todos los actos efectuados en su nombre y por su cuenta. En Reino Unido¹⁴, por ejemplo, no hay duda que una acción intentada contra una decisión del Speaker, constituiría una intromisión a los privilegios de la Cámara (*breach of privilege*) y, de hecho, resultaría castigable. A decir verdad, el problema raramente fue contemplado bajo este aspecto, en razón del número reducido de casos prácticos de aplicación. Los litigios no pueden nacer sino de las decisiones referidas a empleados de las Asambleas o de daños causados a terceros por el aparato administrativo del Parlamento.

En este último caso, la aplicación del derecho común parece suficiente para el arreglo de las controversias, porque debe siempre permitírsele a los terceros afectados obtener reparación de quien sea el autor del daño. A pesar de la fuerza de este principio, la situación no siempre es tan clara como en Argentina, Brasil, Nigeria, Filipinas y Somalia, donde toda persona tiene la posibilidad de atacar las decisiones tomadas por los presidentes de las Asambleas en su calidad de jefes de la administración ante los tribunales ordinarios, tribunales civiles, tribunales administrativos o tribunales del trabajo, según sea la naturaleza del litigio. En los Emiratos Árabes Unidos y Turquía, las decisiones de las oficinas de las Asambleas son consideradas como actos administrativos y, en virtud de esa cualidad, son susceptibles de recursos ante sus respectivos Consejos de Estado¹⁵.

En cuanto a los litigios intentados por los empleados contra organismos directores de las Asambleas o Parlamentos, son generalmente resueltos mediante un procedimiento interno, excluyendo todo recurso ante los tribunales. Sin embargo, en ciertos países, los miembros del personal parlamentario tienen la posibilidad de apelar a la justicia, cuando se estiman lesionados por una decisión que los concierne personalmente. Es así, por ejemplo, en India, Holanda y

¹⁴ Riley, A. (1992): *English for Law*. London: MacMillan Publishers Ltd., pp. 44-46.

¹⁵ Vid. Wikipedia: *Congresos y Parlamentos por país*, *op. cit.* [Consulta: 2018, junio 29] A los mismos fines, *vid.* Centro de Estudios Constitucionales de Chile: *Parlamentos en el Mundo*, *op. cit.* [Consulta: 2018, junio 29] En similar sentido, *vid.* Inter-Parliamentary Union: *Parliaments*, *op. cit.* [Consulta: 2018, junio 30] Igualmente, *vid.* Cherot, J. (1980): *Le comportement parlementaire*, *op. cit.*; Union Interparlementaire (1977): *Les Parlements dans le monde*, *op. cit.*; Universidad Central de Venezuela (1971): *Las funciones de los modernos Parlamentos bicamerales*, *op. cit.*

Francia¹⁶, donde existen tribunales administrativos declarados competentes en la materia.

No por menos una gran parte de imprecisión persiste atada a este aspecto particular de la autonomía de los Parlamentos. Esta imprecisión resulta, la mayoría de las veces, por la ausencia de jurisprudencia en la materia, porque la interposición de los recursos no está formalmente establecida.

ii. La autonomía financiera

En cuanto a la autonomía financiera del Parlamento, la misma levanta pocas discusiones. Ella figura entre los primeros corolarios de la soberanía. La independencia de las Asambleas, para ser garantizada, debe apoyarse sobre medios capaces de asegurar la libertad de acción. Esto supone, entonces, que se pongan a su disposición créditos suficientes para satisfacer todas sus necesidades. Para llegar a este resultado, el principio de autonomía financiera del Parlamento debe manifestarse, por un lado, cuando se establece el presupuesto; y por el otro, cuando se controla su ejecución.

En regla general, cada Asamblea fija ella misma el monto de sus propios gastos. Las provisiones presupuestarias son establecidas, sea por el presidente de la misma, sea por la directiva, o por la oficina especializada en la materia o por algunos de sus miembros, actuando como los administradores de una Asamblea legislativa a través de una comisión especializada, mediante un trabajo preparatorio efectuado por los servicios administrativos. Por lo tanto, el problema que se expone es el de la intervención del Poder Ejecutivo en la determinación de los créditos asignados al Parlamento, porque en algún momento del procedimiento, deberán necesariamente figurar en el presupuesto general del Estado.

El sistema practicado en Estados Unidos de América, Bélgica, Dinamarca, Italia, y en los Emiratos Árabes Unidos, ofrece un máximo de independencia de las Asambleas. Luego de una discusión separada, en la cual el gobierno no participa, la cifra oficial de créditos solicitados es comunicada al departamento ministerial encargado de las finanzas y es inscrito “*por orden*” en el presupuesto general, sin aprobación ni consulta gubernamental. En China, le toca igualmente a la Asamblea fijar su propio presupuesto, él se encuentra condicionado por la política presupuestaria general; y en Albania, se puede apelar, para su redacción, a especialistas del Ministerio de Finanzas o de la dirección general del Banco Central. En numerosos países, Australia, Austria, Finlandia, Ghana, Reino Unido, Israel, Líbano, Luxemburgo, Noruega, Holanda y Suiza, el presupuesto del Parlamento es asimilado al del departamento ministerial: esto significa que luego de haber sido establecido en el seno de la Asamblea, requiere en principio, para figurar en el presupuesto general, la

¹⁶ *Ibid.*

aprobación de la tesorería del Ministerio de Finanzas o cualquier otro órgano del Ejecutivo que haga las veces. Sin embargo, es costumbre que ninguna modificación sea ejecutada por estas autoridades. Suecia adoptó una solución original: la preparación del presupuesto del *Riksdag* incumbe, en efecto, a los comisarios de la Oficina Nacional de la Deuda Pública, quienes transmiten sus proposiciones al gobierno para que sean incluidas en el presupuesto general. Pero, el principio de la autonomía financiera queda salvo, porque los comisarios en cuestión son elegidos por el *Riksdag*, y son responsables ante él solamente. En Francia, funciona también un procedimiento particular, instaurado desde la Constitución de 1958: si la autonomía financiera de la Asamblea es formalmente reconocida, un control administrativo ha sido, no obstante, instituido en la fase de la elaboración del presupuesto. En efecto, los créditos necesarios para el funcionamiento de las dos Cámaras son decididos por una comisión compuesta por los administradores de cada una de ellas. Además, dos magistrados del Tribunal de Cuentas asisten a la comisión, con voz consultiva¹⁷.

La intervención del Poder Ejecutivo se manifiesta a veces de manera más evidente. En Mónaco, la solicitud de créditos, establecida por el Consejo Nacional, debe obtener el acuerdo del gobierno principesco. En Irlanda, el límite de gastos es fijado por el Ministro de Finanzas. En Sri Lanka, el presupuesto de cada Cámara es preparado por el Speaker, ayudado en esta tarea por una comisión consultativa que comprende, además de los líderes de la mayoría y de la oposición, al Ministro de Finanzas o su representante. En Japón, la intervención del gobierno es todavía más importante: es a él que incumbe el velar por el establecimiento del monto de los créditos, luego de consultar a los presidentes de las dos Cámaras, pero si se manifiesta alguna inconformidad entre estas autoridades, el derecho de resolver definitivamente es dejado a la *Diète*. Esto es lo que ocurre, generalmente, debido a la inserción de los gastos parlamentarios en el presupuesto del Estado; ellos son examinados, en el seno de las Asambleas, con el mismo título que los créditos asignados a los diversos departamentos ministeriales. En la práctica, sin embargo, los presupuestos de los Parlamentos raramente dan lugar a debates, porque las previsiones que contienen son elaboradas por un organismo parlamentario, en cuyo seno las objeciones eventuales ya han sido discutidas y resueltas¹⁸.

Las Asambleas, con raras excepciones, gozan de una real independencia en el control de la ejecución de su presupuesto. En este sentido, las Asambleas no deben temer a la verificación de sus cuentas: tanto parece justo que fijen, con toda soberanía, los gastos que les son necesarios y les sea permitido estimar los otros créditos presupuestarios destinados al Parlamento, tanto deben éstos estar sometidos a un control, a efectos de asegurar que fueron bien aplicados a su

¹⁷ *Ibid.* [Consulta: 2018, julio 4 y 5]

¹⁸ *Ibid.*

objeto y administrados con prudencia y eficiencia. Por lo menos sería la concepción admitida en numerosos países, que consideran que el presupuesto del Parlamento debe obedecer al derecho común presupuestario; su ejecución es, entonces, seguida y verificada, no solamente por un órgano interno del Parlamento, comisión u oficina especializada, sino igualmente por ciertas autoridades con carácter jurisdiccional y de competencia financiera, que a la vez son extrañas a las Asambleas e independientes del Ejecutivo. En el sistema inglés, se trata del contralor-verificador general de las cuentas públicas, nombrado por la Corona o por el jefe de estado, pero no puede ser revocado sino por el Parlamento. Es a veces asociado a una comisión de las cuentas públicas, como en Reino Unido y en Irlanda. Un alto personaje similar ejerce igual control en Sri Lanka, India y Ghana; en Noruega, es elegido por el *Storting*. En Mónaco, las cuentas de la Asamblea son igualmente sometidas al contralor general de gastos. En Austria, Japón, Líbano y Holanda, el control es efectuado por la Corte de Cuentas; en Argentina, por el Tribunal de Cuentas; en Suecia, por la Administración Nacional de la Deuda Pública; en Estados Unidos, por la Oficina General de Cuentas, bajo la autoridad del Contralor General, quien es un funcionario independiente¹⁹.

En cambio, en otros países se aplica una concepción más rigurosa de la soberanía parlamentaria, que prohíbe toda injerencia de una autoridad externa al Parlamento en los asuntos financieros que le compete exclusivamente. Esto no significa, en modo alguno, que ningún control es efectuado, pero éste incumbe únicamente a órganos internos de las Asambleas y designados para tal efecto. En Bulgaria, se trata del presidente del *Presidium*; pero la mayoría de las veces, el control pertenece a una comisión especial, como en Bélgica y en Francia, que es la Comisión de Finanzas. En Chile, Filipinas, Somalia y Turquía, el control del presupuesto es, igualmente, efectuado por las mismas Asambleas, a través de sus órganos u oficinas especializadas²⁰.

El alcance real de estos procedimientos va a depender del volumen de créditos y de la simplicidad o complejidad de las cuentas de gastos de las Asambleas. No obstante, la norma de control resulta conveniente, sea cual sea el funcionario u órgano del Parlamento o del Estado que lo realice, dado que se trata siempre de la utilización de fondos públicos.

iii. *La autonomía reglamentaria*

La autonomía de las Asambleas se manifiesta, por último, en el campo reglamentario. Es importante que las Cámaras sean dueñas de su reglamento porque, si este último emanara del Poder Ejecutivo, ellas perderían su libertad de deliberar. La autonomía reglamentaria significa que la Asamblea dispone, en

¹⁹ Ibid. [Consulta: 2018, julio 7 y 9]

²⁰ Ibid

el marco de sus atribuciones constitucionales, del derecho a fijar ella misma los principios de su actividad y de determinar sus propios métodos de trabajo. Las reglas que ella se impone a sí misma no persiguen solamente una función técnica (asegurar su buen funcionamiento), ellas revisten igualmente una gran importancia política; pueden, en efecto, tener, en el desarrollo de asuntos públicos, más importancia que la misma Constitución, cuando ésta no ha previsto todos los detalles de su aplicación.

Esto explica que se ha querido a veces poner un plazo perentorio a la actividad parlamentaria en este ámbito. Este fenómeno sobre todo ocurrió en Francia, con el advenimiento de la V República²¹. La libertad de acción de cada Cámara se encontró reducida de dos maneras:

1. Por un lado, el único reglamento de la Asamblea fue dado dentro de la Constitución y en varias leyes orgánicas. La misma situación sucedió en Senegal. Conviene anotar que en Japón también, donde las reglas de trabajo del Parlamento están contenidas, esencialmente, en la Constitución y en la ley de la *Diète*. Así, lo mismo en Suecia, donde las principales disposiciones en la materia dependen de la Constitución y de la ley sobre el *Riksdag*. Existe también un reglamento del *Riksdag*, referente asuntos comunes a las dos Cámaras y adoptado conjuntamente por ellas. Al final, los reglamentos interiores de cada una de las Cámaras no tratan sino asuntos secundarios²².
2. Por otro lado, y es el aspecto más importante del problema, está previsto que antes de su puesta en aplicación, los reglamentos de las Cámaras francesas deben ser sometidos al Consejo Constitucional que se pronuncia sobre su conformidad a la Constitución. Tal intervención en el marco interno de las Cámaras es, extremadamente, raro. Sin embargo, ello está previsto también en Mónaco, a favor del Tribunal Supremo, y en Turquía, donde el recurso ante la Corte Constitucional está abierto a los grupos parlamentarios, de manera facultativa²³.

²¹ Ameller, M. (1966): *Parlements*. Paris: Press Universitaires de France, pp. 104-105.

²² Vid. Wikipedia: *Congresos y Parlamentos por país*, *op. cit.* [Consulta: 2018, julio 14] A los mismos fines, *vid.* Centro de Estudios Constitucionales de Chile: *Parlamentos en el Mundo*, *op. cit.* [Consulta: 2018, julio 14] En similar sentido, *vid.* Inter-Parliamentary Union: *Parliaments*, *op. cit.* [Consulta: 2018, julio 14] Igualmente, *vid.* Cherot, J. (1980): *Le comportement parlementaire*, *op. cit.*; Union Interparlementaire (1977): *Les Parlements dans le monde*, *op. cit.*; Universidad Central de Venezuela (1971): *Las funciones de los modernos Parlamentos bicamerales*, *op. cit.*

²³ *Ibid.*

Sea lo que sea, el reglamento de las Cámaras, las Asambleas o Parlamentos, es un verdadero “*breviario*” de la práctica parlamentaria, que tiene por efecto producir vivientes y concretas disposiciones fundamentales del régimen político. Permite a cada Parlamento definir con estilo propio, según las características de cada país, su modo de elaboración y su duración. Entonces, cada reglamento consiste, generalmente, en una resolución o un conjunto de resoluciones, adoptadas por sí misma por la Cámara, Asamblea o Parlamento, fuera de toda injerencia gubernamental, que produce las disposiciones esenciales aplicables al trabajo legislativo.

En la mayoría de los países, el reglamento no se constituye por una cadena de decisiones de circunstancias, sino que es preparado minuciosamente por órganos especializados que se esfuerzan en prever y aportar de antemano una solución a todos los problemas del procedimiento parlamentario. El secretario general, o *clerk*, o escribano de las Cámaras, es a menudo llamado a raíz de su competencia técnica, para participar en esta tarea que incumbe, la mayoría de las veces, a una comisión de la Asamblea: comisión de la constitución, del reglamento, del procedimiento, o de la administración, que puede ser permanente o designada especialmente a este efecto. El cuidado para elaborar el reglamento puede competir a otros órganos: como la Oficina de Normas y Legislación en Camerún y en la República Checa; y el Consejo de la Presidencia en Finlandia. En Holanda, se trata de un comité en el que participan los jefes de los principales grupos políticos, y cuyas proposiciones son luego examinadas en comisiones designadas por las Cámaras. En Nueva Zelanda, es el Primer Ministro, en su condición de líder de la Cámara, quien propone la adopción del texto elaborado por una comisión especial²⁴.

Cualquiera que sea el autor del proyecto de reglamento, lo relevante es que siempre éste es discutido, pudiendo ser enmendado y luego adoptado en sala plenaria por la Asamblea misma. Israel constituye una excepción a la regla, porque para entrar en vigor el reglamento, éste no necesita ser adoptado por la *Knesset*; basta que sea depositado en la secretaría general por la comisión competente encargada de su redacción²⁵.

Una vez adoptado, el reglamento se impone a la Asamblea. Ella debe observar todas las disposiciones, sobre todo cuando, como en Francia, su conformidad con la Constitución debe ser sancionada por un organismo jurisdiccional. El rol del presidente es asegurar su respecto con toda imparcialidad y, si fuera el caso, con el concurso de la directiva. En general, cuando ciertas reglas no responden más a su objeto, toca a los miembros de las Cámaras proponer la modificación, según un procedimiento similar al que sirvió para establecerlo. Esto significa que las enmiendas están sometidas a la comisión

²⁴ *Ibid.* [Consulta: 2018, julio 14]

²⁵ *Ibid.*

u órgano competente en materia de reglamento y luego presentados a la Asamblea, la cual decidirá, soberanamente, su adopción o rechazo²⁶.

En ciertos países, la modificación del reglamento es considerada como un acontecimiento bastante grave, por lo es objeto de garantías particulares. Recordemos, a este respecto, que el Consejo Constitucional, en Francia, se pronuncia sobre todos los cambios efectuados a los reglamentos de las Cámaras. En Polonia, la iniciativa en la materia está reservada al *Presidium*, a la Comisión de los Mandamientos y Reglamentos o a un grupo de por lo menos quince diputados. En Austria, las leyes referentes al reglamento interior del Consejo Federal no pueden ser votadas, sino en presencia de la mitad de sus miembros y a la mayoría de los dos tercios. Por último, en Japón, si las modificaciones son preparadas por la Comisión de Administración, ellas sólo son presentadas ante la *Diète* luego de ser aceptadas por los representantes de todos los partidos, de manera tal que la decisión final sea tomada por unanimidad. En los Estados Unidos de América, todo asunto referente al reglamento es considerado como una materia prioritaria para su examen ante las Cámaras, a solicitud de la comisión del reglamento²⁷.

El reglamento de las Asambleas tiene un carácter permanente, es decir, en principio, sobrevive a la renovación de las Cámaras o Parlamento. Pocos países no le reconocen sino una duración limitada a la legislatura, como en Albania, Bulgaria y Noruega. En Estados Unidos, hay que distinguir entre el procedimiento de la Cámara de Representantes y la del Senado: cuando la primera es llevada a adoptar su reglamento en la apertura de cada congreso, la segunda aplica las reglas que se dieron en 1884, enmendándolas de vez en cuando. El Senado es considerado como un cuerpo permanente, debido a su renovación por terceras partes²⁸.

A decir verdad, esta distinción solo tiene un alcance teórico, ya que la duración del reglamento es fijada por cada legislatura y las Cámaras recién elegidas se conforman, generalmente, con reconducir pura y simplemente el reglamento anterior. Esta formalidad está llamada, simplemente, a subrayar el carácter soberano de los poderes del Parlamento en la materia. Ello consagra su derecho absoluto a definir sus propias reglas de trabajo y cuando éstas tienen un carácter permanente, cada Cámara dispone siempre de la facultad de modificarlas en el momento que lo desea²⁹.

La autonomía reglamentaria del Parlamento no es vana palabra. Con raras excepciones, a cada Asamblea compete, en definitiva, determinar por sí misma

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.* [Consulta: 2018, julio 16]

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Vid.* Makus, J. (1993): *Introduction to the legal system of the United States*. Washington: Wilson-Epes Printing Co., Inc.

los límites de sus prerrogativas, por lo que corresponde a cada representante o parlamentario velar por el cumplimiento y respeto de dicha autonomía, incluso sus límites, y ejercer, junto con la opinión pública, el control del producto de ella: el reglamento.

III. *Análisis breve de la sentencia N° 260 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de diciembre de 2015*³⁰

La causa se inicia el 29 de diciembre de 2015, en la Sala Electoral, la cual recibió el escrito contentivo del recurso contencioso –electoral, conjuntamente con la solicitud de amparo cautelar y medida de suspensión.

A este efecto, debemos precisar que el Tribunal Supremo de Justicia estaba en receso por las fiestas navideñas y de fin de año, siendo habilitado para tal fin, denotando una celeridad procesal solo asimilable a un amparo constitucional autónomo. El argumento central trata de una acción contra el acto de votación del 6 de diciembre de 2015, por considerarlo viciado de nulidad absoluta, al ser producto de una manipulación de la votación libre y secreta de los electores del estado Amazonas y la representación indígena del Distrito Sur, y que en su conjunto constituyen un fraude estructural y masivo que afecta al sistema electoral venezolano.

Esto lo fundamentaron en una grabación que fue transmitida por los medios de comunicación social, grabación a través de la cual se pudo escuchar a la Secretaria de la Gobernación del estado Amazonas, Victoria Franchi, en la cual daba instrucciones de pagos y de votos asistidos.

En este sentido, no se puede calificar de prueba una grabación obtenida de forma ilícita y, además, editada; sin embargo, la Sala Electoral la toman como un hecho notorio y comunicacional, cuando no es consecuente con los requisitos que exige la doctrina judicial respecto al hecho notorio público y comunicacional.

En lo que respecta al amparo conjunto o cautelar, valora las grabaciones, como suficientes para determinar el *fumus boni iuris* o presunción del buen derecho reclamado, además el término “el peligro en la demora” (*periculum in mora*), el cual se traduce en un elemento determinable por la sola verificación

³⁰ Esta sentencia de la Sala Electoral ordena de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena, en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015, en el estado Amazonas, para la elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML> [Consulta: 2018, julio 20]

del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho constitucional conduce a la convicción que debe preservarse de inmediato la vigencia de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable, en la sentencia definitiva, a la parte que alega la lesión al orden constitucional en su particular situación jurídica.

El amparo cautelar es de naturaleza preventiva, dirigido al restablecimiento temporal en el goce o ejercicio de derechos constitucionales mientras se dicte sentencia definitiva, por lo cual la Sala va al fondo y decide ordenar de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena del Distrito Sur, en el proceso electoral para diputados a la Asamblea Nacional, realizado el 6 de diciembre de 2015, en el estado Amazonas, hasta que se dicte la sentencia definitiva en dicha causa, la que luego de tres años continua en mora.

En este sentido, la sentencia es inoficiosa, ya que la totalización y proclamación no se podían suspender, pues éstas ya habían ocurrido, por lo que era una medida cautelar inejecutable, a nuestro juicio.

Esta decisión es dictada en contravención de la prohibición de la Sala Constitucional, referente a los días de receso navideño, según la cual no puede darse curso a recurso alguno en tales días³¹, violándose, en consecuencia, el debido proceso y configurando en los mismos términos explanados por la dispositiva y narrativa del fallo, un hecho notorio y comunicacional, manipulado por el órgano jurisdiccional, a lo que se agrega, también, la sentencia de desacato³² que ratificó la decisión de suspensión de la proclamación de los

³¹ En las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, signadas con los Nos. 1264 y 1674, de fechas 11 de junio y 18 de julio de 2002, respectivamente, se ratifica la disposición del artículo 201 del Código Procesal Civil, en lo referente a que los tribunales vacarán desde el día 24 de diciembre al 6 de enero, entendiéndose ello como la prohibición durante ese período de iniciar o continuar con la tramitación de las causas y con el transcurrir de los lapsos procesales, a efectos de garantizar la seguridad jurídica de las partes involucradas. Disponibles: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1264-110602-00-1281.HTM> y <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1674-180702-00-1281%20.HTM> [Consulta: 2018, julio 21]

³² En esta sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, signada con el N° 01, de fecha 11 de enero de 2016, se ratifica el contenido de la decisión N° 260 del 30 de diciembre de 2015, a los fines de su inmediato cumplimiento, y declara procedente el desacato de dicha sentencia por los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, Diputados Henry Ramos Allup, Enrique Márquez y José Simón Calzadilla, y por los ciudadanos Julio Haron Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana. Se ordenó, asimismo, a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional dejar sin efecto la referida juramentación y que procediese con la desincorporación inmediata de los ciudadanos

diputados del estado Amazonas, adoptada mediante sentencia N° 260 del 30 de diciembre de 2015.

Procedente el desacato de esa decisión tanto por la Junta Directiva de la Asamblea, como por los diputados juramentados por la misma, la Sala Electoral, mediante sentencia N° 1 del 11 de enero de 2016, ordenó a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional la *desincorporación inmediata* de los diputados juramentados y declaró *nulos absolutamente* los actos de la Asamblea Nacional que “(...) *se hayan dictado o que se dictaren, mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos (...)*” antes descritos³³.

Es así como, entonces, con las mencionadas decisiones, Nos. 260 y 1 de la Sala Electoral, se violentó la autonomía funcional del Parlamento venezolano, específicamente, en lo relativo a la potestad de la calificación de los integrantes de la AN (art. 187, num. 20), dado que solo a él le corresponde decidir sobre la validez o nulidad de las elecciones de sus miembros, esto último en el caso que el elegido esté comprendido en alguna de las causales de inelegibilidad, supuesto no aplicable al acto de votación de marras, no siendo, por consiguiente, ésta una potestad discrecional, tal como se explicó en el aparte II.2.1.1 de este estudio; así como tampoco de los hechos argüidos en el escrito recursivo, se evidenció una extralimitación de funciones por parte de la AN.

IV. Conclusiones

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los artículos que regulan a la AN preceden a los artículos que regulan las otras ramas de Poder Público, esto es a los fines, no solamente simbólicos en cuanto a la metodología de aplicación de la Constitución, sino, también, para evidenciar la relevancia de la supremacía del parlamento como expresión de su legitimidad y representatividad.

En Venezuela, con la reforma constitucional del año 1999, se añadieron los poderes Ciudadano y Electoral, diseñando la división del poder en cinco ramas: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. La importancia de la separación del poder y de la autonomía de las ramas del mismo, escriba en su ámbito de competencia, esto es, cada rama tiene sus competencias y atribuciones propias, así como también unas competencias residuales. En el caso de nuestro estudio, la rama legislativa tiene sus competencias de legislar y

Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana, y se declararon absolutamente nulos los actos de la Asamblea Nacional que se hubiesen dictado o se dictaren mientras se mantuviese la incorporación de los mencionados ciudadanos. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/184253-1-11116-2016-X-2016-000001.HTML> [Consulta: 2018, julio 21]

³³ *Ibid*

controlar, así como las propias de ella, además de unas residuales administrativas y jurisdiccionales, en base al principio básico de autotutela.

Es así como, entonces, la autonomía parlamentaria, en general, proviene de la naturaleza de las cosas. Ella deriva del poder de organización interno que posee todo cuerpo constituido. Ella procede, sobre todo, del desarrollo progresivo de las prerrogativas de las Asambleas o Parlamentos resultantes del sufragio popular; lo que significa que el Parlamento ocupa un lugar prominente en el seno de las instituciones y escapa, en la medida de lo posible, al control de autoridades exteriores. La autonomía es, para ciertos regímenes políticos, el principio fundamental de la separación de los poderes, que garantiza la independencia de las Asambleas o Parlamentos, principalmente, respecto al Poder Ejecutivo.

Como parte del desarrollo de la autonomía parlamentaria, se encuentran los actos privativos del Parlamento, los cuales coadyuvan al cumplimiento de los cometidos democráticos que corresponden a éste. Tales actos son normas o disposiciones internas de los cuerpos legislativos destinados a organizar el funcionamiento del Parlamento, bien en su forma unicameral o en su forma bicameral. Dichos actos se dictan con la finalidad de garantizar la autonomía funcional de la Asamblea o Parlamento. Entre sus características se encuentran: a) son normas o disposiciones emanadas de los propios cuerpos legislativos (*interna corporis*) en uso de su potestad normativa interna; b) los destinatarios de estas normas internas son los propios parlamentarios o los terceros relacionados directamente con ellos; y c) corresponde a la propia Cámara interpretar el sentido y alcance de las normas internas, actuando como juez de única instancia.

En Venezuela, los actos privativos de la AN no aparecen mencionados de forma expresa en la Constitución del año 1999, como sí lo hacen en la Constitución de 1961 (art. 158). Sin embargo, pueden inferirse de un análisis comparado con las atribuciones asignadas a la AN en la Constitución de 1999 (art.187).

Ahora bien, en virtud de la naturaleza de las cosas de la propia autonomía parlamentaria, la autonomía funcional, concretada en los actos privativos del Parlamento, opera frente a los otros poderes del Estado, por lo que no está sujeta al veto, examen y control de los mismos, salvo en casos de extralimitación de funciones, en los podrán recurrirse los actos ante el Tribunal Supremo de Justicia.

A los efectos de la CRBV, se consideran actos privativos de la AN: a) *en cuanto a su formación*: a.' la calificación de los integrantes de la AN (art. 187, num.20); b.' la renuncia del parlamentario a su mandato (art. 187, num.20); y c.' las medidas disciplinarias necesarias (art. 187, num.19); b) *en cuanto a su funcionamiento*: a.' la autonomía financiera (art.187, num.22); b.' la seguridad

interna y las resoluciones concernientes al funcionamiento y organización administrativa de la AN (art. 187, nums.21 y 23); y c.' la autonomía reglamentaria (art. 187, num.19).

En el marco comparativo mundial, la autonomía parlamentaria funcional no tiene siempre un carácter absoluto. Según la naturaleza de los regímenes políticos, ella recibe ataques más o menos graves. Sin embargo, la fuerza de la ley permanece de tal modo que es siempre posible encontrar manifestaciones en la mayoría de los ámbitos de la actividad parlamentaria. En un tiempo, este principio de autonomía mandaba, en gran parte, sólo en la estructura de la administración, pero lo cierto es que la autonomía recae, igualmente, sobre las decisiones de los Parlamentos.

Las sentencias Nos. 260 y 1 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de fechas 30 de diciembre de 2015 y 4 de enero de 2016, respectivamente, violentaron la autonomía funcional del Parlamento venezolano, específicamente, en lo relativo a la potestad de la calificación de los integrantes de la AN (art. 187, num. 20), dado que solo a él le corresponde decidir sobre la validez o nulidad de las elecciones de sus miembros, esto último en el caso que el elegido esté comprendido en alguna de las causales de inelegibilidad, supuesto no aplicable al acto de votación del 6 de diciembre de 2015, no siendo, por consiguiente, ésta una potestad discrecional, ya que si el elegido lo fue en contravención de expresas normas constitucionales, la AN debe negarse a admitirlo, en cambio, si el elegido lo fue de conformidad con la Constitución, la AN debe admitirlo. En este sentido, la AN actúa como un tribunal de derecho y no como árbitro arbitrador. Así, el acto de calificación envuelve un juicio jurídico y político sobre la elección. Cuando la AN no admite a uno de los candidatos electos ordena convocar el suplente y cuando considera que la documentación presentada no es suficiente, puede diferir la calificación hasta tanto el candidato electo presente todas sus credenciales. En consecuencia, la calificación de los integrantes por la propia AN es otra garantía de la independencia funcional del Parlamento.

De igual manera y siguiendo lo antes indicado, de los hechos argüidos en la causa interpuesta ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, el 29 de diciembre de 2015, tampoco se evidenció una extralimitación de funciones por parte de la AN que diera cabida a la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso - electoral, la cual es competente para conocer de los excesos en que puede incurrir la AN al ejercer la prerrogativa de calificar a sus miembros, pudiendo ejercer esta potestad con finalidades políticas y de conveniencia partidista, sin que los candidatos reúnan las condiciones de elegibilidad o se descalifique a personas electas por la simple razón de ser adversarias de la mayoría. Esto se corrobora de la simple lectura de las sentencias Nos. 260 y 1 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de fechas 30 de diciembre de 2015 y 4 de enero de 2016, respectivamente.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

Amado José Carrillo Gómez

Sumario

- I. Introducción
- II. La intervención de partidos políticos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como mecanismo de control político
 - A. Aproximaciones al amparo constitucional en Venezuela
 - B. El uso de medidas cautelares en el proceso de amparo constitucional para la suspensión de Juntas directivas de partidos políticos
- III. La intervención de partidos políticos en el marco de un Estado fallido
 - A. Aproximaciones sobre los Estados fallidos
 - i. El concepto de Estado fallido
 - ii. Venezuela como un ejemplo de Estado fallido
 - B. La intervención de partidos políticos como expresión de un Estado fallido
- IV. Conclusiones

I. Introducción

Desde hace unos años, hemos venido trabajando con la conceptualización del Estado fallido como uno jurídico real, con la idea de dar un tamiz definitorio y que el mismo provenga de las ciencias jurídicas, dotándolo con algo más que solo un estudio retrospectivo normativo, aprovechando las tres dimensiones de la investigación jurídica: la filosófica-especulativa, la sociológica y la normativa. Por ello, usamos las definiciones del Estado y el contrato social como piedra angular, pero a su vez, con todo lo que la filosofía y los fenómenos histórico-políticos nos han brindado como guía para este efecto¹.

Es por ello que, al proponer una definición de Estado fallido, nace la obligación conexas de estudiar los fenómenos que se han construido alrededor de este. Dado que nos encontramos en uno de los casos de Estado fallido más emblemáticos de los últimos tiempos, hemos podido denotar el proceso de descomposición de la causa del contrato social hasta el punto del desenlace

¹ Amado José Carrillo Gómez, *El Estado Fallido*, Barquisimeto, Independiente, (2017). Disponible en: <http://bit.ly/estadofallido>

lógico de todo Estado fallido y es la muerte del cuerpo político, quedando únicamente lo que llamaba Rousseau², una ilusión o apariencia de Estado.

En el contexto de la instalación inconstitucional de una Asamblea Nacional Constituyente³ y la anulación por parte de la Sala Constitucional, por medio de la figura de desacato, de la Asamblea Nacional⁴, los distintos actos de protesta o acciones que tienen como objetivo la reivindicación de derechos para la ciudadanía, han hecho que en reiteradas oportunidades, se vea en la necesidad el órgano jurisdiccional pronunciarse, haciéndolo a instancia de actores políticos del partido identificados con los partidos de gobierno, o incluso de oficio. Estas decisiones que terminan comúnmente reconducidas a sentencias de amparo, que no persiguen su objeto natural, sino que, el resultado liberador del amparo, se ha transmutado en un elemento de control político en los últimos años en Venezuela, todo en un aparente activismo judicial que, a lo largo, se ha visto desbordado.

Existe en los partidos políticos venezolanos, el dilema de votar o no, que se ha erguido a lo largo de distintos procesos electorales no reconocidos por gran parte de la comunidad internacional como un punto de discusión de la vía que debe seguir la oposición venezolana. Una forma de buscar legitimidad de estos procesos por parte del grupo de poder para conseguir la participación de partidos con mínima representación o respaldo que no termina de convencer a la comunidad internacional, pero por medio de la fuerza y la violencia política del Estado fallido son llevados los resultados a la realidad, desde lo fáctico. De este punto, han sido importantes las sentencias de la Sala Constitucional como forma de ejercer esa violencia en el activismo judicial desbordado.

La desconfianza en el órgano jurisdiccional y la fácil identificación política de los administradores de justicia han venido socavando las libertades individuales⁵, el sacrificio de derechos, todo ello por medio de los excesos del activismo judicial con el objeto de garantizar la supremacía política de un grupo y la intervención de los magistrados en asuntos políticos. Lo más preocupante es

² Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Barcelona, Altaya, 1993 [1762], pp. 103-140.

³ Román Duque Corredor, *Inconstitucionalidad por ilegitimidad de origen y del ejercicio del poder constituyente por la Asamblea Nacional Constituyente creada por Nicolás Maduro*, XLIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano, Barquisimeto, Editorial Horizonte, C.A. (2018), pp. 15-24.

⁴ Amado José Carrillo Gómez, *La jurisdicción constitucional y contencioso administrativa como mecanismo de control político en el marco de un presunto Estado Fallido*. Trabajo especial de grado para optar al grado de especialista en derecho administrativo. Universidad Fermín Toro Cabudare, (2019), pp. 42-60.

⁵ Cecilia Sosa Gómez, *La subordinación judicial*, XLIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano, Barquisimeto, Editorial Horizonte, C.A. (2018), pp. 89-98.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

el uso de una figura tan importante como lo es el amparo constitucional y su significado en materia de derechos humanos para la reducción del sector disidente al Estado fallido.

II. La intervención de partidos políticos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como mecanismo de control político

A. Aproximaciones al amparo constitucional en Venezuela

Es importante la revisión de lo que hemos construido con el pasar de los años en nuestra justicia constitucional y que, como lo ha expresado el profesor Casal, “después de estar relegada al plano de la especulación y del análisis teórico, ha adquirido en la última década una importancia capital en nuestro país”⁶. No solo en Venezuela, como presagió el profesor Casal, sino que se amplía a carácter internacional; desde España hasta Alemania, los tribunales constitucionales se vuelven protagonistas, no solo por sus decisiones individuales por causa, sino que tienen un impacto real en la sociedad. Desde lo político, para mantener el statu quo del Reino de España, interviniendo con el uso del control constitucional en un tema que trastoca la constitucionalidad y unidad político-territorial del propio Estado⁷. En otros ejemplos, la instauración del Standard Benefit o mínimo vital por parte del Tribunal Constitucional Alemán⁸, en este caso, en temas de carácter social por medio de la jurisdicción constitucional.

La base de esta jurisdicción⁹, desde el inicio, es la supremacía de la Constitución. En el caso de Venezuela, la aceptación de este principio está plasmado en el artículo 7¹⁰ del texto fundamental, donde es definido como “la norma suprema y el fundamento de todo ordenamiento jurídico”. Por ello, la idea de

⁶ Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional. Los fundamentos de justicia constitucional en la nueva carta Magna*. Caracas, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, (2001), pp. 75.

⁷ Sentencia de Tribunal Constitucional de España (Pleno) N° 4856-2017 de 05 de octubre de 2017.

⁸ Rodrigo Andrés Fayanca Bugueño, *Los derechos sociales y la libertad: un análisis problemático*, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 9, (2016), pp. 67.

⁹ Allan Brewer-Carías, *Sobre la justicia constitucional y la justicia contencioso administrativo. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativo (1976-2011)*, en Allan Brewer-Carías y Víctor Rafael Hernández Mendible (comps.), *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, (2011), pp. 19-74.

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, reimpresso con correcciones, en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 de fecha 24 de marzo del año 2000.

Constitución va acompañada del principio de supremacía constitucional, pero al mismo tiempo, se genera la necesidad de crear instancias que mantengan los actos derivados o en ejecución directa o indirecta de esta, uniformes a la misma. Esto tiene como consecuencia, que en el sistema que tiene incorporada la justicia constitucional, se manifiestan las capacidades de control y sus propios fenómenos establecidos por el profesor Ghazzaoui¹¹.

El profesor Casal, bajo consideraciones formales e iniciales, dio el contexto al amparo constitucional dentro de la justicia constitucional mixta venezolana y su protección ejercida por este medio por parte de la jurisdicción constitucional¹². Dentro de este sistema, nuestra norma constitucional, en el artículo 27¹³ estipula el derecho y la acción de amparo, anteriormente establecido en nuestra Constitución del año 1961 en su artículo 49¹⁴. Para Chavero lo califica en Venezuela como un derecho¹⁵.

Si bien el amparo constitucional se presenta como un derecho, simétricamente es también una acción y así, el profesor Linares Benzo establece que: “Es un tema, así, esencialmente procesal. No busca un análisis constitucional de la estructura del amparo –quizás solo puede llegarse a hablar de un estudio de Derecho Procesal Constitucional limitado al amparo”¹⁶. Es por ello que debemos trabajarlo desde la óptica dual.

En primer lugar, entendiendo que la naturaleza del amparo como derecho tiene una concepción histórica que busca el restablecimiento de derechos constitucionales, apuntando a una inmediatez procesal, y al mismo tiempo, que sirva como instrumento judicial (acción) para lograr el freno necesario contra el Estado o cualquier otro sujeto que afecte un derecho constitucional.

Por otro lado, el llamado “amparo dentro del amparo” o también “medidas precautelativas en el proceso de amparo” han sido desarrolladas por la doctrina de la Sala Constitucional, puesto que muy a pesar de que en el

¹¹ Ramsis Ghazzaoui, Sobre la discrecionalidad judicial y la justicia constitucional en el Estado constitucional democrático, XLII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” La Democracia frente al fraude constitucional, Barquisimeto, Editorial Horizonte, C.A. (2017), pp. 147.

¹² Casal, Constitución, pp. 75.

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, reimpresso con correcciones, en la Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24 de marzo del año 2000.

¹⁴ Constitución de la República de Venezuela, aprobada en fecha 16 de enero del año 1961 y ratificada el 23 de enero del año 1961.

¹⁵ Rafael Chavero Gazdik, El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela, (Caracas, Editorial Sherwood, 2001), pp. 31.

¹⁶ Gustavo Linares Benzo, El proceso de amparo en Venezuela, XLII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” La Democracia frente al fraude constitucional, (Barquisimeto, Editorial Horizonte, C.A. 2017), pp. 175.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

instrumento normativo que regula los amparos constitucionales en el país¹⁷ no establece el uso del poder cautelar del juez de amparo. Estas tuvieron que ser resueltas mediante una interpretación de la Sala conforme a los artículos 48 y 588 del Código de Procedimiento Civil¹⁸ en sentencia con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, como criterio base para las medidas cautelares en el proceso de amparo, conocido como la sentencia/caso L' HOTELS¹⁹.

Partiendo de esta viabilidad que ha dado la propia Sala Constitucional, tenemos en el proceso de amparo constitucional la posibilidad de que el juez de amparo pueda ejercer poderes cautelares, aun pareciendo que no existen diferencias que logren deslindar de forma clara la tutela cautelar de la tutela anticipada²⁰. Por ello, se ha debatido si lo correcto es que esto es una medida precautelativa, una medida cautelar o un “amparo dentro del amparo”. Sea cual sea la postura, lo cierto del caso es que forma parte del proceso de amparo en Venezuela.

B. El uso de medidas cautelares en el proceso de amparo constitucional para la suspensión de Juntas directivas de partidos políticos

El uso de la jurisdicción se ha desbordado al punto de utilizar mecanismos como las medidas cautelares dentro del proceso de amparo constitucional como una forma de control político. Esta modalidad ha sido empleada desde el año 2017²¹ cuando existe un proceso electoral controvertido y no reconocido internacionalmente. Se aplica una fórmula que se repite en el tiempo para suspender las directivas de los partidos políticos y nombrar juntas ad hoc que estén de acuerdo en convalidar el proceso electoral desconocido por la dirigencia opositora y miembros de la comunidad internacional.

En este caso, todo comienza con un amparo autónomo con el cual se termina decretando una medida cautelar dentro del proceso de amparo. Esta, suspende la directiva que no está de acuerdo en participar en las elecciones. Una vez suspendida se acuerda el nombramiento de una junta ad hoc conformada por

¹⁷ Ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales, Gaceta Oficial N° 34.060 de fecha 27 de septiembre de 1988.

¹⁸ Código de procedimiento civil, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5071 de fecha 29 de mayo de 1996.

¹⁹ SCON-TSJ N° 156 24/03/2000 Exp. 00-0436

²⁰ Rafael Ortiz-Ortiz, Tutela Constitucional Preventiva y Anticipada, Caracas, Editorial Frönesis, (2001), pp. 248.

²¹ Redacción CNN Español, “La comunidad internacional no reconocerá las elecciones presidenciales en Venezuela”, CNN, 17 de mayo de 2018. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/05/17/la-comunidad-internacional-no-reconocera-las-elecciones-presidenciales-en-venezuela/>

los solicitantes o personas que han sido señaladas en sus propios partidos por no seguir las directrices del propio partido. Con ello, se le da la potestad a esta junta para que comience la restructuración, como forma de garantizar el control futuro del partido.

En esta misma medida, la Sala Constitucional ordena al CNE²² abstenerse de recibir otras postulaciones que no sean las de la junta ad hoc, dándole control a esta de los signos distintivos del partido. Para evitar cualquier reducción de la infraestructura del partido prohíbe las enajenaciones, dejando a la junta encargada con la posibilidad ejercer actos de simple administración. Esta primera decisión base se tomó de la intervención del partido COPEI²³, a través de la medida cautelar en el proceso de amparo que se generó para lograr su participación en las elecciones presidenciales del año 2018²⁴. En el caso de esta sentencia y, haciendo hincapié a urgencias y protección, es de detallar que el amparo fue intentado el 22 de julio del año 2015. A la Sala le tomó dos años y medio para decidir un amparo constitucional, en el cual solo admitió y generó medida cautelar, cuando existió la posibilidad de que tuviese una repercusión en un proceso electoral de dudosa legitimidad.

Esta misma fórmula fue aplicada al designar el nuevo CNE²⁵ y las elecciones anunciadas para el 06 de diciembre del año 2020²⁶, ambas decisiones desconocidos por la comunidad internacional. Al existir la necesidad de generar la apariencia de participación política, la Sala intervino de la misma manera los siguientes partidos políticos:

1. Medida cautelar de suspensión de dirección Nacional y nombramiento de junta ad hoc, contra el partido Acción Democrática (AD)²⁷;
2. Medida cautelar de suspensión de dirección Nacional y nombramiento de junta ad hoc, contra el partido Movimiento Primero Justicia (PJ)²⁸;

²² Consejo Nacional Electoral

²³ Comité de Organización Política Electoral Independiente. También conocido como partido socialcristiano.

²⁴ SCON-TSJ N° 868 01/11/2017 Exp. 15-0860

²⁵ Redacción Armado Díaz, “Guaidó recalca que luego de 24 horas el mundo no reconoce al nuevo CNE” venezolana”, EV News, 16 de junio de 2020. Disponible en: <https://elvenezolanonews.com/2020/06/16/guaido-recalca-que-luego-de-24-horas-el-mundo-no-reconoce-al-nuevo-cne/>

²⁶ Redacción EFE, “Guaidó agradece el rechazo de 31 países a la “farsa electoral” venezolana”, EFE, 15 de agosto de 2020. Disponible en: https://es.thepochnetimes.com/guaido-agradece-el-rechazo-de-31-paises-a-la-farsa-electoral-venezolana_711456.html

²⁷ SCON-TSJ N° 71 15/06/2020 Exp. 18-0458

²⁸ SCON-TSJ N° 72 16/06/2020 Exp. 20-0026

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

3. Medida cautelar de suspensión de dirección Nacional y nombramiento de junta ad hoc, contra el partido Voluntad Popular (VP)²⁹;
4. Medida cautelar de suspensión de dirección Nacional y nombramiento de junta ad hoc, contra el partido Tendencias Unificadas Para Alcanzar Movimiento de Acción Revolucionaria Organizada (TUPAMARO)³⁰;
5. Medida cautelar de suspensión de dirección Nacional y nombramiento de junta ad hoc, contra el partido Patria Para Todos (PPT)³¹;
6. Medida cautelar de suspensión de dirección Nacional y nombramiento de junta ad hoc, contra el partido Bandera Roja³².

En las sentencias enumeradas, solo el caso de AD³³, proviene de una acción de amparo intentada con diferencia de casi dos años, similar a la situación planteada en el caso COPEI. Las otras situaciones fueron resueltas en tiempo récord (comparado al de resolución de los amparos contra COPEI y AD). El resto de los casos, son intentados en fechas correlativas a su decisión para aumentar el catálogo de partidos intervenidos. Algunos de estos partidos afectos a la coalición gubernamental, como el caso de TUPAMARO³⁴ y PPT³⁵, fueron intervenidos con partidos que forman parte de la oposición tradicional por presentar diferencias.

En el caso del partido PPT, fue intentada una oposición el 24 de agosto del año 2020 por el ciudadano Rafael Antonio Uzcátegui como miembro de la dirección nacional, cuya solicitud fue declarada inadmisibile³⁶ por no poder generarse incidencias en el proceso de amparo, a menos que dichas sentencias interlocutorias no generen indefensión. Dando este justificativo procesal, la Sala no revisa las denuncias realizadas en el escrito de oposición a la medida planteado para el caso.

Sin embargo, cuando las condiciones de hecho cambiaron en uno de los líderes nacionales de PJ³⁷ y decide participar en las elecciones por pasar por un

²⁹ SCON-TSJ N° 77 07/07/2020 Exp. 20-0053

³⁰ SCON-TSJ N° 119 18/08/2020 Exp. 20-0127

³¹ SCON-TSJ N° 122 21/08/2020 Exp. 20-0278

³² SCON-TSJ N° 124 25/08/2020 Exp. 20-0282

³³ Partido Acción Democrática.

³⁴ Partido Tendencias Unificadas Para Alcanzar Movimiento de Acción Revolucionaria Organizada.

³⁵ Partido Patria Para Todos

³⁶ SCON-TSJ N° 123 24/08/2020 Exp. 20-0278

³⁷ Movimiento Primero Justicia

proceso de negociación con el gobierno de Turquía³⁸, inmediatamente la Sala levanta la intervención de la junta ad hoc³⁹ para generar la posibilidad que el partido, con el cambio de decisión de unos de sus dirigentes, convalidara y participara en el acto electoral. Mostrando así, que si se cumplía con este requisito los partidos serían relevados parcialmente de la intervención, siempre y cuando estos participaran en el proceso electoral.

Es importante ver cómo la Sala, sistemáticamente intervino los partidos políticos que han desconocido las elecciones y han decidido no participar en ellas por medio de sentencias de la jurisdicción constitucional, específicamente con medidas cautelares en el proceso de amparo con el objeto de despojar a los líderes de sus partidos y conseguir con ello que la cita electoral cuente con partidos de oposición para dar la apariencia de legitimidad y competitividad. Eso, transforma un mecanismo liberador y que busca garantizar los derechos ciudadanos en una forma disuasiva de consecución de los objetivos políticos del grupo de poder.

III. La intervención de partidos políticos en el marco de un Estado fallido

A. Aproximaciones sobre los Estados fallidos

i. El concepto de Estado fallido

¿Qué mezcla los elementos del Estado y qué los mantiene juntos? Estos no son suficientes para formar al Estado; es necesario el bien común, que forma parte de su unión, y se expresa en la voluntad de los contratantes de hacerlo. Es la causa del contrato, como por ejemplo, la sociedad de gananciales. Si alguien se asocia es para enriquecerse mutuamente porque se quiere el bien para todos y la asociación se los dará. Ahora, desde el punto de vista del contrato social. Todo contrato tiene una causa, tanto así que el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999 habla sobre el bien común⁴⁰. Siendo evidente que el bien común forma parte de la causa del contrato social (de cualquier país) y en la Constitución venezolana realmente lo es. Sin embargo, es curioso que esta frase solo es empleada en el preámbulo del texto constitucional, aun siendo el motivo por el cual se ha hecho la misma.

³⁸ Redacción TalCual, “Guaidó agradece el rechazo de 31 países a la “farsa electoral” venezolana”, TalCual, 02 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://talcualdigital.com/capriles-reconoce-dialogo-con-turquia-y-asegura-que-gestiono-el-indulto/>

³⁹ SCOT-TSJ N° 128 04/09/2020 Exp. 20-0026

⁴⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, reimpresso con correcciones, en la Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24 de marzo del año 2000.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

El ser humano constituye al Estado como ente moral para asegurar los intereses del todo. Por lo tanto, este último debe velar por el cumplimiento de los objetivos inherentes a su creador, como visión última de la asociación jurídica; la imposibilidad de lograrlo es la causa de su muerte. El mismo existe para cumplir este objetivo principal. La humanidad en general delega en sociedad a los Estados para que logren cuidar el bien común, siendo este el que enlaza los elementos del Estado; sin su existencia previa no pueden ser constituidos. La voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con el bien común.⁴¹

En relación con lo anterior, la imposibilidad de cumplir el objetivo mismo puede generar fallas e incluso su propia destrucción. ¿En qué sentido? El Estado lo hará por el deterioro de los lazos que mantienen unidos sus elementos, lo que su resquebrajamiento puede generar un efecto dominó; la imposibilidad de la convivencia en la sociedad y el deterioro de las relaciones colectivas impiden el logro del bien común que es el fin último del Estado y lo más importante porque es su objetivo existencial. Si el mismo no puede servir al pueblo, como los describe la profesora Howard⁴², no es más que un manajo de estructuras inservibles y probablemente, inexistentes en su fondo.

Ahora, es importante analizar parte por parte la base doctrinaria del Estado fallido. Aunque no hace mención a este, Rousseau dejó el principio de lo que hoy se está viviendo. Es importante desarrollar del libro tercero de su obra “El contrato social”, el capítulo XI⁴³: De la muerte del cuerpo político. Comenzando con el título, es relevante entender a qué hace referencia Rousseau cuando habla de “cuerpo político”. Se comprende que es una metáfora utilizada por autores y tratadistas para hablar del Estado de manera general, entre ellas el hombre gigante que usó Platón para describir a la sociedad o al ente moral y el Leviatán que usó Thomas Hobbes con el mismo propósito. Rousseau estaba consciente de ello y en un solo capítulo de genialidad nos ha dado la puerta para que podamos entrar a conocer que el mismo no es un ser eterno, sino que su muerte es posible desde su creación.

Rousseau hace lo que para muchos tratadistas que definen el Estado como un ente perfecto y perpetuo: una estocada que hiere de muerte a estas apreciaciones; un ente moral perfectamente abatible, ya que este y su estructura, pueden fallar. Si Roma y Esparta -dos estructuras políticas que causaron grandes problemas a sus vecinos por su poderío militar; que se jactaban de la perfección en sus altos desarrollos políticos, económicos y sociales; y que ninguna invasión

⁴¹ Rousseau, El Contrato, pp. 25.

⁴² Howard, Tiffany, Failed States and the Origins of Violence: A Comparative Analysis of State Failure as a root cause of terrorism and political violence, New York, Routledge, (2016) [2014], pp. 15.

⁴³ Rousseau, El Contrato, pp. 87-88.

extranjera podría doblegar su fuerza- fallaron, convirtiéndose en puntos geográficos cualquiera, ¿por qué otro Estado no lo haría? No se puede esperar que el Estado dure siempre, al igual que naciones pasadas que solo quedaron como historia⁴⁴.

Siendo que el Estado no es eterno ni perfecto entonces el panorama es distinto; se debe procurar que este dure lo más posible y que sea lo más útil y robusto para su funcionamiento. Al igual que el hombre está destinado a morir, puede que más o menos tiempo, dependiendo de sus actitudes y aptitudes; el Estado desde que nace tiene en él las causas de su muerte. En este caso, la sociedad que lo ha creado será la causa de su muerte ya que, cuando la misma pierde el bien común o este se encuentra deteriorado, este va a sucumbir y gracias a esto, la falla se hace posible, siendo fortuita o estructural⁴⁵. Es importante que la sociedad, verdugo de su propia creación, procure hacer que este evento suceda en un largo plazo y no en tiempo temprano.

Rousseau dejó muy claro cómo se diferencia el Gobierno y el Estado, siendo el primero la mente que da acción y movimiento a las partes, no la que causa la muerte de cuerpo político. Esta es una señal importante y a la que se debe poner mucha atención. Es increíble cómo pudiendo tener un Gobierno “imbécil”, aún pueda el ente moral mantenerse con vida⁴⁶. Sin embargo, pasa lo contrario cuando el cuerpo legislativo, donde el Estado busca la consecución del bien común, no logra seguir haciéndolo. Puede que la sociedad no hizo énfasis en su cuidado o el mismo no cuidó su desenvolvimiento. Por tal motivo, he aquí una manera que el cuerpo político no cumple su propósito y si no lo hace, su existencia eventual es inútil, este falla y “el animal muere”. El Poder Legislativo es el corazón y es responsabilidad del mismo que el animal viva, aun pudiendo la sociedad acabar por sí misma con su propia vida; porque era la expresión viva de la representación popular. En esta descansaba la legitimidad. Allí realmente reposaba el poder político. Haciendo posible que las personas creen que el Estado falla por las leyes en sí, Rousseau aclaró:

Cuando los elementos y sentimientos de las leyes viejas adquieren más valor, los compromisos de la sociedad mantienen la razón e impulso de las voluntades que dieron vida al Estado; se establecen en el tiempo y son confirmadas por los nuevos habitantes del mismo para que el bien común se mantenga o crezca en las generaciones.⁴⁷ Hacen vista de un ente moral que ha sido bien constituido, pero si fuesen reformadas y se mantiene el espíritu de este fin, es el caso de que sería un Estado que perdurará mayor tiempo. Suerte que no seguirá, el cuerpo político donde se han dejado las leyes antiguas, se olviden, se

⁴⁴ Rousseau, *El Contrato*, pp. 87.

⁴⁵ Rousseau, *El Contrato*, pp. 87.

⁴⁶ Rousseau, *El Contrato*, pp. 88.

⁴⁷ Rousseau, *El Contrato*, pp. 88.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

pierdan y no sean revocadas, pero, tampoco sean cumplidas, la voluntad y el sentimiento se ha desvanecido y lo próximo al deterioro del bien común es la muerte.

Para Cassier, el Estado es imperfecto y su vida no es eterna.⁴⁸ Este ente es creado a través del contrato social por medio de una población que se encuentra en un territorio determinado y que tiene un poder; mas el espíritu y la causa del contrato es y será siempre el bien común. Por lo tanto, de este depende para que los elementos puedan seguir unidos. Si estos no se mantienen así, la sociedad ya no tiene voluntad, no tiene espíritu y su alma muere.

El Estado fallido es un hecho jurídico y no un acto jurídico. Este no depende de un conjunto de pasos ni fórmulas jurídicas y administrativas, lo hace únicamente de una situación a la cual causará efectos jurídicos indiscutiblemente. Bien, ahora que sabemos a qué lleva la falla al Estado, es preciso entender cómo.

La falla no depende de la suerte que tenga el cuerpo político en los cumplimientos de las banalidades humanas. Un Estado falla cuando se deteriora la fibra que mantiene unidos sus elementos, es decir, cuando el ente moral comienza a fallar, que se verá reflejado en varias facetas de la vida del país. ¿En qué sentido? Corrupción, delincuencia, pobreza, burocracia, explotación, latifundio, racismo, conflictos de clases, guerrilla, guerra, confrontaciones partidistas, entre otros.

Cuando el bien común se encuentra deteriorado, todas estas situaciones irregulares en la vida del país se van a encontrar en mayor o en menor grado, entendiéndose que el Estado es un ente imperfecto, todos los Estados fallan y permanecen fallando. Para que este sea perfecto nada de esto debería pasar, pero como no hay país en el mundo donde por lo menos no pase ni una sola vez, entonces indiscutiblemente cualquier Estado en el mundo está fallando. Jean Jaques Rousseau en el libro IV de El contrato social, en el capítulo primero escribió:

Rousseau habla del bien común cuando está en sentido perfecto⁴⁹. Nos dice cómo debería ser un Estado donde el cuerpo soberano está perfectamente acoplado. No obstante, al no cumplirse lo que Rousseau ha descrito es lógico entender ahora lo que la falla representa y el porqué de su aparición y mantenimiento en todos los Estados del planeta.

Al contrario, los seres humanos personifican y les dan esencia a los entes morales atribuyéndole características humanas. Igualmente, el resultado es el

⁴⁸ Ernst Cassier, El mito del Estado, Ciudad de México, Fondo de cultura económica México, (1974) [1946], pp. 351.

⁴⁹ Rousseau, El Contrato, pp. 103.

mismo: los seres imperfectos crean cosas imperfectas. No hay ningún hombre que se escape de la muerte y tampoco un Estado, pero entonces decir que este no tiene opción y es indiscutible que caiga es la aceptación de nuestra incapacidad de crear entes perfectos. El Estado siempre y cuando exista será destruido y reducido a nada cuantas veces el hombre decida hacerlo al igual como lo ha hecho en el pasado.

Conociendo a cabalidad cómo falla el Estado por el deterioro del bien común es necesario entonces dar definición de qué es la falla en el Estado. Lo previamente mencionado es un hecho jurídico, generado en el funcionamiento del Estado, que causa una situación irregular ocasionada por el deterioro progresivo de las relaciones interpersonales y colectivas dentro del Estado. Dando así a una pérdida parcial o completa del bien común. Se han llegado a clasificar de la siguiente manera:

“Para Jean Marie Grose existen cinco tipos de Estados fallidos:

- 1. Anarchicstates; donde no hay poder político centralizado.*
- 2. Phantomstates; sólo hay una autoridad limitada de Estado.*
- 3. Anemicstates; Estados con escasos recursos que se encuentran en guerra contra grupos secesionistas.*
- 4. Capturedstates; Estados que están manejados por grupos étnicos.*
- 5. Abortedstates; no hay poder único que posea el monopolio de la fuerza (Álvarez, 2007, p. 3)⁵⁰”*

Al saber entonces qué es la falla del Estado y lo que realmente falla, se debe determinar qué es el Estado fallido. Este es un hecho jurídico, una situación que tiene consecuencias jurídicas propias y diferentes a la de las fallas. El efecto que genera es la muerte del cuerpo político; no hay manera de solucionar el problema sin cambiar al Estado y sus principios, que sea necesario la utilización del poder soberano para eliminar al Estado y crear uno nuevo, que él no tenga más el mismo territorio y nombre.

Por lo tanto, las consecuencias son varias, pero se sintetizan en una. Nunca va a ser el mismo ente moral que era, ya sea porque sus principios e instituciones cambiaron radicalmente, porque el territorio ya no sea el mismo, por separación o independencia, anexión, destrucción e inhabitabilidad,

⁵⁰ John Sebastian Zapata Callejas, La teoría del estado fallido, Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, Vol. 9, N° 1, (2014), pp. 90.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

exterminio o erradicación poblacional. En fin, la separación y falta de los elementos del Estado.

No se puede decir que el Estado está fallido por estas razones. Al contrario, estas son las consecuencias y el Estado fallido, la razón. No sería válido concluir que el Estado falla por la destrucción de los elementos del Estado sino por el deterioro de la fibra que los mantiene unidos. El Estado fallido es un cuerpo o ente moral en el cual se ha perdido el bien común; las causas y razones por las cuales el Estado fue creado, fueron desvanecidas.

Ahora bien, el Estado fallido es un hecho jurídico donde el Estado no puede conseguir la consecución del bien común ya que en el mismo se ha generado una falla parcial o total que causa que se haga insostenible la unión de sus elementos, generando como consecuencia la muerte del cuerpo político. Solo hace falta revisar uno de los trabajos más recientes del profesor Mejía Betancourt:

“La doctrina jurídica comparada viene señalando que se considera a un Estado como “fallido”, cuando desaparecen los elementos fundamentales del pacto social y el Estado de derecho deja de existir, transformándose en otra estructura política muy diferente, “que, conservando su nombre y apariencia, ya no está en condiciones de ser un Estado”, como resultado precisamente del colapso constitucional de la organización política. Son “fallidos” aquellos Estados, “en los que sus instituciones, sus Gobiernos, en suma, se muestran incapaces de garantizar las condiciones mínimas de seguridad y supervivencia a una parte importante de sus poblaciones”¹⁹, como ocurre, por ejemplo, cuando una parte significativa de la sociedad debe buscar el exilio. Los elementos que caracterizan a un Estado “fallido” como el venezolano, según la doctrina internacional, radican en una situación en la “que se produzca: a) una pérdida de control físico del territorio o del monopolio en el uso legítimo de la fuerza; b) una erosión de la autoridad legítima a la hora de adoptar las decisiones precisas; c) una incapacidad de suministrar servicios mínimos a la población, o de paliar graves situaciones de necesidad; y d) la incapacidad de mantener relaciones diplomáticas con otros Estados de la comunidad internacional”⁵¹”

⁵¹ José Amando Mejías Betancourt, El Estado Fallido en Venezuela, Revista Tachirensis de Derecho N° 30, (2019), pp. 250-251.

Sin embargo, no se debe decir que en un Estado donde existe funcionamiento se haya cumplido dicho hecho. Para poder decirlo, el Estado al cual se le quiera vincular con este concepto no debe tener opción alguna y solo la intervención del Soberano pueda dar solución al problema ya que solo así se podrá refundar la voluntad de los individuos. En el caso de conquista o anexión, el Soberano ha entregado ya sea por su falta de fuerza de defensa o por decisión sus elementos, extinguiéndose así la voluntad de ser un Estado y pasar a formar parte de otro.

ii. Venezuela como un ejemplo de Estado fallido

Desde la toma del nuevo período de la Asamblea Nacional en enero del año 2016, hemos visto de forma recurrente una serie de sentencias, más de sesenta, donde de manera sistemática se ha desconocido la voluntad del pueblo venezolano⁵², puesto que existe una mala interpretación de la voluntad general y la no aplicación del mandato popular que obliga al Estado venezolano a permitir el ejercicio de la función parlamentaria y justo uso para el control de la administración pública.

La ruptura del hilo constitucional sucedida entre los días 27 al 30 de marzo del año 2017⁵³ y, que al sol de hoy se mantiene, corrobora la teoría de que Venezuela se encuentra en un momento delicado. La polarización política y, la pérdida de imparcialidad y separación de los Poderes Públicos⁵⁴ han ocasionado una falla grave que podía en cualquier momento desencadenar en un Estado fallido; la aplicación del paradigma de Estado constitucional ha sido desastrosa.

Es de saber que el Poder Constituyente no se puede regular; al ser ilimitado y exclusivo del pueblo, solo este es capaz de decidir la intervención y ejercicio del mismo, es decir, que las iniciativas deben ser consultadas a los ciudadanos⁵⁵. Esto fue lo que se hizo en el año 1999 específicamente el 2 de febrero cuando el entonces presidente de la República, Hugo Chávez, realizó por vía de decreto⁵⁶ una solicitud al Consejo Nacional Electoral para que se realizara

⁵² Aveledo, La carrera, pp. 28-34.

⁵³ Redacción BBC mundo, “Fiscal general de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional”, BBC, 31 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905>

⁵⁴ Sosa, La subordinación judicial, pp. 91-92.

⁵⁵ Pier Paolo Pasceri, La interpretación judicial en la convocatoria constitucional de 2017 y los límites de esta asamblea constituyente, XLIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano, Barquisimeto, Editorial Horizonte, C.A. (2018), pp. 65-72.

⁵⁶ Decreto N° 03 del 02 de febrero de 1999, Gaceta Oficial N° 36.634 del 02 de febrero del año 1999.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

un Referéndum Consultivo, preguntándole al pueblo si el mismo convocaba a una Asamblea Nacional Constituyente.

Esto hace que la forma en que la convocatoria se da, la debe hacer el pueblo y este delega -si así lo decidiera- al presidente, puesto que lo puede hacer incluso en otro órgano del Poder Público, como por ejemplo la Asamblea Nacional, para que determine cómo serán los comicios. Hemos visto que se convoca a la Asamblea Nacional Constituyente sin preguntar al pueblo y realiza el planteamiento de los comicios sin ser autorizado por los ciudadanos.

Nicolás Maduro en un solo decreto⁵⁷ dio muerte al Estado venezolano. En una sola frase es usurpada la autoridad del pueblo venezolano: “Invoco al Poder Constituyente originario, para que con su profundo espíritu patriótico”; el único que puede convocar al poder originario es el pueblo y el presidente se tomó la autoridad y depositándose en sí mismo dicho poder sin consulta alguna al pueblo. Vemos que el Estado ha sobrepasado al Soberano y se está en presencia de un Estado ilusorio por no cumplir los objetivos existenciales y declarar su propia muerte⁵⁸. El Estado, apenas fundado en 1999, es víctima de un Estado fallido mixto de falla total.

La Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, realizó un pronunciamiento en discusiones realizadas en fecha 20 y 26 de diciembre del año 2018, estableciendo que Venezuela es un Estado Fallido.⁵⁹ Este pronunciamiento de grandes personalidades y autoridades académicas en el país confirman la gravedad del caso de Venezuela y que se ha configurado el concepto de Estado fallido a plenitud por este, pues tal y como establece Rousseau en el capítulo I del libro IV de El contrato social:

“Finalmente, cuando el Estado, próximo a su ruina, no subsiste sino por una formula ilusoria y vana; cuando el vínculo social se ha roto en todos los corazones; cuando el más vil interés se ampara descaradamente bajo el nombre sagrado del bien público, entonces la voluntad general enmudece y todos guiados por motivos secretos, dejan de opinar como ciudadanos, como si el Estado no hubiese existido jamás, y

⁵⁷ Decreto N° 2830 del primero de mayo del año 2017, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.295 de fecha 3 de mayo del año 2017.

⁵⁸ Mejías, El Estado Fallido, pp. 257.

⁵⁹ Tulio Álvarez et al. 10 de enero: El despotismo apunta a la disolución de la República. Caracas, Cátedra de Derecho Constitucional de la facultad de las Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela. (2018). Disponible en: <https://efectococuyo.com/politica/constitucionalistas-advierten-sobre-la-disolucion-de-la-republica-des-pues-del-10-de-enero/>, pp. 03.

*se hacen pasar falsamente por leyes, decretos inicuos, que no tienen más finalidad que el interés particular*⁶⁰”

En Venezuela, hasta el día de hoy, existe una apariencia de Estado - porque ha muerto- y el poder solo es impulsado por la voluntad particular de un pequeño grupo que conduce al país sin legitimidad política, siendo clara la muerte del cuerpo político⁶¹.

B. La intervención de partidos políticos como expresión de un Estado fallido

El activismo judicial es una modalidad casada con la propia idea del constitucionalismo contemporáneo. En contraposición de la idea formalista, es la búsqueda de un órgano jurisdiccional en materia constitucional que sirve como contrapeso técnico para aguantar las democracias. En ese sentido, nuestro sistema constitucional mixto tiene la concepción del activismo judicial, solo basta con ver en detalle las competencias de la Sala Constitucional en el artículo 336⁶² de la Constitución, siendo esta Sala llamada, a no solo ser espectador, sino a ser parte sustancial del proceso⁶³.

Al mismo tiempo, como una gran contraparte oscura, vemos cómo se comporta en caso contrario. Cuando el juez llamado a no ser un espectador traspasa los principios racionales y pasa a ser un actor político, declarado o no, termina por restringir libertades individuales, siempre escondido tras un discurso pronunciado en nombre del interés colectivo que solo beneficia a una posición de dominio de un grupo político. Esto, lejos de lograr la celeridad y protección real, termina por ser una gran arbitrariedad que es propia de las ilusiones de Estado.

Los Estados fallidos sobrepasan el *rule of law*, aquella significancia predominante del estado de derecho y que es contrastada en un inicio como activismo en contraposición de los gobiernos democráticos con primacía del poder legislativo⁶⁴. Entendiendo que el Estado fallido es un generador de

⁶⁰ Rousseau, El Contrato, pp. 104.

⁶¹ Mejías, El Estado Fallido, pp. 252.

⁶² Avello, La carrera, pp. 28-34.

⁶³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, reimpresso con correcciones, en la Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24 de marzo del año 2000.

⁶⁴ Patricio Alejandro Maraniello, , El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional, Argentina, Universidad de Buenos Aires, (2012), <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>, pp. 164.

⁶⁴ Hans-Rudolf Horn, Activismo judicial versus gobierno democrático, Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, N° 14, (2010), pp. 183-191.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

violencia política⁶⁵, también termina por abordarse desde el ejercicio de la fuerza formal, desde el plano del ejercicio del poder judicial como una forma de imprimir la violencia política de un grupo dominante a uno dominado.

Del patrón de comportamiento que se logró establecer en materia de sentencias de medidas cautelares en los procesos de amparo constitucional, en contra de los partidos políticos que no participarían o legitimarían en las condiciones del grupo de poder, solo bastaría comparar ese modelo de conducta cuando se dio la oportunidad de participación de un líder político afecto a uno de estos partidos.

Por otro lado, debemos recordar que muchos partidos políticos fueron ilegalizados por medio de la interpretación que realizó la Sala Constitucional⁶⁶ de los artículos 67 de la Constitución⁶⁷ y los artículos 10, 16 y 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones⁶⁸. Esta misma sentencia fue aclarada⁶⁹ para generar la reprogramación y dar oportunidad de cumplir con los extremos de la sentencia, todo en un clima de premura para el proceso de referéndum revocatorio establecido en el artículo 72 de la Constitución⁷⁰ y que fue intentado a lo largo del año 2016, pero que terminó siendo paralizado por el CNE⁷¹.

Con esta cifra limitada de partidos y sumando la intervención de partidos, el proceso que se perfila para el 06 de diciembre del año 2020, cuenta por lo menos en su tarjetón electoral, con un treinta por ciento (30%) de partidos intervenidos por la Sala⁷². Una situación de competitividad reducida, que procura lograr una apariencia electoral y generar una sensación democrática que termine

⁶⁵ Howard, *Failed States*, pp. 58.

⁶⁶ SCON-TSJ N° 1 05/01/2016 Exp. 15-0638

⁶⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, reimpresso con correcciones, en la Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24 de marzo del año 2000.

⁶⁸ Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, Gaceta Oficial N° 27.725 de fecha 30 de abril de 1965.

⁶⁹ SCON-TSJ N° 878 21/10/2016 Exp. 15-0638

⁷⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, reimpresso con correcciones, en la Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24 de marzo del año 2000.

⁷¹ Redacción BBC mundo, "Venezuela: el CNE paraliza el referendo revocatorio a Nicolás Maduro", BBC, 21 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37723172>

⁷² Redacción Luisa Quintero, "30% del tarjetón electoral del 6D corresponde a partidos intervenidos por el TSJ", TalCual, 10 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://talcualdigital.com/30-del-tarjeton-electoral-del-6d-corresponde-a-partidos-intervenidos-por-el-tsj/>

por dar legitimidad suficiente al grupo de poder y sean levantadas las sanciones internacionales que recaen sobre las operaciones realizadas por estos.

Este aspecto trae como consecuencia el desborde de la jurisdicción, ya que vacían de contenido las instituciones y les dan un sentido propio del interés del poder fáctico dominante. Es preocupante el ejercicio de instituciones liberadoras como el amparo constitucional como una forma de control político que terminan por ser una expresión de los Estados fallidos como ejercicio de la violencia política. Así nos adentramos, en aquello que concluyó el profesor Urbina: “Hacerlo es incurrir en uno de los mayores temores del Constitucionalismo, tanto el histórico-moderno como el contemporáneo: que nos terminen gobernando los jueces, el peor gobierno de todos los imaginados⁷³”

IV. Conclusiones

El estudio de los Estados fallidos es una necesidad vigente y que requiere un mayor esfuerzo por parte de los investigadores. Este fenómeno ha terminado de trastocar los funcionamientos conocidos y racionales, por lo que no se ve exceptuado el Poder Judicial. El caso venezolano es uno de los más importantes de la historia reciente y que amerita mayor atención del foro ya que cada sentencia puede representar, no solo una simple desviación o error jurídico, sino una nueva configuración para el vaciado de contenido de la institución y así, generar un nuevo sistema de dominio y ejercicio bajo una legitimidad inexistente que termina de ser, una apariencia.

El comportamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirma un desborde del activismo judicial, que fue pensado para sostener la libertad de los individuos al igual que instituciones claves como el amparo constitucional. La gravedad con la que instituciones clásicas del derecho constitucional contemporáneo son utilizadas para perseguir, reducir y eliminar a la disidencia política es preocupante. Sobre todo, cuando lo que se aspira es legitimar procesos electorales que no tienen como norte garantizar el derecho al sufragio y la posibilidad real que se pueda generar en el país un cambio político. Resolver la condición del Estado fallido venezolano es de fundamental importancia para reconstruir la institucionalidad democrática en el país y volver a dar una dirección ética y jurídica a nuestro Poder Judicial, en especial, al sistema de justicia constitucional que ha sido uno de los más golpeados y desdibujados.

⁷³ Emilio José Urbina Mendoza, Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un tribunal constitucional? El caso de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela 2016-2018, Estudios de Deusto, Vol. 62/2, (2018), pp. 493-494.

La intervención de partidos políticos por parte de la jurisdicción constitucional como expresión de un Estado fallido

Son tiempos oscuros, difíciles. No es sencillo en la propia lógica que han venido construyendo las salas como una doctrina, no verse arrastrado sin que esto no disminuya nuestra conexión con el derecho mundial como ciencia. Toca dejar los testimonios de las denuncias de estos excesos y sistematizar el estudio de estas para conseguir los antídotos, las soluciones concretas y técnicas que debemos dar al país en nombre del gremio. Parece indefectible que aún tendrán que pasar muchas cosas donde nos veremos probados como juristas y deberemos seguir firmes en nuestra diezmada academia, en cosas tan básicas y trascendentales como vivir honestamente, no dañar a otros, y dar a cada quien lo que le corresponde⁷⁴.

⁷⁴ Frase que siempre debemos rescatar de Domicio Ulpiano.

La importancia del Derecho Civil hoy¹

María Candelaria Domínguez Guillén

Agradezco al Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Geraldine Cardozo, Eucaris Meza y demás autoridades de la Universidad Monteávila por esta invitación, justamente en el año del 20 Aniversario de esta acogedora Casa de Estudios. Y gracias a todos los que nos acompañan. Conversaremos sobre la importancia del Derecho Civil. Primeramente, daremos una noción de éste que abarque su parte “sintética”, así como también “descriptiva”, para luego adentrarnos propiamente en su trascendencia. El Derecho Civil en su noción sintética o abreviada es el *Derecho Privado General* y en su parte descriptiva, esto es, las instituciones que alcanza, se extiende al estudio de la *persona, la familia y las relaciones patrimoniales*, lo cual supone necesariamente referirse a sus “ramas” o asignaturas².

El Derecho Civil, en efecto, se traduce en el “Derecho Privado General”, esto es, El Derecho Privado excluidas sus ramas especiales. Porque de existir una rama “especial” del Derecho Privado, que haya adquirido autonomía propia, como es el caso del Derecho Mercantil no será “Derecho Civil”. Cabe advertir que el término “especial” no se corresponde con su significado tradicional, capaz de llevar a pensar que el Derecho Civil ocupa un lugar secundario. Por el contrario, su carácter “residual” le impone un alcance que no posee ninguna otra asignatura, constituyendo el área del Derecho Privado con mayor incidencia práctica y mayor presencia en el pensum de estudios contando generalmente con “cinco” asignaturas y pudiendo para algunos superar este número³. Su papel

¹ Resumen de la ponencia presentada en la lección inaugural de la Universidad Monteávila. 14 de noviembre de 2018

² Véanse nuestros trabajos: Sobre la noción de Derecho Civil, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello 2007-2008, N° 62-63, 2010, pp. 81-97; Manual de Derecho Civil Personas, Paredes, Caracas, 2011, pp. 19-27; Instituciones fundamentales de Derecho Civil, Colección Estudios N° 2, Caracas, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (Cenlae), 2019, pp. 11-20; «Prólogo» en: Varela Cáceres, Edison Lucio: Lecciones de Derecho Civil i Personas. Editorial RVLJ. Caracas, 2019, pp. 23-27, www.rvlj.com.ve. Véase también el tema en este último autor (Varela Cáceres, ob. cit., pp. 39-79).

³ Lo cual sería predicable por ejemplo respecto de Derecho Sucesorio que pudiera cursarse aparte de Derecho de Familia. Véase también: Rodner, James Otis: Presentación de libro de María Candelaria Domínguez Guillén Curso de Derecho Civil III Obligaciones, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 10-III edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, p. 1014, www.rvlj.com.ve lo ideal es que el Derecho de Obligaciones se diera en tres cursos: Teoría General de las Obligaciones, Teoría General del Contrato y Responsabilidad civil extracontractual. Lo mínimo es que la materia se dictara en dos cursos de un año cada uno.

“supletorio”, “residual” o “común” le confiere una omnipresencia obvia⁴. Se denomina también Derecho Privado “*nuclear*” por constituir la esencia del Derecho Privado, el núcleo del que se han derivado otros Derechos especiales. Se alude también a “Derecho Privado no especializado”.

En efecto, el Derecho Civil, está constituido por diversas ramas o asignaturas, unas de contenido fundamentalmente extrapatrimonial (Derecho Civil I “Personas”⁵ y “Familia”⁶) y otras de contenido patrimonial (Derecho Civil II Bienes y Derechos reales⁷, Derechos Civil III Obligaciones⁸ y Contratos

⁴ Véase: La importancia del Derecho Civil y de su codificación en la sociedad, Entrevista a Fernando Vidal Ramírez, por Miguel Ángel Pérez Caruajulca, el día 26 de junio de 2014, THĒMIS-Revista de Derecho N° 66, 2014, p. 20. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/12685/13238> el Derecho Civil sigue siendo la piedra angular del Derecho. Porque es el Derecho Común. Es el Derecho del cual se van desprendiendo ramificaciones que dan lugar a los Derechos especiales. Por eso, el Derecho Civil, como Derecho Común y troncal, tiene un rol supletorio, pues se aplica de manera supletoria para integrar los vacíos que puede presentar el ordenamiento legal, no el jurídico, pues esa es una función fundamental que cumple el Derecho Civil.

⁵ Entre los que se estudia temas como: El Derecho Civil, la persona, la persona incorporal, inicio y fin de la persona humana, los atributos de la persona (el nombre civil, la sede jurídica, el estado civil), la posesión de estado, el Registro del Estado Civil, los derechos de la personalidad, la capacidad y los distintos regímenes de incapaces de menores (patria potestad, tutela, colocación, emancipación) y de mayores (interdicción e inhabilitación) y ausencia. Véase nuestros: Manual de Derecho Civil I Personas..., Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores, 3ª edic., 2010.

⁶ Se estudia entre otros el Derecho de Familia, la obligación de alimentos, el parentesco, la filiación, la adopción, el matrimonio, el concubinato o unión de hecho estable. Véase nuestro: Manual de Derecho de Familia, Caracas, Paredes, 2ª edic., 2014.

⁷ Que contiene temas como: Las cosas y su clasificación, el patrimonio, el derecho real, la posesión, la propiedad, la accesión, la ocupación, la usucapión, la comunidad, el usufructo, el uso, la habitación, el hogar, la servidumbre, la multipropiedad y el tiempo compartido. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria y Carlos Pérez Fernández, El Derecho de Bienes en Venezuela, Jurisprudencia Argentina, N° 8, 2017-I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, pp. 15-23; Domínguez Guillén, María C. y Carlos Pérez Fernández: “Notas sobre el patrimonio en el Derecho Venezolano”, Revista Boliviana de Derecho N° 25, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz/ Bolivia, Enero 2018, pp. 272-305, www.revistabolivianadederecho.org; Domínguez Guillén, Instituciones fundamentales..., pp. 143-181.

⁸ Que incluye la teoría general de las obligaciones (noción, clasificación, el cumplimiento, responsabilidad civil contractual, causa extraña no imputable, la teoría de la imprevisión, la mora, la regulación convencional de la responsabilidad, acciones protectoras del crédito, transmisión, extinción, etc.) y las fuentes de las obligaciones (contratos, cuasicontratos y responsabilidad civil por hecho ilícito). Véase nuestro: Curso de Derecho Civil III Obligaciones, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017, www.rvlj.com.ve

y Garantías⁹). Sucesiones constituye un punto intermedio entre lo patrimonial y lo extrapatrimonial porque presenta un componente familiar no obstante recaer sobre el destino del patrimonio de quien fue persona¹⁰. Un panorama por el contenido programático de dichas asignaturas nos da una idea de la presencia diaria de la materia y de que nadie escapa ni un día siquiera al alcance del Derecho Civil.

Afirma Rivera que el Derecho Civil sigue siendo la rama en que se encuentran los institutos de base y por ello constituye el tejido conectivo de todos los sectores del Derecho Privado¹¹. Es difícil precisar qué rama presenta mayor presencia cotidiana, a saber, el Derecho Civil extrapatrimonial o el Derecho Civil patrimonial. Este último agrupando la *summa divisio* de los derechos patrimoniales en Derechos Reales y Derechos de Crédito, que a la par de Contratos y Garantías, conforman el Derecho Civil patrimonial¹². El Derecho Civil es vital en el estudio de otras materias de Derecho Privado, como es el caso del Derecho Mercantil, respecto del cual tiene carácter supletorio (CCom., art. 8) e inclusive es base u origen de algunas instituciones del Derecho Público (en temas como la personalidad, la responsabilidad, el contrato, etc.)

El Derecho de la Persona y el Derecho de las Obligaciones constituyen materias fundamentales pues están conformadas por algunos temas de “teoría general”, que incluyen instituciones perdurables en el tiempo al margen de las reformas legislativas. El Derecho de Obligaciones se muestra como la materia de mayor presencia dentro del Derecho Patrimonial. Su importancia es reconocida por la doctrina porque a diario entramos en la esfera de la relación obligatoria. No se puede encontrar un solo caso de persona que no sea centro de relaciones de carácter patrimonial¹³. Toda relación humana de contenido

⁹ Se aprecian temas como: la fianza, la hipoteca, la prenda y algunos contratos en particular tales como la compraventa, la permuta, el arrendamiento, la enfiteusis, sociedad, de obras, transacción, comodato, mandato, mutuo, deposito, anticresis y renta vitalicia. Véase: Bernad Mainar, Rafael: Contratación Civil en el Derecho Venezolano, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, T. I y II.

¹⁰ Incluye temas como la sucesión, la herencia, el legado, la sucesión legal, la legítima o sucesión forzosa, la sucesión testamentaria, la colación, la sustitución, el albaceazgo, la partición. Véase nuestro: Manual de Derecho Sucesorio, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2ª edic., 2019, www.rvlj.com.ve

¹¹ Rivera, Julio César: Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, I, reimpr., p. 89.

¹² Véase: Domínguez Guillén y Pérez Fernández, ob. cit., pp. 18 y 20.

¹³ Beltrán de Heredia y Onis, Pablo: La obligación (Concepto, Estructura y Fuentes). Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, p. 13.

patrimonial tiene necesariamente una fuente obligacional¹⁴. No existe, puede decirse, institución de Derecho Civil de la que no surjan relaciones obligatorias¹⁵. El contrato como fuente por antonomasia de las obligaciones está presente en cada instante de nuestro quehacer: es un “instituto” jurídico y un fenómeno económico que ha llevado a una “contractualización de la sociedad”¹⁶.

El Derecho Civil constituye la materia con mayores aplicaciones prácticas en la realidad de la vida cotidiana. Denominado en feliz expresión de Lacruz Berdejo, el “*Derecho de la vida diaria*”¹⁷, porque desde el instante en que nacemos hasta que morimos, e inclusive después, el “Derecho Privado General” rige nuestra vida jurídica. El Derecho Civil constituye la parte más importante del Derecho Privado, siendo este en términos excesivamente simples, el que regula las relaciones entre particulares en un plano de igualdad, por oposición al Derecho Público, que apareja la intervención del Estado en un plano de Superioridad. Siendo referido el Derecho Privado como muestra de libertad¹⁸. Aunque modernamente se cuestiona la pretendida igualdad del Derecho Civil en materias como el consumo y niñez y adolescencia, toda vez que las partes no están en igualdad real y de allí la necesaria protección legislativa.

El Derecho Civil es sin lugar a dudas, y no porque nos dedicamos a dicha área, el ámbito más importante del Derecho, especialmente desde el punto de vista de su trascendencia práctica, de su presencia en el quehacer del individuo, que no solo se evidencia en el pensum de estudios sino por ser el Derecho de la vida diaria. Nadie escapa a su poder expansivo, desde que somos concebidos comienza nuestra protección civil (CC, arts. 17 y 213). Luego si nacemos nos ubicamos en el tema del inicio de la persona –si respiramos extrauterinamente

¹⁴ Hernández-Bretón, Eugenio: El régimen de las obligaciones en el proyecto de ley de Derecho Internacional Privado (1963-1965), Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 69, Universidad Central de Venezuela, 1988, p. 323.

¹⁵ Giorgianni, Michele: La Obligación (La parte general de las obligaciones). Barcelona, Bosch, 1958, Trad. Evelio Verdera y Tuells, p. 16.

¹⁶ Rochfeld, Judith: Les grandes notions du droit privé. Paris, Thémis, 2016, pp. 435 y 436, reseña las funciones del contrato (jurídicas, intercambio económico, servir a las políticas públicas, etc.); Domínguez Guillén, Instituciones fundamentales..., pp. 204-215; Domínguez Guillén, Curso de Derecho Civil iii Obligaciones..., pp. 468-610.

¹⁷ Véase utilizando tal expresión: Lacruz Berdejo, José Luis y otros: Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil. Barcelona, José María Bosch editor S.A., 1988, Vol. I, p. 45.

¹⁸ Véase: Rondón García, Andrea: ¿Publicización del Derecho Privado? Notas para una reivindicación del Derecho Privado ante el desbordamiento actual del Derecho Público en Venezuela, Revista de la Facultad de Derecho N° 60-61, 2005-2006, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 204.

seremos sujeto de derecho¹⁹-, y del Registro del Estado Civil pues inmediatamente al nacimiento se toman las huellas del recién nacido a los fines de su constancia de nacimiento. Pero de seguidas al salir del centro asistencial ya estamos en el ámbito del Derecho de las Obligaciones; debemos proceder al «pago», tema fundamental de la materia; y al salir del centro hospitalario tomaremos un taxi o pagaremos el estacionamiento, es decir, celebraremos un contrato²⁰. Pero si en el camino a casa tropezamos a alguien y le ocasionamos un daño caeremos en la responsabilidad civil extracontractual o delictual pues todo el que ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo. Ello inclusive en materia de transporte por cortesía. Si hacemos un pago por equivocación, ello está sujeto a devolución o repetición por aplicación de los cuasicontratos como fuentes de las obligaciones, a saber, el enriquecimiento sin causa que es el género o el pago de lo indebido como especie. A la par, todos tenemos “atributos” (nombre civil, sede jurídica y estado civil), derechos de la personalidad, capacidad de goce, amén que estamos inmersos necesariamente en una “familia”. También conectado con ésta surge la “sucesión” que determinará el destino del patrimonio que dejamos al morir²¹, pues la muerte es nuestro destino seguro. Esto por solo ofrecer algunos ejemplos. Podrán existir algunas materias que nunca afecten al sujeto como pudiera ser el Derecho Laboral o el Derecho Penal, pero nadie en lo absoluto escapa de la diaria incidencia del Derecho Civil²².

Comenta Fernando ATRIA que aunque algunos pensaron que “el Derecho Civil ciertamente no era donde estaba la acción” no pudieron dejar de admitir la importancia de la materia en la identidad profesional de los abogados²³.

¹⁹ Véase nuestro trabajo: Evolución en el ordenamiento venezolano del inicio y extinción de la personalidad jurídica humana, *Jurisprudencia Argentina* N° 2020-1, Fasc. 13, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2020, pp. 17-40.

²⁰ Véase nuestras: Palabras de Presentación del libro Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-III edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 1021 y 1022, www.rvlj.com.ve

²¹ Véanse nuestros trabajos: La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa, I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”. Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 63-89; Perspectivas del Derecho Sucesorio Venezolano. “Hacia un nuevo Derecho de Sucesiones”, Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.), Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2019, pp. 253-294; Domínguez Guillén, *Instituciones fundamentales...*, pp. 229-312.

²² Véase nuestro “prólogo” en Várela Cáceres, ob. cit., pp. 23 y 24.

²³ Atria L, Fernando: La relevancia del derecho civil (a propósito de Barros, Tratado de Responsabilidad Extracontractual), REJ - Revista de Estudios de la Justicia, N° 8, Año 2006, p. 219, http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej8/la_relevancia_del_derecho_civil-%20a%20prop%C3%B3sito_de%20Barros_MS_word_2003.pdf

Concluyendo que “cuando hablamos de Derecho Civil estamos hablando de algo verdaderamente importante”²⁴.

de Trazegnies Granda, alude a la pretendida “crisis contemporánea del Derecho Civil”²⁵, señalando que el prestigio de otrora se ha opacado, pero se concluye que bien puede existir un Derecho Civil moderno basado en la idea de justicia. Se reconstruyen otras categorías y otras “instituciones” jurídicas con características diferentes; quizá menos presuntuosas, más atentas a las realidades cotidianas e históricas, preocupadas no solamente de su valor para el individuo en particular sino también para la sociedad en general²⁶. Recordemos que el valor justicia de rango constitucional está presente en la interpretación en general del Derecho Civil. Y ello permite un refrescamiento de sus “instituciones” civiles mediante la constitucionalización impropia o interpretativa. Por lo que bien puede concluirse que ciertas instituciones civiles no precisarían de una reforma formal a los fines de su actualización sino de la interpretación sistemática del intérprete a la luz de los valores de la Carta Fundamental²⁷.

La crisis del “contrato” producto del obvio declive de la autonomía de la voluntad²⁸, es solo consecuencia de la denominada para algunos “socialización” del Derecho Civil²⁹, derivada de la regulación e intervención del Estado, pero en modo alguno, ello desdice de la importancia de la institución contractual como fuente primaria de las Obligaciones. Acota Pascual Quintana en cuanto a la denominada crisis del Derecho Civil, que por fortuna la misma no es dolencia

²⁴ Ibid., p. 226.

²⁵ de Trazegnies Granda, Fernando: El Derecho Civil ante la postmodernidad, https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/irisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_4/El_derecho_civil_ante_la_post_modernidad.pdf, p. 73.

²⁶ Ibid, pp. 74 y 82.

²⁷ Véanse nuestros trabajos: Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil). Editorial Jurídica Venezolana/Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018, pp. 180-193; Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela. En: Jurisprudencia Argentina N.º 13. Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano. En: Actualidad Jurídica Iberoamericana N.º 10. Idibe. Valencia, 2019, pp. 52-91, <http://idibe.org>; La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano, Revista Culturas Jurídicas, Vol. 6, N.º 15, Brasil, set/diz. 2019, pp. 93-136, <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/928>. Véase también: Llamas Pombo, Eugenio: Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 120, la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento condiciona también la interpretación de las leyes civiles.

²⁸ Véase nuestro: Curso de Derecho Civil III Obligaciones, ob. cit., pp. 26-29 y 512-516.

²⁹ Mazeaud, Henri y otros (Léon y Jean): Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, Parte Primera, Vol. I. Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derecho Subjetivo. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, pp. 81 y 82.

mortal sino indicio de variación y evolución. Se indica que el Derecho Civil ha variado en lo accesorio tal vez con censurable precipitación de sus instituciones y conceptos pero se mantienen sus principios y estructura en lo fundamental³⁰. El Derecho Civil tiene un marcado carácter de “permanencia” lo que asegura la inmutabilidad en la contextura de sus instituciones³¹. La sustantividad de las fundamentales instituciones civiles ha perdurado en su esencia a lo largo del tiempo, demostrando su fortaleza³². El contrato, el derecho real y dentro de éste la “propiedad”, el derecho de crédito o de obligaciones, la familia, la sucesión y especialmente “la persona” son instituciones civiles que jamás pasaran de moda en lo jurídico.

De tal suerte, que pudiera seguirles hablando por horas y convenciéndoles de la trascendencia del Derecho Civil, cual antigua vendedora de “resorts”- que por cierto también constituye un tema de Derecho Civil II (la multipropiedad y el tiempo compartido³³)-. Cuando le dije al profesor Hernández- Bretón que hablaría en la lección inaugural sobre “la importancia del Derecho Civil”, atinadamente le agregé al título la palabra “hoy”. Pero podríamos decir que ***tal importancia la tiene hoy, la tuvo ayer y sin duda la tendrá mañana, pues el Derecho Civil será por siempre aquel que acompaña y protege al hombre en su vida cotidiana.***

¡Mil gracias!...

³⁰ Pascual Quintana, Juan Manuel: En torno al concepto de Derecho Civil, Ediciones Universidad Salamanca, 1959, Acta Salmanticensia, Ivssv Senatvs Vniversitatis Edita, Tomo IV, N° 1, p. 53, el autor cita a Castán en hacia un nuevo Derecho Civil.

³¹ Rodríguez Arias-Bustamante, Lino: Orientaciones modernas del Derecho Civil (La problemática de la libertad jurídica), <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/20572-39.pdf> pp. 226 y 227, cita a Hernández Gil, pues no puede depender del poder político de un día.

³² Véase: Domínguez Guillén y Pérez Fernández, El Derecho de Bienes en Venezuela, p. 21, la esencia de sus instituciones básicas perdura en el tiempo, no obstante las reformas.

³³ Véase: Hernández-Bretón, Eugenio y Uxua Ojer: Multipropiedad y tiempo compartido, SUMMA Homenaje a la Procuraduría General de la República 135° Aniversario, Caracas, 1998, pp. 481-510.

Relaciones laborales: ruptura o transformación¹

Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño

A los soñadores

*“Mirando gente que se ha dado a la fuga
pueblos corriendo en eternas retiradas viendo
su huida convertirse en cita pues del
encuentro con la verdad nadie se escapa
aunque te escondas tras la promesa de un
mañana ya eso no alcanza ... “No le tengas
miedo al miedo que asusta’o no vale nada”*

Ojos de Perro Azul. Rubén Blades

Sumario

- I. Consideraciones Preliminares
- II. Derecho Individual
- A. Principio de Norma Más Favorable
- B. Modalidades del Contrato de Trabajo
- C. Trabajadores Extranjeros
- D. Teletrabajo
- E. Suspensión por Fuerza Mayor o Caso Fortuito
- F. Terminación de la Relación
- G. Solidaridad Laboral
- H. Tercerización
- I. Salario

¹ A los fines del presente artículo serán utilizados los siguientes términos: Venezuela: República Bolivariana de Venezuela. TSJ: Tribunal Supremo de Justicia. SC: Sala Constitucional. SCS: Sala de Casación Social. SCC: Sala de Casación Civil. CJS: Corte Suprema de Justicia. CPCA: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Administración del Trabajo: Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo o Inspectoría del Trabajo. CNE: Consejo Nacional Electoral. SENAMED: Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación. SENAMED: Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación. Covid-19: SARS-CoV-2. GORBV: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. GORV: Gaceta Oficial de la República de Venezuela. CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la GORBV N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009. LOT: Ley Orgánica del Trabajo publicada en la GORV N° 5.152 Extraordinario de fecha 19 de junio de 1997. DLOTTT: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras publicado en la GORBV N° 6.076 Extraordinario de fecha 7 de mayo de 2012. LOPT: Ley Orgánica Procesal del Trabajo publicada en la GORBV N° 37.504 Ordinario de fecha 13 de agosto de 2002. RLOT: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en la GORBV N° 38.426 Ordinario de fecha 28 de abril de 2006. Decreto de Estado de Alarma: Decreto N° 4160 publicado en la GORBV N° 6.519 Extraordinario de fecha 13 de marzo de 2020.

- J. Jornada de Trabajo
- K. Personas con Discapacidad
- L. Protección a la Familia
- M. Invenciones y Mejoras
- III. Derecho Colectivo
- A. Organizaciones Sindicales
- B. Negociación Colectiva
- C. Conflicto Colectivo
- D. Instancia de Protección
- IV. Resolución de Conflictos
- V. Sanciones y Procedimiento
- VI. Conclusiones.

I. Consideraciones Preliminares

La legislación laboral se encuentra en una crisis, que no parece que pueda ser superada bajo la aplicación de los principios básicos que orientan las relaciones laborales, por lo que sería necesario replantear el actual modelo de relaciones laborales, para tratar de construir una base normativa que pueda tener respuestas ante futuras crisis económicas, pandemias y el impacto de la tecnología en el mercado de trabajo.

No es posible desconocer la influencia que tiene la economía en las relaciones laborales, por lo que es momento de entender que el principio de intangibilidad y progresividad previsto en el numeral 1 del artículo 89 de la CRBV no es absoluto, porque la conservación de la fuente de empleo debe prevalecer frente al referido principio, más aún cuando el mismo colide con la seguridad y soberanía alimentaria, educación y salud de las personas.

Nos encontramos ante nuevos tiempos que requieren la construcción de un nuevo modelo de relaciones laborales, que tiene que ir acompañado de medias macroeconómicas por parte del Estado, para de esa forma buscar la recuperación del poder adquisitivo de los trabajadores, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de las personas.

Por lo tanto, es impostergable la discusión que permita el desarrollo de normas mínimas que sean la base del nuevo modelo de relaciones laborales, porque seguir anclados a ideas del siglo XIX y XX que fueron ampliamente superadas por la realidad que se enfrenta en pleno siglo XXI, es condenar a los trabajadores al desempleo.

Para disminuir el riesgo que los trabajadores queden desempleados, éstos deberán desarrollar nuevas habilidades que se encuentren adaptadas a la realidad del mercado, para de esa forma poder integrarse en un mercado que exige nuevas competencias.

En este sentido, encontramos que en diferentes países se estaría regulando el teletrabajo, como la modalidad de prestación de servicios en medio de la pandemia del Covid-19, pero más allá de la regulación, se deben hacer evaluaciones sobre los sectores económicos susceptibles de teletrabajo, pero además identificando los cargos que pueden desempeñarse bajo la modalidad de teletrabajo, con la particularidad que en Venezuela se debe tomar en cuenta la falla de los servicios básicos que afectaría la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo, así como el hecho que los trabajadores no cuenten en sus hogares con los equipos tecnológicos para realizar sus labores, lo que implica que las empresas deban realizar una inversión en tecnología.

Por lo anterior, realizamos algunas consideraciones sobre diferentes aspectos de las relaciones laborales, que consideramos que deben ser estudiados y debatidos, para lograr la transformación del actual modelo de relaciones laborales.

II. Derecho Individual

A. Principio de Norma Más Favorable

Una de las controversias que se origina con las normas laborales, es la limitación de la autonomía de las partes, porque las partes no pueden disponer de la regulación mínima que se encuentra prevista en la legislación laboral, por esa razón el acuerdo que sea suscrito entre las partes no puede ser contrario a los mínimos reconocidos en la legislación laboral.

Sin embargo, lo anterior no implica que las partes en el contrato de trabajo o en la convención colectiva puedan acordar condiciones y beneficios que sea más favorables para el trabajador, que la aplicación de la legislación laboral.

En este sentido, sería posible en el supuesto de un trabajador internacional que las partes decidan acordar una serie de condiciones y beneficios que sean más favorables que la aplicación del DLOTTT. Inclusive, las partes podrían acordar la aplicación de una legislación extranjera que sea más favorable al DLOTTT, sin que ello pueda ser entendido como una violación de una norma de orden público, porque las partes en respeto al principio de norma más favorable previsto en el numeral 3 del artículo 89 de la CRBV en concordancia con el numeral 5 del artículo 18 del DLOTTT, estaría acordando de condiciones y beneficios laborales más beneficios que los previstos en el DLOTTT.

De hecho, la SCS del TSJ en la sentencia N° 894 dictada en fecha 1° de junio de 2009 en el caso: ChevronTexaco Global Technology Services

Compamy², reconoció la aplicación del principio de norma más favorable en el supuesto de un trabajador internacional, reconociendo que las condiciones y beneficios laborales acordados por las partes en el contrato de trabajo, eran más favorables que la aplicación de la legislación laboral de Venezuela.

Creemos que la aplicación del principio de norma más favorables, podría otorgar la seguridad jurídica que requieren las empresas para realizar sus inversiones, porque partiendo del hecho que se trata de un principio de aplicación universal, la empresa sólo tendría que verificar con sus asesores que las condiciones y beneficios regulados en el contrato sean más favorables que la aplicación del DLOTTT, porque además en Venezuela con base en la sentencia N° 1221 dictada por la SCS del TSJ en fecha 12 de agosto de 2014 en el caso: Rolex de Venezuela, C.A.³, se reconoce la aplicación del “contrato paquete”, que es uno de los modos de compensación que utilizan las empresas en algunos países, para de esa forma cumplir con todas las obligaciones laborales, esquema que podría mejorar el poder adquisitivo del trabajador.

Igualmente, sería posible que las partes acuerden que el salario de base de un beneficio laboral sea diferente al salario de base previsto en el DLOTTT, siempre y cuando el beneficio laboral sea más favorable que la aplicación del DLOTTT, por ello sería posible pagar las vacaciones, el bono vacacional, las horas extras, el trabajo en día de descanso, el trabajo en día feriado con el salario básico y no con base en el salario normal, siempre que el número de días o el recargo sea mayor a lo previsto en el DLOTTT, siendo un supuesto que también sería aplicable para el pago de las utilidades. En efecto, sobre la aplicación del principio de norma más favorable en el pago de beneficios laborales se pronunció la SCS del TSJ en la sentencia N° 2117 dictada en fecha 23 de octubre de 2007 en el caso: Banco Provincial, S.A. Banco Universal⁴.

B. Modalidades del Contrato de Trabajo

En el artículo 60 del DLOTTT se prevé que el contrato de trabajo podrá ser por: (i) tiempo indeterminado; (ii) tiempo determinado; u (iii) obra determinada, con la particularidad que en el artículo 62 del DLOTTT se prevé que el contrato por tiempo determinado tendrá una duración de 1 año, con la posibilidad que las partes puedan acordar su prórroga, a los que debemos agregar que sólo es posible contratar a tiempo determinado a un trabajador cuando: (i) lo exija la naturaleza del servicio; (ii) se sustituya a un trabajador; (iii) se trate

² Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/0894-1609-2009-08-309.HTML>
Fecha de Consulta: 24/08/2020

³ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/168248-1221-12814-2014-13-335.HTML>
Fecha de Consulta: 24/08/2020

⁴ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/2117-231007-07786.HTM>
Fecha de Consulta: 24/08/2020

de trabajadores venezolanos que prestarán servicios en otro país; y (iv) no haya terminado la labor para la que fuera contratado el trabajador y se sigan requiriendo sus servicios, por aplicación del artículo 64 del DLOTTT.

Con base en la realidad del mercado, consideramos que se debe estudiar la posibilidad de contratar a un trabajador a tiempo determinado, sin necesidad que se cumplan con los parámetros previstos en el artículo 64 del DLOTTT, como medida para fomentar el empleo.

A lo anterior debemos agregar que el contrato a tiempo determinado debería ser por un tiempo no mayor a 3 años, con la posibilidad de una prórroga, por lo que el contrato a tiempo determinado debería tener una duración máxima de 5 años, ello porque es posible que un trabajador sea contratado para el desarrollo de un proyecto determinado, pero que la duración del proyecto sea mayor a 1 año, que es el límite que impone actualmente el artículo 62 del DLOTTT.

También se debe tomar en cuenta el hecho que un trabajador que presta servicios bajo la modalidad de contrato por obra, pueda ser contratado en la misma obra para realizar funciones diferentes a las de su contrato inicial, sin que ello implique una violación del artículo 63 del DLOTTT, porque el trabajador tendría unas condiciones que estarían permitiendo su contratación en otra fase de la obra, además que se garantizaría la continuidad de la antigüedad del trabajador, sin que se pueda entender que la intención de las partes fue establecer una relación laboral a tiempo indeterminado.

C. Trabajadores Extranjeros

Otro aspecto que debe ser estudiado, es la posibilidad de modificar las limitaciones para la contratación de trabajadores extranjeros y la compensación de éstos, supuesto regulado en el artículo 27 del DLOTTT, que fuera estudiado por la SCS del TSJ en la sentencia N° 1771 dictada en fecha 7 de agosto de 2007 en el caso: Urdaneta Gazprom-2, S.A.⁵ Por cuanto, la movilidad de los trabajadores en el mercado, implica que éstos puedan llegar a prestar sus servicios en diferentes jurisdicciones, más aún cuando ellos son parte de los grupos de empresas multinacionales, por lo que una solución pudiera ser modificar los límites actuales de la norma o que la prestación de servicios del trabajador extranjero en Venezuela no sea mayor a un tiempo determinado, que podría ser de 5 años contados desde la aprobación de la visa de trabajo.

De otra parte, se debe considerar que las empresas multinacionales contratan a trabajadores venezolanos que tienen la experiencia para desempeñar

⁵ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/1771-070807-07403.HTM>
Fecha de Consulta 24/08/2020

las diferentes labores que requieren las empresas, más allá que se puedan contratar trabajadores extranjeros que aportan sus conocimientos sobre la operación, los cuales en algunos casos son contratados bajo la figura de un contrato de asistencia técnica entre la empresa extranjera y la venezolana, por lo que en algunos casos la empresa que paga el salario del trabajador extranjero no es la empresa que opera en Venezuela, sino la empresa extranjera como parte del contrato de asistencia técnica.

Inclusive, en los Convenios Internacionales sería posible regular todos los aspectos vinculados a las relaciones laborales que podrían existir con los trabajadores de los países partes de los Convenios Internacionales, porque podría ocurrir que una empresa decida establecer una sucursal en Venezuela, en la que presten servicios trabajadores extranjeros, que podría quedar sujetos a las normas laborales que sean incorporadas en el Convenio Internacional. En efecto, en el numeral 3 del artículo 28 del DLOTTT se prevé la posibilidad de contratar un porcentaje mayor de trabajadores extranjeros, cuando se trata de inmigrantes que ingresan en el país con ocasión del Convenio Internacional, además de la excepción aplicable a las personas en condición de refugiados con base en lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 28 del DLOTTT.

D. Teletrabajo

En el DLOTTT no se encuentra regulado el teletrabajo como modalidad de prestación de los servicios por parte del trabajador, sino que existe una referencia en el Decreto de Estado de Alarma en el que se reconoció la posibilidad que las empresas puedan migrar a sus trabajadores del trabajo en los centros de trabajo a trabajo en sus hogares, como una medida para combatir el Covid-19.

El teletrabajo representa un gran reto en un país con las condiciones actuales de Venezuela, pero el hecho que las condiciones sean adversas para que los trabajadores realicen sus labores bajo la modalidad de teletrabajo, no implica que las empresas no deben hacer las evaluaciones necesarias para encontrar la forma de implementar el mismo.

Partiendo entonces de la necesidad de desarrollar el teletrabajo como parte del nuevo modelo de relaciones laborales, lo primero que se debe entender que el teletrabajo no es aquel que se realice desde el hogar, porque el teletrabajo puede ser prestado por el trabajador desde cualquier lugar en el que pueda prestar sus servicios, sólo que ocasión de la pandemia del Covid-19, el espacio del teletrabajo se encuentra limitado al hogar del trabajador.

Ahora bien, entre los aspectos a tomar en cuenta con ocasión del teletrabajo tenemos los siguientes: (i) pago de los gastos asociados a la prestación de servicios; (ii) herramientas para realizar la labor; (iii)

mantenimiento de las herramientas; (iv) ciberseguridad; (v) jornada de trabajo; (vi) derecho a la desconexión; (vii) efectos del aislamiento; (viii) riesgos psicosociales; (ix) medidas de seguridad y salud laboral; (x) accidentes en el lugar de teletrabajo; (xi) productividad; (xii) pago del salario; (xiii) legislación aplicable; y (xiv) jurisdicción para acciones legales.

Como podemos ver, existen una serie de elementos que deben ser tomados en consideración por las empresas con ocasión de la implementación del teletrabajo, a lo que debe agregarse la posibilidad de teletrabajar parcial o totalmente, situación que debe ser regulada en el contrato que firmen las partes.

Además, es posible que el trabajador sea contratado para trabajar en Venezuela bajo la modalidad de teletrabajo, pero es contratado por una empresa que se encuentra ubicada en el extranjero, para que el servicio sea prestado en un proyecto que se realiza en un país diferente al que se encuentran el trabajador y la empresa, pero además la empresa podría pagar el salario del trabajador en un país con un régimen tributario favorable.

Lo anterior pareciera dejar en evidencia que no resulta suficiente establecer en la normativa, que la ley aplicable a la prestación de los servicios, será la ley más favorable para el trabajador, sea bien por el domicilio del trabajador o por el domicilio de la empresa, como se encuentra regulado en la legislación de Argentina (artículo 17 de la Ley 27555 que fuera publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 14 de agosto de 2020)⁶, porque podría ocurrir que la relación laboral se encuentre conectada con diferentes jurisdicciones.

Del mismo modo, se debe considerar que ocurre con la jurisdicción en la que las partes pudieran ejercer las acciones que se deriven con ocasión de la relación laboral, porque es posible que la empresa no tenga sede física en el país en el que se ubica el trabajador, por lo que pareciera que una opción sería que las partes acuerden la resolución de las controversias ante una junta de arbitraje que sea constituida en el país en el que se encuentra domiciliado el trabajador o en el que se encuentra domiciliada la empresa, salvo que las partes acuerden la derogación de la jurisdicción de Venezuela, para que las acciones sean conocidas por los Tribunales del país en el que se encuentra domiciliada la empresa.

También se debe tomar en consideración, que en el supuesto de la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo, el salario del trabajador sea pagado en divisas o criptomonedas, porque los servicios del trabajador son ejecutados para una empresa ubicada en el extranjero o porque los servicios son prestados en un proyecto que se ejecuta en un país diferente a Venezuela.

⁶ Véase <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814> Fecha de Consulta: 24/08/2020

Es claro entonces que la concepción que existe en el mercado venezolano sobre el teletrabajo, no estaría tomando en consideración las diferentes variables que tienen influencia sobre el mismo, más aún cuando es indispensable hacer un estudio de los sectores económicos que pueden implementar el teletrabajo, además de las funciones que se pueden realizar bajo la modalidad del teletrabajo.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos que en el supuesto que el Estado pretenda regular el teletrabajo, es indispensable realizar los estudios sobre la factibilidad y variables que influyen sobre el mismo, para que no termine siendo una norma inaplicable.

E. Suspensión por Fuerza Mayor o Caso Fortuito

Cuando se configura un supuesto de fuerza mayor o casos fortuito que origina la suspensión de la relación laboral, el patrono deberá solicitar autorización a la Administración del Trabajo, para que sea aplicable la suspensión de la relación laboral, sin que la duración de la misma pueda ser mayor a 60 días, con base en lo dispuesto en el literal f) del artículo 72 del DLOTTT.

Sin embargo, consideramos que el patrono no debe solicitar la autorización de la Administración del Trabajo para que se configure la suspensión de la relación laboral con ocasión de la ocurrencia de un hecho que sea un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, sino que la única obligación del patrono debería ser notificar de la ocurrencia del supuesto de fuerza mayor o caso fortuita que origina la suspensión de la relación laboral, para que la Administración del Trabajo proceda a validar mediante una inspección la ocurrencia del hecho, en el supuesto que ello lo amerite, porque podría tratarse de un hecho notorio.

Creemos en lo anterior, porque la experiencia de la tragedia de Vargas y la pandemia del Covid-19, nos demuestran que bajo dichas circunstancias es imposible que el patrono pueda solicitar la autorización de la Administración del Trabajo, para que se proceda con la suspensión por fuerza mayor o caso fortuito.

También se debe considerar como una causa de suspensión por fuerza mayor o caso fortuito, la suspensión de las actividades de la empresa por crisis económica o por problemas en el suministro de la materia prima, supuestos en los cuales la Administración del Trabajo podría validar mediante una inspección que se configura el hecho que es notificado por el patrono.

F. Terminación de la Relación

Un aspecto que puede ser controversial es la modificación de las normas que regulan la estabilidad laboral y la terminación de la relación laboral, por

cuanto se tratan de aspectos que en el pasado originaron controversia entre los diferentes sectores que conforman la sociedad.

No obstante, lo sensible que puede ser su modificación, estamos convencidos que su modificación es necesaria como parte de las acciones laborales que deben ser tomadas para la transformación del país, porque las normas actuales fueron concebidas bajo ideas que se encuentran superadas hace varias décadas.

En este sentido, consideramos que se debe regresar al régimen de estabilidad laboral que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia del DLOTTT, por lo cual además que sería posible despedir injustificadamente a un trabajador, el patrono en el supuesto que el trabajador solicite el reenganche, podrá insistir en el despido del trabajador, para lo cual deberá pagarle al trabajador todos los beneficios que le corresponda con ocasión de la terminación de la relación laboral, por cuanto sostener que no es posible despedir injustificadamente a un trabajador, es una violación de los artículos 20, 112 y 115 de la CRBV.

Por otra parte, consideramos que se debe reformar el régimen de indemnización por terminación previsto en el artículo 92 del DLOTTT, por cuanto se debe entender que en el supuesto que la relación laboral termine por causa ajena a la voluntad de las partes (artículo 39 del RLOT), no resulta procedente la indemnización por terminación de la relación laboral, porque no se trataría de un supuesto de despido injustificado o de retiro justificado.

Del mismo modo, se debe considerar que la indemnización del artículo 92 del DLOTTT no resulta aplicable al supuesto de la terminación de la relación laboral en el supuesto de contrato por tiempo determinado o por obra, porque lo procedente en ese caso, sería un régimen de indemnización como el previsto en el artículo 110 de la LOT, que era el pago de los salarios que dejaría de percibir el trabajador hasta la culminación del contrato o la obra.

Por último, consideramos que el procedimiento de estabilidad laboral en el supuesto que el trabajador solicite la calificación de su despido como injustificado, tendría que ser el procedimiento regulado en la LOPT, por lo que debería ser derogado el procedimiento regulado en el DLOTTT, estableciendo que en el supuesto de incumplimiento de la sentencia, se entiende que la relación laboral termina por despido injustificado, por lo que el trabajador tendría derecho al pago de todos los beneficios laborales causado con ocasión de la terminación de la relación laboral, como lo reconoció la SCC de la CSJ en la sentencia de fecha 23 de noviembre de 1988 en el caso: Confecciones Dovilla, C.A., cuando sostuvo:

La denuncia de dicho artículo, y la constancia de la fecha de notificación al patrono por la Inspectoría del Trabajo de

la obligación de reenganchar al trabajador, son importantes en el caso de autos, porque ya la Sala, en sentencia de fecha 18 de diciembre de 1985. (Gaceta Forense N° 130 Volumen IV, Pág. 2945 y ss.) ha expresado en la materia que si en el expediente del proceso judicial consta tal fecha de notificación, el Juez deberá hacer el computo de los tres días hábiles subsiguientes, computados de acuerdo a los días laborable calendario de la Administración Pública. Si el patrono no reengancha al trabajador dentro de esos tres días hábiles laborables, deberá entenderse esa actitud como su persistencia en el despido, con todos los efectos sociales que a dicha actitud le atribuyen los artículos 6° de la Ley contra despidos Injustificados y 41 de su Reglamento⁷.

G. Solidaridad Laboral

En lo que respecta a la solidaridad en el supuesto de las obligaciones laborales, consideramos que la solidaridad no opera en el supuesto de obligaciones de hacer (reenganche), por lo que se debe entender que no es posible ejercer una acción de calificación de despido o reenganche en contra de una empresa que no era el patrono del trabajador, pero además tampoco sería posible ejecutar la sentencia o providencia administrativa en su contra, porque el reenganche es una obligación de hacer de carácter personalísimo, como lo reconoció la SCS del TSJ en la sentencia N° 2391 dictada en fecha 28 de noviembre de 2007 en el caso: Agencia de Festejos San Antonio, C.A.⁸

Ahora bien, en cuanto a la solidaridad de los grupos de empresas regulada en el artículo 46 del DLOTTT, sostenemos que la solidaridad laboral en el supuesto de los grupos de empresas no deriva en la isonomía de beneficios laborales, porque ello sólo sería posible en el supuesto que exista unidad de caja o unidad de plantilla, por lo que sería necesario modificar la norma en el sentido que la isonomía de beneficios laborales sólo sea aplicable en el supuesto que exista unidad de caja o unidad de plantilla.

En el supuesto de la responsabilidad solidaria de los accionistas por las obligaciones laborales del patrono con sus trabajadores, sería necesario reformar el artículo 151 del DLOTTT, por cuanto, la solidaridad laboral sólo debería ser aplicable en el supuesto de quiebra fraudulenta o en situaciones de fraude a la aplicación de la legislación laboral.

⁷ Ramírez y Garay. Jurisprudencia Venezolana. Tomo CVI. Caracas 1988. Págs 397-399.

⁸ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/2391-281107-071081.HTM>
Fecha de Consulta: 24/08/2020

H. Tercerización

En el artículo 47 del DLOTTT se define la tercerización como “la simulación o fraude” que se comete con la intención de “desvirtuar, desconocer u obstaculizar” la aplicación de la legislación laboral, siendo un concepto que se aleja de lo que tradicionalmente se conoce como tercerización.

De hecho, la tercerización sería la ejecución de obra o prestación de servicios por parte de un tercero para la empresa, por lo que dicha actividad estaría enmarcada en lo que se conoce como *outsourcing*, que es una actividad que no tiene como objetivo evadir la aplicación de la legislación laboral.

En Venezuela el *outsourcing* es empleado en diferentes sectores económicos, entre los que destacan la industria petrolera, la minería y la construcción, por lo que sin la actividad que realizar los terceros para las empresas, se podría considerar que no sería viable la operación de las mismas, porque las empresas no contarían con los recursos económicos, humanos y tecnológicos para realizar las actividades u obras que son ejecutadas por los terceros.

El *outsourcing* es un modelo de negocio que contribuye con el crecimiento económico de los países, genera empleo, pero además permite el desarrollo de las empresas, quienes contando con la prestación de servicios o ejecución de obras por parte de terceros, se pueden enfocar en los aspectos neurálgicos del negocio.

Entre las medidas que Venezuela debe tomar para mejorar su economía, es la eliminación de las normas del DLOTTT en las que se regula la tercerización, porque las mismas afectan las inversiones que necesita el país para su desarrollo, porque pretender mantener el esquema actual, sería obligar a las empresas a tener que asumir unas actividades que son desarrolladas de mejor forma por los terceros que les prestan servicios o ejecutan obras, por lo que solamente se debería mantener la regulación sobre contratistas, especialmente la referida al carácter inherente o conexo de la actividad que desarrolla la contratista para la empresa beneficiaria.

I. Salario

Uno de los aspectos que se deben tomar en consideración es que el salario debería ser pagado por horas efectivas trabajadas como ocurre en otros países, para que en el supuesto que sea necesario disminuir la jornada de trabajo, que cause una disminución del salario, no se origine un conflicto por una supuesta modificación de condiciones de trabajo, como ocurre en la actualidad, pero además se podría mejorar la productividad de las empresas, porque los

trabajadores estarían motivados a prestar sus servicios en forma efectiva para el patrono.

Del mismo modo, se debe evaluar que en el supuesto de trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad de teletrabajo, su salario podría estar más vinculado al cumplimiento de objetivos, como forma objetiva de medir su desempeño para la empresa.

Otro aspecto a considerar es que en el artículo 123 del DLOTTT se prevé que “el salario deberá pagarse en moneda de curso legal”, lo que podría ser interpretado como que no es posible pagar el salario en divisas, supuesto que realmente debe ser interpretado como que el salario debe ser pagado en dinero, como estaba regulado en el artículo 147 de la LOT, por lo que en consecuencia sería posible pagar el salario en bolívares o divisas.

En el supuesto de las criptomonedas, sería necesario su reconocimiento en la legislación, pero que además las mismas sean fungibles.

En otro orden de ideas, se debería evaluar que las cantidades de dinero pagadas bajo la modalidad de propinas, no pueden ser consideradas como salario, porque estarían siendo pagadas por un tercero que no tiene la intención de liberar al patrono de la obligación de pagar el salario. Sin embargo, para el supuesto que ello no sea viable, entonces se deberá establecer el método para la estimación del porcentaje de la propina que debe ser considerado como salario, para disminuir de esa forma los conflictos y reclamos sobre el impacto de la propina en el salario.

Por otra parte, teniendo en cuenta la disminución del valor del salario de los trabajadores, lo cual tiene un impacto directo en su poder adquisitivo, resulta necesario regular la figura del “contrato paquete”, para que en ese supuesto el salario mensual o semanal del trabajador, pueda tener incluido los beneficios laborales (vacaciones, bono vacacional, utilidades y prestaciones sociales), supuesto que permitiría al patrono hacer una mejor distribución de sus costos en el presupuesto, situación que podría derivar eventualmente en una mejora de los salarios y ajustes salariales.

Adicionalmente, creemos que se debe prohibir que el Presidente de la República pueda dictar en forma unilateral un Decreto en el que sea fijado el salario mínimo, porque la fijación del mismo tendría que ser por medio de una consulta a una instancia tripartita, para su posterior aprobación por la Asamblea Nacional.

Por último, deberá ser regulada la validez de los recibos de pago que las empresas emiten de forma electrónica, para otorgar seguridad jurídica a las partes y disminuir los conflictos que se presentan cuando una de las partes promueve el soporte físico que emite el sistema informático que es utilizado para gestionar la nómina de la empresa.

J. Jornada de Trabajo

La reforma de la jornada de trabajo prevista en el DLOTTT no cumplió con su objetivo, además que con ocasión de la adaptación de los procesos productivos a las normas establecidas en el DLOTTT, se originaron conflictos laborales, porque los trabajadores perdieron el pago de algunos beneficios laborales que estaban directamente vinculados a la jornada de trabajo, hecho que tiene impacto directo en el ingreso del trabajador y su efecto en los beneficios laborales, con sus respectivas consecuencias en el poder adquisitivo.

No comprender que las jornadas de trabajo de 7 x 7, 14 x 14, 21 x 21 son necesarias en determinadas actividades que son requeridas para el desarrollo del país, es pensar que toda actividad laboral debe ser tratada de forma similar, por lo que se debe regular que en el supuesto de determinadas actividades económicas es legal establecer una jornada de trabajo que sea 7 x 7, 14 x 14 o 21 x 21.

También somos de la opinión que en el supuesto de la jornada de trabajo de procesos continuos u horarios convenidos debe quedar establecido que el trabajador sólo tendrá derecho a horas extras, en el supuesto que el promedio de las 8 semanas sea superior a los límites fijados en la respectiva norma, eso implicaría que las horas extras en el supuesto de empresas de proceso continuo se estarían causando en el supuesto que el promedio en 8 semanas sea superior a 42 horas semanales, mientras que en el supuesto de la jornada de trabajo convenida entre las partes, las horas extras se estarían causando en el supuesto que el promedio de 8 semanas sea superior a 40 horas semanales.

Del mismo modo, consideramos que se necesita reformar la jornada de trabajo regulada en el artículo 175 del DLOTTT, siendo uno de sus principales cambios el reconocimiento de los trabajadores de confianza, que es una figura que fue eliminada en el DLOTTT, además que deben ser incorporados los trabajadores cuyas funciones no están sometidas a jornada, así como se debe aclarar que las horas extras de los trabajadores sometidos a la jornada de trabajo del artículo 175 del DLOTTT, sólo se causan una vez que éstos prestan servicios por encima de la décima primera hora de trabajo, porque se debe entender que la intención del legislador es que existan 2 grupos de trabajo en el supuesto de trabajadores sometidos a las jornada de trabajo establecida en el artículo 175 del DLOTTT.

Asimismo, se debe reconocer que en el supuesto de las empresas exceptuadas de la jornada de trabajo regulada en el artículo 173 del DLOTTT, para las cuales el día domingo es un día normal de trabajo, que en dicho supuesto la empresa no está obligada a pagar el trabajo en día domingo con el recargo previsto para el trabajo en día feriado, porque no existen argumentos jurídicos

para sostener el carácter de feriado del día domingo, siendo que Venezuela es un estado seglar.

Un aspecto que se debe considerar es el incremento del número de horas extras anuales que pueden laborar los trabajadores, siendo que la actualidad el límite son 100 horas extras al año, sin tomar en consideración el tipo de actividad económica en la que se desempeña el trabajador, por lo que se debe evaluar la posibilidad de incrementar el número de extras con base en el tipo de actividad económica, sin establecer límites diarios o semanales, sino un único límite anual, por lo que en el supuesto que una empresa se exceda en el límite de horas extras anuales que pueda laborar un trabajador, entonces podría ser sometida a un procedimiento sancionatorio por violar los límites de las horas extras.

Continuando con los aspectos vinculados con la jornada de trabajo, creemos que es necesario regular las vacaciones en los supuesto de jornadas especiales como lo son la jornada de trabajo 7 x 7, 14 x 14 y 21 x 21, por cuanto el trabajador podría considerar que tiene derecho a más días de vacaciones que un trabajador que tiene una jornada de trabajo 5 x 2, cuando es posible que un trabajador de las referidas jornadas especiales, pudiera tener más días de descanso que los que tendría un trabajador con una jornada de trabajo 5 x 2, por lo que se debería reconocer que a los efectos de las vacaciones se deberá entender que la jornada del trabajador será una jornada de trabajo 5 x 2, sin tomar en consideración la jornada especial en la que presta servicios, como lo sostuvo la SCS del TSJ en la sentencia N° 89 dictada en fecha 7 de febrero de 2018 en el caso: Cervecería Polar, C.A.⁹

Un último tema, sería reconocer nuevamente la posibilidad que tendría el trabajador de prestar servicios en los días adicionales de vacaciones, bajo la condición que tenga “derecho al pago adicional de los salarios que se causen con ocasión del trabajo prestado” como estaba regulado en el artículo 219 de la LOT.

K. Personas con Discapacidad

En el supuesto que una empresa no pueda cumplir con la obligación de contratar a personas con discapacidad, porque éstas no podrían contar en la organización con las condiciones necesarias para realizar sus labores y garantizar su integridad, entonces se tendría que establecer en la legislación la obligación de la empresa de hacer una alianza estratégica con las organizaciones que forman y cuidan a las personas con discapacidad, para de esa forma contribuir con la formación y cuidado de las personas con discapacidad, que tienen derecho a ser

⁹ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/207502-0089-7218-2018-13-829.HTML> Fecha de Consulta: 24/08/2020

reconocidas como parte de la sociedad y a la realización de las actividades que requieren para su pleno desarrollo como ser humano.

L. Protección de la Familia

Tomando en cuenta lo dispuesto en la sentencia N° 1187 dictada por la SC del TSJ en fecha 15 de diciembre de 2016 en el caso: Migdely Miranda Rondón¹⁰, creemos que se debe reconocer en la legislación laboral la protección a la maternidad y la paternidad de las personas que son miembros de la comunidad LGBTIQ+, teniendo en consideración las particularidades que se pueden presentar en cada supuesto, porque a pesar que éstos puedan adoptar un niño, es posible que puedan concebir un hijo, supuestos en los que sería necesario reconocer todos los derechos que les correspondan, teniendo en cuenta que la protección especial tiene como objeto garantizar los derechos del niño, por cuanto la protección que se otorgaría al trabajador sería por su condición de padre o madre.

M. Invencciones y Mejoras

En lo que respecta al régimen de invencciones y mejoras, consideramos que sus normas deben ser reformadas, tomando en consideración la regulación internacional, además de los avances tecnológicos que existen, debiendo consultar su regulación con expertos en propiedad intelectual e industrial, porque su regulación incentiva las inversiones.

III. *Derecho Colectivo*

A. Organizaciones Sindicales

Se deben reformar los artículos 365 y 367 del DLOTTT, en lo que respecta al objeto, atribuciones y finalidades de las organizaciones sindicales, porque las normas no cumplen con lo que realmente deben ser las organizaciones sindicales, ya que inclusive se convierten a las organizaciones sindicales en una especie de colaborador del Estado, por lo que las organizaciones sindicales estarían perdiendo su esencia.

El registro de las organizaciones sindicales debe ser por medio de una plataforma tecnológica, en la que además los interesados puedan revisar el estado de la solicitud, su aprobación o negativa, además se debe establecer que el expediente que sea formado tiene carácter público, pudiendo los interesados

¹⁰ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML> Fecha de Consulta 24/08/2020

obtener las copias que requieran, siendo que el registro deberá ser considerado como un acto reglado.

De igual forma, se deberá establecer en el artículo 366 del DLOTTT en el que se regula el principio de pureza sindical, que los trabajadores de confianza no pueden ser miembros de las organizaciones sindicales que sean constituidas por los trabajadores, por cuanto ellos podrían representar los intereses del patrono.

En el momento del registro de la organización sindical, se deberá notificar al patrono del mismo, teniendo la Administración del Trabajo la obligación de entregarle al patrono la boleta de registro y los estatutos de la organización sindical, siendo que el patrono podrá solicitar la nulidad del acto de registro de la organización sindical o su disolución ante los Tribunales, porque cualquier intervención de la Administración del Trabajo que tenga por objeto declarar la nulidad del registro de la organización sindical o su disolución, será considerado como una violación del derecho a la libertad sindical previsto en el artículo 95 de la CRBV.

Para el supuesto de las organizaciones sindicales que representan a trabajadores que presten servicios bajo la modalidad de teletrabajo, éstos podrán hacer uso de los medios tecnológicos que tenga a su disposición para poder participar en las asambleas de las organizaciones sindicales, para garantizar en consecuencia su derecho a participar en las decisiones que se toman en las organizaciones sindicales.

Se debe establecer expresamente en la legislación que el CNE no puede participar de ninguna forma en las elecciones de las organizaciones sindicales, porque la participación del CNE es una violación de la libertad sindical, debido a que se trata de una intervención del Estado, siendo la única obligación de las organizaciones sindicales participarle a la Administración del Trabajo que procederán a la realización de sus elecciones.

Asimismo, en el caso que la Junta Directiva de la organización sindical pierda 2/3 partes de sus integrantes, se deberá entender que la organización sindical no podrá realizar actos de acción sindical, mientras no se haya procedido a llenar las vacantes de la Junta Directiva, siendo que un número no menor a 10% de los trabajadores que están afiliados a la organización sindical, podrá solicitar ante un Tribunal que se orden la celebración de la elección de los cargos vacantes de la Junta Directiva.

Un hecho que sigue generando controversia son las consecuencias de la mora electoral que se encuentra regulada en el artículo 402 del DLOTTT, porque en la norma se prevé que la organización sindical sólo podrá hacer actos de simple administración cuando se encuentra en mora electoral, por lo que no podrá negociar colectivamente o ejercer el conflicto, acciones que sólo estarían

permitidas en el supuesto que la organización sindical se encuentre en mora después de haber presentado el proyecto de convención colectiva o pliego de peticiones, además que tampoco existiría la limitante en el supuesto que ocurra la mora durante el curso del proceso electoral.

Sobre el particular se debe recordar que la mora electoral fue una figura implementada por el CNE con ocasión de la relegitimación de las autoridades de las organizaciones sindicales, con la particularidad que en dicho momento se prohibió a las organizaciones sindicales que no cumplieran con las normas del CNE, poder ejercer acto de acción sindical, por lo que se podría considerar que el artículo 402 del DLOTTT es una norma que atenta en contra de la libertad sindical.

Por lo anterior, pensamos que una opción podría ser permitir que un grupo no menor al 10% de los afiliados a la organización sindical, solicite ante un Tribunal que se ordene la celebración de una asamblea de trabajadores en la que sea elegida una Junta Directiva que tendría carácter provisional y con una duración no mayor a 90 días continuos, para que la organización sindical pueda realizar actos de acción sindical, mientras se celebran las elecciones de la organización sindical.

Por último, en el supuesto de sindicatos de empresas que se vean afectados por una fusión por absorción se entenderá disuelta la organización sindical de la empresa absorbida, por lo que sus afiliados podrán optar por afiliarse a la organización sindical de la empresa absorbente, una situación diferente se presentaría en el supuesto de una fusión por creación, en la que desaparecen ambas empresas para dar origen a una nueva empresa, supuesto en el que se deberían entender disueltas las organizaciones sindicales, salvo en el supuesto que las organizaciones sindicales acuerden una fusión por creación, para así representar los intereses de la empresa resultante de la fusión, por lo que creemos que es necesario regular los efectos de las fusiones o escisiones de empresas en lo que respecta a las organizaciones sindicales y obligaciones laborales, porque se trata de un hecho sobrevenido que afecta a las organizaciones sindicales y las condiciones laborales.

B. Negociación Colectiva

En los artículos 437 y 438 del DLOTTT se regula la representatividad de la organización sindical. Sin embargo, no se prevé que la única organización sindical que puede negociar colectivamente es aquella que represente la mayoría absoluta de los trabajadores, entendido ello como la organización sindical que represente al 50% + 1 de los trabajadores que prestan servicios para el patrono, sin tomar en consideración a los trabajadores de confianza y dirección, como estaba previsto en los artículos 514 y 515 de la LOT.

Debido a que en el artículo 438 del DLOTTT se reconoce la posibilidad que un sindicato que no representa la mayoría absoluta de los trabajadores, sería necesario reformar el mismo, para que sólo una organización sindical que represente la mayoría absoluta se encuentre legitimada para negociar colectivamente, por cuanto un sindicato que no representa a la mayoría absoluta de los trabajadores no debería poder negociar las condiciones laborales que serían aplicables a los trabajadores, más aún cuando es posible que esa organización sindical pueda llegar a ser disuelta o perder la representatividad.

De igual forma, consideramos que se debe establecer la posibilidad que las partes excluyan del ámbito de aplicación de la convención colectiva a los trabajadores de dirección y confianza, como estaba previsto en el artículo 509 de la LOT, porque en la actualidad no existe una norma que permita la exclusión de esa categoría de trabajadores, siendo una situación contraria a los principios que rigen la legislación laboral, más aún con lo expuesto por la SCS del TSJ en la sentencia N° 1629 dictada en fecha 14 de diciembre de 2004 en el caso: Casa Propia Entidad de Ahorro y Préstamo, C.A.¹¹, en el que reconoció que “se estaría privilegiando a una categoría de trabajadores que dadas sus características se encuentran en condiciones de tiempo, modo y lugar diferentes a aquellos que se encuentran bajo su subordinación, generando graves consecuencias al alto interés Público Nacional”.

Aunado a lo anterior, la inamovilidad laboral por efecto de la negociación colectiva sólo debería tener una extensión máxima de 180 días, siendo que en el artículo 441 del DLOTTT se prevé que la negociación de la convención colectiva no excederá de 180 días continuos, pudiendo las partes acordar una prórroga, que consideramos no debería ser mayor a 90 días continuos, por lo que el lapso máximo de inamovilidad laboral por negociación colectiva sería entonces de 270 días en el supuesto que las partes acuerden una prórroga del lapso de negociación, más no como se establece en el numeral 9 del artículo 419 del DLOTTT, que es otorgar la inamovilidad laboral por todo el tiempo que pueda durar la negociación colectiva, por lo que entendemos que sería necesario realizar una reforma de la norma, para establecer un límite como ocurría bajo la vigencia de la LOT, supuesto que sería extensible a la inamovilidad laboral que se origina con ocasión de la presentación de un pliego conflictivo, como se estableció en la sentencia N° 1831 dictada por la CPCA en fecha 12 de junio de 2003 en el caso: Aguas de Mérida¹².

También, se debe definir en el artículo 439 del DLOTTT que se entiende por la primera reunión de la negociación colectiva, si es la reunión en la que las

¹¹ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1629-141204-041242.HTM>
Fecha de Consulta: 24/08/2020

¹² Véase <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2003/JUNIO/025-12-03-0967-2003-1831.HTML>
Fecha de Consulta: 24/08/2020

partes designen a los miembros de la junta de negociación o conciliación, o si es la reunión siguiente a la oportunidad en que las partes designaron a sus miembros, para de esa forma otorgar seguridad jurídica de las partes.

Por último, consideramos que se debe reformar el artículo 435 del DLOTTT que prevé que la convención colectiva tendrá una duración de 2 o 3 años, para permitir que la convención colectiva pueda tener una duración de 1 a 3 años, teniendo en consideración que en épocas de crisis económicas las empresas no pueden garantizar los beneficios y condiciones laborales por un período mayor a 1 año, permitiendo que en el supuesto que no sea posible negociar una nueva convención colectiva con ocasión de la configuración de una situación imprevisible para las partes de la convención colectiva, las partes podrán acordar hasta 2 prórrogas de la convención colectiva, siendo que cada prórroga tendrá una duración máxima de 1 año.

C. Conflicto Colectivo

Con ocasión de la pandemia del Covid-19 se originaron conflictos laborales por el cumplimiento de los beneficios laborales que se encuentran regulados en las convenciones colectiva, entre los cuales tenemos: (i) fiesta del día del trabajador; (ii) fiesta del día del niño; (iii) excursiones; (iv) eventos deportivos; y (v) plan vacacional, que son obligaciones que son de imposible cumplimiento para el patrono, porque conllevan la concentración de personas, situación que se encuentra prohibida por el riesgo que representan para la salud de los trabajadores y sus familiares.

En efecto, en el artículo 1.141 del CC se establecen los elementos de existencia del contrato, por lo que en ausencia de uno de esos elementos, se debe entender como inexistencia el contrato, siendo uno de ellos el objeto del contrato, el cual con base en el artículo 1.155 del CC debe ser posible, por lo que siendo que la pandemia del Covid-19 origina que el objeto de los beneficios antes mencionados no sea posible, y siendo dicha imposibilidad absoluta, que se debe entender como extinguida la obligación del patrono.

Sin embargo, las organizaciones sindicales sostuvieron que el patrono se encuentra obligado a cumplir por equivalente con los beneficios laborales, cuando conforme con lo dispuesto en los artículos en los artículos 1.271 y 1.272 del CC se reconoce que en el supuesto que el deudor no pueda cumplir con su obligación por la ocurrencia de una causa extraña no imputable a él (Covid-19), el deudor no podrá ser condenado al pago de los daños y perjuicios, porque se entiende que se configura una eximente de responsabilidad.

Ante una situación como la antes descrita, la Administración del Trabajo estaba en la obligación de intervenir como mediador con base en lo dispuesto en los artículos 473 y 474 del DLOTTT, más aún en los supuestos en los que tuvo

conocimiento que se podía generar un conflicto laboral por la imposibilidad que tenían los patronos de cumplir con los beneficios laborales que no podían ser cumplidos para garantizar la salud de los trabajadores frente a la pandemia del Covid-19.

Creemos que la Administración del Trabajo debió instalar una instancia de mediación en forma virtual, para que las partes pudieran llegar a un acuerdo en lo que respecta a la situación que se presentaba con el cumplimiento de los beneficios laborales por el impacto de la pandemia del Covid-19, más aún en los sectores económicos que son neurálgicos para el país, porque la paralización de los mismos puede afectar la soberanía y seguridad alimentaria, la salud y la educación.

Por lo que en consecuencia, consideramos que en los artículos 473 y 474 del DLOTTT se debe establecer la obligación de la Administración del Trabajo de acordar la instalación de una instancia de mediación, para que las partes puedan resolver la diferencia colectiva que pueda existir, para evitar en consecuencia la ejecución de paralización que son contrarias al ordenamiento jurídico y que afectan a la sociedad, pero además se debe establecer que en el supuesto que no sea posible realizar la mediación de forma presencial, la misma deberá ser realizada en forma virtual, supuesto en el que las partes podrían poner a disposición de la Administración del Trabajo sus herramientas tecnológicas para que puedan ser celebradas las reuniones de la mediación.

En este orden de ideas, consideramos que las organizaciones sindicales y los patronos deberán establecer una instancia de negociación o mediación en los acuerdos o convenciones colectivas, para que dicha instancia sea la que intervenga en el supuesto de diferencias colectivas o conflictos colectivos, sin que sea necesario que alguna de las partes deba presentar un pliego ante la Administración del Trabajo, sino que la solicitud deberá ser notificada a la otra parte, para que se proceda con la instalación de la instancia de negociación, conciliación o mediación.

A lo anterior, se podría agregar que agotada la instancia de negociación, conciliación o mediación, sin que haya sido posible que las partes logren un acuerdo, que la diferencia colectiva o conflicto colectivo será conocido por una junta de arbitraje, en la que cada parte deberá designar un árbitro, para que entre ambos árbitros sea designado el árbitro que será el presidente de la junta de arbitraje.

Ahora bien, a pesar que la regulación de una instancia interna podría ser vista de forma negativa por algunas organizaciones sindicales, ello sólo debería llevarnos a formar a las partes de la relación laboral en el uso de los medios alternos de resolución de conflictos, para que entendiendo las herramientas con las que se pueden contar, las partes tengan una mejor disposición a regular e implementar una instancia interna que permita la resolución de las diferencias

colectivas o conflictos colectivos, garantizando de esa forma la tutela efectiva de los derechos de las partes.

Otro aspecto que consideramos debe ser evaluado, es la responsabilidad de los miembros de las juntas directivas de las organizaciones sindicales y sus afiliados con ocasión de las paralizaciones ilegales, así como en el supuesto del abuso en el ejercicio del derecho de huelga, siendo que las acciones de conflicto que puedan ejecutar las organizaciones sindicales en contra de los patronos, pueden poner en riesgo la fuente de empleo, así como causar daño a los trabajadores no huelguistas o inclusive causar daño a terceros que no son parte en el conflicto.

En este orden de ideas, consideramos que algunas normas que criminalizan el derecho a la huelga deben ser revisadas, porque pareciera que el objeto de ellas es limitar el ejercicio de la libertad sindical, siendo un derecho humano fundamental, sin el cual no es posible sostener que en un país existe una democracia.

Igualmente, creemos que se debe establecer en una norma que la inamovilidad laboral en el supuesto de un pliego de peticiones no podrá ser mayor a 180 días continuos contados desde la interposición del pliego, salvo que las partes acuerden la prórroga de la instancia de negociación por 90 días continuos, porque es posible que sea interpuesto un pliego de peticiones con carácter conflictivo, sin que los trabajadores ejerzan el derecho de huelga, supuesto que podría ser considerado como un abuso de derecho o fraude a la legislación laboral.

Por último, consideramos necesario que se regule el derecho que tiene el patrono de solicitar la declaratoria de ilegalidad de una acción de conflicto que sea ejecutada por la organización sindical o los trabajadores, por medio de un procedimiento breve, teniendo en consideración los derechos que estarían en conflicto, pudiendo el Juez establecer en la sentencia: (i) la responsabilidad de la organización sindical (miembros de la junta directiva y afiliados); u (ii) ordenar el sometimiento del conflicto al conocimiento de una junta de conciliación o una junta de arbitraje.

D. Instancia de Protección

La crisis económica ha puesto en riesgo la continuidad de las operaciones de empresas en los diferentes sectores económicos que conforma la economía del país, situación que afecta la estabilidad laboral de los trabajadores, además de las limitaciones que tienen los patronos para cumplir con los beneficios y condiciones laborales acordadas con las organizaciones sindicales y los trabajadores.

Ante una situación como la anterior, es que los patronos se ven en la necesidad de ejecutar las acciones que son necesarias en defensa de la producción y la fuente de empleo, con el objetivo de afectar lo menos posible a los trabajadores.

En este sentido, tenemos que en el artículo 148 del DLOTTT se regula la posibilidad que el patrono puedan presentar un pliego ante la Administración del Trabajo, cuando por razones económicas o tecnológicas exista riesgo de extinción de la fuente de empleo, con el objeto que sea instalada una instancia de protección de derechos, en la que las partes deberán llegar a un acuerdo sobre los beneficios y condiciones laborales que se verán afectadas, como mecanismo de garantizar la continuidad de la fuente de empleo.

Según la norma antes citada, en el supuesto que exista una convención colectiva que sea modificada con ocasión del acuerdo que sea firmado entre las partes, la duración del acuerdo estaría limitada al período que faltaría para el vencimiento de la convención colectiva.

Sin embargo, en la referida norma no se prevé que ocurre en el supuesto que: (i) la convención colectiva se encuentre vencida; (ii) no exista convención colectiva; (iii) no exista una organización sindical; (iv) los trabajadores organicen una coalición de trabajadores; y (v) la junta directiva de la organización sindical se encuentre en mora electoral, por lo que sería necesario reformar el artículo 148 del DLOTTT, para poder regular con mayor exactitud los diferentes supuestos que se podrían presentar, teniendo en consideración que la instancia de protección tiene como objeto garantizar la continuidad de la fuente de empleo.

Del mismo modo, consideramos que la instancia de protección no debería ser instalada únicamente en el supuesto que “exista peligro de extinción de la fuente de empleo”, sino que también se debe reconocer la posibilidad de instalar la instancia de protección en el supuesto que por razones económicas la empresa no pueda cumplir con determinados beneficios laborales o condiciones laborales, por lo que en ese supuesto sería necesario modificar temporalmente las cláusulas que los regulan, supuesto que también sería aplicable en el caso que la empresa por razones tecnológicas deba modificar su proceso productivo o las funciones de cargos que son desempeñados por los trabajadores.

Adicionalmente, consideramos que el acuerdo suscrito en la instancia de protección deberá tener una duración de 1 año, siendo posible para las partes crear una comisión de seguimiento del acuerdo, para que 30 días antes del vencimiento del acuerdo, puedan realizar una evaluación de las condiciones que originaron la solicitud de instalación de la instancia de protección, por lo que en el supuesto que las condiciones se mantenga o hayan empeorado, entonces se deberá entender automáticamente prorrogado el acuerdo por un período adicional de 1 año.

La comisión de seguimiento del acuerdo deberá estar conformada por representantes del patrono y los trabajadores, además de un tercero designado conjuntamente por las partes, siendo que en el supuesto que las partes no se pongan de acuerdo, el tercero será designado por la Administración del Trabajo.

Igualmente, en el acuerdo que sea suscrito en la instancia de protección, las partes podrán modificar cualquiera de las condiciones o beneficios laborales regulados en la convención colectiva o la política con que cuente la empresa, debiendo ser restablecidos una vez finalizada la duración del acuerdo, pudiendo acordar la suspensión de la relación laboral de grupos de trabajadores o la reducción de personal, siendo que en dichos supuestos se deberán acordar las condiciones de la suspensión de la relación laboral o la reducción de personal.

Ahora bien, en el supuesto que las partes no puedan alcanzar un acuerdo en la instancia de protección, el conflicto será sometido al conocimiento de una junta de arbitraje, que estará conformada por un árbitro designado por el patrono, un árbitro designado por la organización sindical o los trabajadores, además de un árbitro designado de común acuerdo entre las partes, que será el presidente de la junta de arbitraje, por lo que en el supuesto que las partes no se pongan de acuerdo en dicha designación, la designación será realizada por la Administración del Trabajo.

Con base en lo anterior, en el supuesto que la junta de arbitraje acuerde la modificación de las condiciones y beneficios laborales de los trabajadores, en el laudo que sea dictado se fijarán las condiciones y beneficios laborales sobre los que se acuerda la modificación, pero además deberá fijarse el tiempo de duración de la modificación, que en ningún supuesto podrá ser inferior a 1 año o mayor a 2 años.

Como consecuencia de las experiencias vividas con ocasión de la crisis económica que afecta al país, somos de la opinión que las partes deberían regular una cláusula *hadrship* en la convención colectiva o acuerdo colectivo, que permita la renegociación en el supuesto que se configure un hecho imprevisto que afecte el cumplimiento por parte del patrono de las condiciones o beneficios laborales regulados en la convención colectiva o acuerdo colectivo, situación que deberá ser reconocida en el ordenamiento jurídico.

Por último, proponemos la derogación del artículo 149 del DLOTTT, porque viola el derecho a la libertad económica y el derecho a la propiedad, que se encuentran regulados en los artículos 112 y 115 de la CRBV.

IV. Resolución de Conflictos

Aun cuando las partes de la relación laboral pueden regular que cualquier controversia individual o colectiva puede ser sometida al conocimiento de una junta de arbitraje, consideramos que es indispensable que sea desarrollado el

SENAMED, que podría ser la instancia a la que las partes puedan acudir para resolver el conflicto (individual o colectivo) sea bien haciendo uso de la mediación o del arbitraje, por lo que a los fines del desarrollo del SENAMED se podría hacer una alianza con los Centros de Arbitraje y Mediación que existen en el país, quienes cuentan con la experiencia en materia de arbitraje y mediación institucional.

Aunado a ello, creemos que las partes pueden regular una instancia de resolución de conflictos a lo interno de la organización, lo cual puede estar previsto en la convención colectiva, la política laboral de la empresa o el contrato individual de trabajo, siendo que dicha instancia podrá resolver el conflicto haciendo uso de la conciliación o mediación, para que en el supuesto en que las partes no logren resolver el conflicto por medio de la conciliación o mediación, entonces una junta de arbitraje será la encargada de decidir sobre el conflicto (individual o colectivo).

Por otra parte, los Tribunales deberán ser los que tengan la jurisdicción para conocer de la: (i) calificación de falta que el patrono interponga en contra del trabajo; y (ii) solicitud de reenganche, desmejora o traslado que puedan ser ejercida por el trabajador en contra del patrono, todo ello cuando se trate de trabajadores amparados por inamovilidad laboral, por lo que deberán ser derogados los artículos 422, 423, 424 y 425 del DLOTTT, siendo que la solución que proponemos deberá ser incorporada en una reforma de la LOPT.

Por último, el artículo 513 del DLOTTT debe ser derogado, por cuanto sólo los Tribunales deben tener la jurisdicción para conocer de los reclamos previstos en la referida norma, porque el Poder Judicial cuenta con la estructura necesaria para garantizar la tutela efectiva de los derechos de las partes, además que el artículo 513 del DLOTTT es utilizado para generar un fraude sobre la jurisdicción que tiene el Poder Judicial.

V. Sanciones y Procedimiento

En nuestra opinión, se debe hacer una evaluación de la unidad que tendría que ser tomada en cuenta por la Administración del Trabajo para la imposición de las sanciones, situación que debe ser sometida a una consulta pública con los diferentes sectores que conforman la sociedad.

En lo que respecta al procedimiento sancionatorio, consideramos que se debe reformar el mismo, para otorgar un lapso para presentar argumentos y pruebas no debería ser mayor a 10 días hábiles, además de fijar una oportunidad para la publicidad de las pruebas que sean promovidas por las partes, otorgando un lapso no menor a 3 días hábiles para la oposición a las pruebas promovidas, con un lapso no menor a 3 días hábiles para la admisión de las pruebas promovidas, fijando un lapso de 5 días hábiles para la evacuación de las pruebas que fueran

admitidas, además de otorgar un lapso de 3 días hábiles para la presentación de conclusiones, siendo que la Administración del Trabajo deberá decidir en un lapso no mayor a 5 días hábiles contados desde la finalización del lapso de conclusiones.

Para el supuesto que el patrono sea sancionado, podrá solicitar la nulidad de la providencia administrativa, sin estar obligado a pagar la multa que sea impuesta, porque ello sería contrario al derecho a la tutela efectiva previsto en el artículo 26 de la CRBV. Sin embargo, la Administración del Trabajo podrá ordenar el cierre del centro de trabajo en el supuesto que la sanción se deba a infracciones graves de obligaciones de seguridad y salud laboral o en el supuesto que el patrono sea reincidente en violaciones de la legislación laboral.

VI. Conclusiones

El DLOTTT viola la CRBV, porque en el numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta se establece que la reforma de la LOT era una competencia de la AN, siendo una norma que fuera aprobada por el voto de los ciudadanos que participaron en el referendo celebrado para aprobar el texto de la CRBV que fuera redactado por la ANC, por lo tanto, nos encontramos ante un fraude a la voluntad popular.

El DLOTTT, no es una norma que haya contado con la participación de todos los actores que conforman la sociedad, por cuanto, es un Decreto dictado por el Ejecutivo Nacional, lo que representa una norma contraria al diálogo social y el tripartismo, además de ser una regulación con un alto contenido ideológico.

La legislación laboral debe tener como objetivo regular los derechos y deberes que tienen las partes de la relación jurídica, pero además teniendo en consideración la importancia del fomento de empleo decente, sin que las normas laborales deriven en violaciones a la libertad sindical, libertad económica o propiedad, por cuanto es indispensable que la legislación laboral sea lo suficientemente equilibrada, para garantizar la paz laboral y prosperidad del país.

La reforma de la legislación laboral debe ser conocida por la AN, permitiendo la participación de todos los actores de la sociedad, como ocurrió con las discusiones de la LOPT, por lo que será fundamental su consulta pública, para lo que creemos que será necesario el uso de las tecnologías de la información y comunicación, para garantizar la mayor participación posible.

En la reforma de la legislación laboral, se debe tomar en consideración las experiencias vividas con ocasión de la crisis económica que enfrenta Venezuela, las situaciones que se han presentado con ocasión del Covid-19, pero

sobre todo lo que es el impacto de la tecnología en la relación laborales y el empleo.

Para finalizar, es necesario crear las instancias de formación de los actores de las relaciones laborales, porque su formación es fundamental para alcanzar los objetivos de la sociedad y la transformación de las relaciones laborales.

Reflexiones sobre la incursión del laudo arbitral en la jurisdicción ordinaria

Adolfo Hobaica

Sumario

- I. Introducción
- II. Ingreso obligatorio del laudo arbitral a la jurisdicción ordinaria
- III. Escenarios en la jurisdicción ordinaria con el ingreso inevitable del laudo arbitral
- IV. Solicitud de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en la jurisdicción ordinaria
- V. Conclusiones

I. Introducción

Es muy común encontrarse con el deseo de la perfección en cualquier disciplina humana, pero como es natural, esa excelencia rara vez existe; este ideal se acentúa en las disciplinas jurídicas por cuanto a través de ellas se regulan las relaciones y los conflictos entre los seres humanos.

Resulta que, dentro de esas disciplinas se encuentra el arbitraje, el cual en la medida en que se expande en el mundo se contamina con algunas prácticas judiciales que a la fuerza pretenden incorporarse a su dinámica, con la intención de atacar la validez del laudo mediante figuras extrañas a él, que en la mayoría de los casos desnaturalizan su esencia y comprometen su autonomía e independencia.

Debemos insistir a pesar de que todos lo sabemos, que el arbitraje es un pacto, un contrato cerrado, a través del cual las partes se someten a él, bajo unas reglas determinadas que deben ser respetadas, por lo tanto salvo que se trate de los motivos expresamente señalados por las leyes de arbitraje o por las partes en el compromiso, el único recurso para atacar al laudo arbitral es el Recurso de Nulidad, de manera que al no ser ejercido o ser declarado sin lugar el laudo adquiere firmeza.

Entre esas reglas está la obligatoriedad de cumplir voluntariamente con lo resuelto por los árbitros, lo cual a veces no se respeta por diversas razones que pueden presentar algunos dilemas que trataremos de evidenciar y decifrar en este trabajo.

Pareciera que con el paso del tiempo se va haciendo inexplicablemente más difícil asimilar esos postulados, esa esencia, que es su gran atractivo, su razón de ser, pues hay una búsqueda insesante de mecanismos que comprometen

esa seguridad que se expresa en los convenios arbitrales, abriendo cada día un espacio inesperado en búsqueda de esa perfección que no existe.

Sabemos también que ese único recurso para anular el laudo no juzga sobre el fondo de la cuestión controvertida resuelta por los árbitros, sino que verifica que se hayan cumplido con unos requisitos formales que se encuentran perfecta y expresamente señalados en las normas que lo regulan, las cuales con algunas pequeñas diferencias coinciden prácticamente en el mundo entero.

De manera introductoria en este breve trabajo, cuyo detonante deriva de la necesidad de aclarar algunos puntos sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos; resaltamos que hay identidad entre las causales previstas para proponer el recurso de nulidad del laudo y las establecidas para solicitar que sea denegado su reconocimiento o su ejecución, lo cual en nuestra opinión debe ser analizado con atención y con base en lo establecido en los instrumentos que lo regulan a nivel global.

Afirmamos como premisa inicial que de nada sirve distanciar el arbitraje nacional de las regulaciones que son habituales en el mundo del arbitraje, ya que una de sus finalidades es la uniformidad de su normativa, de manera que el comercio internacional pueda desenvolverse sin trabas y con reglas claras en cualquier país donde se utilice ese mecanismo para resolver controversias.

Cualquier innovación, interpretación restrictiva o impedimento que se trate de instaurar en la sede del arbitraje y que no vaya en sintonía con lo que acontece en otras jurisdicciones, lo excluye si se rompe esa armonía de la corriente donde se desarrolla.

Recordemos que la función del arbitraje es resolver controversias esencialmente internacionales, por lo tanto el laudo es el equivalente a una sentencia que nace en cualquier jurisdicción con unas ventajas envidiables, puede circular, ser reconocido y ejecutado en una gran cantidad de países sin que exista mayor obstáculo.

Así nace la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, que le ha servido de base a la mayoría de las leyes de arbitraje en el mundo entero, entre ellas a la venezolana, precedida de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York del 10 de junio de 1958, cuya finalidad fue darle reconocimiento en todas las jurisdicciones a los laudos sin importar la sede en la cual hubiesen sido dictados, la cual también ha sido suscrita por nuestro país, al igual que la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional Panamá 1975. Estos instrumentos son un hito en el arbitraje comercial internacional.

No es difícil darse cuenta de lo importante que es haber logrado ese concierto global sobre un mecanismo de resolución de conflictos que prácticamente no tiene fronteras, y del daño que se le hace cuando se busca

acoplarlo a extraños mecanismos que comprometen con gran riesgo su libertad, seguridad e independencia.

El reconocimiento y la ejecución de los laudos es la fase final del arbitraje, y se activa ante la contumacia del vencido en el proceso de darle cumplimiento voluntariamente a su pacto, en ella podemos enfrentarnos a algunos escenarios al tratar de ejecutarlos bien sea en su sede o en algún otro lugar, donde pueda hacerse valer conforme a la Ley o a las convenciones celebradas entre los países.

Al entrar a analizar esos escenarios veremos las normas que regulan el proceso de reconocimiento y de ejecución de los laudos, que se desarrollan en la jurisdicción ordinaria, es decir, fuera de la jurisdicción arbitral donde ya concluyó el trámite correspondiente y se dictó el laudo.

II. Ingreso obligatorio del laudo arbitral a la jurisdicción ordinaria

Como señalamos supra, existe una identidad entre las causales establecidas en las Leyes de Arbitraje para proceder a impugnar el laudo dictado en la sede mediante el Recurso de Nulidad, y las causales establecidas para oponerse a su reconocimiento o a su ejecución, esta semejanza es coincidente en todos los países donde tiene mayor relevancia el arbitraje¹.

Una primera explicación de esa similitud que existe a nivel global entre esas causales es que el reconocimiento del laudo, que es la antesala de su ejecución, debe ser declarado por la autoridad judicial donde se quiere hacer valer fuera de su sede para luego ejecutarse, no estimamos que el reconocimiento deba dársele al laudo de la sede sino al laudo extranjero².

Es lógico que así sea debido a que no se justifica que pueda examinarse un laudo en su sede por los mismos motivos, por dos autoridades jurisdiccionales distintas, e inclusive en sentido inverso, es decir, de mayor a inferior jerarquía, nos referimos al juez de la nulidad en primer término y al juez de la ejecución en segundo término, que, normalmente es de inferior jerarquía.

Realmente del texto pertinente de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela no podemos afirmar categóricamente que las causales establecidas para denegar el reconocimiento o la ejecución de los laudos, se refieren solamente a

¹ A título de ejemplo solo mencionamos los Artículos 44 y 49 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana y 34 y 36 de la Ley Modelo CNUDMI. Advertimos que en otros instrumentos legales acoplados a la Ley Modelo sucede lo mismo.

² James Otis Rodner “La solicitud de reconocimiento solo procede en caso de un laudo extranjero, y las causales de denegación corresponden a la denegación de la validez en Venezuela del laudo extranjero” Estudios sobre Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Humberto Cuenca.

los laudos extranjeros, por cuanto el legislador no los diferenci6 expresamente, aunque podríamos inferir que cuando la Ley señala que el laudo ser6 ejecutado por la fuerza “sin requerir *exequatur*” y que solo es necesario presentar una peticion para su reconocimiento, se est6 refiriendo al laudo dictado en el extranjero, basicamente porque el *exequatur* no se refiere a decisiones del pa6s donde pretenden hacerse valer³.

Adicionalmente, en la Ley se autoriza la ejecucion del laudo en la sede estando pendiente de tr6mite el Recurso de Nulidad, por consiguiente, ser6 un contrasentido sostener que ese mismo laudo debe pasar por un reconocimiento previo, si su ejecucion inmediata est6 autorizada estando cuestionada su validez, salvo que se constituya una garant6a para asegurar las resultas de lo establecido en el laudo⁴.

En otras legislaciones (Panam6 – Guatemala – Honduras – Colombia – Per6 – Espa6a) las leyes de arbitraje hacen la distincion entre laudos dictados en la sede y laudos dictados en el extranjero, y expresamente se se6ala que esas causas de denegacion son para el laudo dictado fuera de la sede⁵, cuest6n que nos parece l6gica debido a que el laudo de la sede es dictado conforme a su ordenamiento jur6dico (*Lex Arbitri*), con lo cual su reconocimiento est6 impl6cito.

Hay opiniones contrarias que sostienen que, de acuerdo con la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, el reconocimiento del laudo dictado en la sede debe cumplirse de todas maneras por ante la autoridad jurisdiccional⁶.

En nuestro criterio, el reconocimiento de un laudo es un acto formal, es la verificacion de que el mismo cumple con los requisitos para poder ser ejecutado en el pa6s donde pretende hacerse valer, por consiguiente, un laudo salvo que sea declarado nulo ya cumple con las exigencias de la Ley para que su cumplimiento sea obligatorio para las partes en la sede, por lo tanto, el poder judicial no tendr6a jurisdiccion para desconocerlo.

Sostener que un laudo debe ser reconocido por la autoridad judicial del pa6s donde fue dictado, va en contra del sentido, prop6sito y raz6n del legislador

³ Art6culo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

⁴ Art6culo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

⁵ Art6culo 72 de la Ley de Arbitraje Paname6a; Art6culo 45 de la Ley de Arbitraje de Guatemala; Art6culo 84 de la Ley de Arbitraje de Honduras; Art6culo 111 numeral 3 de la Ley de Arbitraje de Colombia; Art6culo 126 de la Ley de Arbitraje del Per6; Art6culo 46 de la Ley de Arbitraje Espa6ola.

⁶ Jose Pedro Barnola Reconocimiento y Ejecucion del Laudo Arbitral. Arbitraje Comercial Interno e Internacional Reflexiones Te6ricas y Experiencias Pr6cticas / Henry Torrealba El Reconocimiento y la Ejecucion del Laudo Arbitral. El Arbitraje en Venezuela Estudios con motivo de los 15 a6os de la Ley de Arbitraje Comercial, se solidariza con la tesis de J.P Barnola.

en la Ley de Arbitraje Venezolana, la cual en todo momento propende la ejecución de los laudos sin mayores obstáculos, inclusive distanciándose de otros países de Latinoamérica donde la interposición del Recurso de Nulidad suspende su ejecución⁷, cuestión que como sabemos no es posible en Venezuela a menos que se constituyan garantías⁸.

Queremos insistir en que el reconocimiento de un laudo no es constatar que existe, no es una simple verificación, no es un tema semántico, es permitir que ingrese a un territorio extranjero previo examen de que el mismo por haber sido conocido bajo los principios de otra jurisdicción en la que fue dictado, no está incurso en alguna de las causales señaladas que como se dijo son similares a las que dan lugar para que se proponga la nulidad de laudo y prácticamente las mismas en la mayoría de los países.

No tiene sentido que el legislador permita que un laudo que no haya sido anulado en la sede no sea reconocido en su propia jurisdicción y sea examinado dos veces por dos autoridades jurisdiccionales distintas, por las mismas causas cuando él permite que el laudo sea ejecutado durante el proceso en el cual se le está atacando de nulidad por esas mismas causales.

Podemos afirmar entonces con absoluta certeza que un laudo declarado nulo, no podrá ser ejecutado en la sede, por cuanto la sentencia dictada por la autoridad jurisdiccional resolvió su nulidad debido a la existencia de una de esas causales previstas en la Ley para la procedencia de esa declaratoria.

Igualmente, y sin la menor duda sostenemos que un Recurso de Nulidad declarado sin lugar obliga a las partes a darle cumplimiento al laudo cuya nulidad no prosperó, no vemos posible como en ese caso pueda alguna de las partes solicitar la denegación de su ejecución en la sede, e inclusive sería absurdo denegar su reconocimiento⁹.

A mayor abundamiento, es necesario advertir que dada la importancia que en el mundo del arbitraje se le da a los laudos, es posible que pendiente el recurso de nulidad o aun habiendo sido declarada la misma en la sede, podrá ser presentado fuera de ella para su reconocimiento y posterior ejecución¹⁰.

Esta modalidad muy especial en el arbitraje internacional demuestra categóricamente que existe plena soberanía en cada jurisdicción para determinar el reconocimiento o la ejecución del laudo extranjero, independientemente de lo que haya sucedido o pueda suceder en la sede, por cuanto en cada país donde se

⁷ Leyes de Arbitraje de Perú, Chile, Argentina.

⁸ Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

⁹ Artículo 46 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

¹⁰ Artículo VI Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras Nueva York del 10 de junio de 1958, y 6 de la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional Panamá de 1975.

presente el laudo puede abrirse una nueva posibilidad para atacarlo, con base en su propio ordenamiento jurídico.

Es allí donde podemos ver con absoluta claridad la justificación para que exista identidad entre las causales de anulabilidad del laudo y las causales para oponerse a su reconocimiento o ejecución de los laudos extranjeros, ya que puede haber alguna diferencia en las distintas jurisdicciones, en cuanto a su interpretación o procedencia, no así en la sede, debido a que se trata del mismo ordenamiento jurídico que debe aplicar el Juez de la Nulidad o el Juez de la Ejecución, que como señalamos son de jerarquías distintas.

En este sentido, es importante destacar que tanto en la Ley Modelo de la CNUDMI, así como en las convenciones de Nueva York y Panamá, está previsto que en caso de oposición al reconocimiento o ejecución del laudo, la parte afectada puede solicitarle al Juez que la opositora preste garantías apropiadas, cuando se fundamente en que está pendiente la solución del Recurso de Nulidad del laudo o la misma ya fue decretada¹¹.

Llama la atención que esa exigencia sea solo para el caso de que el laudo no sea aun obligatorio para las partes o haya sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, ya que en ese caso existe un proceso en curso o uno ya concluido por medio del cual se está atacando el laudo en la sede o quedó sin efecto.

No está previsto así en la Ley Modelo de la CNUDMI ni en las Convenciones de Nueva York y de Panamá, para el caso de que se aleguen las otras causales previstas para oponerse al reconocimiento o ejecución del laudo, la exigencia de constituir garantías. Entendemos que, si se piden garantías para impedir la ejecución de un laudo que se encuentra atacado de nulidad o nulo, con mas razón deberían pedirse garantías cuando se aleguen las otras causales.

III. Escenarios en la jurisdicción ordinaria con el ingreso inevitable del laudo arbitral

Como se expresó precedentemente las causas por las cuales se puede pedir la nulidad del laudo, son idénticas a las señaladas para que su reconocimiento o su ejecución sea denegada, debido a que son de tal relevancia que cualquiera de ellas de existir tiene el efecto de aniquilarlo medularmente.

Aunque en la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana no se hace una diferencia puntual entre los laudos dictados en la jurisdicción de la sede y

¹¹ Artículo 36 (2) de la Ley Modelo CNUDMI, Artículo V literal e) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Nueva York del 10 de junio de 1958 y Artículo 6 de la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional Panamá de 1975.

aquellos dictados en la jurisdicción extranjera¹², sostenemos que el laudo foráneo que pretenda ejecutarse en el país es el único que requiere de reconocimiento, los laudos dictados en la sede no necesitan ser reconocidos son de obligatorio cumplimiento por mandato expreso de la Ley¹³.

A los efectos del reconocimiento el legislador señala que el laudo será previamente reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable¹⁴, y en lo concerniente a su ejecución el legislador remite a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución por la fuerza de las sentencias¹⁵.

Es de hacer notar, que el legislador en la misma disposición legal utilizó frases distintas para referirse al tribunal que le impartirá el reconocimiento al laudo y el tribunal que lo ejecutará, pues en el primer caso se refiere al Tribunal ordinario y en el otro al Tribunal competente.

No obstante, a su vez el legislador a renglón seguido equipara el reconocimiento y la ejecución, al señalar que el reconocimiento o la ejecución (una u otra) podrá denegarse por las mismas causales.

Realmente en *strictu sensu* no existe diferencia entre tribunal ordinario y tribunal competente, no tendría sentido luego de haber equiparado las dos instituciones, pensar que pudo haberse dividido la continencia, todo tribunal ordinario es competente y viceversa, buscar o justificar la diferencia sería un contrasentido, tal vez el legislador para evitar una *inelegancia iuris* quiso utilizar las palabras ordinario y competente como sinónimos, no cabe otra explicación, por lo tanto debemos concluir que ese trámite de reconocimiento o de ejecución debe verificarse en el mismo tribunal.

Adicionalmente, cuando tenemos un laudo extranjero su ejecución se encuentra subordinada a su reconocimiento, no así cuando se trata de un laudo dictado en la sede en cuyo caso solo se tramita su ejecución, su reconocimiento está implícito y viene dado por la Ley aplicable en la jurisdicción donde se va a ejecutar.

En ambos casos estamos en presencia de un solo trámite que, de acuerdo con lo señalado por la Ley de Arbitraje Comercial, se verifica conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

¹² Artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

¹³ Artículo 31 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

¹⁴ Artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. Esta es otra razón para sostener que el reconocimiento solo opera para los laudos extranjeros.

¹⁵ Artículos 523 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

La Ley Procesal nos señala que la ejecución de la sentencia una vez decretada no podrá ser interrumpida y continuará su curso, salvo que se alegare la prescripción de la ejecutoria o el cumplimiento de la obligación reclamada¹⁶.

El legislador no previó que la ejecución de un laudo reconocido o dictado en la sede pudiese ser interrumpida después de decretada, salvo por las razones mencionadas que no tienen nada que ver con las razones para denegarla, por cuanto consideró que su dispositivo es obligatorio¹⁷ aun en el caso de ser atacado con el Recurso de Nulidad en su sede, por ello solo se suspenderá si se garantiza mediante una caución la ejecución del laudo y los eventuales daños que pudiesen sobrevenir en caso de que el recurso fuese rechazado¹⁸.

Siendo así, tenemos que la única manera de suspender la ejecución de un laudo es denegándole su reconocimiento en el país, o si se trata de un laudo nacional mediante la constitución de una caución que garantice su ejecución y los perjuicios eventuales, en la oportunidad de proponer el Recurso de Nulidad.

Desde ahora afirmamos que la ejecución del laudo extranjero no podrá ser denegada en ningún caso, pues al haber sido reconocido ya la autoridad jurisdiccional verificó la inexistencia de las causales para denegarla; de igual manera la ejecución de un laudo dictado en la sede no puede denegarse por cuanto las causales son las mismas que las señaladas para pedir su nulidad.

La ejecución de un laudo bien sea nacional o extranjero reconocido solo puede suspenderse, si se alegare la prescripción de la ejecutoria o el cumplimiento de la obligación reclamada, tal y como lo estipulan las normas a las cuales remite la Ley de Arbitraje Comercial para el reconocimiento y ejecución de los laudos.

Aclarado lo anterior, podemos encontrarnos con un nuevo escenario en la sede en el cual una vez precluido el lapso para proponer el Recurso de Nulidad, el laudo definitivamente firme sea presentado ante la autoridad judicial para su ejecución, una vez decretada la misma y fijado el lapso para su cumplimiento voluntario, el ejecutado comparezca y en lugar de cumplir espontáneamente, invoque por primera vez alguna de las causales previstas en la Ley para que sea denegada la ejecución ya decretada.

Obviamente sin ninguna duda podríamos afirmar que el laudo se encuentra definitivamente firme, y que la oportunidad para proponer esas causales que son las mismas que las establecidas para alegar la nulidad, precluyó.

Sin embargo, un laudo que se encuentre afectado de una de las causales para denegar su ejecución no debería ser ejecutado, ya que las causales previstas

¹⁶ Artículo 532 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁷ Artículo 31 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

¹⁸ El legislador utiliza la palabra “caución”

para ello son de tal entidad que comprometerían severamente la ejecución del laudo, así se encontrase definitivamente firme.

Entonces siendo así, cabría preguntarse: ¿en caso de que no se hubiese propuesto el Recurso de Nulidad contra el laudo oportunamente, podría ser atacado en el trámite de su ejecución?

Creemos que en principio permitir que se ataque nuevamente al laudo, sería atentatorio del principio de inmutabilidad de la cosa juzgada, la cual es aplicable sin ninguna duda al laudo que adquirió firmeza al no haberse atacado en su momento con el único recurso permitido para neutralizar sus efectos.

No obstante, debemos concienzudamente afirmar que las causales para declarar la nulidad o para denegar la ejecución del laudo, son las mismas, se refieren a su estructura, a la capacidad de las partes, a la imposibilidad de haber podido ejercer sus derechos, a la ilegalidad de la composición del tribunal o del procedimiento arbitral, que las decisiones no fueron o no pueden ser sometidas a arbitraje.

En este punto compartimos en parte algunas opiniones doctrinarias que militan en favor de esta tesis, aunque no en su totalidad ya que no es posible en nuestra opinión, que un laudo cuya nulidad haya sido desestimada, pueda ser objeto de una nueva revisión en la misma jurisdicción en la oportunidad de su ejecución por las mismas causales aunque no se hubiesen opuesto, por un juez de inferior jerarquía¹⁹.

Es indudable que estamos en presencia de una cuestión delicada que debe ser vista con gran seriedad, no prevista por el legislador que invita a la reflexión, pues debemos tener claro que un laudo que contenga alguno de los defectos que se mencionan en las causales para denegar su ejecución y que son los mismos que lo infestan de nulidad, no puede surtir sus efectos, a menos que previamente el Juez de la Nulidad de la sede las hubiese revisado y declarado inexistentes.

IV. Solicitud de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en la jurisdicción ordinaria

No podemos afirmar que un laudo nacional o extranjero que no haya pasado por el control jurisdiccional y que esté incurrido en algunas de las causales establecidas para oponerse a su reconocimiento o ejecución, pueda ser ejecutado.

Consideramos como se explicó que el laudo extranjero una vez reconocido por la autoridad jurisdiccional puede ser ejecutado, y que la parte

¹⁹ Javier L. Ochoa Muñoz Reconocimiento del Laudo Arbitral Extranjero. Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Prácticas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales Comité Venezolano de Arbitraje.

solo podría pedir que se deniegue la ejecución del laudo dictado en la sede si no hubiese ejercido oportunamente por cualquier causa el recurso de nulidad, ya que los vicios que afectan el laudo son estructurales y no pueden ser convalidados por las razones expuestas.

También consideramos que la ejecución habiendo sido ya decretada no podría ser suspendida por cuanto las causales para suspenderla son taxativas, siendo que además se trata de una expectativa de derecho contra un laudo definitivamente firme.

En consecuencia, el laudo que no ha sido anulado en su sede porque contra él no se interpuso el Recurso de Nulidad, podría ser atacado si se encuentra afectado de las causales establecidas en la Ley para denegar su ejecución, en cuyo caso debe cumplirse con un trámite para corroborar la existencia de las causales alegadas, pero la ejecución no podrá ser interrumpida sino hasta cuando exista una sentencia definitivamente firme que la deniegue.

El anterior razonamiento se encuentra ajustado al mas riguroso examen de hermenéutica jurídica, un trámite ejecutivo de un laudo definitivamente firme no puede impedirse con base en un simple alegato que persiga su denegación por mas serio que aparente ser, de una parte que ha sido contumaz al no haber ejercido el recurso que le da la Ley para enervar los efectos del laudo.

Este trámite debe ser considerado como una situación nueva en ejecución de sentencia, que debe ser tramitada incidentalmente para que la parte demuestre la existencia de alguna o algunas de esas causales, pero como señala la Ley esa circunstancia no puede dar pié a que la ejecución se suspenda, ya que las causales de denegación no son de las previstas para detenerla.

Si la autoridad judicial ante la cual se proponga la solicitud de denegación la declarase con lugar, no podría ordenar la suspensión de la ejecución ya decretada o por decretarse hasta cuando su decisión se encontrase definitivamente firme, debido a que el laudo lo está y aun no estándolo, no podría hacerlo sin que existiesen garantías suficientes por cuanto la Ley no lo permite si no se constituyen.

En consecuencia, la ejecución de un laudo una vez dictado no puede ser suspendida bajo ningun pretexto, salvo que se constituyan garantías suficientes para asegurar los daños y perjuicios que pudiesen generarse si esa suspensión fuese declarada sin lugar en la definitiva²⁰.

Esta es una característica de los laudos arbitrales concebida para darle seguridad al procedimiento escogido por las partes, el cual se fundamenta en el

²⁰ Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

principio de autonomía de la voluntad, por medio del cual las partes renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces²¹.

Esta circunstancia desde el punto de vista estrictamente procesal puede ser vista como una invalidación de sentencia, institución que está prevista para aquellas sentencias definitivamente firmes y ejecutoriadas que tienen algún vicio que atenta contra su naturaleza misma, contra su existencia, como sería el caso del laudo que tuviese incurso en alguna de las causales de nulidad.

Debemos afirmar que en ningún caso el Recurso de Invalidación de sentencias impide su ejecución²².

El laudo es el equivalente a una sentencia, con la única diferencia de que el Tribunal Arbitral no posee el poder coercitivo del que dispone la jurisdicción ordinaria para hacerlo cumplir por la fuerza, por ello si el mismo se encuentra definitivamente firme por no haberse ejercido contra él el Recurso de Nulidad, solo podrá ser denegada su ejecución una vez reconocida por sentencia definitivamente firme la existencia de algún vicio que lo permita, antes de ello sería una traición a la Ley en la cual la jurisdicción ordinaria no debe involucrarse.

Sabemos que para que se suspenda la ejecución del laudo al proponerse el Recurso de Nulidad conforme a la Ley de Arbitraje de Venezuela, es necesario la constitución de una garantía, que algunos expertos sostienen que también es necesaria constituirla no solo cuando se pide la suspensión de la ejecución, sino para proponer el recurso²³.

Una parte de la comunidad arbitral sostiene que su constitución es inoficiosa si no se pide la suspensión de los efectos del laudo, postura que compartimos, debido a que el laudo puede ser ejecutado una vez decretada su ejecución sin ningún tipo de obstáculo; otras opiniones sostienen que el legislador contempló una garantía adicional para tener acceso al Recurso de Nulidad y hacer mas onerosa la carga de aquel que propone la nulidad evitando así la temeridad de su interposición, en cuyo caso pensamos que de ser procedente esa garantía sería únicamente por el monto de las costas²⁴.

En las leyes arbitrales de Perú, Argentina, Chile, Panamá, Honduras y Guatemala entre otros países, la interposición del Recurso de Nulidad impide la

²¹ Artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

²² Artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, lo señala expresamente.

²³ Artículos 43 y 47 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana

²⁴ Algunas sentencias de Tribunales Superiores dictadas en tramites de Recursos de Nulidad han resuelto que es necesaria la constitución de una garantía para proponer el recurso de nulidad, aunque no se pida la suspensión de los efectos de laudo. No hemos encontrado una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en ninguna de sus Salas que categóricamente sostenga esa postura.

ejecución del laudo, no así por ejemplo en la legislación Española y Colombiana donde está previsto al igual que en Venezuela que la interposición del Recurso de Nulidad no suspende su ejecución.

En todo caso, lo que pretendemos expresar es que si para suspender la ejecución de laudo dictado pendiente el recurso de nulidad, de manera expresa se exigen garantías, es lógico pensar con más razón, que encontrándose el laudo definitivamente firme por haber sido declarada sin lugar la nulidad o por no haberse ejercido, en cualquier circunstancia y por cualquier motivo, no será posible suspender su ejecución a menos de que se constituya una garantía.

Nótese que, si se hubiese pedido la suspensión de los efectos del laudo al proponer el Recurso de Nulidad, el vencedor en el arbitraje ya tendría a su favor una garantía constituida para responder de su pretensión.

No cabe duda que, la intención del legislador fue garantizar el cumplimiento del laudo y su ejecución, aun siendo atacado de nulidad y garantizar sus efectos con la constitución de una garantía, para protegerlo de los daños y perjuicios que ello pueda ocasionarle al ganador más las costas.

El ejecutado que no ejerció oportunamente el recurso de nulidad y que seriamente sostiene que existe alguna de las causales establecidas en la Ley para denegar su ejecución y suspenderla, debe ofrecer una garantía suficiente para asegurarle a la parte ejecutante los daños y perjuicios que pudiese ocasionarle esa suspensión de la ejecución, en los mismos términos que señala nuestra norma procesal para el caso de que se quiera atacar una sentencia definitivamente firme y ejecutoriada, como es el caso de un laudo arbitral contra el cual no se haya propuesto en su oportunidad el Recurso de Nulidad.

Debe entenderse que oponerse a la anterior consideración, representa por una parte un atentado contra la cosa juzgada y por la otra dada la naturaleza de los vicios que pudiesen afectar al laudo definitivamente firme, por no haberse ejercido el Recurso de Nulidad, puede abrir otros caminos judiciales que no están previstos para el arbitraje y que sin duda comprometen mucho más su independencia y su seguridad como mecanismo alternativo para resolver controversias.

V. Conclusiones

El reconocimiento y la ejecución del laudo son dos instituciones distintas que tienen una relación causal, el reconocimiento es el preámbulo de la ejecución y está subordinada a él, un laudo dictado fuera de la sede debe ser reconocido previamente por la autoridad jurisdiccional del lugar donde quiere hacerse valer y no puede luego denegársele su ejecución.

El laudo que pretende ejecutarse en la sede donde fue dictado no necesita ser reconocido.

La Ley de Arbitraje Comercial Venezolana señala que la interposición del Recurso de Nulidad no suspende la ejecución del laudo, es claro entonces que el legislador no supeditó su ejecución en la sede ni al reconocimiento previo, ni a ningún otro requisito, de lo contrario lo hubiese señalado²⁵. Adicionalmente vemos que en el derecho comparado todas las legislaciones señalan que el reconocimiento es para los laudos extranjeros, no vemos porque en Venezuela sería distinto.

Es factible que un laudo que no haya sido atacado de nulidad en la sede sea objetado en la oportunidad cuando sea solicitada su ejecución, por cuanto la Ley de Arbitraje Comercial señala que el reconocimiento o la ejecución podrá ser denegada por el juez si existiese alguna de las causales señaladas en la Ley para que el reconocimiento o la ejecución no sean acordados²⁶.

Entendemos que, al no proponerse el Recurso de Nulidad contra el laudo dentro de la oportunidad de Ley, el laudo adquiere firmeza y por ende es cosa juzgada.

Sin embargo, las causales para denegar la ejecución del laudo, como hemos señalado son las mismas que las previstas para pedir su nulidad, pensamos que un laudo que no haya sido revisado por la autoridad jurisdiccional y que tenga un vicio en el cual este involucrada la capacidad de las partes, la imposibilidad de haber podido ejercer sus derechos, la ilegalidad de la composición del tribunal o del procedimiento arbitral, que las decisiones no fueron o no pueden ser sometidas a arbitraje, no debería ejecutarse.

En relación con la solicitud de denegación de la ejecución del laudo que pudiese alegar la parte en la oportunidad respectiva, *mutatis mutandis*, debería aplicarse el postulado correspondiente al recurso de invalidación de sentencias en cuanto a la constitución de una garantía para suspender la ejecución de la sentencia aplicable a la situación *sub-judice*, debido a que se trata de una situación similar y grave que puede comprometer la seguridad jurídica de cualquiera de las partes, aunque el *fumus bonis iuris* ampara indiscutiblemente a la parte que pretende ejecutar indistintamente la sentencia o el laudo.

No tendría sentido sostener lo contrario, por cuanto si al proponer el Recurso de Nulidad es exigida una garantía para impedir que el laudo sea ejecutado, es obvio que para suspender la ejecución del laudo que se encuentra definitivamente firme debe ofrecerse una fianza para asegurar la procedencia de su pedimento, lo contrario sería una antinomia.

²⁵ Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

²⁶ Artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

Adicionalmente, pensamos que el Juez sería responsable si suspende la ejecución mediante una garantía que a la postre resultase insuficiente.

Tuve la suerte de contar en este trabajo con el abogado del diablo para reafirmar mis conclusiones, quien se opuso firmemente a ellas en la búsqueda de esa perfección que sabemos que no existe, pero gracias a ese férreo enfrentamiento pude acercarme a ella.

Debo indicar que un extracto de este artículo fue publicado recientemente en la Tercera Edición 2020 de la Revista MARC.

Algunas notas sobre el régimen jurídico del vino en Venezuela¹

Claudia Madrid Martínez

*Cada encuentro nos protege de la memoria.
Entre nosotros ningún momento es rey. Todos
nacen, resuenan y desaparecen. Eres tú la
que le dice a la inmovilidad: detente. Escoges
el mejor vino, el que transporta la intensidad,
el vino de los atentos.*

Rafael Cadenas, Recuento, 1977

Sumario

- I. Introducción
- II. El vino en Venezuela
- III. Las primeras regulaciones fueron de naturaleza arancelaria y fiscal
- IV. El vino en el mundo del Derecho marcario
- V. Protección al consumidor de vinos
- VI. Una breve conclusión.

I. Introducción

En Venezuela, la producción de vinos de calidad es relativamente reciente. Su consumo, en cambio, inició temprano. “Sabida es la afición que tuvo Francisco de Miranda por el vino y se dice que Simón Bolívar –quien bebía diariamente champaña y fuese aficionado a los claretes bordeleses y los licorosos de Madeira– obsequió al Mariscal Antonio José de Sucre varias cajas de champagne rosé, para celebrar en Quito la victoria de Ayacucho. Más recientemente, cuando en 1953 el gobierno de Marcos Pérez Jiménez inaugura en un pomposo acto la autopista Caracas-La Guaira, se descorcha una edición especial de champaña Veuve Clicquot Ponsardin, traída especialmente para la ocasión, hasta con el tricolor nacional impreso en la botella”².

Aunque Venezuela ha ocupado las primeras posiciones en consumo de alcohol en América Latina³, el consumo de vino se aleja de los indicadores del

¹ Trabajo referido a la ponencia presentada en la International Web Conference on Wine Law, ESHTe, USAL, Sorbonne, 16 y 17 de septiembre de 2020.

² Vilorio, Vladimir, El vaivén del vino en Venezuela, en: Debates IESA, 2015, Vol. XX, No. 1, pp. 35 ss., especialmente p. 36.

³ Según Cifras de la Organización Mundial de la Salud, en 2014 Venezuela ocupó el tercer lugar en consumo de alcohol en América Latina, con 8.9 litros per capita (<https://www.elheraldo.co/salud/chile-es-el-pais-de-america-latina-con-mayor-consumo-de-alcohol-capita-152259>). En 2018 había descendido al puesto 12 con un consumo de 5.6 litros per capita (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-46317255>).

ron, la cerveza e incluso del whisky⁴. Según cifras de la Organización Internacional de la Viña y el Vino, para 2016 el consumo de vino fue de 0.1 litro *per capita*⁵. Esta cifra se ha mantenido con pocos altibajos, ubicando a Venezuela entre los países que menos vino consume en el mundo⁶.

La bonanza petrolera experimentada por el país le permitió al venezolano conocer vinos franceses, españoles, portugueses, chilenos⁷. Hoy, un poco por la crisis económica, pero fundamentalmente por su calidad, el venezolano se ha acercado a sus propios vinos y se ha encontrado con la grata sorpresa de caldos de alta factura. Venezuela tiene incluso una Academia de Sommeliers⁸ y cuenta con literatura especializada para conocer mejor del vino⁹. En su Manual del Vino, Miró Popić ha afirmado que “El vino está de moda, cada día más personas se interesan por él. Por todas partes se habla, discute y opina sobre su consumo, características y propiedades. Todos creen saber algo más, todos quieren aprender algo más”¹⁰.

La situación que atraviesa actualmente Venezuela –agravada por la pandemia¹¹– ha conducido a un complejo momento económico que ha afectado

⁴ “Hasta el 2010 Venezuela fue uno de los 10 países más consumidores de whisky en el mundo, en el 2014 es el quinto país más consumidor teniendo como preferidos los 12 y 18 años”, en: <https://venezuelaparaelmundo.com/venezuela-entre-los-mayores-consumidores-de-whisky-en-el-mundo/>

⁵ <http://www.oiv.int/es/statistiques/recherche?year=2016&countryCode=oiv>

⁶ <https://www.vinetur.com/2018052247211/los-paises-con-mayor-consumo-per-capita-de-vino-en-el-mundo.html> Una cifra semejante fue reportada entre 1990 y 2007 por el Ministerio del Poder Popular para la Salud en: El alcohol y las políticas públicas en Venezuela: dos estudios, Caracas, 2009, p. 18.

⁷ “El consumo de vino en Venezuela –que no llega al litro por habitante al año– ha sido durante los últimos sesenta años dinámico, generoso y ha crecido a la par que su cultura. Para el año 2012 las importaciones rondaban 1.400.000 cajas de nueve litros (entre blancos, tintos, espumosos y licorosos) con un valor cercano a los quince millones de dólares, valor que se triplica desde el momento en que el vino es puesto en el anaquel, invertidos para su comercio por cerca de una treintena de importadores”. Ver: Viloría, El vaivén del vino en Venezuela..., ob. cit., p. 36.

⁸ <https://academiadesommeliers.net/>

⁹ Viloría, Vladimir, Guía del Vino. Venezuela 2008, Bogotá, Legis, 2009. Popić, Miró, Manual del vino, Caracas, Miró Popić Editori, 2007; D’Addazio, Leonardo, Vini Vidi Vici, Caracas, Academia de Sommeliers, 2018.

¹⁰ Popić, Manual del vino..., ob. cit., prólogo.

¹¹ Durante el Webinar “Covid 19, Nuevos Horizontes en la Industria de la Gastronomía y su entorno 2020”, realizado el 16 de mayo de 2020, Guillermo Vargas, ingeniero de Bodegas Pomar, afirmó que aunque en el campo, la producción de uvas se ha visto poco afectada, el traslado del personal ha sido el mayor inconveniente. Hay dificultad para conseguir productos que no se producen en el país tanto para la viticultura como para la producción del vino. Ver: <http://elsommeliervenezolano.blogspot.com/2020/07/covid-19-nuevos-horizontes-en-la.html>

todos los ámbitos de la vida del venezolano. Los hábitos de consumo de la mayoría de la población han cambiado y esto ha afectado, desde luego, el mercado de las bebidas alcohólicas en general y de los vinos en particular¹², pero no descartamos que, al producirse un cambio político, la industria vitivinícola nacional pueda desarrollarse con todo su potencial y trascender las fronteras nacionales.

Este crecimiento de la industria venezolana del vino deberá ir acompañado de un desarrollo jurídico hoy inexistente. Hoy, la regulación del vino es dejada en manos de escasas normas dispersas y de carácter general en su mayoría. Por tal razón, nuestra idea fundamental con este trabajo es mostrar tales falencias, pensando en una futura reestructuración que beneficie la industria nacional. Así, luego de dar una mirada a la historia del vino en Venezuela, haremos un recorrido por tres áreas en particular: la primera que atendió estos temas de naturaleza eminentemente arancelaria y fiscal; la segunda referida al Derecho de marcas; y, finalmente, haremos una referencia al Derecho de los consumidores de vinos.

II. El vino en Venezuela

El *Diccionario de alimentación y gastronomía en Venezuela* define al vino como “una bebida alcohólica que se hace del jugo de las uvas exprimido y fermentado”¹³. Este concepto coincide por el aceptado en la Ley de Impuestos sobre Alcohol y especies Alcohólicas¹⁴ que, en su artículo 14.6 se refiere al vino como el producto de la fermentación alcohólica del jugo o del mosto de la uva.

El componente fundamental de esta bebida, la uva, fue traída a Venezuela por los españoles. No obstante, las técnicas de fermentación no eran ajenas a los aborígenes venezolanos. Tal como reporta Pedro Cunill Grau en su *Geohistoria de la sensibilidad en Venezuela*, cuando Colón en su tercer viaje llega a las costas del Golfo de Paria se encuentra con bebidas fermentadas de diversas clases de maíz, y se refiere a ellas como “vino de muchas maneras, blanco, tinto, mas no de uvas”¹⁵. Similar observación se atribuye a Américo Vespucio, quien afirma: “Y en son de paz, fuimos a tierra con los botes, y nos recibieron con gran amor y nos llevaron a sus casas donde tenían muy bien aparejadas cosas de comer.

¹² Para el mes de agosto de 2020, la inflación en bebidas alcohólicas alcanza un 26,51%. https://www.descifrado.com/2020/09/17/el-rubro-de-bebidas-alcoholicas-experimento-una-inflacion-de-2651-en-agosto/?preview_id=138097&preview_nonce=0482a09669-&preview=true&_thumbnail_id=138099

¹³ Cartay, Rafael / Elvira Ablan, *Diccionario de Alimentación y Gastronomía en Venezuela*, Caracas, Empresas Polar, Universidad de Los Andes, 1997, p. 294.

¹⁴ Gaceta No. 6.151 Extraordinaria, 18 de noviembre de 2014.

¹⁵ Cunill Grau, Pedro, *Geohistoria de la sensibilidad en Venezuela*, Caracas, Empresas Polar, 2007, Tomo II, p. 478.

Aquí nos dieron de beber tres suertes de vino, no de uvas, sino hecho con frutas como la cerveza y era muy bueno...”¹⁶.

El gusto por estos “...vinos de zumos de diversas plantas que se cuecen y fermentan al modo de las uvas mediterráneas...”, como la piña, la palma o el cardón, pasó de la Venezuela aborígen a la Venezuela hispánica, pero no fue del gusto de los europeos, al considerarlos excesivamente dulces¹⁷.

La uva, como hemos afirmado, fue traída por los españoles y comenzó a ser cultivada en las provincias de Coro y de Cumaná. En un principio los cultivos, de los que no se esperaba mucho debido a la creencia generalizada de que el clima tropical de la zona era adverso a la uva, tuvieron fines puramente ornamentales. No se pensaba en ese entonces en comer su fruto y, desde luego, tampoco en fermentarlo para obtener vino. La experimentación más allá de lo ornamental inició con la llegada de migrantes españoles, italianos y portugueses a finales del siglo XIX¹⁸.

Los primeros vinos comerciales producidos en Venezuela, a mediados del siglo XX, se produjeron a partir de mostos concentrados importados, con un resultado más bien mediocre. Son condiciones de tipo económico las que obligan a la incipiente industria nacional a trabajar con mostos nacionales. En efecto, la devaluación del bolívar frente al dólar en la década de los ochenta del siglo XX “produce el cambio que estimula la creación de empresas dedicadas a la producción de vinos a partir de mostos naturales nacionales obtenidos en el país”¹⁹.

En la actualidad destaca el trabajo del Instituto de la Uva de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado²⁰, ubicado en el noreste de El Tocuyo, Municipio Morán del estado Lara. Luego de los correspondientes estudios taxonómicos y de fertilidad, se determinó que, contrario a lo que se creía en un principio, el lugar contaba con excelentes condiciones climáticas para el cultivo de la vid. Hoy, el Instituto de la Uva produce diversos tipos de vino de bajo costo, menos elaborados y de calidad media²¹.

¹⁶ Carta atribuida a Américo Vespucio y fechada el 18 de julio de 1500. Citada en: Cunill Grau, *Geohistoria de la sensibilidad en Venezuela...*, ob. cit., p. 478.

¹⁷ Cunill Grau, *Geohistoria de la sensibilidad en Venezuela...*, ob. cit., p. 478.

¹⁸ Bianco Dugarte, Hugo Waldemar / Ana Luisa Medina, *Reseña histórica del vino en Venezuela, su control de calidad*, en: *Revista de la Facultad de Farmacia, Universidad de Los Andes*, 2001, 2001, pp. 32 ss., especialmente p. 32.

¹⁹ Bianco Dugarte / Medina, *Reseña histórica del vino en Venezuela...*, ob. cit., p. 33.

²⁰ <http://www.ucla.edu.ve/dagronom/uva/default.htm>

²¹ “Los productos que con mucho orgullo se han producidos hasta ahora son: Vino El Tocuyo (blanco, rosado y tinto), Vino Viña Tocuyana (blanco, rosado y tinto), Vino Valle Larense (blanco, rosado y tinto), Vino Tinto Dulce Tipo Oporto San Lucas, Vino Moscatel (para consagrar) San Lucas, Vino Seco San Lucas (blanco, rosado y tinto),

En segundo término, hemos de mencionar el Centro Vitícola del Zulia, creado en 1977 con el objeto de “realizar investigaciones dirigidas a optimar el cultivo de la vid y la búsqueda de alternativas para sus productos”²². Este centro cuenta con especialistas de España, Estados Unidos, Alemania e Italia y actualmente produce el vino Viñas del Sol.

Quizá la iniciativa más importante en Venezuela cristalizó con Bodegas Pomar²³, creada en 1985 por Empresas Polar en colaboración con la Casa Martell de Francia. Se trata de “la primera bodega de producción de vinos a escala comercial, en Venezuela y el trópico; elaborados a partir de uvas provenientes de viñedos propios, ubicados en Altagracia (Carora), Estado Lara”²⁴.

Se trata de un lugar elegido, luego de diversos estudios en distintas zonas de Venezuela, por sus condiciones climáticas y de suelo. De las “22 cepas del más alto linaje, oriundas del viejo continente”, con las cuales se realizaron las pruebas, hoy Bodegas Pomar trabaja con ocho que “retoñaron con vigor: Syrah de Côtes du Rhone, Petit Verdot de Bordeaux, Tempranillo de La Rioja, Sauvignon de Bordeaux, Chenin Blanc del Valle de Loire, Macabeu de Penedés, Malvoisie de Languedoc-Roussillon y Muscat D’Petit de Frontignan”²⁵.

Bodegas Pomar cuenta con tecnología de última generación y con especialistas en labores de campo y en bodega, que combinan con una vendimia realizada a mano: “uno a uno, los racimos son cosechados en cestas especiales y transportados rápidamente a la bodega, donde son vinificados inmediatamente”²⁶. Los vinos Pomar son de alta factura y han sido premiados en numerosos concursos internacionales²⁷.

Sangría La Guarita, y Vino Espumante (Champaña) Las Damas”. Ver: <http://www.ucla.edu.ve/dagronom/uva/default.htm>

²² <http://elvinoenvenezuelahotelescuola.blogspot.com/2018/04/normal-0-21-false-false-false-es-x-none.html> Según se lee en su acta constitutiva, su objetivo es “la investigación y la prestación de asistencia técnica a los agricultores e industriales, productores y transformadores de uva que coseche por sí o por intermedio de terceros”.

²³ <http://www.bodegaspomar.com.ve/>

²⁴ <http://www.bodegaspomar.com.ve/conocenos/historia>

²⁵ <http://www.bodegaspomar.com.ve/conocenos/capital-de-la-uva>

²⁶ Vanessa Gómez, vocera de la Gerencia de Comunicaciones de Empresas Polar, <https://revistaelconocedor.com/lo-tropical-tiene-sus-encantos-vinos-y-vinedos-venezolanos/>

²⁷ “Viña Altagracia se colgó su primera presea dorada en el VII Concurso Mundial del Vino de 1992 en Bruselas. Sendas medallas –oro y bronce– ganaron Viña Altagracia y Pomar Brut en el Challenge International du Vin Blaye-Bourg ese año. Ambos se alzaron de nuevo en 1993 con oro y bronce, respectivamente, en el marco de la célebre Vinexpo. En 1994, en el certamen vinícola más famoso de Francia, el jurado le colocó la corona dorada a Pomar Reserva. De nuevo Viña Altagracia se impone en Francia a los mejores caldos europeos, con Plata, en 1997. Gran mención tuvo Pomar Reserva en el VI

El clima, que en un principio se pensó adverso al cultivo de uva, ha resultado más bien beneficioso, permitiendo que se produzcan incluso dos vendimias al año. “Venezuela nos toma gratamente y nos ofrece sus vinos para demostrar que el Trópico tiene sus encantos y que por esta razón pueden tener hasta dos vendimias al año. Se puede afirmar entonces que el estudio, investigación y esmero en la producción de la uva se percibe al momento de levantar una copa, oler un vino y, sobre todo, degustarlo”²⁸.

III. Las primeras regulaciones fueron de naturaleza arancelaria y fiscal

En 1958, como parte de la reestructuración que siguió a la caída del gobierno dictatorial de Marcos Pérez Jiménez, el gobierno provisional dictó, el 22 de abril de ese año, el Decreto 173²⁹, mediante el cual se establecieron exoneraciones totales o parciales de derechos de importación para maquinarias y utensilios; materias primas y otros efectos no producidos en cantidad suficiente; y envases para el consumo o utilización en las explotaciones industriales, agrícolas o pecuarias ya establecidas. Paralelamente se inició una “campaña nacionalista en defensa de nuestra agricultura, de nuestra ganadería y de nuestra incipiente industria”³⁰, bajo el lema “compremos lo que Venezuela produce”.

En 1959, con la mira puesta en la industrialización como un factor clave para el desarrollo del país, el gobierno nacional, desde el Ministerio de Fomento, decidió, entre otras medidas, la protección arancelaria contra la competencia extranjera y la exoneración de impuestos de aduana para materias primas y bienes de capital aplicados a la industria. Ese mismo año, el Ministerio de Hacienda

Concurso Enológico Internacional de la Feria Mundial de Licores y Vinos de Italia en 1998. Pomar Brut repitió en Verona con el más alto laurel y se adjudicó la plateada de Vinalies en el año 2000. Ocho medallas para nuestra gran cosecha avalan la competitividad de nuestros vinos a escala mundial. Medallas de oro y plata coronaron respectivamente nuestros vinos premium Pomar Petit Verdot 2008 y Pomar Tempranillo 2008 en la décimo-séptima edición del concurso Sélections Mondiales efectuado en la ciudad de Quebec, Canadá, en 2010. En esa edición del concurso se presentaron 1.789 vinos de más de 600 bodegas”. En: <http://www.bodegaspomar.com.ve/conocenos/medallas>

²⁸ Franco, Elias, Lo tropical tiene sus encantos: vinos y viñedos venezolanos, 20 de febrero de 2017, en: <https://revistaelconocedor.com/lo-tropical-tiene-sus-encantos-vinos-y-vinedos-venezolanos/>

²⁹ Gaceta Oficial No. 25.639, 22 de abril de 1958.

³⁰ Salas Capriles, Roberto, Se busca un industrial, Caracas, Cromotip, 1980, p. 84.

emitió decretos para limitar la importación de artículos suntuarios, entre ellos, el vino³¹.

Estas medidas que en el fondo buscaban fomentar la industria nacional tuvieron, en el sector vitivinícola, más bien un efecto adverso, pues los productores de vino siguieron trabajando con mosto concentrado importado que, por su costo, era más rentable. Este panorama solo cambia, como hemos afirmado antes, por la pérdida de poder adquisitivo del bolívar frente al dólar.

En lo relativo a la importación, destaca la firma, en 1993, del Acuerdo de Complementación Económica No. 23 entre Venezuela y Chile³². Este Acuerdo se da en el marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALADI), y otorga a los vinos chilenos una preferencia arancelaria del 100%, con lo cual, el arancel es de 0% para su ingreso. Esto desde luego, tuvo un impacto sobre el consumo de vinos españoles, franceses e italianos, que eran los principales competidores de los vinos chilenos. “Si hay un país en el mundo que conoce cómo ha evolucionado la industria del vino en Chile, ese es Venezuela”³³.

Por lo que respecta al Derecho fiscal, en 1985 se promulgó la primera Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas³⁴, cuyo objetivo fue, y sigue siendo, desestimular el consumo de bebidas alcohólicas. Así, se decretó un impuesto de 0,10 bolívares por litro al vino de producción nacional obtenido por la fermentación alcohólica total o parcial del jugo del mosto de la uva u otras frutas, cuando su graduación alcohólica no exceda de 14° Gay Lussac. El mismo impuesto será pagado en caso de mistelas elaboradas por fermentación y las sangrías sin adición de alcohol. En cambio, los vinos licorosos o compuestos y las sangrías adicionadas de alcohol, de producción nacional, pagarían un impuesto de 6,00 bolívares por cada litro de alcohol que contengan, referido a 100° Gay Lussac (art. 12). Los vinos importados, por su parte, pagarían un impuesto de 0,30 bolívares (art. 13, ordinales 6, 7 y 8). La Ley, además, exoneraba al vino de la producción anual mínima a la que sujetó a las demás especies alcohólicas.

Esta Ley fue reformada en 2005³⁵, 2007³⁶ y 2014³⁷ y con cada reforma, el impuesto fue aumentando hasta alcanzar, en la Ley vigente, un impuesto del 35% sobre el precio de venta al público (art. 18). En 2015, la Ley fue

³¹ Lucas, Gerardo, *Industrialización contemporánea en Venezuela. Política industrial del Estado venezolano 1936-2000*, Caracas, Conindustria, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 67 y 72.

³² <http://www.sice.oas.org/Trade/chiven/CHVENTOC.asp>

³³ Vilorio, *Guía del Vino...*, ob. cit., p. 106.

³⁴ Gaceta Oficial No. 3.574 Extraordinario, 21 de junio de 1985.

³⁵ Gaceta Oficial No. 38.238, 28 de julio de 2005.

³⁶ Gaceta Oficial No. 5.852 Extraordinario, 5 de octubre de 2007.

³⁷ Gaceta Oficial No. 6.151 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014

complementada por una Providencia emitida por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) por medio de la cual se designan como agentes de percepción del impuesto al valor agregado (IVA) a los fabricantes, productores artesanales e importadores de bebidas alcohólicas³⁸.

La Ley fue reglamentada, por última vez, en 1985 y ese Reglamento, que continúa vigente, define al vino, en el ordinal 18 del artículo 2 como “el producto obtenido de la fermentación alcohólica total o parcial del jugo o del mosto de la uva con la adición de agua o sin ella antes de la fermentación y con una fuerza real comprendida entre 7° y 14° Gay Lussac, ambos inclusive. Cuando sea elaborado con uvas pasas, se indicará en la etiqueta esta condición de la fruta”³⁹.

Además de este impuesto y del IVA que actualmente es de 16%⁴⁰, la legislación venezolana impone una contribución parafiscal de 2% de las ventas

³⁸ Gaceta Oficial No. 40.656, 8 de mayo de 2015.

³⁹ El reglamento añade, en su artículo 2, las siguientes definiciones vinculadas al vino: 19. **Vino Gasificado:** Es el vino al cual se le adiciona, después de su elaboración final, anhídrido carbónico puro.

20. **Vino Espumante:** Es el vino cuyo anhídrido carbónico proviene de una segunda fermentación del azúcar natural de uva efectuada en envases cerrados.

21. **Champaña o Champagne:** Es el vino cuyo anhídrido carbónico proviene exclusivamente de una segunda fermentación de azúcares adicionales introducido, como licor de tiraje, que se efectúa en las propias botellas que llegan al consumidor, y se aplica exclusivamente al producto elaborado en la región de Champagne, Francia. Puede ser adicionado del llamado “Licor de Expedición” para obtener los tipos seco, semi-seco y dulce, reservándose las denominaciones de “bruto” y “natural” para distinguir en cada caso el producto original.

22. **Vino de Frutas:** Es el vino obtenido por la fermentación alcohólica del jugo o mosto de cualquiera fruta fresca o seca distinta de la uva, con la adición o sin ellas de sacarosa y agua antes de la fermentación, para obtener un grado alcohólico entre 7° y 14° G.L., inclusive, el cual deberá provenir por lo menos en un 50% de los azúcares de la fruta. Este producto deberá ser designado con el nombre y condición de la fruta empleada.

23. **Vino Licoroso:** Es el vino con un grado alcohólico superior a 14° G.L., sin exceder de 20° G.L., proveniente de la fermentación alcohólica del jugo o del mosto de la uva, encabezado o no con alcohol. De ser encabezado, la adición del alcohol no podrá ser superior al 10% del volumen real de la especie a elaborar.

24. **Vino Compuesto:** Es el vino elaborado mediante la mezcla de vino natural de uvas en una proporción no menor del 75% del volumen total de la especie y alcohol con destilados de vegetales o partes de éstos, maceraciones, infusiones de los mismos, mezclas de ellos, mostos o jugos de uvas y otros vegetales, concentrados o no, azúcares, caramelo, vinos licorosos y demás sustancias que autorice el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. La fuerza real de estos vinos deberá ser mayor de 14° G.L., sin exceder de 20° G.L. Cuando en la elaboración de vinos compuestos se utilicen vinos licorosos, podrá prescindirse de la adición de alcohol.

⁴⁰ Decreto Presidencial No. 4.079, Gaceta Oficial No. 41.788, 26 de diciembre de 2019. Además, el Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (Gaceta Oficial No. 6.507

brutas a las empresas que realicen actividades vinculadas con la industria y el comercio de alcohol etílico y especies alcohólicas, que tengan ventas superiores a 100.000 Unidades Tributarias durante su último año fiscal, el cual deberá ser invertido en ciencia, tecnología e innovación⁴¹.

IV. El vino en el mundo del Derecho marcario

En Venezuela, la regulación de las marcas se encuentra en la Ley de Propiedad Industrial de 1956⁴², cuyo objeto es regir “los derechos de los inventores, descubridores e introductores sobre las creaciones, inventos o descubrimientos relacionados con la industria; y los de los productores, fabricantes o comerciantes sobre las frases o signos especiales que adopten para distinguir de los similares los resultados de su trabajo o actividad” (art. 1).

Esta Ley fue desaplicada durante la vigencia en Venezuela del régimen común sobre la propiedad industrial de la Comunidad Andina, regulado por la Decisión 486⁴³. En efecto, tal como lo dispone el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, modificado por el Protocolo de Cochabamba⁴⁴, las normas comunitarias disfrutaban de supranacionalidad, característica manifestada mediante la aplicación directa y la preeminencia de las mismas. Así, la decisión 486 desplazó, sin derogarla, a la Ley venezolana.

Sin embargo, cuando Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena en 2006⁴⁵, la decisión 486 perdió su vigencia, y el tema de la propiedad industrial sufrió un retroceso a las disposiciones de 1956. Tengamos en cuenta que, en aplicación del artículo 135 del Acuerdo, luego de la denuncia de ese tratado solo se mantendría el Programa de Liberación Comercial en la zona económica andina por cinco años. Las demás normas perderían vigencia de manera inmediata.

Extraordinario, 29 de enero de 2020) abre la posibilidad de una sobre tasa cuando el bien sea enajenado en moneda extranjera o con alguna criptomoneda no autorizada por el Banco Central de Venezuela, de entre el 5 y el 25%.

⁴¹ Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, Gaceta Oficial No. 6.151 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014.

⁴² Gaceta Oficial No. 25.227, 10 de diciembre de 1956.

⁴³ Aprobada en Lima el 14 de septiembre de 2000, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVII, No. 600, 19 de septiembre de 2000. A esta decisión se introdujeron adecuaciones mediante a decisión 865, aprobada en Lima, 13 de agosto de 2008, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXV, No. 1646, 15 de agosto de 2008.

⁴⁴ Publicado en la Gaceta Oficial No. 5.187 Extraordinario, 5 de diciembre de 1997.

⁴⁵ <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=1903&accion=detalle&cat=NP&title=secretaria-general-de-la-can-recibio-comunicacion-oficial-de-retiro-de-venezuela>

En tal sentido, el Sistema Autónomo de la Propiedad Intelectual, SAPI⁴⁶, organismo competente, entre otras cosas, del registro de marcas, emitió una decisión el 5 de noviembre de 2008, en la cual afirmó que la vigencia de la normativa comunitaria “no implicó la derogatoria de la Ley de Propiedad Industrial la cual solo vio suspendida su vigencia en virtud de la aplicación directa y preferente de las normas comunitarias”. Con ocasión de la salida de Venezuela de la Comunidad Andina, la Ley “sale del estado de suspensión en que se encontraba en virtud de la aplicación de las normas comunitarias de Propiedad Industrial y recobra la aplicabilidad de todas sus disposiciones, siempre y cuando no contradigan la Constitución”⁴⁷.

Refiriéndose al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial⁴⁸ y al *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*⁴⁹, ambos ratificados por Venezuela, en la misma resolución el SAPI sostuvo que estos instrumentos “no podrían ser aplicados directamente en los aspectos sustantivos de marcas y patentes de invención, puesto que no existe una ley que haya refundido el texto de dichas normas ni existe una disposición legal que reenvíe a su aplicación para la regulación de aspectos sustantivos de las marcas e invenciones”. Así, “la adquisición de los derechos marcarios se hace conforme a la Ley de Propiedad Industrial, en donde el registro tiene carácter constitutivo y basado en la prelación”⁵⁰.

Esta afirmación es evidentemente contraria al procedimiento para la vigencia de los tratados que, en el caso particular de Venezuela, está previsto en la Constitución⁵¹ y en las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que, tradicionalmente consideradas como normas de *Ius cogens*, pues Venezuela no la ha ratificado⁵².

⁴⁶ El SAPI fue creado mediante Decreto No. 1.768, 25 de marzo de 1997, Gaceta Oficial No. 36.192, 24 de abril de 1997.

⁴⁷ Boletín de la Propiedad Industrial, No. 497, 10 de noviembre de 2008.

⁴⁸ Ratificado por Venezuela y publicado en la Gaceta Oficial No. 4.882 Extraordinario, 30 de marzo de 1995.

⁴⁹ Este Acuerdo fue uno de los 28 tratados adheridos por todos los Estados que ratificaron el tratado de creación de la Organización Mundial del Comercio, aprobado en Marrakech el 15 de abril de 1994 (Ratificada por Venezuela y Publicado en la Gaceta Oficial No. 4.829 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994). A este Acuerdo se incorporaron algunos de los resultados obtenidos en la Ronda Uruguay (1986-1993).

⁵⁰ Boletín de la Propiedad Industrial, No. 497, 10 de noviembre de 2008.

⁵¹ Gaceta Oficial No 36.860, 30 de diciembre de 1999.

⁵² Así lo reconoció formalmente la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del entonces Congreso de la República, en un dictamen de fecha 13 de febrero de 1992. Citado en: Haro, José Vicente, La justicia constitucional en Venezuela y la necesidad de un tribunal federal constitucional (Una propuesta para la Asamblea Nacional Constituyente de 1999), en: Revista de Derecho Administrativo, mayo-agosto, 1999, No. 6, pp. 51 ss., especialmente pp. 91-92.

Ahora bien, que la marca, entendida como “todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda y cualquiera otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquéllos con los cuales comercia o su propia empresa” (art. 27 LPI), tenga carácter constitutivo, implica que el derecho solo nacerá con el registro de la marca ante la autoridad competente⁵³, y que esté basado en la prelación refiere la preferencia por la primera solicitud (arts. 71 y 72 LPI).

De conformidad con el artículo 32 de la Ley “El derecho de usar exclusivamente una marca solo se adquiere en relación con la clase de productos, actividades o empresas para los cuales hubiere sido registrada de acuerdo con la clasificación oficial, establecida en el artículo 106”. El ordinal 47 de esta última norma se refiere, precisamente, a los vinos.

Así, el vino producido en Venezuela habrá de pasar por el procedimiento general para el registro de marcas. A los efectos de la calificación como “vino” de una bebida en particular habrán de tenerse en cuenta las normas de la Comisión Venezolana de Normas Industriales, COVENIN. La aplicación de estas normas, cuya utilidad se reitera, según veremos, en materia de protección al consumidor, estaría fundamentada en una decisión del propio SAPI en la cual admite la aplicación de estas normas a la calificación de una bebida como ron⁵⁴. Así, de conformidad con la Norma COVENIN 3342:1997⁵⁵, vino “es la bebida alcohólica resultante de la fermentación alcohólica total o parcial de la uva fresca o de sus mostos. Su graduación natural no podrá ser inferior a 7° Gay-Lussac ni mayor a 14° Gay-Lussac” (3.3).

De acuerdo con la propia Norma COVENIN el vino puede ser fino o especial, “cuyas características específicas están dadas por las uvas de las cuales proviene, de las técnicas de elaboración y de las prácticas enológicas específicas” (3.3.1); licoroso, cuando “tiene un grado alcohólico superior a 14° Gay-Lussac, sin exceder de 20° Gay-Lussac, proveniente de la fermentación alcohólica del jugo o del mosto de la uva, encabezado o no con alcohol etílico” (3.3.2). También puede tratarse de vino seco, que “contiene hasta 5 g/l de azúcares residuales” (3.3.3) o semisecco o abocado si “contiene desde 5 g/l has 55 g/l de azúcares residuales” (3.3.4) y dulce o generoso si el contenido de azúcares residuales supera los 55 g/l (3.3.5).

El vino puede ser compuesto, cuando “es elaborado mediante la mezcla de vino, en una proporción no menor del 75% del volumen total de la especie y

⁵³ “...el carácter constitutivo del registro, creador de derechos, es un acto concesorio que tiene eficacia *ex-nunc*, es decir hacia el futuro exclusivamente”. Badell Madrid, Rafael, Comentarios sobre la normativa vigente en materia de propiedad industrial, en: <https://www.badellgrau.com/?pag=60&ct=962>

⁵⁴ Boletín de la Propiedad Industrial No. 459, 4 de noviembre de 2003.

⁵⁵ <http://www.sencamer.gob.ve/sencamer/normas/3342-97.pdf>

alcohol con destilados de vegetales o partes de estos, maceraciones, infusiones de las mismas mezclas de ellos, mostos o jugos de uvas y otros vegetales concentrados o no, azúcares caramelos y demás sustancias que apruebe la autoridad sanitaria competente. La fuerza real de este vino debe ser mayor de 14° Gay-Lussac, sin exceder de 20° Gay-Lussac”. Se trata del Vermouth o vino quinado (3.3.6).

La Norma COVENIN hace también referencia a la “Champaña” como el vino “cuyo anhídrido carbónico proviene exclusivamente de una segunda fermentación de azúcares adicionados, introducidos como licor de tiraje⁵⁶, que se efectúa en las propias botellas que llegan al consumidor (método Champenoise), adquiriendo una presión no inferior a 4 atmósferas a 20°C en un tiempo no menos a cuatro meses y adicionado o no del llamado ‘licor de expedición’⁵⁷” (3.3.6). Esta Norma dispone la reserva exclusiva de la denominación “*Champagne*” para la champaña producida en Francia en la región de Champagne.

Finalmente, la Norma hace referencia al vino espumante o espumoso, “cuyo anhídrido carbónico proviene exclusivamente de una segunda fermentación de azúcares adicionados, introducidos como licor de tiraje, con la adición o no, del llamado licor de expedición, que se efectúa en envases grandes (método Charmat)” y en cuyo envase final debe tener una presión no inferior a 3 atmósferas a 20°C (3.3.8); y al vino de aguja, Petillant o Frizante, producto “cuyo anhídrido carbónico proviene exclusivamente de su fermentación alcohólica y una presión comprendida entre 1 y 2.5 atmósferas” (3.3.9).

En relación con el Derecho marcario, y considerando que los países de tradición vitivinícola suelen proteger sus caldos con denominaciones de origen, hemos de reconocer que, en la actualidad, no hay en Venezuela indicaciones geográficas⁵⁸ en materia de vinos. Hasta la fecha de elaboración de este trabajo, solo hay tres Denominaciones de Origen Controladas registradas ante el SAPI y dos de ellas están referidas a bebidas alcohólicas. En efecto, además del Cacao

⁵⁶ 3.3.7.1: Licor de tiraje: es el producto resultante de la mezcla del vino base con azúcar y levadura y otros productos enológicos autorizados. Se adiciona para producir la segunda fermentación de la champaña y el vino espumoso.

⁵⁷ 3.3.7.2: Licor de expedición: es el producto natural de origen y composición que se adiciona para tipificar la champaña y los vinos espumantes o espumosos.

⁵⁸ Sobre indicaciones geográficas en Venezuela: Chacón Gómez, Nayibe, Las indicaciones geográficas en Venezuela al margen de la Ley, en: Revista Propiedad Intelectual, 2014, Año XII, No. 17, pp. 105 ss.

de Chuao⁵⁹—, son denominaciones de origen el Cocuy de Pecaya⁶⁰ y el Ron de Venezuela⁶¹. Actualmente se encuentran en trámite de obtener esta protección, el Ají Margariteño, el Cacao Carenero Superior, el Cacao de Caripito, el Cacao de Cajigal, y el Cocuy de Lara.

Un dato que vale la pena tener en cuenta es que la Ley de Propiedad Industrial prohíbe expresamente adoptar o registrar como marca los nombres geográficos (art. 33.5). Para evadir esta prohibición, el SAPI utiliza argumentos muy particulares que contradicen, en relación con la aplicación de tratados

⁵⁹ D-0000002 con vigencia hasta el 01 de junio de 2011. Renovada mediante Resolución No. 0287, 22 de mayo de 2001, Boletín de la Propiedad Industrial No. 568, 14 de noviembre de 2016. “Siguiendo las normas de clasificación aprobadas en la 4ta Conferencia Internacional de Investigación de Cacao celebrada en Trinidad del 11 al 18 de enero de 1967, los tipos de Cacao que se cultivan actualmente en Venezuela son los siguientes: Tipo Criollo o genéticamente cercano al criollo, su mazorca es alargada, con una cascara delgada y almendra redondeada. Dentro de este grupo se incluye el tipo Porcelana, es un tipo especial de almendra blanca, mazorca de tamaño medio y cascara delgada. Tipo Forastero, el cual es un cacao de almendra morada, mazorca de forma y rugosidad variable. Y selecciones realizadas dentro de progenies de híbridos conocidos y aprobados en experimentos de campo”. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Denominación de Origen Controlada en Venezuela, Caracas, SAPI, 2019, p. 34.

⁶⁰ D-0000001 con vigencia hasta el 1 de junio de 2011. Renovada mediante Resolución No. 239, 10 de noviembre de 2016, Boletín Oficial de la Propiedad Industrial No. 568, 14 de noviembre de 2016. “El cocuy de penca o cocuy de pecaya, es una bebida obtenida a partir de los mostos fermentados y posteriormente destilados del Agave Cocui descrito por Trelease, con 50 grados alcohólicos, con un ligero sabor ahumado y olor característico a penca horneada, su originalidad radica en la selección cuidadosa de las plantas maduras y en la forma como se cosecha, se hornea y se procesan las cabezas de acuerdo con la Norma Covenin 3662 Cocuy Pecayero”. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Denominación de Origen Controlada en Venezuela..., ob. cit., p. 46.

⁶¹ Resolución No. 798 del 15 de agosto de 2003. Renovada en 2019. Aunque aún no ha sido publicado en Boletín de la Propiedad Industrial correspondiente, la renovación fue anunciada por el propio SAPI: <http://sapi.gob.ve/todo-listo-para-entrega-de-certificacion-de-doc-a-ron-de-venezuela/> “Los efectos de la geografía venezolana y localización de las plantas en todo el territorio, se puede interpretar de la siguiente manera: en términos de latitud, las plantas productoras de ron en nuestro país están ubicadas en baja latitud, respecto a la altitud se ubican esas casas productoras en baja altitud, para ser específicos a unos 350 metros sobre el nivel del mar, lo que conlleva indudablemente a un microclima especial, que si lo combinamos con circunstancias de alta presión atmosférica, se conjugan elementos físicos y químicos, cuyas velocidades de reacción en el líquido contenido por la barrica resultan mucho más aceleradas que en otras localidades del mundo, de allí deriva la calidad excepción del Ron de Venezuela... La actualización de la Denominación de Origen Controlada de Ron de Venezuela cuenta con doce (12) empresas nacionales y con cincuenta y cuatro (54) productos protegidos en esta DOC, que han obtenido diversos premios y reconocimientos internacionales...”. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Denominación de Origen Controlada en Venezuela..., ob. cit., p. 38.

internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano, lo que antes había afirmado en relación con la aplicación exclusiva de la Ley de 1956.

En efecto, este organismo comienza por reconocer que la Denominación de Origen Controlada no está regulada en la Ley y que su vigencia en Venezuela se debió a la normativa proveniente de la Comunidad Andina. Hoy en día su fundamento jurídico se encuentra, según el propio SAPI, en el reconocimiento constitucional de la propiedad intelectual⁶² y en el antes rechazado Convenido de París, que “al ser aprobado mediante una Ley nacional forma parte integrante de nuestra legislación patria vigente siendo de aplicación directa y preferente a la legislación interna, tal como lo dispone el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Además, el SAPI anuncia que el Estado está trabajando “en la ratificación del Arreglo de Lisboa, relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y así incorporar nuestras Denominaciones de Origen Controladas en el Registro Internacional”⁶³.

Esto último resulta irrelevante pues mientras el tratado no pase por el procedimiento dispuesto en la Constitución, no tiene vigencia en Venezuela. Los esfuerzos deberían centrarse más bien, en la formulación de una nueva Ley que refleje los cambios que ha experimentado el Derecho marcario en el mundo y que, además de brindar la necesaria seguridad jurídica, garantice efectivamente los derechos de los titulares de las marcas.

Finalmente, conviene destacar que en la “Cartografía nacional de potenciales candidatos a obtener una Denominación de Origen Controlada en Venezuela” realizada por el propio SAPI, aparecen los “vinos larenses”⁶⁴, en lo que entendemos como una referencia genérica a los vinos producidos por el Instituto de la Uva y por Bodegas Pomar. Esta última empresa ha reconocido que Carora –donde se encuentran sus viñedos– tiene 26 años demostrando unas características que junto con la cepa que producen pueden darles acceso a sus productos a una Denominación de Origen⁶⁵.

⁶² Art. 98 de la Constitución: La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

⁶³ Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Denominación de Origen Controlada en Venezuela..., ob. cit., pp. 17-18.

⁶⁴ Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Denominación de Origen Controlada en Venezuela..., ob. cit., p. 55.

⁶⁵ Ingeniero Guillermo Vargas de Bodegas Pomar. En: <http://planetavinedo.blogspot.com/p/vinedo-altagracia-y-bodegas-pomar-cabe.html>

V. Protección al consumidor de vinos

No existen en Venezuela normas particulares para la protección del consumidor de vino. De manera que, en principio, habría que recurrir al régimen general. No obstante, el régimen general no pasa por su mejor momento. Al respecto hemos de partir del reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor que se produce, por primera vez, en la Constitución de 1999.

En efecto, conforme a su artículo 117, todas las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. Además, el constituyente ordenó al legislador establecer los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

No obstante, este claro mandato constitucional, desde la vigencia de la Constitución el Derecho del consumo ha sufrido un declive importante. Este declive se hace aún más visible debido a que Venezuela inició temprano la promulgación de normas de protección al consumidor. Así, la primera normativa apareció en 1974⁶⁶, con una regulación económica destinada a corregir las fallas del mercado, especialmente aquellas vinculadas a las asimetrías de informaciones y a las llamadas externalidades negativas en las sociedades de consumo.

La Ley de 1974 fue reformada en 1992⁶⁷ y en 1995⁶⁸, luego fue derogada en 2004 con la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario⁶⁹. En 2008 se dicta el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁷⁰, que en 2009 se convierte en Ley⁷¹ y es reformada en 2010⁷². Esta Ley tuvo por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos de las personas en el acceso a bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades, estableciendo los ilícitos administrativos, sus procedimientos y sanciones; los delitos y su penalización, el resarcimiento de los daños sufridos, así como la aplicación de la propia Ley por parte del Poder Público con la

⁶⁶ Gaceta Oficial No. 1.680 Extraordinario, 02/11/1974.

⁶⁷ Gaceta Oficial, No. 4.403 Extraordinario, 24 de marzo de 1992.

⁶⁸ Gaceta Oficial, No. 4.898 Extraordinario, 17 de mayo de 1995.

⁶⁹ Gaceta Oficial No. 37.930. 4 de mayo de 2004.

⁷⁰ Gaceta Oficial No. 5.889 Extraordinario, 31 de julio de 2008.

⁷¹ Gaceta Oficial No. 39.165, 24 de abril de 2009.

⁷² Gaceta Oficial No. 39.358, 1 de febrero de 2010.

participación activa y protagónica de las comunidades, en resguardo de la paz social, la justicia, el derecho a la vida y la salud del pueblo.

A pesar del claro mandato constitucional, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios fue derogada en 2014 por el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁷³, un instrumento que no obstante reconocer como su objeto el establecimiento de "...los controles que se deban ejercer para garantizar **el acceso de las personas a los bienes y servicios** a precios justos, que conlleven a la satisfacción de sus necesidades en condiciones de justicia y equidad, con el fin de proteger los ingresos de las ciudadanas y ciudadanos, y muy especialmente, el salario de las trabajadoras y los trabajadores" (art. 1), no regula, con el detalle requerido, el tema de la protección de los consumidores.

Con esta reforma, que se mantiene vigente hasta hoy, se dismanteló el sistema de protección de los consumidores, pues la Ley de Precios Justos se limitó a reconocer una serie de derechos a las personas en el acceso a los bienes y servicios, en su artículo 7, y a establecer sanciones frente a su violación, menoscabo, desconocimiento u obstaculización (art. 47). Tal como hemos reconocido en anteriores oportunidades, se trata de un instrumento más enfocado en una política comercial que ha tendido a señalar a los comerciantes como los culpables de ciertos males en la economía (inflación, escasez de bienes y servicios, defectos de calidad, etc.), que están más bien vinculados con el intervencionismo estatal que ha impedido el libre juego de las fuerzas del mercado, a través del establecimiento de férreos controles económicos.

Sin embargo, siendo esta la única normativa de que disponemos en Venezuela, la examinaremos para determinar la protección efectiva que pueda tener un consumidor de vinos. Sea lo primero reconocer que no existen en la Ley una calificación de lo que ha de entenderse por consumidor, no obstante, considerando lo que ha sido la evolución del Derecho venezolano, reflejada de alguna manera en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁴, consideraremos

⁷³ Esta Ley se publicó originalmente en la Gaceta Oficial No. 40.340, 23 de enero de 2014, luego fue reformada y publicada en la Gaceta Oficial No. 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014. En 2015 la Ley fue objeto de una nueva reforma, publicada en la Gaceta Oficial No. 6.202 Extraordinario, 8 de noviembre de 2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la Gaceta Oficial No. 40.787, 12 de noviembre de 2015.

⁷⁴ Ver, entre las decisiones más recientes: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa Sent. No. 0069, 11 de febrero de 2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174153-00069-11215-2015-2011-0424.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. No. 0706, 17 de junio de 2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent.

consumidor al destinatario final del bien, en este caso, del vino. Así, si una persona adquiere una determinada cantidad de vino con el ánimo de revenderla, esta quedará excluida de la protección propia de los consumidores.

Ahora bien, la Ley de Precios Justos, siguiendo precariamente los lineamientos constitucionales, reconoce en su artículo 7⁷⁵, un catálogo de derechos de los que goza el consumidor en Venezuela. Entre esos derechos, tratándose de una bebida, nos interesa, fundamentalmente, el derecho a la protección de su vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios; y, correlativamente, a que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, a los consumidores de manera que estos puedan elegirlos con libertad. Con respecto a esos bienes, el consumidor tiene derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa, así como sus precios,

No. 0707, 17 de junio de 2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML>.

⁷⁵ 1. La protección de su vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos;

2. Que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;

3. A recibir servicios básicos de óptima calidad;

4. A la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieran derivarse de su uso o consumo;

5. A la protección contra la publicidad falsa, engañosa, o abusiva y a los métodos comerciales coercitivos o desleales;

6. A la educación en la adquisición de los bienes y servicios, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada sobre sus derechos;

7. A la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;

8. Acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa de sus derechos e intereses, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos;

9. La promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología.

10. A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses.

11. A retirar o desistir de la denuncia y la conciliación en los asuntos de su interés, siempre que no se afecten los intereses colectivos.

12. A la protección en las operaciones a crédito. 13. A la disposición y disfrute de los bienes y servicios, de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida.

13. A los demás derechos que la Constitución de la República y la normativa vigente establezcan, inherentes al acceso de las personas a los bienes y servicios”.

características, calidad y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieran derivarse de su uso o consumo.

Esta información se incluye, en buena medida, en la etiqueta del vino – sea nacional o importado– la cual, de conformidad con el artículo 258 del Reglamento de la Ley de Impuesto a las Bebidas Alcohólicas, se hará constar en castellano y deberá contener “los datos relativos a la clase del producto; número del Registro del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social; fuerza real expresada en grados Gay-Lussac; capacidad del envase indicada en litros o fracción; nombre del fabricante o importador, según el caso; marca o signos especiales con que se distinga la bebida, y cualesquiera otros requisitos que sean obligatorios conforme a las disposiciones legales”.

Adicionalmente, de conformidad con la Norma COVENIN 3342:1997⁷⁶, referida a los requisitos del vino y sus derivados, la etiqueta del vino debe cumplir con los requisitos establecidos por la norma 2952⁷⁷ para el rotulado de alimentos envasados (7.2.1). Así, la etiqueta deberá establecer el grado alcohólico en grados Gay-Lussac o porcentaje en volumen (7.2.2); y debe incluir la expresión, cuando provenga de uva fresca, “Vino exclusivamente elaborado con uva fresca”. La etiqueta debe contener además la mención “El consumo de alcohol en exceso puede ser nocivo para la salud” o similar⁷⁸.

Debido a la prohibición de vender o facilitar a niños y adolescentes sustancias alcohólicas, establecida por el artículo 92.c de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁷⁹, las etiquetas también deben contener la mención “Se prohíbe el expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad”.

El analizado artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos, también reconoce el derecho a la protección contra la publicidad falsa, engañosa, o abusiva y a los métodos comerciales coercitivos o desleales. Sin embargo, tengamos en cuenta que, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos⁸⁰, “por motivos de salud pública, orden público y respeto a la persona humana, no se permite en los servicios de radio y televisión, durante ningún horario, la difusión de publicidad sobre... bebidas alcohólicas y demás especies previstas en la

⁷⁶ <http://www.sencamer.gob.ve/sencamer/normas/3342-97.pdf>

⁷⁷ Esta norma contiene lineamientos generales respecto del evasado y rotulado de alimentos. Respecto de bebidas alcohólicas solo hace referencia a la necesidad de indicar el grado alcohólico (5.2.2.6) <http://www.sencamer.gob.ve/sencamer/normas/2952-01.pdf>

⁷⁸ Ministerio del Poder Popular para la Salud, *El alcohol y las políticas públicas en Venezuela: dos estudios*, Caracas, 2009, p. 53.

⁷⁹ Gaceta Oficial No. 6.185 Extraordinario, 8 de junio de 2015.

⁸⁰ Gaceta Oficial No. 39.610, 7 de febrero de 2011.

legislación sobre la materia”⁸¹. Por alguna razón, los medios electrónicos no están incluidos en esta prohibición, por lo que hemos de entender que la garantía reconocida por la Ley de Precios Justos aplica a la publicidad difundida por estos medios.

Adicionalmente, el consumidor tiene derecho a la reparación de los daños derivados de deficiencias y mala calidad de los bienes; y a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa de sus derechos e intereses, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos. Tiene derecho a la protección independientemente de la tecnología utilizada para tener acceso al bien; a la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses; y a retirar o desistir de la denuncia y la conciliación en los asuntos de su interés, siempre que no se afecten los intereses colectivos.

Respecto de la posibilidad de reclamaciones civiles por los daños derivados del consumo del vino, el artículo 35 de la Ley de Precios Justos dispone que las sanciones previstas en ella no eximirán a los infractores sancionados, “de su responsabilidad civil, penal o administrativa”. Además, declara la responsabilidad solidaria de “directivos, socios, administradores y cualquier otro que se vincule con la actividad comercial que representan, en la comisión de los ilícitos por parte de los sujetos de aplicación” de la Ley.

La Ley se aleja de nuevo de lo que ha sido la regulación de la protección al consumidor en Venezuela, al no establecer un régimen autónomo de responsabilidad civil que permita al consumidor hacer efectivos sus derechos sin recurrir, bien al régimen de la responsabilidad contractual, bien el régimen de la responsabilidad extracontractual, con el problema previo de tener que determinar cuándo aplicar las normas que regulan una u otra, pues en Venezuela rige un sistema dual con diferencia de regulaciones⁸². En efecto, el artículo 38 se limita a establecer que la imposición de alguna de las sanciones, previstas en la Ley, no impide ni menoscaba el derecho de los afectados de exigir al infractor “las indemnizaciones o el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado, **conforme al ordenamiento jurídico aplicable**” (resaltado nuestro).

Así las cosas, si el consumidor decide demandar al minorista del cual adquirió el vino que le ocasionó el daño, deberá recurrir a las reglas sobre responsabilidad contractual, mientras que, si decide ir, por ejemplo, contra el productor o contra el importador, deberá hacerlo por vía extracontractual,

⁸¹ Justo es reconocer que esta prohibición ha estado intermitentemente vigente en Venezuela desde la década de los ochenta del siglo XX.

⁸² Madrid Martínez, Claudia, La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, Serie Tesis No. 4, p. 55.

asumiendo la carga de probar la culpa del agente del daño (art. 1.185 Código Civil), cuestión innecesaria en materia contractual, en cuyo ámbito la culpa se presume de manera absoluta (art. 1.271 Código Civil).

La Ley Orgánica de Precios Justos prohíbe, en su artículo 50, la importación de bienes nocivos para la salud y de prohibido consumo y sanciona esta conducta con prisión de seis a ocho años. Esta pena podrá ser aumentada de un tercio a la mitad, en el caso del funcionario público que autorice tal importación o comercialización.

Ahora bien, en materia de consumo, también han de considerarse las normas de la Ley del Sistema Venezolano para la Calidad⁸³, cuyo objeto es “desarrollar los principios orientadores que en materia de calidad consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, determinar sus bases políticas y diseñar el marco legal que regule el Sistema Venezolano para la Calidad, asimismo establecer los mecanismos necesarios que permitan garantizar los derechos de las personas a disponer de bienes y servicios de calidad en el País, a través de los subsistemas de Normalización, Metrología, Acreditación, Certificación, Reglamentaciones Técnicas y Ensayos” (art. 1).

Esta Ley impone a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, a proporcionar bienes y prestar servicios de calidad, que cumplan con las reglamentaciones técnicas que a tal efecto se dicten (art. 6). En tal sentido, las Normas COVENIN, “constituyen la referencia básica para determinar la calidad de los productos y servicios de que se trate, particularmente para la protección, educación y orientación de los consumidores” (art. 41).

VI. *Una breve conclusión*

Venezuela tiene un potencial extraordinario. Una vez terminado este oscuro periodo que hoy vivimos, deberá iniciar la reconstrucción institucional del país y la recomposición de su ordenamiento jurídico. Un ordenamiento jurídico que permita, entre otras cosas, un sano equilibrio entre el mercado y la protección de los consumidores. Un ordenamiento jurídico que potencie las características naturales del país, su agricultura, su industria y le permita competir en los mercados internacionales. A pesar de esta crisis, los venezolanos continúan trabajando y produciendo vinos de calidad. Por ello confiamos en que, terminado este tortuoso camino, Venezuela consolide su industria vitivinícola y pueda incluso convertirse en un destino para el endoturismo⁸⁴.

⁸³ Gaceta Oficial No. 37.355, 23 de octubre de 2002.

⁸⁴ <https://www.diariodelviajero.com/america/enoturismo-en-latinoamerica-vinos-de-venezuela>

Prácticas del *ambush marketing* en relación con los límites de la tutela de los derechos de propiedad intelectual referente a las marcas comerciales en Venezuela

Adrián Andrés Maldonado León

Sumario

- I. Introducción
- II. *Ambush marketing*. Conceptualización y origen
 - A. Consideraciones en relación con el Marketing
 - B. Conceptualización y origen del *Ambush Marketing*
- III. Propiedad intelectual. Régimen de protección de derechos intelectuales y consideraciones sobre el Derecho Marcario
 - A. Régimen de Protección de la Propiedad Intelectual. Definición
 - B. Derecho Marcario. Definición y ámbito de aplicación. Reseña sobre la legislación de la competencia desleal
- III. Conclusiones y recomendaciones

I. Introducción

La presente investigación se focaliza en las estrategias de negocios llevadas a cabo por las distintas empresas a la hora de promocionar sus bienes y servicios, conocidas estas como herramientas de marketing, especialmente el *marketing* de emboscada frente al sistema de protección de marcas imperante en Venezuela, con el objetivo de dilucidar la línea entre la legalidad de esta atrevida práctica de mercadeo, o si por el contrario dichas prácticas se encuadran en comportamientos antijurídicos y por tanto deben ser tratado como publicidad engañosa y castigado conforme a la leyes aplicables en el caso determinado.

Para abordar el primer punto, referido al marketing se utilizará autores como McCarthy & Perreault (2011) donde se establecerá el propósito que origina estas estrategias de mercadeo ideadas por las múltiples empresas y comerciantes en el mundo, los cuales toma en consideración lo que la doctrina ha denominado las 4P del mercadeo, a saber, Producto, Precio, Plaza y Promoción, esto con el fin de lograr mejores resultados.

En segundo, confrontaremos las diversas opiniones acerca del *ambush marketing* de autores conocidos como Sandler & Shani (1989), Torregrosa (2015), entre otros, esta modalidad de marketing también es conocido como marketing parasitario, debido que se basa en utilizar grandes eventos para posicionar sus productos y servicios, sin ser un patrocinador directo de dicho evento, es decir, se beneficia del esfuerzo de otros, para lograr mismos resultados que un patrocinador o incluso mejores resultado a cambio de menores costos en publicidad.

En tercer lugar y último, se procederá a estudiar la protección de la propiedad intelectual en Venezuela, para lo cual se tomará en cuenta las teorías expuestas por Mogollon (2008), Fuentes (2006), entre otros autores y bases legales como la ley de propiedad industrial, entendida esta como la protección de los derechos que confieren las invenciones que tienen una aplicación industrial, específicamente se analizará el régimen del Derecho Marcario.

Del mismo modo teniendo en cuenta que las marcas son aquellos signos distintivos pertenecientes a una persona o empresa que identifica e individualiza sus productos y servicios de otros que estén en el mercado, incluso diferencia a las denominaciones comerciales. Se procederá a considerar las implicaciones que tiene el utilizar las estrategias del *ambush marketing* en relación con la protección de las marcas en Venezuela, y descubrir hasta donde está permitido por la ley su uso y donde puede considerarse que se está en presencia de una publicidad engañosa, y por tanto se considera una práctica de competencia desleal por parte de los *ambushmarkets* que deberá ser castigada y penalizada por la ley.

II. *Ambush marketing*. Conceptualización y origen

A. Consideraciones en relación con el Marketing

A continuación se expondrán las teorías y bases doctrinales, jurisprudenciales y legales que servirán de sustento para la presente investigación orientada a la relación existente entre el *Ambush Marketing* y el Derecho Marcario en Venezuela, sin embargo, antes de comenzar a hablar sobre *ambush marketing*, es importante conocer la definición de marketing, al respecto Ponzini lo define como “el conjunto de actividades orientadas a satisfacer las necesidades o deseos de los consumidores o clientes, a través del intercambio de productos y/o servicios de manera tal que se generen beneficios para la empresa u organización”¹.

De la definición anterior se evidencia que estas estrategias están vinculadas al deseo de satisfacción que deben cumplir las empresas, ya sean grandes o pequeñas, las exigencias de sus múltiples consumidores, esto resulta primordial para lograr un posicionamiento en el mercado, donde la mayor parte del tiempo las empresas deben competir entre ellas para lograr sus objetivos, y en el proceso lograr mejores resultados a menores costos, y precisamente esta reducción de costos con mayores ventajas presupone la continuidad de la empresa en el mercado. Por su parte McCarthy y Perreault amplía la definición y expresa lo siguiente:

¹ Ponzini, Denise Estefanía. Estrategia de Marketing Online. (Argentina: Universidad Nacional De La Plata, 2012), 4.

Prácticas del *ambush marketing* en relación con los límites de la tutela de los derechos de propiedad intelectual referente a las marcas comerciales en Venezuela

*El marketing es la realización de aquellas actividades que tienen por objeto cumplir las metas de una organización, al anticiparse a los requerimientos del consumidor o cliente y al encauzar un flujo de mercancías aptas a las necesidades y los servicios que el productor presta al consumidor o cliente*².

Asimismo, referente al marketing opina Mayo & Atienzar que este es entendido desde la perspectiva de la satisfacción de las necesidades del consumidor y se compone de un conjunto amplio de herramientas disponibles para lograr tal fin³. Luego de analizar cada una de las opiniones de los múltiples autores se estima que el marketing es un sistema complejo de estrategias llevadas a cabo por una empresa con el propósito de satisfacer las necesidades de un número indeterminado de consumidores a través de los bienes y servicios que esta ofrece, de esta manera la empresa logra posicionarse y permanecer en el mercado de una manera activa compitiendo con empresas similares a su industria, las empresas deben considerar el producto, precio, plaza y promoción a la hora de elaborar su estrategia.

B. Conceptualización y origen del Ambush Marketing

Finalizado el análisis del concepto de marketing, se procede a explicar el denominado marketing de emboscada, por su parte Sandler & Shani exponen que “el *ambush marketing* es un esfuerzo planeado (campaña) por una organización para asociarse indirectamente con un evento para ganar al menos algo del reconocimiento y beneficios que están asociados con ser un patrocinador oficial”⁴. Desde el primer momento notamos la intención en la estrategia de marketing lograr un beneficio a bajo costo.

De igual manera el marketing de emboscada deviene de la práctica de marketing de guerrillas o Street marketing, pero se diferencia en que el *ambush* se asocia a acontecimientos multitudinarios⁵. Es decir, Este se aprovecha de la actualidad para generar campañas de grandes dosis de creatividad y así impactar a un mayor número de espectadores con una baja inversión económica. Por lo general este es una estrategia utilizada por grandes empresas, pero no evita que

² McCarthy, Jerome, y William Perreault. Marketing Planeación Estratégica de la Teoría a la Práctica. (Tomo 1. México: McGraw Hill, 2011), 4

³ Mayo, Juan, y Nuria Atienzar. Introducción al marketing. Conceptos básicos. (Alicante, España: Publicaciones Creative Commons. Universidad de Alicante, 2018).

⁴ Sandler, Dennis M., y David Shani. Olympic Sponsorship vs. “Ambush” Marketing. (Journal of Advertising, 1989), 11.

⁵ Torregrosa, Jordi. Ambush Marketing ¿Lograr más con menos? (Harvard Deusto. Marketing y Ventas, p. 16, 2015).

las pequeñas empresas asocien una gran idea creativa a su marca para sacar el mayor provecho que sea posible. Por su parte Célis opina:

Apalancados en el patrocinio, se encuentran otras marcas que no son directamente patrocinadores de eventos deportivos, pero ganan a través de la vinculación de la marca, a lo cual se le denomina, estrategia de emboscada o “ambush marketing”. El ambush marketing, es uno de estos fenómenos que ha tenido un alto impacto en el mercado global⁶.

En cuanto al término *ambush* este se originó en los juegos olímpicos de Seúl de 1988, y su creación se deriva de la campaña llevada a cabo por Jerry Welsh, el cual era en ese entonces el gerente de marketing de la compañía American Express Company, dicha empresa tenía una gran rivalidad con Visa Inc. Y debido que Visa sería el patrocinador del evento deportivo, Welsh se la ingenio para llenar la ciudad con vallas publicitarias que contenían “Amex le da la bienvenida a Seúl” logrando aparecer en diversas ocasiones en televisión durante el evento deportivo, obteniendo gran impacto en los televidentes con una menor inversión que la de su competidor⁷.

Asimismo, sobre las ventajas y diferencias entre el patrocinador y el *ambushmarket*, es evidente la ventaja que presupone ser el patrocinador de un determinado evento, sin embargo, esto supone una mayor inversión publicitaria, y como se puede evidenciar a través del *ambush marketing* con un buen manejo de la forma se pueden obtener iguales o mejores resultados, con una inversión menor. Puede decirse que, la forma en la comunicación juega un papel importante porque apoyada una buena estrategia de comunicación, el contenido “forma”, puede lograr un buen impacto para la marca⁸. En relación a la línea existente entre el *ambush marketing* y la competencia desleal, Trigueros opina que el término *ambush* “puede ser empleado para referirse tanto a prácticas consideradas como legales como a otras consideradas de plano ilegales.”⁹ Asimismo se debe distinguir entre *ambush marketing stricto sensu* y *free ambush marketing*, que son conceptualizados a continuación:

Ambush marketing stricto sensu – Abarca aquellas actividades que se encuentran claramente fuera de la ley y

⁶ Célis, Diana María López. El Papel del Patrocinio y el Ambush Marketing en la Construcción de Marca. (Colombia: FACE. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, ISSN 1794-9920, Vol. 15 Número 1. 114-121, 2015), 119

⁷ Torregrosa, Jordi. Ambush Marketing ¿Lograr más con menos?

⁸ Célis, Diana María López. El Papel del Patrocinio y el Ambush Marketing en la Construcción de Marca.

⁹ Trigueros, José R. Ambush Marketing - ¿Qué es éste fenómeno? (bepress. 2009, https://works.bepress.com/jose_trigueros/5/).

son sancionadas por legislación aplicable en la materia; competencia desleal, derechos intelectuales o derecho civil en su caso. Estos casos son definidos por el Maestro Golos Teixeira como casos de ambush marketing por asociación, teniendo como principal característica que no requieren de mucho esfuerzo por parte del competidor y en general están directamente relacionados con infracciones en materia de marcas y ataques directos en contra del patrocinador [...]Free ambush marketing – Abarca aquellas actividades que tienen el propósito de distraer la atención del público hacia su producto relacionándolo de forma indirecta con el evento al que hacen alusión, esto de forma legal, extraordinariamente creativa e ingeniosa. Estos casos son definidos por el Maestro Golos Teixeira como ambush marketing por intrusión o ambush marketing indirecto. Estos casos requieren de mayor sofisticación y sutileza [...]”¹⁰

III. Propiedad intelectual. Régimen de protección de derechos intelectuales y consideraciones sobre el derecho marcario

A. Régimen de Protección de la Propiedad Intelectual. Definición

En este nivel de la investigación se procederá a abordar y estudiar el concepto de Protección de la Propiedad Intelectual, la cual se define como una de las ramas del Derecho destinada a proteger las invenciones más finas y loables de la mente humana, en otras palabras, es la protección jurídica brindada a las ideas e imaginario del hombre. De este modo para Mogollón-Rojas la Propiedad Intelectual es “el sistema jurídico integral que le brinda protección y defensa a las aplicaciones prácticas o técnico-industriales de ideas e informaciones específicas que son consideradas con una valoración comercial apreciable por sus titulares”¹¹. Asimismo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) establece que “La propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio.” Y de igual manera la organización antes citada divide a la propiedad intelectual en dos categorías: la propiedad industrial y el derecho de autor¹².

¹⁰ *Ibíd.*, 4

¹¹ Mogollón-Rojas, Ivor Dalvano. *Propiedad Intelectual*. (Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos, 2008), 25.

¹² OMPI. (www.wipo.int, 2018); *ibíd.*

Continúa la institución antes mencionada y establece que los derechos de propiedad intelectual se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad: permiten al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación.¹³ Esos derechos están consagrados en el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴, que contempla el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de las producciones científicas, literarias o artísticas. Por otro lado, hay autores que visualizan a la propiedad intelectual como medios de protección que garantiza los derechos conferidos por esta, al respecto Martínez opina:

Los sistemas de protección de propiedad intelectual incluyen todas las normativas que regulan la apropiación, la transferencia, el acceso y el derecho adecuado de utilizar el conocimiento. Los derechos de propiedad intelectual confieren un derecho exclusivo y -en determinados casos, como las patentes y el derecho de autor- temporal sobre la utilización y comercialización de las tecnologías y el conocimiento. De esa manera, se definen monopolios temporales sobre el conocimiento que responden, en principio, a la tensión de la necesidad de garantizar la apropiabilidad de los esfuerzos de innovación, que culminan en elementos “intangibles” de los que, en su ausencia, podrían fácilmente apropiarse los competidores, y la necesidad de favorecer su difusión del conocimiento y de las innovaciones debido a los efectos multiplicadores que estos tienen sobre el sistema económico¹⁵.

Aunado a la idea anterior en relación con los sistemas de protección Abottes & Soria sostienen que en la actual economía los derechos de la propiedad intelectual han sido revalorizados y tienen un rol determinante en la expansión de los negocios, por tanto, estos se han vuelto mecanismos destinados a lograr la captación de beneficios. Culminando los autores definen estos derechos como un conjunto de leyes destinadas a proteger la apropiabilidad y la transferencia del conocimiento. Y es a través de sistema de protección que el

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). (Paris, Francia: Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948).

¹⁵ Martínez, J.M. Gerencia y Protección del Conocimiento y Desarrollo Económico. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, 2008), 32.

Prácticas del *ambush marketing* en relación con los límites de la tutela de los derechos de propiedad intelectual referente a las marcas comerciales en Venezuela

Estado equilibra el interés público y el interés privado permitiendo una estimulación para la creación de nuevos productos y servicios¹⁶.

B. Derecho Marcario. Definición y ámbito de aplicación. Reseña sobre la legislación de la competencia desleal.

Con respecto al régimen marcario, este se encuentra conformado no solo por los signos denominados Marcas, sean estas individuales o colectivas, sino por un conjunto de elementos que complementan la singularidad de un producto, persona o servicios dentro del mercado, entre estos elementos se encuentran el lema comercial, los nombres comerciales, las denominaciones de origen, entre otros¹⁷. Asimismo, referente a los signos distintivos conocidos en la doctrina como marcas comerciales Medina & Pacheco sostiene que una marca es “cualquier imagen, forma, combinación de colores, sonidos, palabras, emblema, números y en general, cualquier signo capaz de individualizar substancialmente un producto o servicio ofrecido.”¹⁸

En relación a las marcas la OMPI establece:

[...] un signo distintivo que indica que ciertos productos o servicios han sido elaborados prestados por determinada persona o empresa. Su origen se remonta a la antigüedad, cuando los artesanos reproducían sus firmas o “marcas” en sus obras artísticas o en los productos de uso corriente. Con los años, las marcas han evolucionado hasta configurar el actual sistema de registro y protección de marcas. Gracias a ese sistema, los consumidores pueden identificar y comprar un producto o un servicio que, por sus características y calidad – indicados por su marca exclusiva – se adecua a sus necesidades¹⁹.

Del mismo modo se hace referencia a la definición aportada por la Ley de Propiedad Industrial, contenida en el artículo 27 el cual a efectos ilustrativos precisa:

Art 27: Bajo la denominación de marca comercial se comprende todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de

¹⁶ Abottes, J, y M Soria. Economía del Conocimiento. (DF, México: España SA, 2008), 24.

¹⁷ Fuentes, Fernando. Manual de los Derechos Intelectuales. Caracas, Venezuela: Vadell hermanos, 2006.

¹⁸ Medina, H, y E Pacheco. Nombres de dominio, signos distintivos y política uniforme de solución de controversia en materia de nombre de dominio. (Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana, 2000), 47.

¹⁹ OMPI, 8.

palabra, leyenda y cualquier otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquellos con los cuales comercia o su propia empresa.

La marca que tiene por objeto distinguir una empresa, negocio, explotación o establecimiento mercantil, industrial, agrícola o minero, se llama denominación comercial.

Lema comercial es la marca que consiste en una palabra, frase o leyenda utilizada por un industrial, comerciante o agricultor, como complemento de una marca o denominación comercial²⁰.

Del mismo modo, las marcas pueden ser clasificadas en 4 tipos, a saber, genéricas, descriptivas, sugestiva y arbitrarias o aleatorias. A) Las genéricas, hacen referencia al género al cual pertenece el bien o servicio; B) Las descriptivas, son aquellas que identifican una característica del bien o servicio del que trate; C) Las sugestivas, es en parte descriptiva, pero a la vez distintiva, por lo cual estas marcas nos indican la naturaleza del bien pero solo mediante el del intelecto: D) Las Arbitrarias o aleatorias, son aquellas las cuales contienen signos que para nada tienen que ver con la naturaleza o características del bien o el servicios²¹.

Además, es pertinente acotar que, en los primeros casos, referidos a las marcas genéricas y marcas descriptivas, ambas no son susceptible de registro, a diferencia de las marcas sugestivas y aleatorias. Sin embargo, existe un supuesto donde los signos distintivos genéricos si pueden ser registrados y protegidos, y es cuando este adquiere un significado secundario a través de un uso comercial intensivo, ejemplo la maca puma, en consecuencia, el signo obtiene un elemento distintivo que permite diferenciar los bienes y servicios de otros hallados en el comercio. El significado secundario supone la usencia del carácter descriptivo del signo en cuestión, debido a esto dicho significado secundario se convierte en el significado natural del signo.

En este sentido, respecto a los derechos que confieren las marcas a sus titulares la OMPI establece “La protección de la marca garantiza a su titular el derecho exclusivo a utilizar la marca para identificar sus productos o servicios, o a autorizar su utilización por terceros a cambio del pago de una suma.” De igual manera El Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI, 2018) puntualiza los derechos conferidos en tres (03) puntos, a saber, 1. Exigir la garantía de protección contra usurpaciones o imitaciones que afecten el derecho

²⁰ Ley de Propiedad Industrial. (Gaceta Oficial 25.227. Venezuela: Congreso de la República de Venezuela, 1956).

²¹ Mogollon-Rojas. Propiedad Intelectual.

del titular; 2. Le permite al titular actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento uso o aplique la marca protegida a otros productos; 3. Venda o introduzca en el mercado productos de la misma marca²².

De acuerdo con Fuentes en Venezuela en cuanto al régimen de protección se utiliza el sistema constitutivo condicionado, el cual considera al registro como constitutivo del derecho, sin embargo permite el respeto de un derecho preferente respecto de la persona que ha utilizado la marca anteriormente a su registro.²³ Así mismo el Protocolo de Armonización de MERCOSUR²⁴ confiere a la titular de una marca notoria el derecho de impedir su registro en favor de terceros en países donde el titular no lo haya solicitado.

En este sentido es pertinente resaltar que el alcance de la protección de marcas, esta varía de acuerdo el país de registro, aunque la tendencia internacional es unificar y conceder ciertos derechos a los titulares de las marcas, sobre todo en los casos de marcas notorias, por ello “para soslayar la necesidad de presentar la solicitud de registro de una marca en cada oficina nacional o regional, la OMPI administra un sistema de registro internacional de marcas.”²⁵ Este resulta ser un paso para lograr una protección integral en el derecho marcario, sin embargo este registro internacional solo surtirá efecto según lo establecido en el Arreglo de Madrid relativo al registro de marcas²⁶, y es pertinente aclarar que Venezuela no forma parte de este arreglo.

Para finalizar, los países adoptan ciertas medidas y sanciones con el fin de proteger los derechos anteriormente descritos, castigando la competencia desleal, al respecto se entiende por “competencia desleal se utiliza para referirse a conductas comerciales no aceptables en la sociedad por parte de los actores del mercado, en contra de los intereses de otro competidor”²⁷ de igual forma la competencia desleal se encuentra regulada en la Ley Antimonopolio²⁸, específicamente en el artículo 17, donde son anunciadas una serie de conductas

²² OMPI, 9; Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI). (www.sapi.ve, 2018).

²³ Fuentes, Fernando. Manual de los Derechos Intelectuales, 134.

²⁴ Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen. (Paraguay: Consejo del Mercado Común (CMC)-VIII-Ordinaria. Anexo-II, Tema: Propiedad Intelectual, 1995).

²⁵ OMPI.

²⁶ Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (de 14 de abril de 1891, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Niza el 15 de junio de 1957, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y modificado el 28 de septiembre de 1979).

²⁷ Fuentes, Fernando. Manual de los Derechos Intelectuales.307.

²⁸ Decreto con Rango Valor, y Fuerza de Ley Antimonopolio. Gaceta Oficial 40.549. Venezuela: Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2014

desleales, específicamente en sus numerales 1 y 2 orientados a la publicidad engañosa y a la simulación o imitaciones practicada por los comerciantes respectivamente. Como se observa se establece una serie de supuestos que presuponen la existencia de una intención maliciosa y dolosa de un comerciante hacia sus competidores, la práctica de estas conductas es traducida como competencia desleal, y precisamente al utilizar las estrategias del *ambush marketing* de una manera errónea o temeraria al margen de la legalidad y buenas costumbres mercantiles se podría incurrir en los supuestos consagrados en los numerales 1 y 2 de dicho artículo, ocasionando un daño moral y patrimonial a los demás comerciantes y empresas.

IV. Conclusiones y recomendaciones

Como primera conclusión se obtiene el marketing surgió debido a la necesidad de los comerciantes de mantenerse de una manera activa y prospera dentro del mercado, potenciando sus negocios y logrando vender sus productos, sean estos bienes y/o servicios, para lograr tales hazañas, las empresas toman en consideración el producto a vender, la plaza o mercado, el precio de venta y la promoción de los productos ofrecidos. Por tanto, el marketing viene a satisfacer las necesidades de la empresa pero también las necesidades de los distintos consumidores ofreciéndoles mejores productos a bajos costos, que implica una reducción en los costos de las empresas, así aparece el *ambush marketing* que pretende obtener mejores resultados a un menor costo que el marketing tradicional.

En segundo lugar, se evidencia que es sumamente complicado establecer una definición racional del *ambush marketing*, debido que presupone un elemento de ilegalidad en su terminología, y estas prácticas no necesariamente deben estar ligadas a dicho elemento ilegal o de emboscada. Por el contrario, el marketing parasitario está vinculado a grandes eventos multitudinarios donde una persona sin ser patrocinador del evento aprovecha para posicionar sus productos a un menor costo de ser el patrocinador oficial obteniendo mismos o mejores resultados que este. Es evidente que ser el patrocinador brinda mejores beneficios, pero a la hora de promocionar los productos quien mejor utilice su estrategia de mercadeo, será el ganador sin importar quién sea el patrocinador o el *ambushmarkets*.

Como se observó esta modalidad de marketing se basa en aprovechar el impacto de los grandes eventos, que por lo general están ligados a las marcas de sus patrocinadores, y bajo la máxima del derecho romano el *Alterum non laedere* que consagra que no se debe vulnerar el la esfera jurídica de otra persona, y teniendo en cuenta que las estrategias de este marketing son atrevidas llegando a un punto donde es difícil determinar si es legal su práctica o estamos en presencia de un uso sin autorización de marcas ya registradas. El problema

radica en la confusión en creer que alguien es el patrocinador del evento cuando realmente no lo es, producto de una publicidad mal intencionada y por tanto en este supuesto deberá recibir un castigo aquella persona que realice tal práctica de conformidad a la ley antimonopolio. Sin embargo, no toda práctica llamada *ambush marketing* debe ser catalogada como engañosa y tachada de ilegal culpando al *ambushmarket* de realizar prácticas llamadas competencia desleal. En realidad, en los casos donde estas prácticas están dentro del marco legal, deben ser elogiadas la creatividad, sofisticación y sutileza de sus practicantes.

Como último punto se concluye que cada caso donde se presentes estrategias de *marketing* de emboscadas deben ser estudiados y analizados, determinando si realmente dichas prácticas están permitidas por la ley y las costumbres mercantiles del lugar donde se realicen, o por el contrario pueden estar dentro de la llamada competencia desleal los hechos encuadran en el artículo 17 ley antimonopolio y se amerita una sanción de acuerdo a la ley. A nuestro juicio los llamados emboscadores o *ambushmarkets* no pretenden confundir al público y fingir ser los patrocinadores de un determinado evento, sino aprovechar la atención que generan determinados eventos para así lograr posicionarse en el mercado o un menor costo y obteniendo mayores resultados y ganancias.

Los investigadores consideran que es pertinente que la población tanto comerciantes como consumidores, tenga conocimiento sobre estas nuevas tendencias de marketing, por tal motivo es deber del Estado y de las asociaciones y Cámaras de Comercio informar y orientar a la población para evitar ser víctimas de publicidad engañosa o imitación de productos o marcas. Del mismo modo debe haber una política que castigue la competencia desleal y estudiar aquellos casos donde se practique el *ambush marketing* y castigar aquellos comerciantes que se apartan del marco legal y caen en prácticas temerarias ocasionado daños y perjuicios a terceros. Esto tomando en cuenta que en Venezuela las leyes están bien formuladas, sin embargo, muchas de estas no son aplicadas en la práctica.

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

Juan Andrés Miralles Quintero

Sumario

- I. Introducción
- II. Consideraciones generales sobre el Derecho Administrativo Sancionador
 - A. Breves apuntes sobre la potestad sancionatoria de la Administración y aproximación general al concepto de “sanción administrativa”
 - B. Principios que regulan el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria
 - i. Principio de legalidad
 - ii. Principio de tipicidad
 - iii. Principio de prescripción
 - iv. Principio de proporcionalidad
 - v. Principio de culpabilidad
 - vi. Principio de non bis in ídem
 - vii. Principio de presunción de inocencia
- III. El procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Decreto-Ley del Mercado de Valores
 - A. Procedimiento ordinario
 - i. Fase de iniciación
 - ii. Fase de sustanciación
 - iii. Fase de decisión
 - B. Procedimiento especial
 - i. Fase de iniciación
 - ii. Fase de sustanciación
 - iii. Fase de decisión
 - C. Recursos administrativos
 - D. Determinación de las sanciones administrativas
 - E. Otras medidas administrativas
 - i. La intervención administrativa de sociedades que realizan actividades en el mercado de valores
 - ii. Liquidación administrativa de las sociedades intervenidas
 - V. Breve alusión a las sanciones penales previstas en el Decreto-Ley del Mercado de Valores
- VI. Conclusión

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto estudiar el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo “DLMV”) dictado el 30 de diciembre de 2015 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo “G.O.”) N° 6.211 extraordinario de esa misma fecha, y que, hasta el presente año, sigue estando vigente en el país. En lo que atañe al texto del referido Decreto-Ley, el mismo sufrió ciertas modificaciones que creemos han pasado por desapercibido, particularmente, como se verá, en cuanto al régimen sancionatorio. De tal manera que, consideramos de gran importancia y relevancia tomarnos un tiempo para hacer un estudio riguroso y particularizado del régimen de las sanciones administrativas establecido en el mismo, más aun, cuando a inicios de este año se registraron nuevas operaciones en la Bolsa de Valores de Caracas¹, lo cual pareciera dar a pensar que el mercado de valores venezolano se encuentra en proceso de reactivación.

A tal fin, el presente escrito estará dividido en cuatro partes, a saber, una primera parte dedicada exclusivamente al estudio general sobre el Derecho Administrativo Sancionador, en donde haremos referencia al concepto de la potestad sancionatoria de la Administración, su fundamento y buscaremos aproximarnos al concepto de sanción administrativa, así como intentaremos esbozar, de una manera precisa y clara, los principios que rigen el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, con especial énfasis en lo que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia al respecto. Luego, en la segunda parte de este escrito, ya nos adentraremos en el estudio del DLMV, particularmente, en lo que atañe a los tipos de procedimientos administrativos que el mismo contempla para, seguidamente, en la tercera parte, comenzar el estudio particularizado de las sanciones administrativas previstas en dicho Decreto-Ley. Finalmente, la cuarta y última parte del presente estudio estará dedicada a un estudio somero de las sanciones de orden penal que establece el DLMV, y posteriormente, brindaremos unas conclusiones acerca de lo estudiado.

¹ Ciertamente, a principios del 2020, C.A. Ron Santa Teresa, una de las compañías fabricantes de ron más importantes de Venezuela, lanzó al mercado su Oferta Pública Inicial (IPO por sus siglas en inglés) de Acciones Comunes Clase B, cuya primera ronda de colocación se inició el día 13 de enero de 2020. Posteriormente, el día 06 de marzo de 2020, tuvo lugar la segunda ronda de colocación de las Acciones Comunes Clase B de la mencionada compañía. Más adelante, el 8 de abril de 2020, se realizó la subasta de cinco mil (5.000) acciones de la empresa Inversiones Crecepymes, C.A.

II. Consideraciones generales sobre el Derecho Administrativo Sancionador

A. Breves apuntes sobre la potestad sancionatoria de la Administración y aproximación general al concepto de “sanción administrativa”

Las potestades administrativas se traducen en los cometidos del Estado y, dentro de esos cometidos del Estado, se encuentra la actividad administrativa de policía. Se entiende por “policía administrativa”, aquella forma de intervención de la Administración, a través de la cual se restringe el actuar de las personas, sin sustituir la actividad de éstos, en aras de asegurar y mantener el orden público². Para lograr alcanzar ese cometido de policía administrativa, el legislador, con fundamento en el “*ius puniendi*” general del Estado³, le atribuye a la Administración el ejercicio de la potestad sancionatoria, o lo que es lo mismo, la potestad de “retribución de ilícitos definidos como infracciones administrativas”⁴.

En este sentido, la potestad sancionatoria de la Administración es una actividad de ordenación cuando existe una infracción de una norma jurídica. Se trata pues, de la imposición de sanciones administrativas, es decir, de actos desfavorables que inciden en la esfera jurídica del particular como consecuencia de la realización por parte de éste de una determinada actividad tipificada y prevista como ilícita. La sanción administrativa presupone no sólo la existencia de una normativa previa que establezca dicha actividad o actuación como ilícita, sino también la existencia de esa actuación ilegítima por parte del particular, de allí que se afirme que la sanción administrativa es el “instrumento correctivo de la conducta tipificada, exhaustiva y concretamente, como infracción administrativa”⁵.

Así las cosas, la Administración únicamente podrá ejercer su potestad sancionatoria en la medida en que los particulares hayan infringido algún precepto normativo. La Administración reacciona ante la realización de la

² M. Grau, “La actividad administrativa de policía y la garantía de los derechos constitucionales”, en *Las formas de la actividad administrativa: II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías*. (Caracas: FUNEDA, 1996), 126.

³ H. Rondón de Sansó, “La potestad sancionatoria en el Derecho Venezolano”, en *Las formas de la actividad administrativa: II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías*. (Caracas: FUNEDA, 1996), 202.

⁴ L. Parejo Alfonso, “La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el derecho español”, en *Las formas de la actividad administrativa: II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías* (Caracas: FUNEDA, 1996), 148.

⁵ Grau, “La actividad administrativa de policía”, 126.

actividad ilícita por parte del particular sancionando al mismo, es decir, la reacción administrativa se traduce en una sanción al administrado por su conducta. Sobre este particular, el catedrático español Santamaría Pastor señala que, es este “carácter reaccionario” frente a las actuaciones ilícitas, lo que distingue y separa a las sanciones administrativas de otros actos que causan gravamen a los particulares, siendo el autor enfático al precisar que no toda reacción respecto a conductas antijurídicas puede considerarse como una sanción administrativa. Al respecto, el mencionado autor expresa:

*Sanción, en sentido técnico, existe solamente cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción, y preventiva o disuasoria de conductas similares, sin que dicha privación deba guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado (...)*⁶.

Con base en lo anterior, la potestad sancionatoria de la Administración tiene una doble vertiente: por un lado, está destinada a prevenir la ocurrencia de un daño, y por el otro, busca sancionar a aquellos que han causado un daño, es decir, como actividad administrativa estrictamente represiva. No obstante, señala la doctrina que, el objetivo primordial de dicha actividad debe ser, necesariamente, prevenir la ocurrencia de un daño⁷.

Entendidas así las sanciones administrativas, es importante destacar que las mismas pueden abarcar desde la imposición de deberes y sanciones (v.g. multa y su correspondiente pago) hasta la supresión de una determinada situación que le era favorable al particular (v.g. revocatoria o cancelación de permisos, autorizaciones, licencias, entre otros). Empero, no es poco frecuente que la Administración al imponer estas sanciones administrativas, aplique otras medidas adicionales o accesorias que incidan negativamente en la esfera jurídica del particular (v.g. el comiso, inhabilitaciones, deberes de reposición, entre otros). Es por ello que la potestad administrativa sancionatoria, como toda actuación de la Administración, está sujeta a ciertos principios, los cuales se deben observar tanto al establecer –en el caso del legislador– como al aplicar –en el caso de la Administración– las sanciones administrativas.

⁶ Juan Alfonso Santamaría Pastor, Derecho Administrativo. Parte General, Tomo II. (Madrid: Manuales Iustel, 2009), 378.

⁷ C. Sosa Gómez, “La naturaleza de la potestad sancionatoria”, en Las formas de la actividad administrativa: II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Brewer-Carías. (Caracas, FUNEDA, 1996), 246.

B. Principios que regulan el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria

i. *Principio de legalidad*

El principio de legalidad se traduce en el viejo aforismo “*nulla crimen nulla poena sine legem*”, esto es, que nadie puede ser sancionado por hechos, actos u omisiones que no estén contemplados como delitos o infracciones en leyes previamente sancionadas. Supone pues, la existencia de una ley previa escrita que establezca de una manera detallada y exhaustiva (tipificación legal)⁸ la conducta a sancionar y la sanción que corresponda, según sea el caso, ya que “sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”⁹.

En Venezuela, el principio de legalidad se encuentra consagrado en el artículo 49, ordinal 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁰ (en lo sucesivo “CRBV”) que establece que “ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Si bien nuestro texto constitucional no se refiere expresamente a las sanciones administrativas, se ha entendido que dicho principio se extiende a la materia administrativa sancionatoria¹¹.

En la doctrina española, el profesor Parejo Alfonso¹² ha afirmado que el principio de legalidad está compuesto por tres garantías, a saber:

1. Primero, una garantía sustantiva que implica la atribución vía ley formal de la potestad sancionatoria a la Administración., es decir, que exista una ley previa que establezca y faculte a la Administración para imponer una determinada sanción administrativa;

⁸ Para el catedrático español Alejandro Nieto, el principio de legalidad se desdobra en dos vertientes: por un lado, una vertiente formal que implica la reserva de ley y, por otro, una vertiente material referida al mandado de tipificación legal Véase Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*. (Madrid: Tecnos, 1994), 287.

⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. (Madrid: Thomson Civitas, Tomo I, 1975), 257.

¹⁰ G.O. N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa en la G.O. N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, y enmendada por la G.O. N° 5.908 extraordinario del 19 de febrero de 2009.

¹¹ Así fue reconocido, años atrás, por nuestra jurisprudencia nacional, en sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de fecha 05 de junio de 1986, con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, (*Difedemer, C. A. contra Superintendencia de Protección al Consumidor*).

¹² Parejo Alfonso, “La actividad administrativa represiva”, 165-171.

2. Segundo, otra garantía sustantiva pero referida al sujeto que ejercerá la potestad, es decir, que la potestad administrativa sancionatoria debe ser necesariamente ejercida por el órgano administrativo debidamente facultado para ello y;
3. Tercero, una garantía adjetiva o procedimental que implica que la sanción ha de ser impuesta a través de un procedimiento administrativo en el que se cumplan todas las garantías del particular.

Como bien indica el catedrático español Nieto, “la Administración no está obligada por Ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo”¹³, por lo que resulta necesario que la atribución de la potestad sancionatoria a la Administración y, en consecuencia, la regulación de las infracciones y sanciones administrativas deba hacerse a través de ley formal, esto es, aquella que ha sido debidamente aprobada por el órgano legislativo competente para ello¹⁴.

Lo cierto es que, en materia administrativa sancionatoria, ello no ocurre del todo así ya que, contrariamente a lo que sucede en materia penal, la reserva legal no es absoluta toda vez que, en diversas ocasiones, la Ley suele remitir al escalafón reglamentario, a los fines de su complementación. Sin embargo, es importante insistir en el hecho de que la remisión que hace la Ley al Reglamento es una relación de colaboración para su complementación, ya que de ninguna manera puede éste regular las infracciones y sanciones administrativas, de forma independiente y no sujeta a la Ley formal, porque ello implicaría una violación del núcleo esencial del principio de legalidad¹⁵. Sobre este particular, el catedrático español Santamaría Pastor señala lo siguiente:

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo [esto es, en ningún caso los reglamentos independientes] podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente, sin constituir nuevas infracciones o sanciones ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyen a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes¹⁶.

En virtud de lo antes expuesto, la Ley es la que debe establecer y regular las infracciones y sanciones administrativas, pudiendo la Administración sólo reglamentar como complemento de la Ley, es decir, ayudando, a través del uso del poder reglamentario, a identificar conductas y a precisar o determinar las

¹³ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 132.

¹⁴ Sosa Gómez, “La naturaleza de la potestad”, 252.

¹⁵ Parejo Alfonso, “La actividad administrativa represiva”, 167.

¹⁶ Santamaría Pastor, *Derecho Administrativo*, 385.

sanciones administrativas. La Administración no puede innovar (crear) nuevas infracciones o sanciones, sino sólo complementar las preexistentes. El Reglamento integra a la Ley; es, en definitiva, una norma de acoplamiento de la Ley.

Por último, debemos agregar que el principio de irretroactividad de la ley se encuentra estrechamente vinculado al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, ya que las únicas conductas sancionables son aquellas establecidas por la legislación vigente para el momento de la comisión de la infracción administrativa¹⁷. Así pues, la Ley debe aplicarse hacia el futuro y no retroactivamente, garantizándose de esa forma que los particulares conozcan previamente qué conductas están proscritas y, en consecuencia, cuál es la sanción aplicable, según sea el caso.

ii. Principio de tipicidad

Para algunos doctrinarios, el principio de tipicidad es una de las manifestaciones del principio de legalidad antes referido, toda vez que, la tipicidad supone la más precisa identificación y determinación de las conductas y sanciones administrativas correspondientes por la propia Ley que las crea.

Para el catedrático español Nieto¹⁸, el principio de tipicidad comporta una doble operación: por un lado, la Ley ha de establecer detallada y exhaustivamente cuáles son las conductas antijurídicas e ilícitas (tipificación de

¹⁷ Así lo ha reconocido la Sala Político Administrativa en reiteradas oportunidades (sentencias N° 00729 de fecha 19 de junio de 2008, sentencia N° 0505 de fecha 09 de mayo de 2017 y sentencia N° 1186 de fecha 02 de noviembre de 2017). En este último fallo, la Sala indicó lo siguiente: “El artículo antes transcrito, prohíbe la aplicación de una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, ‘...permitiéndose la retroactividad de la norma sólo en casos excepcionales’. Dichas situaciones de excepción han sido delineadas vía jurisprudencial, mediante el análisis de diversos contextos que pudieran dar lugar a una aplicación retroactiva de la ley. (Vid. Sentencia de esta Sala Nro. 00729 publicada el 19 de junio de 2008). A su vez, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que dicho principio está referido a la prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma sólo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano. Esta concepción permite conectar el aludido principio con otros de similar jerarquía, como el de la seguridad jurídica, entendida como la confianza y predictibilidad que los administrados puedan tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación del Ordenamiento Jurídico vigente; de modo tal que la previsión del principio de irretroactividad de la ley se traduce, al final, en la interdicción de la arbitrariedad en que pudieran incurrir los entes u órganos encargados de la aplicación de aquella. (Vid. Sentencia Nro. 0505 del 9 de mayo de 2017) (...)” (Cursivas de la Sala).

¹⁸ Nieto, Derecho Administrativo Sancionador, 294.

las infracciones) y, por el otro, la Ley debe determinar de manera precisa la consecuencia jurídica que corresponda por la comisión de dichas conductas (tipificación de las sanciones).

Por su parte, el profesor español Parejo Alfonso¹⁹ considera que el principio de tipicidad se compone de tres operaciones:

1. Primero, la tipificación de las infracciones y sanciones, esto es, la más precisa determinación de las conductas prohibidas y la delimitación de las sanciones a las que haya lugar.
2. Segundo, la colaboración por vía del Reglamento, es decir, la remisión por la Ley al Reglamento para que éste ayude a integrar a la primera, identificando a las infracciones y delimitando a las sanciones de una forma más específica, sin innovar ni alterar la naturaleza de aquellas que ya se encuentran previstas.
3. Tercero y último, la aplicación de las infracciones y sanciones quedando excluido el uso de la analogía.

Así, la tipicidad se traduce en la descripción específica, detallada y exhaustiva que la Ley ha de hacer sobre las conductas sancionables y las consecuencias jurídicas (sanciones) por su comisión, sin perjuicio de que los Reglamentos puedan complementar dicha descripción, siempre y cuando se realice respetando los límites de la propia Ley. Por esta razón, es que se afirma que del principio de legalidad se deriva el de tipicidad ya que, si bien el primero exige la predeterminación normativa de las infracciones y sanciones administrativas, el segundo concreta tal predeterminación a través de la descripción suficiente y exhaustiva del ilícito y su consecuencia jurídica.

Como derivación del principio de legalidad, la tipicidad se encuentra consagrada, lógicamente, en el mismo artículo 49, ordinal 6 de la CRBV²⁰, a lo cual debemos agregar que, tal y como sucede en el ámbito penal, en el ámbito administrativo este principio proscribía las normas administrativas sancionatorias en blanco.

Aunado a lo anterior, hay que precisar que, al igual que otros principios de similar jerarquía, la tipicidad encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica ya que, al exigírsele a la Ley la tipificación de las infracciones

¹⁹ Parejo Alfonso, “La actividad administrativa represiva”, 172-174.

²⁰ Así fue reiterado, recientemente, por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia N° 216 de fecha 15 de mayo de 2019, en los términos siguientes: “Hechas tales precisiones, se debe indicar que el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contiene el principio de tipicidad de las sanciones, dicha norma prevé que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no estuviesen previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

y sanciones de manera más específica, los particulares conocerán con anterioridad y certeza, las conductas que se encuentran proscritas y las consecuencias específicas que resultarían aplicables por su realización²¹.

iii. Principio de prescripción

Otro principio que se fundamenta en la seguridad jurídica en el ámbito administrativo sancionatorio es la prescripción extintiva de las sanciones administrativas por sí mismas, así como de las acciones tanto para configurarlas como aplicarlas. Dicho principio supone el establecimiento de plazos de tiempo razonables en las normas que crean las infracciones y sanciones administrativas para que la Administración ejercite las acciones pertinentes para la configuración y aplicación de las mismas. De esa manera, los particulares al realizar alguna de las conductas que les están vedadas no estarán sujetos de manera indefinida a la configuración y aplicación de la correspondiente sanción por parte de la Administración.

En el Derecho Administrativo venezolano, dicho principio se encuentra reconocido, de manera general, en el artículo 70²² de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (en lo sucesivo “LOPA”)²³, así como en otros instrumentos normativos y en algunos instrumentos legales especiales tales como, el Código Orgánico Tributario (en lo sucesivo “COT”)²⁴ en sus artículos

²¹ Santamaría Pastor, *Derecho Administrativo*, 386.

²² El artículo 70 de la LOPA señala: “Las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados, prescribirán en el término de cinco (5) años, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes. La interrupción y suspensión de los plazos de prescripción se rigen por el Código Civil”.

²³ G.O. N° 2.818 extraordinaria de fecha 01 de julio de 1981.

²⁴ Es importante precisar que el 29 de enero de 2020, fue publicado en G.O. N° 6.507 extraordinario de esa misma fecha, mediante un inconstitucional Decreto Constituyente emanado de la fraudulenta e ilegítima Asamblea Nacional Constituyente (en lo sucesivo “ANC”) por el cual se dictó un nuevo Código Orgánico Tributario. Si bien somos de la opinión de que dicha reforma carece de validez alguna por haber sido dictada por un órgano inconstitucional de origen, lastimosamente, es el que se encuentra “vigente” y que se aplica en la práctica en la actualidad. De tal manera que, los artículos citados en las citas posteriores serán aquellos contenidos en dicha reforma los cuales no sufrieron mayores cambios salvo algunos temas de redacción.

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

55²⁵ y 56²⁶, la Ley Antimonopolio²⁷ en su artículo 46²⁸, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora²⁹ en su artículo 179³⁰, entre otros; aplicándose supletoriamente lo establecido en el Código Civil venezolano³¹.

²⁵ El artículo 55 del COT dispone: “Prescriben a los seis (6) años los siguientes derechos y acciones:

1. La acción para verificar, fiscalizar y determinar la obligación tributaria con sus accesorios.
2. La acción para imponer sanciones tributarias, distintas a las penas restrictivas de la libertad.
3. La acción para exigir el pago de las deudas tributarias y de las sanciones pecuniarias definitivamente firmes.
4. El derecho a la recuperación de impuestos y a la devolución de pagos indebidos”.

²⁶ El artículo 56 del COT señala: “En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo anterior, el término de la prescripción será de diez (10) años cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. El sujeto pasivo no cumpla con la obligación de declarar el hecho imponible o de presentar las declaraciones que correspondan.
2. El sujeto pasivo no cumpla con la obligación de inscribirse en los registros de control que a los efectos establezca la Administración Tributaria.
3. La Administración Tributaria no haya podido conocer el hecho imponible, en los casos de verificación, fiscalización y determinación de oficio.
4. El sujeto pasivo haya extraído del país los bienes afectos al pago de la obligación tributaria o se trate de hechos imposables vinculados a actos realizados o a bienes ubicados en el exterior.
5. El sujeto pasivo no lleve contabilidad o registros de las operaciones efectuadas, no los conserve durante el plazo establecido o lleve doble contabilidad o registros con distintos contenidos”.

²⁷ G.O. N° 40.549, de fecha 26 de noviembre de 2014.

²⁸ El artículo 46 de la Ley Antimonopolio establece: “Las sanciones aplicables de conformidad con este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, prescriben una vez transcurrido cinco años, contados a partir de la fecha en que haya quedado definitivamente firme la resolución respectiva. La acción para reclamar la restitución de lo pagado indebidamente por concepto de sanciones pecuniarias prescribe una vez transcurrido el lapso de cuatro años”.

²⁹ G.O. N° 6.220 extraordinario de fecha 15 de marzo de 2016.

³⁰ El artículo 179 del Decreto-Ley de la Actividad Aseguradora prevé: “Las acciones para sancionar las infracciones señaladas en este Capítulo, prescribirán en el lapso de tres años contados a partir de la fecha que ocurrió la falta, salvo que sea interrumpida por actuaciones de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora o de terceros que resulten lesionados en sus derechos”.

³¹ G.O. N° 2.990 extraordinaria del 26 de julio de 1982.

iv. *Principio de proporcionalidad*

Como consecuencia del Estado de Derecho y del principio de legalidad, todo acto de la Administración debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación y, por tanto, el ejercicio de la potestad sancionatoria se encuentra también sujeta a la proporcionalidad. Al respecto, el catedrático español Santamaría Pastor³² señala que, en el ámbito administrativo, la proporcionalidad se compone de tres reglas:

1. Primero, una regla de moderación, esto es, que las sanciones a ser aplicadas deben ser aquellas estrictamente necesarias para que se cumplan las dos finalidades de la norma (represiva y preventiva);
2. Segundo, una regla de discrecionalidad limitada, es decir, que la decisión por parte de la Administración acerca de la sanción a imponer o del quantum específico de la misma puede ser revisada por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, y;
3. Tercero, una regla de control judicial sustitutivo, esto es, que esa determinación de la sanción por sí sola o de su quantum, no sólo puede ser revisada por la jurisdicción contencioso administrativa, sino que dichos tribunales tienen, dentro de su competencia, la posibilidad de sustituir tal sanción por otra de un quantum distinto, según sea el caso.

Es necesario recordar que en el ámbito administrativo, a la Administración se le otorga un cierto margen de apreciación en la determinación y aplicación de las sanciones (v.g. multa que oscile entre 500 unidades tributarias y 1.000 unidades tributarias). Es justamente, a través de ese margen de apreciación que la Ley le otorga a la Administración en la determinación y aplicación de sanciones, que se manifiesta el principio de proporcionalidad en la actividad administrativa sancionatoria³³.

³² Santamaría Pastor, *Derecho Administrativo*, 392.

³³ Así lo ha reconocido la Sala Político-Administrativa del TSJ, en reiteradas ocasiones (sentencia N° 0054 de fecha 22 de enero de 2014, sentencia N° 315 de fecha 16 de marzo de 2016, sentencia N° 1048 de fecha 11 de octubre de 2018 y, más recientemente, en sentencia N° 74 de fecha 21 de febrero de 2019). En esta última sentencia, la Sala precisó el criterio reiterado, en los términos siguientes: “La disposición *supra* reproducida consagra el principio de la proporcionalidad, conforme al cual las medidas adoptadas por los órganos y entes de la Administración Pública deben adecuarse tanto al supuesto de hecho de la norma que sirve de base legal a la voluntad por aquellos manifestada, como a los fines de la misma y, en general, de la competencia ejercida, y cobra especial relevancia en el ejercicio del poder sancionatorio de la Administración. Como se señaló anteriormente, en virtud de dicho principio, la sanción debe ser adecuada, idónea, necesaria y razonable. Ello significa que: a) Debe existir congruencia entre la sanción y

En efecto, el principio de proporcionalidad sirve para que, en esa apreciación que la Administración hace al aplicar las sanciones, ésta imponga sanciones que sean adecuadas o razonables con relación a las conductas realizadas por los particulares. La proporcionalidad supone un límite al ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria ya que, dicho principio exige que las sanciones que la Administración imponga en cada caso, guarden la debida adecuación con la gravedad de las infracciones cometidas, tomándose en cuenta factores como las circunstancias tanto atenuantes como agravantes, según sea el caso, e incluso se ha llegado a afirmar que dicho principio constituye un derecho humano³⁴.

En el caso particular de Venezuela, el principio de proporcionalidad de los actos se encuentra previsto de manera general en el artículo 12³⁵ de la LOPA y en el artículo 10³⁶ de la Ley Orgánica de la Administración Pública (en lo

la falta cometida, y entre el medio (el castigo impuesto) y el fin de la norma que le sirve de sustento, lo que exige, a su vez, una correcta interpretación de la ley aplicable. b) El poder represivo del Estado debe ejercerse con el objeto de garantizar que al particular le resulte menos provechoso infringir la ley que acatarla, sin que por intermedio del mecanismo sancionatorio empleado se desborden los límites de la norma representados por la consecuencia jurídica en esta contemplada y la finalidad que la misma persigue. c) En el ejercicio de la aludida potestad, la Administración debe estar en capacidad de justificar la solución adoptada en el caso concreto. Por ello, cuando la Ley deja al criterio de la Administración la imposición de una pena contemplada entre dos límites, el poder discrecional de aquella (condicionado siempre por el principio de legalidad), implica que la sanción podrá ser establecida dentro de un rango más o menos amplio. No obstante, el órgano o ente competente deberá: i) partir siempre del término medio de la pena, ii) analizar la existencia de circunstancias y/o agravantes y, iii) acreditar en el supuesto específico la verificación de dichas circunstancias, a efectos de justificar la ponderación que ha llevado a cabo de la conducta típica, los elementos subjetivos relacionados con su comisión y los efectos de esta última. (*Vid.* Sentencia de esta Sala número 54 del 22 de enero de 2014)” (Cursivas de la Sala).

³⁴ Luis Fraga Pittaluga, “Consideraciones generales sobre el régimen de las sanciones administrativas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Montevideo*, N° 1 (2000): 79.

³⁵ El artículo 12 de la LOPA señala: “Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

³⁶ El artículo 10 de la LOAP dispone: “La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales”.

sucesivo “LOAP”)³⁷, y cuya inobservancia implicaría una violación a los derechos constitucionales del particular.

v. *Principio de culpabilidad*

El principio de culpabilidad es un principio originario del Derecho Penal e implica un juicio de reproche a una persona sobre una conducta o hecho antijurídico que ésta haya realizado o en el cual haya tenido alguna participación. Así pues, es necesario la existencia de una persona a quién pueda serle atribuida la realización de la conducta tipificada como infracción administrativa y que produce la imposición de la sanción correspondiente³⁸.

En este sentido, Santamaría Pastor³⁹ señala que dicho principio se compone de tres elementos, a saber: la responsabilidad, la imputabilidad y la voluntariedad. El primero de estos elementos (responsabilidad) supone que el particular sea el autor de la conducta tipificada como infracción administrativa; el segundo elemento (imputabilidad) implica que ese particular tenga capacidad suficiente de obrar para ser imputado por la infracción, esto es, que no medien en éste, circunstancias que puedan excluir su imputabilidad, y; el tercero y último de los elementos (voluntariedad) supone que el particular haya estado consciente de su conducta, es decir, que haya cometido el hecho voluntariamente, sin injerencias ni influencias externas. Por tal razón, el principio de culpabilidad proclama que la Administración no sancione objetivamente al particular, sino que lo sancione por aquellos ilícitos en los que ha actuado de forma culpable.

vi. *Principio de non bis in ídem*

El principio “*non bis in ídem*”, al igual que el principio de culpabilidad, es un principio originario del Derecho Penal pero que resulta extensible al ámbito administrativo sancionador, en vista de que la Administración está facultada por Ley para sancionar a los particulares cuando éstos realicen alguna conducta tipificada como infracción. Dicho principio forma parte del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas y, en consecuencia, tiene consagración constitucional en Venezuela en el artículo 49, ordinal 7 de la CRBV que establece que “ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”.

Al ser extensible al Derecho Administrativo Sancionador, dicho principio se traduce en este ámbito, en que nadie puede ser sancionado administrativamente dos veces por un mismo hecho. Algún sector de la doctrina e, incluso la jurisprudencia nacional⁴⁰, considera que dicho principio comporta

³⁷ G.O. extraordinaria N° 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014.

³⁸ Sosa Gómez, “La naturaleza de la potestad”, 257.

³⁹ Santamaría Pastor, *Derecho Administrativo*, 389.

⁴⁰ Así lo ha considerado la Sala Político-Administrativa del TSJ en distintas ocasiones (sentencias N° 911 y N° 1107 de fechas 31 de julio de 2013 y 1 de noviembre de 2018).

una relación de triple identidad (sujeto, hecho y fundamento)⁴¹, mientras que, para otro sector, dicha prohibición no sólo impide la imposición de dos o más sanciones administrativas, sino también de una sanción administrativa y una sanción penal⁴².

Sin embargo, en Venezuela, gran parte de las Leyes suelen tipificar sanciones doblemente como penales y administrativas, es decir, existen leyes especiales en el ámbito administrativo que establecen ciertas conductas como infracciones administrativas y leyes penales que prevén esas mismas conductas como delitos.

vii. *Principio de presunción de inocencia*

El último de los principios que limitan el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración es el principio de presunción de inocencia. Dicho principio forma parte del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas y se encuentra establecido en nuestro texto constitucional, en el artículo 49, numeral 2, el cual indica que “toda persona se presume inocente mientras no se prueba lo contrario”.

Con base en lo anterior, la aplicación del principio de presunción de inocencia no sólo se limita al ámbito judicial, sino que también debe ser aplicado en todos los procedimientos administrativos por mandato constitucional. Se exige, entonces, que la Administración no declare al particular responsable

En esta última decisión, la Sala destacó lo siguiente: “A fin de resolver el anterior planteamiento la Sala considera necesario reiterar una vez más que el principio invocado constituye una garantía esencial del derecho al debido proceso que, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución resulta aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y a su vez se configura como un derecho fundamental del sancionado junto a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones. Dicha garantía consagrada en el numeral 7 de la citada disposición, según la cual ‘ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente’, se considera vulnerada cuando una persona es sometida dos veces a juicio, existiendo identidad en el supuesto de hecho y en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda. Igualmente, se ha indicado que no puede la Administración ejercer dos o más veces su potestad sancionadora cuando exista identidad de sujetos y de supuesto de hecho en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda. De manera que el principio constitucional *non bis in idem*, implica una prohibición por parte del Constituyente a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, que en el ámbito de las actuaciones administrativas se traduce en no se investigado –y sancionado– administrativamente en más de una oportunidad por los mismos hechos en virtud de los cuales se juzgó: **al mismo sujeto, por los idénticos hechos y con igual fundamento jurídico** (Vid. sentencia de esta Sala Nro. 911 del 31 de julio de 2013)” (Cursivas y resaltado de la Sala).

⁴¹ Santamaría Pastor, *Derecho Administrativo*, 394.

administrativamente, salvo que se demuestre lo contrario⁴³, por lo que el referido principio comporta una presunción iuris tantum, esto es, una presunción que admite prueba en contrario. Desde el punto de vista procesal, ello implica que la Administración tiene la carga de probar la culpabilidad del particular por la comisión del ilícito administrativo⁴⁴; de allí se deriva la estrecha relación que tiene la presunción de inocencia con el principio de culpabilidad antes referido⁴⁵.

⁴³ Sobre la presunción de inocencia, la Sala Político-Administrativa del TSJ ha afirmado en reiteradas oportunidades (sentencia N° 182 de fecha 06 de febrero de 2007, sentencia N° 607 de fecha 02 de junio de 2015, sentencia N° 1393 de fecha 07 de diciembre de 2016, y más recientemente en sentencia N° 1327 del 30 de noviembre de 2017). En el último de los referidos fallos, la Sala precisó lo siguiente: “Respecto de la presunción de inocencia debe señalarse que ésta fue recogida de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el numeral 2 del artículo 49, y rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador para garantizar el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. Se refiere, desde otra perspectiva, a una regla en cuanto al tratamiento del imputado o del sometido a un procedimiento sancionador, que proscribire que pueda ser tenido por culpable en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente declarada, esto es, que se le juzgue o precalifique de estar incurso en irregularidades, sin que para llegar a esta conclusión se le dé la oportunidad de desvirtuar los hechos que se le atribuyen”. Igualmente, consúltese Sosa Gómez, “La naturaleza de la potestad”, 258.

⁴⁴ Así ha sido por la Sala de Casación Social del TSJ en sentencia N° 805 del 8 de octubre de 2013, en los términos siguientes: “Ahora, reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que uno de los principios cardinales del Derecho Administrativo Sancionatorio es el principio de presunción de inocencia, el cual se encuentra inmerso en la garantía del debido proceso, según lo establece el artículo 49 de la Constitución de la República. En este sentido, su importancia trasciende en aquellos procedimientos administrativos que como el presente, aluden a un régimen sancionatorio, concretizado por la necesaria existencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, el cual ofrezca las garantías mínimas al sujeto investigado y permita, sobre todo, comprobar su culpabilidad. Conforme con dicho principio toda persona que sea acusada de una infracción se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario, se requiere que la acusación aporte una prueba individual de la culpabilidad, esto con el propósito de garantizar el derecho a no sufrir una sanción infundada. De este modo la Administración tiene la carga de demostrar los hechos con base en los cuales considera que es procedente la aplicación de la sanción, dicho de otra manera, la Administración tiene la carga de desvirtuar esa presunción constitución de inocencia”.

⁴⁵ Lamentablemente, la jurisprudencia nacional, en ocasiones, ha llegado a confundir el contenido de ambos principios. Un ejemplo, más o menos reciente, lo constituye la sentencia N° 683 de fecha 13 de junio de 2018 dictada por la Sala Político-Administrativa en la que se estableció, lo siguiente: “En esos términos se consagra el principio a la presunción de inocencia, cuyo contenido abarca tanto lo relativo a la prueba y a la carga probatoria, como lo concerniente al tratamiento general dirigido al sujeto investigado a lo largo del procedimiento. En virtud de ello, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de las pretensiones sancionadoras de la Administración recae sobre ésta, y

III. *El procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Decreto-Ley del Mercado de Valores*

El DLMV tiene por objeto regular a los particulares y las sociedades anónimas (casas de bolsas, cajas de valores, sociedades de corretaje, entre otros) que participen de forma directa o indirecta en el mercado de valores, bien sea a través de la emisión, custodia, inversión o intermediación de títulos valores, o por las actividades conexas o relacionadas (artículo 2 del DLMV). Antes de adentrarnos en el estudio particularizado de las sanciones administrativas que prevé el DLMV, consideramos pertinente hacer breve alusión al procedimiento administrativo que dicho Decreto-Ley establece ya que, como se mencionó anteriormente, el procedimiento administrativo es el cauce formal mediante el cual la Administración impone las sanciones a los particulares⁴⁶.

sólo puede entenderse como prueba la practicada durante un procedimiento, bajo a intermediación del órgano decisor y la observancia del principio de contradicción. De manera que la violación al aludido derecho se produciría cuando del acto de que se trate se desprenda una conducta que juzgue o precalifique como ‘culpable’ al investigado, sin que tal conclusión haya sido precedida del debido procedimiento, en el cual se le permita al particular la oportunidad de desvirtuar los hechos imputados (*Vid.* entre otras, sentencia de esta Sala Nro. 424 del 4 de julio de 2017) (...) Ahora bien, con relación al argumento de la parte demandante relativo a que la Administración ‘(...) *determinó la responsabilidad objetiva de [su] representado, omitiendo con ello cualquier calificación de culpa o dolo, y omitiendo además que [su] representada actuó de manera diligente y apegada a la buena fe, hechos estos que demuestran la ausencia de culpa o dolo de CERVECERÍA POLAR en el presente caso (...)*’ (agregados de la Sala); advierte esta Máxima Instancia que tal argumento nada tiene que ver con la violación al derecho de presunción de inocencia. En este sentido, es conveniente insistir en que dicho derecho radica en el tratamiento que debe dar la Administración al sujeto investigado a lo largo del procedimiento, no siendo admisible que se le juzgue de manera anticipada por los hechos que justamente deberían ser objeto de debate en el contradictorio. De tal modo, aquél se trasgrede en el momento en que se precalifique como responsable o culpable al investigado, sin siquiera otorgarle la oportunidad de ejercer sus defensas, motivo por el cual es necesario que concluya el aludido procedimiento, debidamente realizado, para arribar a una conclusión definitiva” (Cursivas de la Sala).

⁴⁶ El profesor Araujo-Juárez define al procedimiento administrativo como “una pluralidad de actos jurídicamente regulados a priori, que guardan entre sí una relación de coordinación o concurrencia, de modo que cada uno de ellos es presupuesto de validez de los actos posteriores –excluido el último, naturalmente- y éstos, a su vez, condición de la eficacia de los anteriores -exceptuando también, claro está, el primero de ellos-”. Véase José Araujo-Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo Formal* (Caracas: Hermanos Vadell Editores, 2007), 28-29.

Como ha sido común en nuestro ordenamiento jurídico y, en ausencia de una regulación general del procedimiento administrativo sancionatorio⁴⁷, las leyes administrativas especiales establecen sus propios procedimientos administrativos para la determinación y aplicación de las sanciones administrativas. Es de gran importancia hacer referencia a este procedimiento establecido en el DLMV ya que, por mandato del artículo 47 de la LOPA, los procedimientos establecidos en leyes administrativas especiales se aplican con preferencia a cualquier otro.

Como punto previo, queremos destacar que la jurisprudencia nacional⁴⁸ ha establecido que, en dichos procedimientos, resulta estrictamente necesario que se respeten las garantías de los particulares relativas al derecho a ser notificado, a ser oído y al contradictorio, a la presunción de inocencia y el derecho a la doble instancia. La prescindencia absoluta de estas garantías y, en

⁴⁷ Esta ausencia de regulación en la LOPA fue denunciada en su momento por el profesor Peña Solís quien señaló que generaba un panorama legal de confusión. Al respecto, consúltese José Peña Solís, *La potestad sancionadora de la Administración Pública Venezolana* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 10, 2005). Más recientemente, el profesor Torrealba Sánchez ha contribuido a esbozar unas ideas sobre la reforma de la LOPA en materia administrativa sancionatoria; para ello véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Ideas preliminares para una reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) en materia de procedimiento sancionador”, en *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo (BEDA) de la Dirección de Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) N° Especial sobre las II Jornadas de Derecho Administrativo José Araujo Juárez. 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Revisión y propuestas de reforma*, (2018), http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/Publicaciones/Boletin%20Derecho%20Administrativo/003%20-%20Ideas%20preliminares...%20MAT%20BEDA%20ESPECIAL%20JAJ.pdf (Consultado el 21 de marzo de 2020)

⁴⁸ En este sentido, la Sala Constitucional del TSJ en sentencia N° 05 del 24 de enero de 2001 estableció lo siguiente: “Al respecto, es menester indicar que el derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias”.

definitiva, de todo el procedimiento implicaría una violación absoluta a los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso de los particulares⁴⁹.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 94 del DLMV, el ente titular del ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria en contra de las personas que participen en el mercado de valores es la Superintendencia Nacional de Valores (en lo sucesivo “SUNAVAL”). El artículo 98 establece que, dentro de las competencias de la SUNAVAL, se encuentran las siguientes:

Artículo 98. La Superintendencia Nacional de Valores, tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

1. Autorizar e inscribir en el Registro Nacional de Valores a todas las personas naturales y jurídicas reguladas por este Ente, así como suspender o cancelar tal autorización, por causa debidamente justificada y mediante acto motivado.

(...)

6. Ejercer sobre el mercado de valores las funciones de promoción, autorización, vigilancia, supervisión, control y sanción, así como practicar visitas de inspección, a las personas naturales o jurídicas que actúen en el mismo, se encuentren o no autorizadas por la Superintendencia Nacional de Valores.

Por su parte, el artículo 106 establece que todo aquel que incumpla con las disposiciones establecidas en el Decreto-Ley, será sancionado por la SUNAVAL conforme a los procedimientos legalmente establecidos, lo que evidencia que dicho ente es el titular de la potestad sancionatoria en este ámbito.

⁴⁹ Así lo estableció la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia N° 1316 de fecha 8 de octubre de 2013, en los términos siguientes: “Por tanto, a partir del momento en que se dicta un acto administrativo írrito en ausencia absoluta de procedimiento y sin la participación del administrado cuando a éste no se le ha emplazado, genera una vulneración constitucional del derecho a la defensa y al debido proceso en los términos establecidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; determinando una inmediata contravención a la norma fundamental que no puede ser reparada mediante intervenciones posteriores del propio afectado. Su obligatoria y tardía intervención por razones ajenas a su voluntad no pueden modificar, de modo alguno, ese daño que previamente se le ha ocasionado, tanto por la ausencia forzada de defensa como por la consecuencia derivada de los efectos perniciosos de un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad desde el primer momento de su promulgación cuya nulidad absoluta se encuentra prevista en el referido artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

En cuanto a los procedimientos, el DLMV prevé dos tipos de procedimientos administrativos: un procedimiento ordinario y un procedimiento especial, los cuales trataremos, seguidamente, de manera particularizada:

A. Procedimiento ordinario

i. Fase de iniciación

El DLMV no expresa si el procedimiento ordinario puede ser iniciado de oficio o a instancia de parte, sino que simplemente se limita a establecer que el mismo iniciará con la instrucción del Superintendente Nacional de Valores, inmediatamente después de que éste tenga conocimiento fundado de la ocurrencia de hechos o situaciones que pudiesen generar la imposición de sanciones administrativas (artículo 107 del DLMV). El procedimiento administrativo ha de iniciarse a través del respectivo auto de apertura del procedimiento administrativo.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo, se conformará el respectivo expediente administrativo que contendrá toda la documentación que se genere en relación al asunto, debidamente foliado en números y letras. Así mismo, la SUNAVAL tendrá derecho a requerir e incorporar cualquier elemento probatorio al expediente (artículo 108 del DLMV).

Seguidamente, la SUNAVAL notificará al particular de los hechos por los cuales se inicia el procedimiento, a través del referido auto de apertura (artículo 109 del DLMV). El propio Decreto-Ley establece las formas de notificación, no obstante, en caso de no estar previsto, se aplicará lo establecido en los artículos 72 al 77 de la LOPA con respecto a las notificaciones de los actos administrativos.

ii. Fase de sustanciación

Dentro de los ocho (8) días hábiles⁵⁰ siguientes a su notificación, el sujeto regulado deberá presentar su escrito de descargos junto con las pruebas que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, a solicitud del sujeto regulado, el Superintendente podrá otorgar y acordar una prórroga de hasta cinco (5) días hábiles, más el término de distancia, según lo establecido en el Código Civil venezolano. Lo mismo aplica para aquellos casos que la SUNAVAL considere que revisten una especial complejidad (artículo 110).

⁵⁰ De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la LOPA, en los plazos y términos que se encuentren establecidos por días sólo se deberán computar los días hábiles, es decir, los días laborables según lo establecido en el calendario de la Administración Pública.

Resulta particularmente preocupante que nada se establezca acerca de la audiencia de descargos que debe celebrarse y a la que tiene derecho el particular, lo cual podría implicar una violación flagrante a los derechos constitucionales que tiene el particular al contradictorio, a la defensa y al debido proceso. A pesar de su indeterminación legal, creemos que la audiencia ha de celebrarse en todo procedimiento administrativo, para así otorgarles a los particulares una verdadera oportunidad de defensa, y en consecuencia, garantizarles sus derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa.

iii. Fase de decisión

Dentro de un lapso que no podrá exceder de cuatro (4) meses (120 días) la SUNAVAL deberá dictar su decisión respectiva sobre el caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la LOPA.

B. Procedimiento especial

i. Fase de iniciación

A diferencia del procedimiento administrativo ordinario al que antes aludimos, se le dará inicio al procedimiento administrativo especial mediante el levantamiento de la respectiva acta de inspección por parte de los funcionarios actuantes y debidamente acreditados por la SUNAVAL. Dicha acta deberá estar suscrita por los funcionarios actuantes y por el sujeto regulado o su representante legal y deberá expresar las presuntas infracciones al DLMV. El mencionado Decreto-Ley señala, además, que dicha acta tendrá plena fuerza probatoria mientras no sea desvirtuada (presunción iuris tantum).

Se establece también que, en este procedimiento administrativo, la notificación del interesado opera con la suscripción del acta de inspección por parte del mismo, lo que implica que el lapso de ocho (8) días hábiles para la interposición del escrito de descargos empieza a correr inmediatamente después de dicha suscripción (artículo 110 del DLMV).

ii. Fase de sustanciación

Como se mencionó anteriormente, el sujeto regulado tendrá ocho (8) días hábiles para presentar el escrito de descargos y para aportar las pruebas que estime pertinentes a los fines del esclarecimiento de los hechos objeto de inspección e investigación.

En este procedimiento tampoco se establece la oportunidad en que ha de celebrarse la audiencia de descargos para que el particular exponga sus argumentos y pruebas que considere pertinentes. Reiteramos que, aunque no se establezca expresamente, en todo procedimiento administrativo debe celebrarse la referida audiencia para que se garanticen los derechos constitucionales de los administrados, particularmente, los derechos al debido proceso y a la defensa.

iii. Fase de decisión

Vencido el lapso antes aludido, la SUNAVAL deberá dictar la decisión del caso dentro de un lapso de hasta cuarenta y cinco (45) días continuos (artículo 113 del DLMV).

C. Recursos administrativos

Como manifestación del derecho que tiene todo particular a la doble instancia, es decir, a que una vez dictada la decisión por la Administración, la misma pueda ser recurrida en caso de inconformidad, el DLMV prevé dos tipos de recursos administrativos de los cuales puede hacer uso el particular a tal fin, a saber: el recurso de reconsideración y el recurso jerárquico.

Con respecto al primero de éstos, el mismo puede ser interpuesto contra aquellas decisiones dictadas por el Superintendente Nacional de Valores, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su notificación (artículo 114 del DLMV).

Por su parte, el recurso jerárquico opera cuando el particular no está conforme con la decisión del recurso de reconsideración antes referido. Ante tal situación, éste puede decidir si recurrir administrativamente dicha decisión, en cuyo caso dispone de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de dicha decisión, para interponer el recurso jerárquico ante el Ministro con competencia en la materia, o si acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 259⁵¹ de la

⁵¹ El artículo 259 de la CRBV consagra: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la Ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

CRBV y los artículos 8⁵² y 9⁵³ de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en lo sucesivo “LOJCA”)⁵⁴.

Es importante señalar que, de acuerdo con lo establecido en el DLMV, la interposición de cualquiera de estos recursos no suspende los efectos del acto administrativo respectivo.

D. Posibilidad de dictar medidas preventivas

Como es común en las leyes administrativas especiales venezolanas, el DLMV otorga a la Administración, la potestad para dictar medidas preventivas en vía administrativa, en los términos siguientes:

Artículo 122. La Superintendencia Nacional de Valores, previo al inicio y durante la sustanciación del procedimiento administrativo, así como en el momento que lo considere conveniente, podrá adoptar provisionalmente las medidas administrativas necesarias y adecuadas para asegurar la eficacia de la decisión definitiva, en protección de los derechos de los Inversionistas y en resguardo del buen desenvolvimiento del mercado de valores, si existieren elementos de juicio suficientes para ello. Las medidas provisionales podrán ser modificadas o revocadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia del interesado, cuando hayan cambiado las circunstancias que justificaron su adopción.

Sobre el artículo antes citado, es preciso destacar que se establece la potestad de dictar y ejecutar medidas preventivas sin mayores controles, ya que ni siquiera se prevé cuáles son los requisitos que deben cumplir dichas medidas.

⁵² El artículo 8 de la LOJCA dispone: “Será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la actividad administrativa desplegada por los entes y órganos enumerados en el artículo anterior, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados.

⁵³ El artículo 9 de la LOJCA señala: “Los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de:

Las impugnaciones que se interpongan contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, incluso por desviación de poder.

(...)

4. Las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público”.

⁵⁴ G.O. N° 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

El referido artículo sólo señala que las medidas preventivas pueden ser dictadas provisionalmente por la Administración, “si existieren elementos de juicio suficientes para ello”, sin reiterar ni siquiera los principios que debe observar la Administración en el ejercicio de esta potestad, ni tampoco los requisitos de las medidas preventivas (“*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”)⁵⁵.

Igualmente, debe hacerse una crítica a este artículo pues, el mismo establece que las medidas preventivas podrán ser revocadas de oficio o “a instancia del particular”, cuando hayan cambiado las circunstancias que justificaron su adopción. Lo cierto es que, no hay necesidad de imponer en cabeza del particular el solicitar la revocatoria de la medida pues la Administración debería hacerlo de oficio cuando hayan cesado las causas justificadoras de su adopción.

En cuanto a las medidas preventivas específicas que puede adoptar la Administración, antes y durante el procedimiento administrativo sancionatorio, el Decreto-Ley establece, en su artículo 123, las siguientes:

1. Orden de subsanar la situación detectada en el lapso fijado por la Superintendencia Nacional de Valores;

En este numeral, el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia ya que, la SUNAVAL deberá atender a éste al momento de fijar el lapso para que el particular subsane la situación detectada.

2. Reposición de capital social;
3. Registro inmediato de las pérdidas correspondientes a las provisiones parciales o totales de activos cuyo estado de cobrabilidad, realización o liquidez así lo requieran;
4. Prohibición de realizar nuevas operaciones según sea el caso;

⁵⁵ Sobre dichos requisitos, la Sala Político-Administrativa del TSJ se pronunció en sentencia N° 652 de fecha 28 de junio de 2016, estableciendo lo siguiente: “Respecto al primero de los enunciados requisitos, cabe puntualizar que el *fumus boni iuris* consiste en un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del o la demandante, sin prejuzgar de manera definitiva en cuanto al mérito del asunto, por lo que la decisión del Juez o Jueza debe fundamentarse en el análisis de la argumentación y de los elementos aportados por los interesados o las interesadas en función de la existencia del derecho que reclama o invoca (*Vid. sentencia de esta Sala número 995 del 20 de octubre de 2010*). En cuanto a la comprobación del *periculum in mora*, se exige que el o la recurrente acompañe elementos dirigidos a acreditar la irreparabilidad o la difícil reparación de los daños que le causaría la ejecución del acto impugnado, de tal manera que en el ánimo del sentenciador o de la sentenciadora surja una presunción grave respecto de la producción de tales perjuicios para el caso de no suspenderse los efectos del administrativo cuestionado. (*Vid. sentencia de la Sala Político Administrativa número 00230 del 2 de marzo de 2016*)” (Cursivas de la Sala).

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

5. Prohibición de acordar y realizar pagos de dividendos a los accionistas o bonificaciones de cualquier naturaleza a la junta directiva;
6. Prohibición de disponer de los activos o liquidar alguna inversión;
7. Suspensión de directivos o empleados cuando existan indicios de ilícitos previstos por la ley o normas;
8. Suspensión del ejercicio de la actividad de que se trate, en el mercado de valores;
9. Suspensión inmediata de la publicidad o propaganda;
10. Cualquiera otra que sea necesaria para corregir situaciones administrativas, técnicas, jurídicas, económicas o financieras.

Con este último numeral 10, se le otorga un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración para adoptar cualquier medida que considere necesaria para corregir la situación de que se trate, por lo que resulta necesario que, al decidir dicha medida, la Administración observe el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

En cuanto a la duración de las medidas preventivas, el artículo 124 del DLMV establece que dicha duración se debe indicar en el acto que las acuerde, y que puede estar sujeta a una prórroga hasta tanto la SUNAVAL considere corregidas las situaciones que dieron lugar a su imposición o se acuerde aplicar otras medidas. Esto genera serias preocupaciones, toda vez que el tiempo de las medidas no ha sido definido por el Decreto-Ley, de manera que el particular podría quedar sujeto a una medida que afecta su empresa y actividad de manera indefinida. Dicha medida además, a decir del propio Decreto-Ley, estaría sujeta a prórroga o prórrogas indefinidas –ya que no se fija un límite de las mismas- a juicio de la Administración, de manera que los particulares quedarían continua e indefinidamente en una situación de afectación de sus empresas, negocios y actividades, que cesaría cuando la Administración convenientemente lo estime necesario.

Resulta problemático, además, que el Decreto-Ley no establezca un procedimiento administrativo que regule las medidas preventivas que puede dictar la Administración, más aun cuando, a tenor del mismo, dichas medidas pueden ser adoptadas previo al inicio de la sustanciación del procedimiento administrativo en cualquier momento en que la Administración lo considere conveniente.

Igualmente, nada se establece acerca del lapso de oposición para aquellos contra quienes obre la medida preventiva adoptada, lo que implica una violación flagrante a los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa de los particulares.

Por último, el artículo 125 del Decreto-Ley establece que en todo lo no previsto en el Título sobre medidas preventivas, se aplicará lo dispuesto en la LOPA. Lo cierto es que, como se explicó anteriormente, la LOPA no establece un procedimiento general aplicable a las medidas preventivas ni tampoco dedica disposiciones a la regulación de un procedimiento administrativo sancionatorio.

IV. El régimen de las sanciones administrativas previsto en el Decreto-Ley del Mercado de Valores.

Como se dijo anteriormente, el DLMV, al igual que otras leyes administrativas especiales, no sólo establece sanciones administrativas aplicables a aquellos que infrinjan sus normas, sino también prevé sanciones de orden penal. Efectivamente, los artículos 145 hasta el 149 del Decreto-Ley están exclusivamente dedicados a la tipificación de diversos tipos penales (v.g. apropiación indebida, simulación de operaciones, obstaculización de inspección, uso de información privilegiada) así como de las sanciones penales correspondientes (v.g. prisión e inhabilitación). A pesar de ello, sólo haremos un estudio riguroso y particularizado de las sanciones administrativas previstas en el DLMV de 2015, para finalizar con una breve alusión a las sanciones penales previstas en el mencionado Decreto-Ley, aunque ello no sea el objeto del presente escrito.

En este sentido, el DLMV, a diferencia de sus dos antecesores⁵⁶, prevé dos tipos de sanciones administrativas, a saber: la multa y la cancelación de la autorización para operar en el mercado de valores (artículo 117). De seguidas, nos referiremos a los dos tipos de sanciones administrativas previstos en el referido Decreto-Ley, así como a cada uno de los supuestos de imposición de sanciones administrativas, haciendo breves comentarios sobre los mismos, salvo sobre aquellos que, por su redacción, se expliquen por sí solos y no ameriten comentario alguno.

A. La multa.

El DLMV establece como sanción administrativa la multa cuyo importe variará dependiendo del supuesto de que se trate. La multa consiste en la imposición, por parte de la Administración, de la obligación de satisfacer una determinada cantidad de dinero; cantidad que deberá ser enterada a la Administración como retribución por la comisión de una infracción administrativa.

⁵⁶ Tanto la Ley del Mercado de Capitales (G.O. N° 36.565 del 22 de octubre de 1998) como la Ley del Mercado de Valores del 2010 (G.O. N° 39.546 de fecha 5 de noviembre de 2010) únicamente establecían como sanción administrativa a la multa, mientras que la cancelación de la autorización sólo era aplicable en caso de reincidencia.

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

En el sistema sancionatorio venezolano, la multa es la sanción administrativa típica y la Ley suele establecer una cuantía mínima y una cuantía máxima de la multa para cada tipo de infracción, siendo la medida de referencia utilizada en Venezuela, la unidad tributaria (en lo sucesivo “U.T.”)⁵⁷.

El artículo 126 establece las primeras infracciones administrativas sancionadas con multa desde quinientas unidades tributarias (500 U.T.) hasta dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.) y éstas son:

1. Cuando los sujetos supervisados presenten la información a la que están obligados de manera extemporánea, entendiéndose por ésta, cuando la información se consigne dentro de los cinco días posteriores al vencimiento del lapso previsto en las normas;
2. Cuando el local en el cual opera el sujeto supervisado, no cumpla las condiciones establecidas en las normas correspondientes;
3. Cuando los sujetos regulados no mantengan vigente las Juntas Directivas de conformidad con las normas;
4. Los sujetos supervisados que no constituyan el expediente de sus clientes de acuerdo a la normativa correspondiente;

⁵⁷ La U.T. fue creada tras la promulgación del COT de 1998, con el propósito de mantener actualizado el quantum de las multas y sanciones que dicho instrumento preveía. A lo largo de los años, diversas leyes administrativas especiales comenzaron a utilizar a la U.T. como medida de referencia para la actualización del importe de las multas y sanciones establecidas en ellas. No obstante, en fecha 21 de diciembre de 2017, fue publicada en G.O. N° 41.305, la Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria (en lo sucesivo “U.T.S.”) dictada por la ilegítima y fraudulenta ANC. De acuerdo con el texto de la Ley (artículo 4), el valor de la unidad sancionatoria se establecerá con base en la variación producida en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Área Metropolitana de Caracas, en el año inmediatamente anterior, fijado por la autoridad competente, oída la opinión del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana, el Tribunal Supremo de Justicia y el Poder Ciudadano y será de aplicación general para todas las multas y sanciones pecuniarias previstas en el ordenamiento jurídico cuyo monto sea establecido con base en la U.T. (artículo 5), excluyéndose a la Asamblea Nacional, en franca violación de la reserva legal. Si bien no queremos dilucidar sobre este tema mucho, pues se excede del objeto del presente trabajo, sólo nos limitaremos a señalar que la creación de esta unidad paralela a la U.T. contribuirá a que el panorama de la actividad económica en Venezuela se torne, por decir lo menos, caótico. A la fecha de elaboración del presente trabajo, la “U.T. ordinaria”, como ha pasado a denominarse, se encuentra en mil quinientos Bolívares (Bs. 1.500) de acuerdo con la Resolución N° SNAT/2020/00006 dictada por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) (G.O. N° 41.839 de fecha 13 de marzo de 2020). Sobre la U.T.S. no conocemos ninguna información.

5. Cuando los sujetos supervisados realicen los registros contables sin cumplir con las formalidades contables, establecidas por la Superintendencia Nacional de Valores.

Por su parte, el artículo 127 establece los ilícitos administrativos que, por su gravedad, son sancionados con multa desde dos mil quinientas una unidades tributarias (2.501 U.T.) hasta cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.) en los siguientes supuestos:

1. Quienes sin estar autorizados para ello utilicen en cualquier forma en su razón social, firma comercial o título, cualesquiera de las denominaciones relativas a personas o instituciones a que se refiere la Ley de Mercado de Valores, sinónimos, expresiones análogas o abreviaturas;
2. Cuando los sujetos supervisados realicen aumentos o reducción de capital sin autorización previa de la Superintendencia Nacional de Valores;

Consideramos que este numeral pone en evidencia el alcance del control que ejerce la SUNAVAL sobre las sociedades que participan en el mercado de valores. Ciertamente, la facultad que tiene la asamblea de accionistas como órgano social, de decidir acerca de los aumentos o reducciones del capital social es una manifestación clara de la autonomía privada empresarial. Que dichas decisiones estén sujetas a una autorización previa por parte de la Administración implica, a nuestro parecer, una violación a dicho principio.

3. Quienes divulguen propaganda o publicidad relacionada con las actividades del mercado de valores, sin la autorización respectiva;
4. Cuando los sujetos supervisados no registren diariamente las operaciones en los libros correspondientes;
5. Cuando los sujetos supervisados no cumplan con el régimen de provisiones;
6. Cuando los sujetos supervisados no consignen oportunamente el informe sobre prevención, control y legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, o no lo hicieren conforme a las normas respectivas;
7. Cuando las sociedades de corretajes o casas de bolsa no cumplan con el índice según su rango patrimonial.

Por otro lado, el artículo 128, establece las infracciones administrativas que la SUNAVAL sancionará con multa desde cinco mil una unidades tributarias (5.001 U.T.) hasta diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.). Dichas infracciones son las siguientes:

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

1. A las personas naturales y jurídicas sometidas al control de la Superintendencia Nacional de Valores, que no presenten la información o que consignándola ésta no cumpla con la normativa correspondiente;
2. Cuando los sujetos supervisados lleven los libros sin cumplir con las formalidades y condiciones establecidas por las normas correspondientes;
3. Cuando los sujetos supervisados no diseñen el plan operativo anual de prevención y control de legitimación de capitales, conforme a las normas respectivas;
4. Cuando los sujetos supervisados no cumplan con el sistema integral de administración de riesgo; incluyendo el relacionado con la materia de prevención de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo;
5. El incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Entidades de Inversión Colectiva y normas respectivas, por parte de los sujetos sometidos a su regulación;
6. Los corredores públicos de valores, sociedades de corretaje o casas de bolsas, que no soliciten las autorizaciones de sus clientes para realizar operaciones en nombre y por cuenta propia; o que habiéndola obtenido ejecuten operaciones fuera del perfil del inversionista;
7. Las personas naturales o jurídicas que realicen cualquier actividad regulada por la Ley de Mercado de Valores y las normas dictadas por la Superintendencia Nacional de Valores, sin haber obtenido la correspondiente autorización;
8. Las personas naturales o jurídicas que habiendo sido autorizadas para realizar actividades del mercado de valores, lo hagan sin cumplir con las disposiciones y las normas dictadas por la Superintendencia Nacional de Valores;
9. Las personas naturales o jurídicas que hicieren oferta pública de acciones y otros títulos valores, sin haber obtenido la autorización correspondiente por parte de la Superintendencia Nacional de Valores;
10. Las personas que ofrecieren públicamente valores a sabiendas que la Superintendencia Nacional de Valores, ha suspendido o cancelado su Inscripción en el Registro Nacional de Valores;
11. Quienes habiendo sido autorizados para ofrecer valores, realizaren oferta pública de los mismos, mediante prospectos o sistemas de

- publicidad no aprobados por la Superintendencia Nacional de Valores;
12. Las personas que directa o indirectamente intervengan o participen en las actividades y procesos regulados por la Ley de Mercado de Valores y las normas dictadas por la Superintendencia Nacional de Valores, con valores cuya oferta pública no haya sido autorizada por la Superintendencia Nacional de Valores y no se encuentren reguladas por una ley especial;
 13. Los administradores, los contadores y comisarios de sociedades sometidas al control de la Superintendencia Nacional de Valores, que hubieren presentado datos o información falsa y que no cumplan con sus funciones y obligaciones, de conformidad con las disposiciones contenidas en la presente ley, el Código de Comercio y en las normas dictadas por la Superintendencia Nacional de Valores;
 14. Quienes suministren o divulguen información falsa capaz de alterar el precio de valores existente en el mercado de valores o desestabilizar el comportamiento del mismo;
 15. Los sujetos supervisados que por sí mismos o por interpuestas personas impidan el acceso a los locales, oficinas o lugares donde se pretenda practicar las labores de inspección;
 16. Los representantes comunes de los tenedores de obligaciones, papeles comerciales y títulos de participación patrimonial que Incumplan con las obligaciones establecidas en la normativa respectiva;
 17. A quienes no mantengan vigente las fianzas o garantías exigidas en la normativa respectiva;
 18. Las cajas de valores que no mantengan en vigencia las pólizas de seguros ni el capital social requerido, de acuerdo a la Ley de Caja de Valores; y que realicen actividades distintas a las autorizadas;
 19. Las bolsas de valores que incumplan la normativa dirigida a regular su funcionamiento y las operaciones que en ella se realicen;
 20. A las sociedades de corretaje o casas de bolsas, que cedan, traspasen, den en venta o realicen cualquier negociación de las respectivas acciones, sin contar con la autorización de la Superintendencia Nacional de Valores.

Por último, el artículo 129 del DLMV, establece como supuesto generador de sanción administrativa, cualquier incumplimiento a dicho Decreto-Ley, sus reglamentos, el Código de Comercio y normas de carácter general, circulares y demás disposiciones emanadas de la SUNAVAL, así como

cualquier otra normativa que regule la materia, que no tenga una sanción específica y “que no haya afectado los intereses y derechos de los inversionistas y el normal desenvolvimiento del mercado de valores”.

En ese caso, se le impondrá al particular que cometa “cualquier conducta violatoria de la normativa antes aludida” una multa de un mil unidades tributarias (1.000 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.). Se trata pues, de una violación al principio de tipicidad por tratarse de un supuesto generalísimo, al abarcar cualquier conducta que suponga una violación al DLMV y cualquier otra normativa.

En cuanto al pago de estas sanciones de carácter pecuniario, deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación, conforme al artículo 131 del DLMV. La falta de pago en el lapso estipulado, acarreará el cobro de intereses de mora calculados con base en la tasa de intereses de mora para obligaciones tributarias fijada por el Banco Central de Venezuela (artículo 132 del DLMV).

Finalmente, conforme al artículo 133, la SUNAVAL impondrá y liquidará las multas mediante la expedición de las respectivas planillas de liquidación, las cuales, a decir del propio Decreto-Ley, tienen el carácter de títulos ejecutivos y al ser presentadas en juicio equivalen a embargo de bienes.

B. Cancelación de la autorización

La otra sanción administrativa que establece el DLMV se refiere a la cancelación de la autorización para llevar a cabo actividades en el mercado de valores. El propio Decreto-Ley establece en su artículo 4 que todas las personas naturales o jurídicas, que se dediquen, en forma regular o habitual, a realizar actividades de intermediación con valores en los mercados primario o secundario de valores, sea en nombre propio o de un tercero, por cuenta propia o de un tercero, deberán contar con la respectiva autorización de la SUNAVAL. Igualmente, se exige la autorización para ejercer funciones de correduría de títulos de deuda pública nacional o para mantener en cartera propia los referidos títulos.

De tal manera que, quien cuente con dicha autorización se encontrará en una “situación jurídica subjetiva favorable”, por lo que, por argumento a contrario, la cancelación de dicha autorización supone la pérdida de esa situación jurídica favorable. Como hemos señalado antes en este escrito, dicha pérdida se genera como consecuencia de la comisión de una determinada conducta que la Ley ha establecido como ilícita.

En este sentido, el artículo 130 del DLMV establece como infracciones administrativas, las siguientes conductas:

1. Cuando las personas naturales y jurídicas reguladas, hayan sido objeto de la imposición de multa en más de dos oportunidades durante un ejercicio económico;

Este numeral supone una clara violación del principio non bis in ídem ya que se está tipificando a la reincidencia como infracción administrativa, es decir, el mismo hecho se está sancionando dos veces.

2. Cuando las sociedades de corretaje o casas de bolsas, cedan, traspasen, den en venta o realicen cualquier negociación de las respectivas acciones, sin contar con la autorización de esta Superintendencia Nacional de Valores;
3. Cuando se compruebe que la autorización de los sujetos regulados ha sido otorgada bajo suministro de información falsa o engañosa;
4. Cuando los sujetos supervisados utilicen los recursos obtenidos de las ofertas públicas para fines distintos a los señalados en los prospectos de emisión aprobados;
5. Cuando exista una sentencia definitivamente firme sobre los sujetos regulados, cuya causa pudiera perjudicar la credibilidad, honorabilidad y ética de los mismos y en consecuencia la transparencia del mercado de valores y la confianza de los inversionistas;
6. Cuando los sujetos supervisados obtengan beneficios con motivo de la negociación de valores de oferta pública, a través del suministro de información falsa, simulación de operaciones y/o la realización de operaciones especulativas;
7. Cuando los sujetos supervisados, hayan tenido acceso a información privilegiada, definida en esta Ley de Mercado de Valores, y la utilicen de manera fraudulenta para obtener un beneficio económico para sí o para un tercero;

Sobre este numeral 7, es preciso destacar que el Decreto-Ley tipifica como infracción administrativa y como delito el uso de información privilegiada, es decir, aquel que se encuentre incurso en este supuesto no sólo será sancionado administrativamente sino también penalmente. Esto supone pues, una clara violación al principio de non bis in ídem pues nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

8. Cualquier otra violación a la Ley de Mercado de Valores, sus reglamentos, normas de carácter general, circulares y demás disposiciones emanadas de esta Superintendencia Nacional de Valores, el Código de Comercio, así como cualquier otra normativa que regule la materia, que no tenga una sanción específica, y cuya

gravedad sea tal, que amerite inequívocamente la cancelación de la autorización otorgada.

Este último numeral supone una violación flagrante al principio de tipicidad, toda vez que no contiene un supuesto de hecho concreto y específico, sino uno abierto y general. Aunado a ello, queda a discreción de la Administración decidir la gravedad de la conducta determinada, en cada caso, y si la misma amerita la aplicación de la sanción de cancelación de la autorización.

C. Prescripción para el ejercicio de las acciones para perseguir las infracciones administrativas

De conformidad con el artículo 116 del DLMV, las acciones para perseguir y sancionar las infracciones del Decreto-Ley, prescribirán en el lapso de cinco (5) años contados partir de la notificación respectiva por parte de la SUNAVAL. Consideramos que el plazo debería empezar a correr a partir de la realización de la conducta constitutiva de la infracción y no desde la notificación que ha de practicar la SUNAVAL, ya que los particulares quedarían sujetos a la actuación de la Administración.

Así mismo, el referido artículo establece que la prescripción podrá ser interrumpida por cualquier actuación de la SUNAVAL en relación con los hechos. Hay que precisar que el DLMV no establece prescripción alguna aplicable a los procedimientos administrativos, lo que deja al particular sujeto indefinidamente a merced de la Administración.

D. Determinación de las sanciones administrativas

Como se vio anteriormente, el Decreto-Ley fija las sanciones –en el caso de las multas- entre un límite mínimo y un límite máximo, debiendo ser aplicable, supletoriamente, el término medio entre esos dos límites de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del Código Penal⁵⁸.

Para la determinación e imposición de las sanciones administrativas, la Administración (SUNAVAL) deberá tomar en consideración las circunstancias agravantes y atenuantes establecidas legalmente. En este sentido, el artículo 118 del DLMV establece como circunstancias atenuantes, las siguientes:

1. Haber actuado inmediatamente después del hecho en modo tal de evitar la extensión del daño o haber colaborado con las funciones

⁵⁸ Manuel Rojas Pérez, “Aspectos particulares del régimen de sanciones administrativas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* (2007): 340.

de investigación adelantadas por la Superintendencia Nacional de Valores;

2. Que haya ocurrido una reparación en favor de la persona o institución afectada;
3. Que el hecho aparezca como un episodio singular y aislado sin precedentes.
4. Cualquier otra circunstancia que pueda ser considerada por la Superintendencia Nacional de Valores.

Por su parte, el artículo 119 del DLMV establece como circunstancias agravantes, las siguientes:

1. Que la actuación sea la manifestación de una modalidad operativa;
2. Obstaculizar las funciones de inspección y regulación de la Superintendencia Nacional de Valores;

Este numeral 2, además de constituir una agravante de la sanción, por sí solo constituye una conducta tipificada como delito en el artículo 148 del propio DLMV sancionable con pena privativa de libertad. Ello viola el principio non bis in ídem pues no sólo se está sancionando a la persona penalmente, sino que dicha conducta constituye, a su vez, una circunstancia agravante.

3. Haber ocasionado grave daño;
4. Haber actuado con abuso de confianza, entendido éste como el aprovechamiento desleal de mandatos, instrucciones o depósitos otorgados bajo el supuesto de la prudente;
5. Haber actuado no obstante las advertencias e instrucciones de la Superintendencia Nacional de Valores o de otra entidad de fiscalización y control competente;
6. Haber actuado con reiteración, entendida ésta, como la sucesión o continuación de actos de la misma naturaleza o tendentes al mismo propósito, haya o no unidad de resolución.
7. Cualquier otra circunstancia que pueda ser considerada por la Superintendencia Nacional de Valores.

Sobre este último numeral, hay que destacar que, nuevamente, se le otorga cierto margen de libertad a la SUNAVAL para decidir qué circunstancia puede considerarse como agravante, lo cual, en definitiva, genera serias consecuencias porque la agravación de la sanción a ser impuesta al particular queda a juicio de la Administración.

Por su parte, el artículo 120 del DLMV prevé que, en caso de concurrencia de infracciones, se deberá aplicar la sanción correspondiente al hecho más grave aumentado con la mitad de las otras. De igual manera, se

aplicará dicha sanción cuando haya concurrencia de un delito sancionado con pena privativa de la libertad y otro delito no tipificado en el Decreto-Ley. En caso de que las sanciones sean iguales se aplicará cualquiera de ellas, aumentada con la mitad de las restantes.

La parte final del mencionado artículo establece también que, en caso de concurrencia de dos o más infracciones sancionadas con penas pecuniarias y una pena privativa de la libertad, se aplicarán conjuntamente las sanciones pecuniarias y la privativa de la libertad. Esta última parte del referido artículo pone en evidencia nuevamente, la posibilidad de acumulación de sanciones penales y administrativas.

E. Otras medidas administrativas

i. La intervención administrativa de sociedades que realizan actividades en el mercado de valores

Mención especial ha de hacerse a la figura de la intervención administrativa de empresas consagrada en los artículos 134 y siguientes del vigente DLMV. Sobre la intervención administrativa de empresas la doctrina española nos señala:

La intervención de empresas es un concepto jurídico indeterminado que comprende el conjunto de acciones que, sin afectar a la titularidad de la empresa, producen una publicación de la gestión mediante medidas que podrán concretarse en cada caso, entre las cuales cabría que la misma dirección de la empresa viniera asumida por el ente público de intervención (...) Para que una medida de intervención pueda considerarse como manifestación de la intervención de empresas ha de respetarse su titularidad, es decir, la empresa ha de seguir enclavada en el sector privado, sin que se produzca transferencia de la titularidad de la empresa. (...) Así pues, la Administración no asume la titularidad de la empresa, que permanece en el ámbito privado, sin darse en este caso una transferencia coactiva de la propiedad. Se percibe claramente de este modo que la intervención no se dirige contra el propietario de la empresa, sino contra la gestión de que la misma venga siendo objeto⁵⁹.

⁵⁹ Eduardo Gamero Casado, *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, (Madrid: Marcial Pons, 1996), 146-150.

Con base en lo anterior, podemos decir que la intervención administrativa es una medida mediante la cual, por las razones establecidas en una Ley, la Administración asume, a través de un acto, directa o indirectamente y con carácter provisional, la dirección, administración y gestión ordinaria de una determinada empresa o sociedad. En otras palabras, la Administración pasará a ejercer temporalmente las facultades propias de los órganos de administración de la sociedad (administradores o Junta Directiva, sea cual sea su denominación de conformidad con los estatutos sociales) cuando ocurra alguna de las razones que establezca la Ley y en virtud del interés público.

No obstante, como se verá seguidamente, en Venezuela los interventores o Juntas Interventoras suelen ostentar las facultades propias no sólo de los administradores de la sociedad, sino también de los demás órganos sociales, tales como la Asamblea de Accionistas. Esta práctica inconstitucional ha sido criticada por el profesor Morles Hernández quien acertadamente señala lo siguiente:

Los actos administrativos que han acordado la intervención de bancos y otros institutos de crédito en Venezuela contienen declaraciones por las cuales se atribuyen las funciones propias de los órganos sociales a los interventores. Ahora el artículo 190 de la Ley de Bancos pretende legalizar esa práctica. Si bien es cierto que en las intervenciones radicales «el acto ablatorio prácticamente reduce o elimina el derecho de empresa y paraliza toda actividad futura, hasta tanto se logre la decisión final de recuperación, reorganización o disolución» (Pérez Luciani), no es menos cierto que el acto de intervención no puede vulnerar las normas de orden público del derecho de sociedades que presiden el funcionamiento de los entes bancarios. Las normas relativas a la estructura de la sociedad y al funcionamiento de sus órganos son de orden público. Las partes en el pacto de sociedad pueden alterar la composición de los órganos sociales y limitar o ampliar sus facultades, pero no pueden eliminar los órganos sociales ni redistribuir las competencias de éstos, asignando a unos las competencias propias de otros. Tampoco puede el legislador hacerlo sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad. - El carácter de orden público de las disposiciones sobre estructura de la sociedad y funciones de sus órganos, no permite al Estado confundir en un solo órgano las facultades de algunos o de todos los órganos de la sociedad: no se puede convertir a los comisarios en administradores ni a éstos pueden otorgarse las potestades de la asamblea,

sobre la base del poder de intervenir. Ese poder tiene límites naturales: a) el ámbito que haya sido delimitado por el acto administrativo mismo de intervención; b) los principios de legalidad definidos por el ordenamiento jurídico, entre los cuales están los relacionados con la naturaleza propia de las sociedades anónimas⁶⁰.

Lo expresado por el profesor Morles Hernández resulta perfectamente aplicable a las sociedades que intervienen en el mercado de valores. En este ámbito, dicha práctica inconstitucional se encuentra legalizada por el artículo 141 del DLMV que establece que el Superintendente Nacional de Valores tendrá el cargo de interventor o liquidador y, en consecuencia, “gozará de amplias facultades de administración, disposición, control y vigilancia, incluyendo todas las facultades que la ley o los estatutos confieren a la asamblea de accionistas, a la junta administradora, al presidente o presidenta de la sociedad”, con la posibilidad de que éste pueda delegar en otros funcionarios las funciones como interventores, lo que implica una intervención de carácter directo y positiva de la Administración⁶¹.

Lo anterior, constituye pues, una violación a las normas de orden público del Derecho de sociedades que establecen el funcionamiento de los entes que participan en el mercado de valores, así como una vulneración total del derecho de libertad económica y de propiedad de los particulares.

⁶⁰ Véanse Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Tomo II, 1998), 1366; y del mismo autor Alfredo Morles Hernández, *Régimen legal del mercado de capitales*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2002), 288-289.

⁶¹ En efecto, la doctrina ha señalado al respecto que: “La actuación pública puede ser directa o indirecta y positiva o negativa. La presencia directa se da cuando la Administración sustituye los administradores de la empresa privada, en cuyo caso la gestiona por sí misma; la indirecta, cuando designa interventores habilitados para vetar o convalidar los acuerdos de los órganos propios de la empresa, técnica con la que sólo se traslada parcialmente a la Administración la capacidad de emprender, reteniendo los órganos privados el principal protagonismo en la gestión (en estos casos se incapacitaría al empresario para adoptar estos acuerdos por sí solo, lo que necesariamente incorpora una vinculación de la Administración en la gestión ordinaria de la empresa, aunque sea en grado indirecto). Por otra parte la publicación es positiva cuando se exige una actitud dinámica de la Administración durante el procedimiento de intervención (por ejemplo, cuando sustituye el consejo de administración, o cuando los actos propios de la empresa no alcanzan validez en tanto sean convalidados por los interventores); en cambio, es negativa cuando la actividad de la Administración durante la intervención es de carácter represivo (así, cuando se impone prohibición temporal de acometer ciertas operaciones; o cuando los interventores se ven asistidos tan sólo por un derecho de veto frente a los actos propios de la empresa, veto que pueden llegar a no ejercer en ningún momento)”. Véase Gamero Casado, *La intervención de empresas*, 146-150.

En lo que respecta a su concepto en la legislación del mercado de valores venezolano, el DLMV define a la intervención administrativa de sociedades, en los términos siguientes:

Artículo 134. El proceso de intervención comprende un conjunto de actividades destinadas a la protección, control, vigilancia, aseguramiento y análisis jurídico y contable de todos los bienes, negocios, actividades y operaciones de la sociedad intervenida, con el objeto de proteger y evitar daños y perjuicios a los inversores, acreedores, clientes y accionistas de la misma. Una vez finalizado el proceso de intervención, se acordarán las medidas necesarias para la eventual recuperación o liquidación de la sociedad de que se trate.

Así las cosas, la intervención administrativa de sociedades en el ámbito del mercado de valores tiene por objeto evitar que se ocasione un daño o perjuicio a los inversores, acreedores, accionistas y clientes de una sociedad, pero la Administración únicamente puede pasar a proteger, controlar y vigilar los bienes, negocios y actividades de una determinada sociedad, por las razones que estrictamente establezca la Ley correspondiente. Al respecto, el artículo 135 del DLMV señala:

Artículo 135. La Superintendencia Nacional de Valores, podrá intervenir con o sin cese de actividades, a las sociedades de corretaje de valores, casas de bolsa, entidades de inversión colectiva, sus sociedades administradoras, empresas dominantes o dominadas, así como aquellas personas jurídicas que el referido ente califique como relacionadas a éstas, cuando de la investigación que realice, concluya que atraviesan por una situación de la cual puedan derivarse perjuicios para los inversores, acreedores o clientes. Los sujetos mencionados, están expresamente excluidos de los beneficios de atraso y quiebra.

Con base en lo anterior, parece ser que la única razón por la cual la Administración (entiéndase SUNAVAL) puede intervenir a una sociedad que participa en el mercado de valores, es cuando dicha sociedad se encuentre atravesando “una situación de la cual puedan derivarse perjuicios para los inversores, acreedores o clientes” de la misma. Entendemos por tal situación, cuando una sociedad regulada por el DLMV se encuentre financieramente inestable, hasta el punto de que pueda llegar a afectar los intereses de los inversores, acreedores, accionistas y clientes de la compañía.

La intervención administrativa de sociedades en este ámbito comporta pues, una finalidad preventiva, ya que lo que busca es salvar a la sociedad intervenida de una crisis económica y lograr la viabilidad de la misma, con fundamento en la salvaguarda de los intereses de sus acreedores, inversores, accionistas e, incluso, de sus clientes. Hoy por hoy, debe entenderse que la intervención por parte del ente regulador (SUNAVAL) de las sociedades que participan en el mercado de valores, únicamente se justifica si tiene una finalidad preventiva, más no represiva, o lo que es lo mismo, en la medida de que sea para salvar a la sociedad de una situación financiera inestable y no para sancionar a la misma.

Como vimos anteriormente, el DLMV, a diferencia de sus dos antecesoras⁶², establece como única causa justificadora de la intervención administrativa de sociedades, cuando se verifique que la sociedad investigada atraviesa una situación que puede ocasionarle perjuicios a sus inversores, acreedores, accionistas o clientes. A nuestro criterio, esta finalidad preventiva es y debería ser la única justificación para intervenir administrativamente a una sociedad que participa en el mercado de valores, quedando proscrita la intervención administrativa como sanción.

Por las consideraciones antes expuestas, consideramos que el legislador debido a una mala técnica legislativa incluyó en el Título del DLMV relativo al

⁶² En efecto, tanto la Ley del Mercado de Capitales del 2008 (artículo 82) como la Ley del Mercado de Capitales del 2010 (artículo 21) expresamente establecían la posibilidad de que el ente regulador interviniera a las sociedades que participan en el mercado de valores cuando éstas hubiesen incurrido en violaciones a las disposiciones de la Ley. En Venezuela, esta disposición tuvo cierta relevancia y fue utilizada arbitrariamente en los años 2010 hasta el 2012, cuando se ordenó la intervención administrativa, por razones políticas más que jurídicas, de diversas entidades que participaban en el mercado de valores, así como se ordenó la privación de libertad de varios de los directores y trabajadores de las mismas. Entre los casos más emblemáticos, por decir algunos, se encuentran: la intervención (G.O. N° 39.330 del 17-12-2009) y liquidación administrativa (G.O. N° 39.462 del 09-07-2010) de U21 Casa de Bolsa, C.A.; la intervención (G.O. N° 39.375 del 26-02-2010) y liquidación administrativa (G.O. N° 39.556 del 19-11-2010) de Unovalores Casa de Bolsa, C.A.; la intervención (G.O. N° 39.364 del 09-02-2010) y liquidación administrativa (G.O. N° 39.425 del 17-05-2010) de Inverunión, Casa de Bolsa, S.A.; la intervención (G.O. N° 39.357 del 29-01-2010) y liquidación administrativa (G.O. N° 39.609 del 04-02-2011) de Primus Casa de Bolsa, C.A.; la intervención (G.O. N° 39.428 del 20-05-2010) y liquidación administrativa (G.O. N° 39.574 del 15-12-2010) de Banvalor Casa de Bolsa, C.A.; la intervención (G.O. N° 39.441 del 08-06-2010) y liquidación administrativa (G.O. N° 39.525 del 06-10-2010) de Econoinvest Casa de Bolsa, C.A.; y la intervención (G.O. N° 39.462 del 09-07-2010) y liquidación administrativa (G.O. N° 39.605 del 31-01-2011) de Federal Casa de Bolsa, C.A.

régimen sancionatorio a la figura de la intervención administrativa, ya que la misma no tiene ni nunca debe tener naturaleza sancionatoria.

Ciertamente, la intervención administrativa de sociedades en este ámbito, bajo ningún supuesto, opera cuando los sujetos regulados por el DLMV incurran en infracciones de alguna de sus disposiciones, sino más bien se trata de una medida destinada al rescate de aquellas sociedades que se encuentran en una situación financiera difícil, salvaguardándose de esa manera el interés público; cualquier tergiversación en la finalidad de dicha medida implicaría serias violaciones a la normativa vigente y conllevaría a una afectación de los derechos de los particulares⁶³.

Aunado a lo anterior, debemos recordar que la intervención administrativa de sociedades tiene carácter temporal, es decir, su duración se encuentra sujeta a un tiempo determinado, razón por la cual, el DLMV precisa que el procedimiento de intervención está sujeto a un plazo de noventa (90) días, prorrogables por una sola vez y por igual tiempo. Luego de finalizado ese plazo, la SUNAVAL deberá levantar un informe contentivo de las recomendaciones que estime necesarias (artículo 136 del DLMV).

Se establece además que, sobre la medida de intervención debe sustanciarse un procedimiento administrativo y llevarse un expediente administrativo que contenga todas las actuaciones sobre el mismo, debidamente foliado y que tendrá carácter de reservado hasta tanto se resuelva la medida de intervención. A lo anterior se añade que, en caso de liquidación administrativa de la sociedad, la información y los documentos contenidos en el expediente de la intervención administrativa se acumularán al expediente administrativo que se abra para la liquidación administrativa (artículo 137 del DLMV).

Lo distinto aquí resulta ser el carácter reservado del expediente de la intervención, distinto a lo que ocurre con los expedientes administrativos que son públicos. Sin embargo, creemos que, aun cuando el referido Decreto-Ley les otorga carácter confidencial o reservado⁶⁴, tal confidencialidad rige sólo respecto

⁶³ Sobre los efectos de la tergiversación en la aplicación de la intervención administrativa, se ha afirmado lo siguiente: “Sin embargo, al acarrear una desposesión del inmueble o de la empresa, cualquier de esas medidas de ser aplicadas tergiversadamente y extenderse en el tiempo de manera indefinida, o por un lapso superior al requerido estrictamente para solventar la contingencia, podrían dar pie al desapoderamiento en la práctica de esos bienes (...) asimilándose a una privación forzosa ilegítima, una vía de hecho”. Véase Antonio Canova, Luis Alfonso Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, (Caracas: FUNEDA, 2009), 56-57.

⁶⁴ Este carácter confidencial de ciertos expedientes administrativos ha sido fuertemente criticado por la doctrina, en especial por el profesor BREWER-CARÍAS, para quien tal exigencia puede devenir en “una cantidad de abusos, como por ejemplo, procedimientos donde hasta recortes de periódicos se han calificado como ‘confidenciales’ por el

de terceras personas⁶⁵., por lo que, las partes tendrán en todo caso derecho de acceder al correspondiente expediente administrativo, en virtud de lo establecido del artículo 59 de la LOPA⁶⁶.

El DLMV establece en ese mismo artículo que dicho procedimiento se efectuará de acuerdo con las normas que a tal efecto dicte la SUNAVAL, estas son, las “Normas para la Intervención Administrativa de los Operadores de Valores autorizados, Casas de Bolsa Agrícola, Entidades de Inversión Colectiva y sus Sociedades Administrativas, así como sus empresas relacionadas, Dominantes y Dominadas”⁶⁷. Sobre este particular, coincidimos con la opinión del autor Paredes Calderón⁶⁸, según el cual, desde un punto de vista constitucional, dicha norma resulta cuestionable, toda vez que, de conformidad con el artículo 156, numeral 32 de la Constitución, la elaboración de normas sobre procedimientos compete al Poder Público Nacional. Igualmente, señala el mencionado autor⁶⁹ que, en algunos artículos, el Decreto-Ley utiliza el vocablo “procedimiento” para referirse a la intervención administrativa de sociedades, y en otros artículos le da un tratamiento de medida, lo cual como manifestamos antes, evidencia la deficiente técnica legislativa empleada en la elaboración de esta Ley.

A nuestro criterio, la intervención administrativa de sociedades es una potestad que puede ejercer la Administración cuando se cumplan las razones legalmente establecidas. Cuestión muy distinta es que, para poder emprender el ejercicio de dicha potestad, la Administración deba valerse de su cauce formal, esto es, iniciar, sustanciar y decidir el debido procedimiento para que se garantice el derecho constitucional al debido proceso del particular.

funcionario, simplemente porque no estaban favoreciendo la posición de la Administración”. Al respecto, véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, (Bogotá: Legis Editores S.A., 2003), 116.

⁶⁵ Daniela Urosa Maggi, “Inicio y sustanciación del procedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases”, en *Actualización en Procedimiento Administrativo*, (Caracas: FUNEDA, 2007), 25.

⁶⁶ El artículo 59 de la LOPA señala: “Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado”.

⁶⁷ G.O. N° 39.567 del 6 de diciembre de 2010.

⁶⁸ Iván Paredes Calderón, “Aproximación a la actividad de policía y regulatoria de la Superintendencia Nacional de Valores”, en *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (2016): 73-74.

⁶⁹ Paredes Calderón, “Aproximación a la actividad de policía y regulatoria”, 73.

Una vez finalizada la intervención administrativa, la SUNAVAL puede tomar dos decisiones: o acuerda la rehabilitación de la sociedad intervenida u, ordena la liquidación administrativa de la misma, según sea lo más conveniente a los intereses de los inversionistas.

ii. *Liquidación administrativa de las sociedades intervenidas*

De acuerdo con el artículo 138 del DLMV, la liquidación administrativa⁷⁰ de las sociedades que participan en el mercado de valores, así como de aquellas relacionadas con éstas, puede ser acordada por el Superintendente Nacional de Valores en dos supuestos específicos:

1. Como consecuencia de la revocatoria de la autorización de funcionamiento, en caso de reiteradas infracciones a las disposiciones legales, que pongan en peligro la solvencia de las mismas y de las cuales puedan derivarse perjuicios significativos a los inversionistas y acreedores, y;

Este supuesto evidencia que, la consecuencia inmediata, tras la aplicación de una sanción de cancelación de la autorización a determinada sociedad, es la liquidación administrativa de dicha sociedad y, en consecuencia, su posterior disolución.

2. Cuando del resultado del proceso de intervención, se determinen hechos y circunstancias que hagan imposible la rehabilitación de la

⁷⁰ Es importante precisar que las sociedades mercantiles pueden disolverse por diversos supuestos, a saber: por acuerdo de los socios; por la imposibilidad de alcanzar el objeto social; o incluso, por causas que se encuentren establecidas en la ley, como es el caso del DLMV. Ahora bien, sobre la liquidación de las sociedades, la doctrina más calificada ha afirmado que la misma comprende un período dentro del proceso de disolución de una determinada sociedad. Al respecto, el catedrático español URÍA ha establecido lo siguiente: "(...) el termino disolución es altamente equívoco. Digamos, ante todo, que la disolución no puede confundirse con la extinción. Una sociedad disuelta no es una sociedad extinguida. La disolución no es más que un presupuesto de la extinción. Por escasa actividad que hay tenido una sociedad, su desaparición implica toda una serie de operaciones, todo un proceso extintivo, que comienza precisamente por la disolución. Pero ésta, por si, ni pone fin a la sociedad, que continúa subsistiendo como contrato y como persona jurídica, ni paraliza su actividad. Con la disolución se abre en la vida de la sociedad un nuevo periodo (el llamado periodo de liquidación), en el que la anterior actividad social lucrativa dirigida a la obtención de ganancias se transforma en una mera actividad liquidatoria dirigida al cobro de los créditos, al pago de las deudas, a la fijación del haber social remanente y a la división de éste, en su caso, entre los socios. Véase Rodrigo Uría, *Derecho mercantil*, (Madrid: Marcial Pons, 2001), 204. Lo distinto aquí es que la liquidación quedará a cargo de personas designadas por la autoridad administrativa reguladora del mercado de valores, esto es, la SUNAVAL.

sociedad, de manera que con su liquidación se disminuya el perjuicio que se les pudo haber generado a los inversionistas.

Este supuesto opera en caso de que la SUNAVAL no encuentre la posibilidad de rehabilitar o rescatar a la sociedad de la mala situación económica y financiera en la que se encuentra. Procede entonces la liquidación administrativa de sociedades por ser la solución que más se estima conveniente a los intereses de los accionistas, inversionistas, acreedores y clientes.

La liquidación administrativa de sociedades tendrá una duración de doce (12) meses, contados a partir de la fecha en la que se acuerde dicha medida, prorrogable por una sola vez y por el mismo tiempo. Transcurrido dicho plazo, se deberá levantar un informe definitivo que deberá ser aprobado por la asamblea de accionistas y, a falta de éste, por el Superintendente Nacional de Valores, para la emisión del correspondiente acto administrativo (artículo 139 del DLMV).

Como se mencionó anteriormente, sobre este procedimiento se llevará un expediente administrativo debidamente foliado que también gozará de carácter reservado y deberá ser acumulado al expediente de la intervención antes levantado, identificando claramente cada uno de los procedimientos (artículo 140 del DLMV). Dicho expediente será archivado en el Registro Nacional de Valores, no obstante, el Ministerio Público podrá consultarlo, así como cualquier otra persona que determine el Superintendente Nacional de Valores (artículo 143 del DLMV).

Se establece además la posibilidad, mientras dure la intervención administrativa de la sociedad y la consecuente rehabilitación o liquidación administrativa de la misma, según sea el caso, de suspender las medidas preventivas adoptadas contra las sociedades intervenidas, o sus relacionadas.

Adicionalmente, no podrá intentarse ni continuarse ninguna gestión judicial de cobro, salvo que “provenga de hechos posteriores a la adopción de la medida de que se trate”, o de obligaciones que provengan de una sentencia definitivamente firme dictada antes de la adopción de la medida.

Así mismo, cuando los socios o accionistas de una determinada sociedad resuelvan disolver voluntariamente la misma, la SUNAVAL deberá ratificar la designación del liquidador elegido mediante la asamblea de accionistas y ejercerá una función de supervisión de las funciones de éste.

Una vez finalizado el proceso de liquidación administrativa de la sociedad, la persona designada como liquidador deberá presentar el informe definitivo del proceso a la SUNAVAL para que ésta lo apruebe y proceda a emitir el acto administrativo correspondiente.

V. Breve alusión a las sanciones penales previstas en el Decreto-Ley del Mercado de Valores

Como se destacó previamente en este escrito, las leyes administrativas venezolanas suelen incluir sanciones de orden penal, además de las de carácter administrativo. Si bien dichas sanciones no constituyen el objeto del presente escrito, creemos de suma importancia y relevancia práctica hacer breve mención a aquellas previstas en el DLMV, en vista de que se incluyeron nuevos tipos penales.

Así pues, el DLMV dedica todo un capítulo del régimen sancionatorio a las sanciones de orden penal estableciendo, por un lado, una sanción genérica de prisión que abarca diversos supuestos, y por el otro, tipos penales específicos. A continuación, veremos brevemente dichas sanciones.

El artículo 145 del referido Decreto-Ley establece que se aplicará la sanción de prisión de dos (2) a siete (7) años, en los siguientes supuestos:

1. Los administradores o funcionarios de las sociedades u entidades de inversión colectiva que, con motivo de la negociación de valores en oferta pública, suministren información falsa sobre las operaciones o la situación financiera de la sociedad; afectando la valoración de la inversión;
2. Las firmas de contadores públicos, que dictaminen falsamente sobre la situación financiera de las personas naturales o jurídicas, sometidas al control del ente regulador;
3. Los miembros de la junta calificadora de una sociedad calificadora de riesgo, que hayan calificado una emisión para manipular el mercado, a los fines de obtener algún provecho o utilidad, para sí o para otras personas;
4. Cualquier persona natural o jurídica, que hubiere suministrado datos falsos a la Superintendencia Nacional de Valores, a fin de lograr las autorizaciones requeridas para realizar oferta pública de valores, o con el propósito de evitar la suspensión o cancelación del respectivo registro;
5. Las personas que en el curso de una averiguación administrativa rindan declaraciones falsas ante la Superintendencia Nacional de Valores, incurrirán en la misma responsabilidad del que lo hiciera ante los tribunales de justicia;
6. Los miembros de la junta directiva, consejeros, administradores, gerentes, funcionarios, empleados, comisarios, auditores y apoderados de los agentes de traspaso, de las cajas de valores o de las sociedades de corretaje, que emitan certificados falsos sobre las

Consideraciones generales sobre el régimen administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores

operaciones en que intervengan o sobre acciones que deban tener a su disposición;

7. Los administradores y demás funcionarios de las bolsas de valores, entidades de inversión colectiva y demás sociedades que certifiquen operaciones falsas o inexistentes como realizadas en su seno;
8. Quienes realicen operaciones ficticias con el objeto de hacer variar artificialmente el precio de los valores;
9. Las personas naturales o los representantes de personas jurídicas que hicieren cualesquiera de las actividades reguladas por la presente Ley, sin haber obtenido la autorización correspondiente de la Superintendencia Nacional de Valores.

Los supuestos anteriores son, prácticamente, los mismos establecidos en la Ley anterior, salvo el numeral 5 que fue añadido, así como el aumento de la pena de prisión de uno (1) a siete (7) años. Igualmente, se añadió que la reincidencia en las infracciones antes señaladas, se considera como una circunstancia agravante a los efectos del cálculo de la pena, sin perjuicio de las acciones de carácter civil y penal a que haya lugar.

Se agrega el delito de apropiación indebida cuya comisión puede ser sancionado con prisión de uno (1) a siete (7) años y su enjuiciamiento se seguirá de oficio.

De igual forma, se contemplan como nuevos delitos, la simulación de operaciones cuya realización se castiga con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, y la obstaculización de inspección realizada por la SUNAVAL, castigada con pena privativa de libertad de cuarenta y cinco (45) días. La misma pena será aplicada para aquellos sujetos que no obedezcan a las suspensiones temporales de su actividad profesional por parte de la SUNAVAL.

El uso de la información privilegiada sigue siendo tipificado como delito, pero se castiga con pena de prisión de tres (3) meses a dos (2) años y con la inhabilitación para el ejercicio de cualquiera de las actividades reguladas por esta ley, durante el lapso de uno (1) hasta cinco (5) años. Como se puede ver, la duración de la inhabilitación fue reducida a un lapso de uno (1) a (5) años. Vale la pena recordar que el uso de la información privilegiada también es tipificado como una infracción administrativa, por tanto, se evidencia que las leyes venezolanas suelen sancionar dos veces un mismo hecho con una pena de naturaleza distinta.

Así mismo, se establece una pena accesoria de inhabilitación para optar a cargos dentro de las sociedades reguladas por la SUNAVAL por un lapso de quince (15) años, para aquellas personas condenadas mediante sentencia definitivamente firme (artículo 150).

Adicionalmente, se sigue incluyendo la participación del Ministerio Público, en caso de que los hechos investigados por la SUNAVAL tengan carácter penal. En tales casos, la SUNAVAL deberá remitir la documentación recaudada al Ministerio Público para que éste inicie las averiguaciones correspondientes.

En este punto, conviene detenernos para hacer la siguiente precisión: el conocimiento y aplicación de las sanciones penales por parte de la Administración es contrario a la Constitución, toda vez que, nuestra norma suprema atribuye la competencia para conocer, juzgar y, en fin, aplicar sanciones de orden penal al Poder Judicial, más concretamente, a los jueces penales. A nuestro criterio, las leyes administrativas especiales no deberían atribuirle la facultad a la Administración de conocer y aplicar sanciones de orden penal; incluso creemos que, si se quieren crear nuevos delitos y sanciones penales, deberían incluirse en una futura reforma del Código Penal y no en leyes administrativas especiales⁷¹.

Por otro lado, se incluye, además, un nuevo aspecto probatorio en cuanto al valor en juicio de la prueba testimonial recabada por la SUNAVAL (artículo 151).

Ya para finalizar, el DLMV establece que la prescripción de la acción penal será “por un tiempo igual al de la pena máxima que deba aplicarse según el tipo de que se trate, más la mitad” y la misma comenzará a computarse o desde el día de la comisión – en el caso de las infracciones intentadas o fracasadas-, o desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho –en caso de infracciones continuadas o permanentes- (artículo 152 del DLMV).

Lo anterior, produce serias preocupaciones ya que, en vez de establecerse un lapso general de prescripción de la acción penal para cualquier tipo de delito, el mismo va a variar dependiendo del tipo que se trate. Así, un particular que incurra en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 145 estará sujeto a un lapso de siete (7) años más la mitad de este tiempo, para que la Administración en coordinación con el Ministerio Público, ejerza las acciones pertinentes para perseguir el hecho delictivo lo que, a nuestro parecer, resulta bastante excesivo.

Por otro lado, el DLMV no establece ningún plazo para la prescripción de las sanciones por sí mismas, lo que evidencia, nuevamente, la mala técnica legislativa empleada en la elaboración de esta Ley.

⁷¹ Hace ya un tiempo, esto fue propuesto por otro autor venezolano, véase Carlos J. Sarmiento Sosa, “Algunas sanciones de la Ley del Mercado de Capitales de Venezuela y una futura reforma legal”, en *Revista de Derecho Público* N° 21, (1985): 191-203.

VI. Conclusión

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, resulta forzoso concluir que el DLMV vigente contiene diversas imprecisiones y errores que manifiestan la cuestionable, por no decir, caótica, técnica legislativa empleada para su elaboración; errores e imprecisiones que dejan a los particulares en una situación de desventaja frente a los amplios poderes de la Administración. Así mismo, se puede afirmar que el régimen sancionatorio previsto en el DLMV sufrió considerables cambios en relación con los regímenes previstos en las leyes anteriores, toda vez que, se previó la cancelación de la autorización como sanción administrativa y se establecieron nuevos tipos penales, así como nuevas facultades para la Administración.

Aunado a lo anterior, el hecho de que el mercado de valores tenga una regulación tan vaga e imprecisa contribuye a que se generen arbitrariedades por parte de la Administración y, en consecuencia, aquellos que quieran realizar actividades en este ámbito se verán sumamente perjudicados en sus esferas jurídicas.

Por ello, consideramos de suma importancia y relevancia que se plantee una nueva reforma para la regulación del mercado de valores, quizás, una en donde las personas naturales y jurídicas que participen en el mercado de valores gocen de más libertad y en la que se les otorguen más garantías frente a la Administración y que, en definitiva, el papel o el rol de la Administración se vea mucho más reducido.

Constitución y principios penales: los límites al legislador en la creación de los hechos punibles y las penas

Jorge Enrique Núñez

Sumario

- I. Introducción
- II. Estado Constitucional, Ley penal y Jurisdicción Constitucional
- III. Concepto y función de los principios penales
- IV. Principio de legalidad
 - A. Reserva legal
 - B. Irretroactividad
 - C. Taxatividad
- V. Principio de culpabilidad
 - A. Intrascendencia de la pena
 - B. Responsabilidad por el hecho
 - C. Exigencia de dolo o culpa
 - D. Imputación personal
- VI. Principio de lesividad
- VII. Principio de humanidad
- VIII. Principio de proporcionalidad
 - A. Adecuación
 - B. Necesidad
 - C. Proporcionalidad en sentido estricto
- IX. Principio *ne bis in idem*
 - A. Imposición acumulativa de sanciones administrativas y penales
 - B. La reincidencia
- X. Principio de igualdad
- XI. La prohibición de la pena de extrañamiento del territorio de la República
- XII. Conclusiones

I. Introducción

El objeto del presente artículo está constituido por los principios penales y su función limitadora de la actividad del legislador, al momento de la introducción de hechos punibles y penas en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un tema que, indiscutiblemente, atañe a las relaciones entre la Constitución y el ordenamiento jurídico penal. La creación de la Ley penal

representa un ejercicio del poder punitivo del Estado, de allí deba estar sometida a una serie de límites definidos por el programa penal de la Constitución. Éste se encuentra articulado por una serie de principios, derechos y garantías vinculadas al Derecho penal y al Derecho procesal penal, que filtran la intervención de los órganos que conforman el sistema penal.

A los efectos de una mayor claridad y sistematización del presente artículo, en primer lugar se realizan unas consideraciones generales sobre la vinculación entre el Estado Constitucional, la legislación penal y la Jurisdicción Constitucional, con especial referencia al Texto Constitucional de 1999, que grandes aportes ha traído en estas materias. Luego, se aborda el tema relativo al concepto y función de los principios penales. Posteriormente, se analizan detalladamente los contenidos de dichos principios y cómo ha sido su aplicación por la jurisdicción constitucional venezolana, en casos concretos en los cuales se juzgó sobre la legitimidad de diversas normas penales. Ahora bien, el estudio del concepto, presupuestos y clasificación del control de la constitucionalidad de las leyes, excede los alcances del presente trabajo¹.

En este sentido, el análisis aquí explanado, se circunscribe a los principios que definen los requisitos de legitimidad de las normas que introduzcan delitos, faltas y penas, tales como los de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, entre otros. Asimismo, se incluye la revisión crítica de algunas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico penal, que coliden con dichos principios, y que, por ende, son inconstitucionales. Los principios atinentes al proceso penal serán objeto de otra publicación.

II. Estado constitucional, ley penal y jurisdicción constitucional

Innegablemente, la Constitución es la norma suprema. Tal como sostiene Álvarez, es una Súper-Ley con supremacía en el contexto del ordenamiento jurídico global del Estado, siendo entonces la base fundamental de aquél². Este principio se encuentra recogido en el artículo 7 de nuestra Carta Magna, e implica una limitación a la función legislativa. Aquél impone al Legislador el deber de respetar el contenido de la Constitución, no pudiendo aquél abrogarlo ni mucho menos modificarlo, debiendo legislar, en cualquier caso, sólo en los términos definidos por aquélla³. Ello obedece a que la Constitución diseña una compleja red de controles⁴. En este sentido, y como indica Casal, la Constitución establece

¹ Sobre tema, *vid.* Jorge Enrique Núñez: “Consideraciones sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes penales en Venezuela” *Revista del Ministerio Público*. V etapa. N° 12. Caracas. Ministerio Público. 2012, pp. 18 y 19.

² Tulio Álvarez: *Constituyente, reforma y autoritarismo del siglo XXI*. 1ª edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2007, pp. 20 y 21.

³ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 19.

⁴ T. Álvarez: “Constituyente...” *op. cit.*, p. 21.

reglas que salvaguardan ciertas libertades de los excesos que suelen derivarse del uso del poder cuando éste no se encuentra sometido a límites precisos y expresos⁵.

Con arreglo a la doctrina mayoritaria, podemos afirmar entonces que la idea de Constitución como norma suprema del Estado, significa que debe existir una necesaria correspondencia entre la Ley penal y el contenido, dirección y hasta los propósitos de la Constitución; por tanto, si dicha concordancia no se verifica, la Ley penal carecerá de validez material⁶. Debemos precisar, que en la presente investigación se ha acogido el concepto de legalidad en sentido material o legitimidad (por encima del concepto de legalidad meramente formal)⁷, como directriz para la evaluación de la conformidad entre la Constitución y la Ley penal.

Íntimamente vinculado con este principio, tenemos el artículo 25 de la Constitución, el cual sanciona expresamente con la declaratoria de nulidad, a todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en aquélla y la Ley, lo cual cobra especial vigencia de cara a la legislación penal⁸. Sin duda alguna, esta es una huella del Estado constitucional de derecho adoptado en la Constitución de 1999.

Sobre esto último, y siguiendo a Rosales, debemos afirmar que uno de los grandes aportes de la Constitución de 1999 ha sido la consolidación del modelo de Estado constitucional de derecho, entendido como Estado garantista, recogido en la expresión "Estado democrático y social de Derecho y de Justicia" empleada en el artículo 2 de aquélla. En este sentido, sostiene dicha autora que el Estado constitucional de derecho implica el carácter jurídico y vinculante directo de la Constitución, concretamente, aquél promueve una relación social cada vez más directa con la toma de decisiones y el ejercicio y control del poder político, con el único fin de darle a los Derechos Humanos un espectro amplio y progresivo de desarrollo que se basa en la inclinación garantista del orden constitucional⁹. Ahora bien, las aportaciones del Estado constitucional de

⁵ Jesús María Casal: *Constitución y Justicia Constitucional*. Segunda edición ampliada. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2005, p. 25.

⁶ José Guillermo Andueza: *La jurisdicción constitucional en el Derecho venezolano*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho, 1974, p. 16.

⁷ E. Rosales: "*Control Judicial...*" *op. cit.*, p. 164.

⁸ Sobre el principio de supremacía constitucional, desde la perspectiva del Derecho penal, *vid.* R. Colmenares: Ricardo Colmenares Olívar: "Principios del Derecho Penal Constitucional venezolano." *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 30, N° 4, Octubre-Diciembre. Maracaibo, Universidad del Zulia, 2002, pp. 196, 197 y 198.

⁹ Elsie Rosales: "Control Judicial de constitucionalidad de las leyes penales en Venezuela". *Sistema Penal, Ley Penal y Estado Constitucional*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos N° 18. 2007, p. 161. Sobre las

derecho han sido, fundamentalmente, la profundización de la democracia participativa, la articulación de un sistema de derechos y garantías, así como el robustecimiento de la jurisdicción constitucional¹⁰. Sobre este último aspecto, y siguiendo a Casal, debemos afirmar que los derechos fundamentales sólo pueden limitar el ejercicio del poder, cuando tienen a su servicio mecanismos procesales adecuados para lograr su protección, ante instancias realmente independientes e imparciales¹¹. Estos mecanismos están representados por el control de la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, la legislación penal, amén de ser la parcela del ordenamiento jurídico que implica la mayor injerencia en la libertad, ha sufrido una proliferación desbocada en los últimos tiempos, violentando, en no pocos casos, los Derechos Humanos¹². Aunado a ello, y siguiendo a Baratta, es preciso alertar, entre otros peligros, sobre la violencia institucional que entraña la pena, la alta selectividad de la justicia penal, e igualmente, que el sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver¹³. Estas circunstancias, definen la estrategia asumida en el presente trabajo, en el cual se apuntala el rol de los principios penales como límites infranqueables a la actividad legislativa. En palabras del mencionado autor italiano, los principios penales son los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal¹⁴. En esta investigación, asumimos la doble función que, según el prenombrado autor, cumplen los Derechos Humanos de cara al ámbito penal: Ellos limitan la intervención penal, y a su vez, definen el objeto posible, pero no necesario, de la tutela por medio del ordenamiento jurídico penal¹⁵.

De modo tal, que los principios limitadores al legislador penal, también son los criterios aplicables por el Juez Constitucional, a fin de evaluar la legitimidad de la Ley penal, ya sea por vía del control concentrado de la constitucionalidad, previsto en los artículos 334 (último aparte) y 336 (numerales 1, 2 y 3) de la Constitución, o mediante el control difuso, definido

implicaciones del modelo de Estado constitucional en el ámbito penal, ver también R. Colmenares: "Principios...". *op. cit.*, pp. 194, 195, 196 y 214.

¹⁰ E. Rosales: "Control Judicial..." *op. cit.*, p. 160.

¹¹ J. Casal: "Constitución..." *op. cit.*, pp. 25 y 26.

¹² E. Rosales: "Control Judicial..." *op. cit.*, p. 154.

¹³ A. Baratta: "Principios..." *op. cit.*, pp. 300, 301 y 302.

¹⁴ A. Baratta: "Principios..." *op. cit.*, p. 304. Este autor denomina a tales principios como "intrasistemáticos", puesto que operan desde un punto de vista interno al Derecho penal. Asimismo, los distingue de los principios "extrasistemáticos", los cuales se refieren a los "... criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal".

¹⁵ Alessandro Baratta: "Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la Ley penal)". *Criminología y sistema penal*. 1ª edición. Buenos Aires-Montevideo. Editorial BdeF, 2004, p. 299.

en el artículo 334 (primer aparte) *eiusdem*. A su vez, tal control constituye un instrumento para la salvaguarda del Estado constitucional de derecho, frente a normas penales que pretendan habilitar un ejercicio arbitrario del poder penal, en perjuicio del sistema de derechos y garantías inherentes a aquél¹⁶.

En definitiva, los principios penales son un instrumento metodológico imprescindible para evaluar la constitucionalidad de la Ley penal¹⁷. Si el articulado de esta última irrespetaría uno o varios de dichos principios, tal Ley carecerá de legitimidad¹⁸. No obstante, debe aclararse que los principios penales no son los únicos parámetros para la determinación de la constitucionalidad de una Ley penal, pero, no obstante, constituyen un punto de partida importante para tal labor¹⁹. A continuación se expondrá en qué consisten tales principios, y cuál es su función en el Estado constitucional de derecho.

III. *Concepto y función de los principios penales*

Una premisa fundamental para articular la definición de los principios penales es que éstos, como magistralmente afirma Rosales, son una clara proyección de los derechos y garantías previstos en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por la República²⁰.

En este orden de ideas, Vecchionacce entiende por principios penales como aquellas proposiciones abstractas, muchos de ellos con sustento fáctico que tienen como propósito el planteamiento de exigencias dirigidas a la obtención de la justicia previo al aseguramiento y el respeto de la dignidad del hombre y del ciudadano; siendo así, su finalidad no es otra que la defensa del hombre contra todo tipo de atropello y todo proceder que niegue tal condición²¹.

Desde un punto de vista general, Velásquez sostiene que los principios son aquellos postulados inspiradores de un ordenamiento jurídico, o de un determinado ámbito del saber que, bajo la forma de enunciados, condicionan la validez de los conocimientos o afirmaciones de aquél²². Es decir, pueden ser

¹⁶ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

¹⁷ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

¹⁸ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

²⁰ Elsie Rosales: “Constitución, interpretación jurídica y principios penales”. *Libro Constitución, principios y Garantías penales*. Caracas. Instituto de Ciencias Penales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. 1996, p. 6. En el mismo sentido, *vid.* J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

²¹ Frank Vecchionacce: Los principios de derecho penal (sustantivos y adjetivos) en materia de drogas: posición crítica. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. N° 81, p. 146.

²² Fernando Velásquez: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá. Editorial Temis, 2002. p. 29.

concebidos como verdades fundamentales de ese ordenamiento jurídico o rama del saber o sistema de conocimientos, según el caso. Partiendo de esta premisa, y concretamente en el caso de los principios penales, estos vendrían a ser axiomas que permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica²³.

Es nuestro criterio, los principios penales poseen un indudable fundamento ético-político, toda vez que su raíz nuclear radica en la idea de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia prevista en el artículo 2 de la Constitución²⁴. Así, los valores que llenan de contenido a tales principios son, esencialmente, la vida, la libertad, la dignidad humana, la igualdad, la democracia, la seguridad jurídica, la preeminencia de los derechos humanos y la seguridad jurídica²⁵.

Cabe destacar, que el modelo de Estado delineado en el artículo 2 de nuestra Carta Magna, contribuye significativamente en la articulación de los límites al poder punitivo, toda vez que en un modelo de Estado como el allí definido, el poder no es absoluto; sino, por el contrario, un poder sometido a límites²⁶. Así, el poder penal, como manifestación de la violencia estatal, necesariamente amerita límites a su actuación²⁷.

De lo anterior se deduce, con meridiana claridad, que los límites a la intervención penal vienen dados por un cuerpo normativo con el cual existe una vinculación jurídica esencial, a saber, la Constitución²⁸. Así, debe afirmarse que esta última contempla un verdadero programa penal²⁹, término que acuñó la Sala

²³ F. Velásquez: *Manual de Derecho Penal...* op. cit., p. 29.

²⁴ Jorge Enrique Núñez: "El principio *ne bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo". *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 37, N° 4, Octubre-Diciembre. Maracaibo, Universidad del Zulia, 2009 p. 209.

²⁵ J. Núñez: "El principio..." op. cit., p. 209.

²⁶ José Ramón Serrano-Piedecabras: "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal". Bogotá. Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez. 2005, p. 133.

²⁷ J. Serrano-Piedecabras: "Conocimiento científico..." op. cit. p. 133.

²⁸ J. Serrano-Piedecabras: "Conocimiento científico..." op. cit., p. 136.

²⁹ En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 1.632, del 2 de noviembre de 2011, estableció lo siguiente: "... si bien dicho poder estatal [punitivo] es otorgado por la Constitución, al mismo tiempo la extensión de dicho poder [punitivo] debe estar limitada por una serie de principios que están al servicio de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (valores superiores éstos del ordenamiento jurídico), y que se encuentran consagrados tanto en la propia Constitución como en tratados internacionales suscritos por la República. Así, en esta forma de organización estatal, las autorizaciones o facultades otorgadas a los órganos estatales nunca son ilimitadas; por el contrario, toda autorización sólo se concede en los límites que la Constitución y la ley definen y toleran. Debe afirmarse que entre los límites axiológicos consagrados en

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia nro. 828, del 28 de junio de 2015³⁰, es decir, un conjunto de principios de naturaleza político-criminal, que fungen como marco normativo al cual debe ajustarse el legislador³¹.

Según Carbonell, la legislación penal es la rama del ordenamiento jurídico más estrechamente vinculada a la Constitución³². Desde este enfoque, afirma dicho autor que la Constitución define y escoge los valores a los que ha de servir la legislación, de allí que la primera no sólo establece el radio de acción del ordenamiento jurídico penal, sino que también fundamenta y limita la acción del Estado³³. Como consecuencia de esto, el Poder Legislativo, al momento de dictar la legislación penal, debe restringir al mínimo posible las libertades, ello

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyas implicaciones abarcan tanto la dimensión sustantiva como procesal del ámbito jurídico-penal, podemos resaltar, a título de ejemplo, la prohibición de establecer o aplicar la pena de muerte (artículo 43), la inviolabilidad de la libertad personal, salvo en los supuestos en que la propia Constitución lo autoriza (44.1), el principio de intrascendencia de las penas, la prohibición de establecer penas perpetuas, infamantes o que excedan los treinta años (artículo 44.3), el derecho de toda persona a no ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (46.1), el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (46.2), el derecho a la defensa (49.1), el principio de presunción de inocencia (49.2), el derecho a ser oído con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial (49.3), el derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales (49.4), el principio de legalidad de los delitos, faltas e infracciones (artículo 49.6), el ne bis in idem (49.7), la prohibición de establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional de venezolanos y venezolanas (artículo 50), la prohibición de extraditar ciudadanos venezolanos y venezolanas (artículo 69) y el principio de legalidad de los procedimientos. Asimismo, pueden resaltarse otros límites al ejercicio del poder punitivo, cuya recepción no ha sido expresa en la Constitución, sino inferida de otros valores, principios y derechos consagrados en ella, como son el principio de culpabilidad (sentencias 1.744/2007, del 9 de agosto; y 490/2011, del 12 de abril), el principio de subsidiariedad (sentencia nro. 1.676/2007, del 3 de agosto) y el antes mencionado principio de legalidad de los procedimientos”.

³⁰ Así, en su sentencia nro. 828, del 26 de junio de 2015, la Sala Constitucional estableció: “... los límites a la intervención penal se encuentran previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual contempla en este sentido un programa penal, es decir, un conjunto de principios limitadores, cuya función primordial es fungir como marco normativo para la actuación de los órganos del sistema penal, y especialmente, para el legislador.”

³¹ J. Serrano-Piedecasas: “Conocimiento científico...” *op. cit.* p. 135.

³² Juan Carlos Carbonell: “Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales”. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. Tercera edición. 1999, p 83.

³³ J. Carbonell: “Derecho Penal...” *op. cit.*, p 84.

en atención a los principios de proporcionalidad, legalidad y culpabilidad, entre otros³⁴.

Un rasgo característico de los principios penales, y que se encuentra íntimamente ligado a lo anterior, es su carácter antropológico, ya que operan en procura del desarrollo y la protección de la persona.³⁵ Como bien afirma Vecchionacce, tienen como inicio y fin al hombre, ya que de él proceden y a él se dirigen³⁶. Los artículos 2, 3 y 19 de la Constitución son claros sobre este particular.

En este tema, Colmenares³⁷ afirma lo siguiente:

“La visión del derecho penal en los últimos tiempos es, a nuestro criterio, antropocéntrica, por cuanto el eje primordial de su estudio es la persona humana, hombre y mujer, como ser individual y social, y todos sus derechos y atributos esenciales constituyen el objeto de protección del orden jurídico constitucional y legal...”

Luego, según Donini, el Poder Judicial es el único que puede realmente controlar el contenido de las leyes penales, a la luz de los referidos principios limitadores antes descritos. Si bien el órgano legislativo tiene cierta amplitud al momento de crear la Ley, el funcionamiento real de ésta siempre será más limitado, ya que es a otro órgano a quien le corresponde su revisión y aplicación³⁸. Según este autor, el Poder Judicial, además de llevar a cabo el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes penales, funge como puente a los fines del establecimiento de una relación directa entre el Poder Público y los ciudadanos. Así, según Donini, cabe señalar que la magistratura es la intérprete de los derechos de todos los ciudadanos, y lo hace “desde abajo”, es decir, partiendo de los conflictos sociales concretos que le corresponde resolver, es decir, a partir de los casos sometidos a su conocimiento³⁹.

En este mismo orden de ideas, Colmenares⁴⁰ indica lo siguiente:

³⁴ J. Carbonell: “*Derecho Penal...*”. *op. cit.*, p 85.

³⁵ J. Núñez: “*El principio...*”. *op. cit.* p. 209.

³⁶ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 146.

³⁷ R. Colmenares: “*Principios...*”. *op. cit.*, p 193.

³⁸ Massimo Donini: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVIII. Fascículo II. Madrid. Ministerio de Justicia - Ministerio de la Presidencia, 2006, p. 405.

³⁹ M. Donini: “*Jueces y democracia...*” *op. cit.*, p. 406.

⁴⁰ R. Colmenares: “*Principios...*”. *op. cit.*, p. 211.

“Siempre se ha entendido que dentro de la Democracia, la función garantista que le corresponde al derecho y, en especial, a la jurisdicción penal, es la de prevenir y reprimir el delito, por una parte; pero fundamentalmente debe contribuir a minimizar la violencia punitiva del Estado, aplicando los mecanismos que protejan los derechos fundamentales del ciudadano contra el abuso y la arbitrariedad de la fuerza por parte de los órganos del poder público y otros particulares.

(...)

La salvaguarda de esos valores significa un control de la constitucionalidad, porque el Poder Judicial constituye el garante de la tutela efectiva de las garantías ciudadanas frente a un potencial conflicto con los poderes públicos y privados, cuando reivindica sus aspiraciones en cada sentencia”.

En esta misma línea de criterio, Zaffaroni enseña que la defensa irrestricta de los derechos civiles y políticos de todos los ciudadanos, es una tarea del Poder Judicial en cualquier sistema jurídico que comparta la antropología básica de la legislación internacional de Derechos Humanos⁴¹. Así, según dicho autor, un Estado sin jueces independientes y sin poder suficiente para indicarle a los otros poderes del Estado (Legislativo y Ejecutivo) la necesidad de respetar la dignidad humana, no es un Estado Democrático ni tampoco un Estado de Derecho⁴², de allí que, según dicho autor, “...un partido de fútbol deja de ser tal y se convierte en un tumulto cuando no hay árbitro ni jueces de línea”.

Igualmente, Zaffaroni sostiene que tales principios no son taxativos, en el sentido de que no constituyen una lista cerrada o inamovible, toda vez que su número es susceptible de aumentar, bien sea porque surjan otros que aún no hayan sido descubiertos, o porque aparezcan otros que se deduzcan de los principios ya conocidos⁴³.

El sustento de ese carácter enunciativo de los principios penales, se encuentra en los artículos 19, 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En este sentido, el artículo 19 de dicho Texto Constitucional consagra el principio de progresividad de los Derechos Humanos, en virtud del cual el Estado debe garantizar y respetar el goce y ejercicio

⁴¹Eugenio Raúl Zaffaroni: *Hacia dónde va el poder punitivo*. Medellín. Universidad de Medellín, 2009, p. 57.

⁴² E. Zaffaroni: “*Hacia dónde va...*” *op. cit.* p. 64.

⁴³ E. Zaffaroni: “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”. Buenos Aires. Editorial EDIAR. 2005, p. 96.

irrenunciable, indivisible e interdependiente de aquéllos. Por su parte, el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla la cláusula abierta de derechos y garantías, en virtud de la cual pueden ser invocados Derechos Humanos que no figuren expresamente en nuestra Constitución (siempre y cuando sean inherentes a la persona), mientras que el artículo 23 *eiusdem* consagra la jerarquía constitucional de los tratados en materia de Derechos Humanos.

Por limitaciones de espacio, a continuación sólo se analizarán algunos principios de índole sustantivo, que operan como límites al legislador penal, a saber: El principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de lesividad, el principio de humanidad, el principio de proporcionalidad, el principio *ne bis in idem*, la prohibición de la pena de expulsión del territorio de la República y el principio de igualdad.

IV. Principio de Legalidad

Uno de los principios limitadores por excelencia, es el de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Este principio consiste en que los delitos, las faltas y las penas deben estar previstos sólo en las leyes⁴⁴. Como bien lo ha señalado de forma pacífica y reiterada la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dicho principio funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho⁴⁵. Así, la Sala Constitucional ha establecido que se trata de la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho penal, y el cual se vincula con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad⁴⁶. Tal como lo afirma Carbonell, este principio, tanto en su dimensión política como técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo⁴⁷. Su configuración formal básica, que debemos a Feuerbach, se cristaliza en el aforismo *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*".

En el ámbito penal, este principio está reconocido en el artículo 49.6 de la Constitución, el cual dispone que "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes" y en el artículo 1 del Código Penal vigente, el cual establece

⁴⁴ F. Vecchionacce: "*Los principios...*" *op. cit.*, p. 148.

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.203, del 23 de julio de 2008. Expediente nro. 08-0586.

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007. Expediente nro. 04-2149.

⁴⁷ J. Carbonell: "*Derecho Penal...*". *op. cit.*, p 110.

que “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente”. Asimismo, este principio está recogido en el artículo 6 del Código Orgánico de Justicia Militar y en el artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cuanto a la vocación limitadora de este principio, la Sala Constitucional, en su sentencia nro. 1.747, del 10 de agosto de 2007, estableció lo siguiente:

“El artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esa disposición constitucional contempla el principio de tipicidad penal, el cual es contenido del principio de legalidad, que ha sido configurado por la doctrina de la siguiente manera: nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa. Se trata de un principio que delimita el poder punitivo del Estado”.

Respecto al sentido y alcance de los artículos 49.6 de la Constitución y 1 del Código Penal, Arteaga sostiene que el principio de legalidad trasciende la simple exigencia de que los delitos y penas sólo puedan ser creados mediante una ley, toda vez que dicho principio implica también que los hechos y las penas deban estar previamente establecidos en una ley para que la conducta sea susceptible de ser sancionada penalmente⁴⁸, y asimismo, dicho principio también exige que tales hechos y penas deban estar determinados de forma expresa en el texto legal⁴⁹.

De lo anteriormente expuesto, consideramos que del principio de legalidad se derivan varios subprincipios, a saber: A. Reserva legal; B. Irretroactividad; y C. Taxatividad.

A. Reserva legal

Según ésta, todo el régimen de los delitos y las penas debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo nacional⁵⁰, a saber, en las leyes, cuya definición la

⁴⁸ Alberto Arteaga Sánchez: *Derecho Penal Venezolano*. Undécima edición actualizada. Caracas. Ediciones LIBER. 2009, pp. 72, 73.

⁴⁹ A. Arteaga: *Derecho Penal...* op. cit. pp. 72, 73.

⁵⁰ J. Núñez: “Consideraciones...” op. cit., p. 27.

encontramos en el artículo 202 de la Constitución. Tal como afirma Baratta⁵¹, este principio

“... impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine. Esto excluye, particularmente, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado que no sea el legislativo”.

En la doctrina venezolana, Párraga sostiene que, según el principio de reserva legal, el Poder Legislativo (Asamblea Nacional) es el único órgano del Poder Público que se encuentra facultado y autorizado para legislar en materia penal⁵². Así, la legislación penal, dada su especial importancia, queda sometida a una reserva de Ley⁵³, lo cual significa que sólo mediante una Ley en sentido formal, es posible crear los delitos, las faltas y las penas.

Este criterio fue adoptado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia nro. 2.338, del 21 de noviembre de 2001, para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 2, 6, 26 y 27 de la Ley sobre Régimen Cambiario⁵⁴, por considerarlos contrarios a los principios de reserva legal en materia penal y de separación de poderes.

En la mencionada decisión, la Sala Constitucional estableció que el principio de reserva legal viene dado por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante Ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante decretos, reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce del carácter de Ley formal. Una de esas trascendentales materias es la penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de los delitos y las penas⁵⁵. Como bien sostiene Vecchionacce, la

⁵¹ A. Baratta: “Principios...” *op. cit.*, p. 306.

⁵² Jesús Párraga, Jorge Nilson Morales y María Alejandra Fernández: “Breve Introducción a los principios garantistas como fundamento para la creación de un nuevo Código Penal”. *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas (CENIPEC)*. N° 27. Mérida. Universidad de los Andes. 2008, p. 141.

⁵³ J. Carbonell: “Derecho Penal...” *op. cit.*, p. 109.

⁵⁴ Gaceta Oficial nro. 4.897 Extraordinario, del 17 de mayo de 1995.

⁵⁵ Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias 537, del 15 de abril de 2005; 1.676, del 3 de agosto de 2007; 1.744, del 9 de agosto de 2007; 1.120, del 10 de julio de 2008; y 490, del 12 de abril de 2011, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

reserva legal demanda que la Ley provenga del organismo o cuerpo nacional representativo de la voluntad popular⁵⁶.

En orden de ideas, y siguiendo a Binder, consideramos que la Asamblea Nacional constituye el ámbito esencial de la representación del pueblo, que se materializa a través del debate parlamentario⁵⁷, y es por ello que dicho órgano del Poder Público es el único que posee la legitimidad democrática para la creación de la Ley penal. De lo anterior se desprende el rol trascendental de la actividad parlamentaria en la configuración de los límites al poder punitivo del Estado⁵⁸.

Incluso, en el siglo XVIII, Beccaria⁵⁹ hizo mención a esta exigencia, afirmando lo siguiente:

“... sólo las leyes pueden crear las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”.

En atención a ello, el procedimiento de formación de la Ley penal debe ser respetuoso del principio de representación popular. Sobre este particular, Baratta⁶⁰ indica lo siguiente:

“El principio de representación popular impone, en el procedimiento de formación de la ley penal, el respeto de los requisitos mínimos del Estado de derecho, en lo que concierne a la representatividad de la asamblea legislativa y a su funcionamiento regular; en particular, a la participación popular en la formación de la voluntad legislativa mediante elecciones libres y secretas y la libre organización de los partidos y de los movimientos políticos”.

En Venezuela, la reserva legal se encuentra cristalizada en el artículo 156.32 de la Constitución, el cual dispone de forma expresa, que es competencia del Poder Público Nacional, la legislación en materia penal. Asimismo, esta garantía también se desprende del texto del artículo 187.1 *eiusdem*, según el cual

⁵⁶ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 149.

⁵⁷ Alberto Binder: *Introducción al derecho penal*. 1ª edición. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. 2004, p. 130.

⁵⁸ A. Binder: “*Introducción...*” *op. cit.*, p. 130.

⁵⁹ Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria: *De los delitos y las penas*. Primera edición en “Área de conocimiento: Ciencias sociales”. Madrid. Alianza Editorial, S.A. 1998, p. 34.

⁶⁰ A. Baratta: “*Principios...*” *op. cit.*, p. 307.

corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.

Precisado lo anterior, debe señalarse que la Sala Constitucional estableció en su sentencia nro. 1.676, del 3 de agosto de 2007, que del principio de reserva legal se derivan cuatro garantías de índole formal:

“... se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (nullum crimen sine lege); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (nulla poena sine lege); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia”.

Ahora bien, el concepto de Ley al cual hacen referencia tales garantías formales, es el descrito en el artículo 202 de la Constitución, a saber, el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador.

Incluso, en nuestro criterio, la creación de los delitos, faltas y penas debe hacerse mediante ley orgánica, según las previsiones del artículo 203 de la Constitución, puesto que si por desarrollo debe entenderse cualquier clase de regulación general de los derechos, entonces este concepto arropa a las normas que impongan límites a aquéllos, como es el caso de las penales. Esta tesis la asumió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 4, del 7 de febrero de 2012⁶¹.

⁶¹ En dicha sentencia, la Sala Constitucional, al analizar la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, afirmó lo siguiente: *“... se observa que la Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo establece en su Título III un catálogo de tipos penales, a los cuales asigna penas privativas de libertad, circunstancia que, en criterio de esta Sala Constitucional, constituye un segundo motivo para reconocerle su carácter orgánico, por tratarse de una ley dictada ‘... para desarrollar derechos constitucionales’ (...) se considera como ‘desarrollo’ cualquier clase de regulación general de los derechos, lo cual necesariamente abarca a las normas que impongan límites a aquéllos (entre las cuales se encuentran las normas penales), en virtud de la necesaria convivencia social. Así, la existencia de una norma penal que defina un delito y prevea una pena para su realización, implica necesariamente la limitación de derechos constitucionales. Desde este enfoque, los tipos penales constituyen una reducción del*

Otro punto de interés asociado a la idea de reserva legal es el relativo a las normas penales en blanco. En estas hipótesis, la norma contentiva del tipo (norma remitente) efectúa una remisión a otra disposición normativa (norma remitida), a fin de complementar los alcances de aquél. Generalmente, la norma remitida es de rango sublegal, adquiriendo, por ejemplo, la forma de decretos presidenciales o resoluciones ministeriales.

En sentencia nro. 2.338, del 12 de noviembre de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.897, Extraordinario, del 17 de mayo de 1995, argumentando que el recurso de las normas penales en banco, al menos en el caso de los delitos previstos en las prenombradas disposiciones, era contrario al principio de reserva legal, y por ende, al principio de legalidad. A tales efectos, la Sala indicó lo siguiente:

principio general de libertad, en el sentido de que prohíben la realización de una actividad que no era penalmente ilícita antes de la creación de aquéllos. Asimismo, la previsión legal de una pena (específicamente la prisión) y su ulterior imposición al infractor, constituyen una limitación al derecho a la libertad personal (entre otros derechos), necesaria para salvaguardar la libertad de los demás integrantes de la sociedad (...) la libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, el cual se enmarca en un modelo de Estado democrático y social, de Derecho y de justicia, así como también constituye un derecho fundamental. Ahora bien, el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas. Para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, concretamente, los medios de control social formalizados, entre los cuales se encuentra el Derecho Penal, la cual impacta de la manera más sensible la esfera de libertades de las personas. La cuestión radica entonces en proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho Penal, ello en virtud del grado de esta aflicción que ocasiona a las libertades. En otras palabras, debe obtenerse el mayor grado de libertad y bienestar de los ciudadanos utilizando al mínimo posible la actividad punitiva (...) vista desde esta segunda perspectiva, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo también se adapta a la descripción del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que desarrolla derechos constitucionales, en tanto las normas penales en ella contenidas configuran una clara regulación del derecho a la libertad, conforme a los criterios expresados ut supra (...) Con base en los planteamientos expuestos en el presente fallo, y conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Constitucional declara la constitucionalidad del carácter orgánico conferido a la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido material de dicho texto normativo”.

“... las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos “delegados”, son calificadas como normas en blanco, toda vez que en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y sólo establecen remisiones vagas, al no tener conocimiento sus destinatarios de los hechos que se pretenden sancionar, y en otros, sólo establecen las sanciones y los delitos, pero la incursión en éstos dependerá de que se configure el supuesto previsto no en la disposición legal, sino en el instrumento reglamentario.

(...)

... las remisiones que las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario impugnadas hace al Ejecutivo Nacional, para que éste establezca “(...) restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país (...)”, no son exhaustivas en cuanto a la configuración de los delitos e infracciones cambiarios, sino que, constituyen sin duda alguna, “normas en blanco”, cuya finalidad primordial es otorgar al Ejecutivo una discrecionalidad ilimitada para que determine los parámetros conforme al cual, un hecho futuro constituirá o no un tipo delictual de naturaleza cambiaria, toda vez que son las restricciones o los controles que éste establezca, los que van a determinar si se cumplen o no los supuestos de hechos previstos en las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario.

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”.

Sin embargo, en un giro jurisprudencial de 180 grados, la misma Sala Constitucional, en su sentencia nro. 1.555, del 4 de diciembre de 2012, consideró

que el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992, que establecía el delito de extracción ilícita de materiales, también bajo el esquema de una norma penal en blanco, era conforme a la Constitución. A tal efecto, la Sala esgrimió los siguientes argumentos:

“Frente a la afirmación de los recurrentes que el dispositivo legal es violatorio de los principios de legalidad y tipicidad, debemos señalar que en materia ambiental, la Administración adopta un sistema preventivo de medidas para que no llegue a producirse la infracción, operando antes de que se ataque al orden ambiental, siendo esta ratio legis o razón de la Ley, conforme a la cual fue dictado el Decreto N° 2.219, fundamentándose para ello en los artículos 4, 19, 20 y 21 de la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, en concordancia con los artículos 49, 50, 53, 54 y 76 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983, dirigido a proteger la materia ambiental, al establecer las normas mediante las cuales los particulares deben cumplir con los requisitos allí señalados, a los fines de obtener las autorizaciones y aprobaciones necesarias para realizar la actividad correspondiente, y con el objeto de que la autoridad administrativa la controle, teniendo como resultado atenuar el impacto ambiental que puedan ocasionar tales actividades.

Entonces, de la lectura del Decreto N° 2.219 se desprende que el mismo no dispone sanción alguna para el incumplimiento, por parte del administrado, de solicitar las autorizaciones ante la autoridad competente, sino que tal situación le correspondía ser resuelta por el entonces artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, recurrido en el presente caso.

En virtud de lo anterior, en relación con el contenido del artículo impugnado, y sin acudir a mayores consideraciones conceptuales, se advierte que el legislador en ningún momento ha violado el principio de legalidad y tipicidad establecido en el numeral 6 del artículo 49 de la norma fundamental, ya que la entonces autoridad competente, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, ahora Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, tiene atribuciones conferidas por ley, para preservar el ambiente en todo el territorio nacional.

Por lo antes expuesto, se hace necesario destacar que para interpretar correctamente una disposición legal, en este caso el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, es necesario concatenarla con las normas integrantes del ordenamiento jurídico que, aún contenidas en leyes diferentes, regulan la misma materia o materias afines.

En este sentido, no cabe alegar el desconocimiento de la existencia de una norma, ya que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, en tanto que cuando alguien transgrede la advertencia punitiva, se origina un hecho que violenta el ordenamiento jurídico, y por ello debe el legislador establecer una descripción legal, para el caso de que se realice y, en el presente caso, el legislador estableció el tipo penal y la pena correspondiente en el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, en concordancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ambiente de 1976 y en el Decreto 2.219.

De ahí, que con base a lo anteriormente expuesto, y visto que el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992, no resulta violatoria los derechos garantizados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por los ciudadanos Ernesto Rafael Pineda Hernández y William Corkern Beauperthuy”.

En nuestro criterio, la legitimidad de la norma penal en blanco está condicionada a que la norma remitida posea rango legal. Por el contrario, si ésta es de rango sublegal, será contraria a los artículos 49.6, 156.32 y 187.1 de la Constitución, puesto que en ese caso el tipo penal, al menos en una parte, se estaría articulando con una disposición que no proviene de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador.

En definitiva, sostenemos que, en todo caso, será inconstitucional cualquier normativa penal que no haya sido dictada por la Asamblea Nacional⁶². Por mayor razón, serán inconstitucionales los actos no legislativos que contengan normas de contenido penal⁶³. Bajo esta perspectiva, ni siquiera por

⁶² Por ejemplo, los decretos presidenciales con rango, valor y fuerza de ley, las leyes estatales y las ordenanzas municipales.

⁶³ Como serían, por ejemplo, los decretos dictados por el Presidente de la República o por los gobernadores, en el marco de la actividad administrativa.

conducto de la parte *in fine* del artículo 335 de la Constitución -jurisprudencia vinculante- pueden crearse delitos, faltas ni penas.

B. Irretroactividad

Este segundo subprincipio implica, en líneas generales, que la Ley penal no puede ser aplicada a hechos anteriores a su entrada en vigencia, todo lo cual se consolida en la máxima *tempus regit actum*⁶⁴. Según Muñoz Conde y García Arán, la creación de una nueva figura delictiva por la Ley penal exterioriza un desvalor sobre los hechos que se definen, pero ese desvalor no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad a la Ley en la cual aquél se expresa⁶⁵. Tal como lo sostiene Arteaga, según esta implicación del principio de legalidad, la Ley penal no puede aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, complementándose, además, con la no ultractividad, que prohíbe la aplicación de la Ley penal a hechos que ocurran después de su extinción⁶⁶.

En el ordenamiento jurídico venezolano, el subprincipio de irretroactividad está reconocido en los artículos 24 de la Constitución, 2 del Código Penal y 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

Como lo ha establecido la Sala Constitucional, el fundamento de esta garantía es que si la Ley penal persigue que el ciudadano se abstenga de cometer delitos, anunciando para ello la imposición de una pena a las personas que desplieguen las conductas constitutivas de aquéllos, entonces a dichos ciudadanos no se les podrá atribuir ninguna responsabilidad penal, si determinadas conductas de éstos, al momento de su realización, no eran consideradas como delitos por la Ley penal⁶⁷. De este modo, la idea de irretroactividad también se asienta sobre el principio de seguridad jurídica, es decir, constituye una exigencia ineludible que hace segura la aplicación de la legislación penal, evitando la sorpresa del ciudadano⁶⁸.

En consecuencia, cualquier norma penal que acepte o autorice la aplicación retroactiva de su contenido, a hechos ocurridos con anterioridad a su

⁶⁴ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición, revisada y puesta al día. Valencia. Editorial *tirant lo blanch*. 2000, p. 151.

⁶⁶ A. Arteaga: “Derecho Penal...” *ob. cit.*, p. 100.

⁶⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

⁶⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

entrada en vigencia, sería a todas luces inconstitucional y ajena al modelo de Estado de Derecho que contempla nuestra Constitución⁶⁹.

No obstante lo anterior, debe señalarse que este subprincipio no es absoluto, ya que admite una excepción, la cual viene dada cuando, en el marco de la sucesión de leyes⁷⁰, la nueva Ley penal que sustituye a la primera, es más benigna que esta última. Ante dicho supuesto, la Sala Constitucional, interpretando los artículos 24 de la Constitución y 2 del Código Penal, ha establecido que será plausible aplicar retroactivamente la nueva Ley aun cuando los hechos hayan acaecido antes de su vigencia⁷¹. En tal sentido, podrá ser más benigna la nueva ley penal, por ejemplo, cuando ya no considere delictivo un hecho que en la legislación anterior sí lo era; cuando la sanción de un ilícito sea modificada en beneficio del sujeto, sea cualitativamente (por ejemplo, que se sustituya la pena de prisión por una de multa) o cuantitativamente (por ejemplo, que se disminuya el *quantum* de la pena asignada al delito o falta); así como también si otros aspectos del tratamiento jurídico-penal del delito resultan más beneficiosos (por ejemplo, que la nueva ley contenga circunstancias atenuantes o eximentes que la ley sustituida no contemplaba)⁷².

Sin embargo, la Sala Constitucionalidad, en su sentencia nro. 1.747, del 10 de agosto de 2007 estableció –en nuestra opinión, de forma correcta– que el ámbito de los delitos permanentes, un comportamiento que no ha sido consumado en su totalidad, puede ser tipificado como delito, si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, como ocurre en el caso del delito de desaparición forzada de personas (éste, en criterio de la Sala Constitucional, es permanente y no continuado).

El contenido y alcances de este principio fue objeto de una profunda discusión en la sentencia nro. 794, del 27 de mayo de 2011, dictada por la Sala Constitucional, en orden a la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada en la Gaceta Oficial nro. 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, dada la contradicción entre el contenido de dicha norma penal y el artículo 114 de la Constitución.

⁶⁹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 29.

⁷⁰ Sobre el concepto y las hipótesis de la sucesión de leyes penales, *vid.* A. Arteaga: “Derecho Penal...” *op. cit.*, pp. 99, 100, 101, 102 y 103.

⁷¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

⁷² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

C. Taxatividad

El subprincipio de taxatividad (también denominado mandato de certeza, principio de determinación o principio de tipicidad) implica que el supuesto de hecho legal debe estar definido de forma clara, precisa e inequívoca, es decir, la Ley penal debe describir claramente las características del hecho punible, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas, nebulosas o vagas⁷³. Tal como afirma Baratta “... *la pena es aplicable únicamente en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos*”⁷⁴. Esta exigencia la encontramos, por ejemplo, en el artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al exigir éste que la definición de los delitos y faltas sea expresa e inequívoca.

Tal como lo afirma Bettiol, para garantizar la esfera de libertad de todos los ciudadanos frente a toda arbitraria intervención estatal, resulta necesario que la lesión al bien jurídico sea típica, es decir, no todo acto lesivo de un interés ajeno es delito sino sólo aquél que esté descrito claramente como tal en la Ley penal⁷⁵.

Es el caso, que el contenido del mandato de taxatividad se cristaliza en el tipo, siendo este último la descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma penal⁷⁶. Según Rosales, el tipo penal debe ser preciso, determinado y cerrado, a fin de que pueda cumplir con las exigencias de este principio⁷⁷.

En su sentencia nro. 828 del 25 de junio de 2015, la Sala Constitucional declaró la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 502 del Código Penal, al estimar que éste resultaba contrario al principio de taxatividad, en los siguientes términos:

“...observa esta Sala que el mencionado tipo penal impugnado, además de no describir la acción de mendigar,

⁷³ J. Núñez: “*Consideraciones...*” *op. cit.*, p. 30. En esta misma línea de criterio, Vecchionacce señala lo siguiente” “... *los tipos deben estar concebidos como tal que sean precisos, concretos e inequívocos, para que las palabras empleadas en las descripciones típicas y los hechos a los cuales éstas se refieran, no permitan interpretaciones que contradigan sus fines fundamentales. Dicho de otra manera, los términos empleados por el legislador deben proporcionar certeza, de modo que se eviten torcidas aplicaciones*” (Vid. F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 151).

⁷⁴ A. Baratta: “*Principios...*” *op. cit.*, p. 306.

⁷⁵ Giuseppe Bettiol: *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona. Editorial Bosch. 1973, p. 73.

⁷⁶ Así lo estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007.

⁷⁷ Rosales: “*Constitución...*” *op. cit.*, p. 91.

tampoco precisa qué debe entenderse por persona “no apta para el trabajo” o por persona “apta para el trabajo”.

Así pues, la disposición contenida en el artículo 502 del Código Penal no describe de forma suficientemente clara y precisa la conducta prohibida, circunstancia que se enfrenta con la exigencia de ley estricta (lex stricta) y, por tanto, con los principios de taxatividad y legalidad de la ley penal (vid. arts. 1 del Código Penal y 49.6 del Texto Fundamental), los cuales se vinculan, a su vez, con los principios del debido proceso, la tutela judicial efectiva y justicia (vid. arts. 49, 26, 2 y 1 eiusdem). Siendo así, se considera que, en este primer aspecto, le asiste la razón a la Representación de la Defensoría del Pueblo. Así se declara.

(...)

... debe afirmarse que el numeral 6 del artículo 49 del Texto Constitucional contempla el principio de legalidad penal, cuyo contenido se traduce, básicamente, en que todo el régimen de los delitos, faltas y penas debe estar regulado necesaria y únicamente en las leyes dictadas por el Poder Público Nacional (nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, certa et stricta)”.

Sin embargo, en su sentencia nro. 497, del 6 de abril de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al resolver el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra el entonces artículo 286 del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 915, del 30 de junio de 1964, que establecía el delito de instigación a delinquir, en su modalidad de apología, estimó que esta disposición legal no violaba el artículo 49.6 de la Constitución, en lo que respecta al subprincipio de taxatividad. En dicha decisión, la Sala indicó:

“Teniendo en cuenta lo antes expresado, esta Sala observa que el artículo 286 del Código Penal no adolece de la imprecisión alegada por el recurrente, pues contempla clara y expresamente como delito a la conducta consistente en hacer “...la apología de un hecho que la ley prevé como delito”, y para cuya consumación requiere de dos circunstancias extras establecidas también en forma expresa, que son: 1) la publicidad y, 2) el poner en peligro la tranquilidad pública.

Esto quiere decir que es necesario que la alabanza o loa se haga en forma pública, lo cual puede ocurrir en presencia

de varias personas, o bien de una sola, siempre que se haga públicamente, valiéndose de algún medio de comunicación que lleve implícita la publicidad, como lo sería la prensa, la televisión o la radio; tan es así que actualmente la apología del crimen ha sido considerada como un delito informático, cuando se utiliza la Internet para su consumación.

Ahora bien, existe también otra condición para que se configure el supuesto de hecho en estudio, y es que se ponga en peligro la tranquilidad pública, esto es, que haciendo la loa de hechos delictuosos se altere el orden público, la paz y serenidad del colectivo, de tal forma que podría generarse un caos moral y social.

Resulta por tanto –a juicio de esta Sala– expresamente consagrado como delito, la conducta dirigida a hacer la apología de un hecho previsto como delito por la ley, de manera que no existe contradicción alguna del artículo 286 del Código Penal que sanciona dicha actuación con el artículo 1º eiusdem, ni tampoco violación del artículo 69 de la Constitución de 1961, hoy en día numeral 6 del artículo 49 de la vigente Constitución, pues la consecuencia jurídica del mencionado artículo 286, consistente en la sanción de prisión de cuarenta y cinco días a seis meses ha sido prevista para los tres supuestos de hecho que regula dicha norma entre los cuales está la apología del delito”.

En palabras de Zaffaroni, el Derecho penal debe requerir al legislador el mayor esfuerzo en precisión semántica, pero es el caso que este último no siempre cumple con tal exigencia, de modo que son frecuentes las leyes que infringen este mandato de estricta legalidad⁷⁸. Ante ello, el Juez Constitucional debe considerar inconstitucional a la ley penal que refleje tal oferta del legislador irresponsable⁷⁹.

Derivada del mencionado mandato de taxatividad o de certeza, aparece la prohibición de analogía, la cual, según Mir Puig, se traduce en la imposibilidad de aplicar en perjuicio del reo, el texto legal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo o similar a otros

⁷⁸ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 106.

⁷⁹ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 106.

supuestos contenidos en dicho texto⁸⁰, especialmente cuando dicho modo de integración se utiliza para la creación de un nuevo tipo penal⁸¹.

En consecuencia, toda norma legal que acepte o autorice en su articulado la analogía en perjuicio del reo o *in malam partem*, será contraria a la legalidad y a la seguridad jurídica, y por ende, inconstitucional.

Sin embargo, consideramos que la analogía en favor del reo (*in bonam partem* o *pro reo*) no es contraria al subprincipio de taxatividad. Así, por ejemplo, en materia de causas de justificación, Modolell sostiene que en el Derecho penal venezolano es admisible la legítima defensa de terceros, apelando a la analogía a favor del reo, sin que ello esté reñido con el principio de legalidad. Al respecto, dicho autor⁸² indica lo siguiente:

“Soy de la opinión que debe extenderse por analogía (pro reo), la legítima defensa del numeral 3 del artículo 65 CP, al caso de la defensa de terceros o de bienes ajenos. En efecto, se trata de supuestos semejantes que ameritan un tratamiento igual. Y no se infringiría el principio de legalidad ya que mediante esta aplicación analógica no se crean delitos o se aumentan penas, sino, por el contrario, se amplía el ámbito de una causa de justificación”.

Una discusión significativa sobre este punto, tuvo lugar en la sentencia nro. 490, del 12 de abril de 2011, dictada por la Sala Constitucional. En dicha decisión se estableció, con carácter vinculante, que la aplicación judicial del dolo eventual no puede ser catalogada, en modo alguno, como un supuesto de analogía, puesto que tal figura dogmática constituye una modalidad del dolo típico, que se deduce conceptualmente del elemento volitivo de este último. Concretamente, la Sala indicó que el dolo eventual tiene cabida dentro de los alcances del término “intención”, empleado por el legislador en los artículos 61 y 405 del Código Penal. En consecuencia, la Sala Constitucional señaló que el dolo eventual no choca con el principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución.

⁸⁰ Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición. Barcelona. Editorial Reppertor, 1998, p. 86.

⁸¹ Respecto a la prohibición de analogía en el ámbito penal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 956, del 9 de mayo de 2006, estableció lo siguiente: “... ni la ley ni la doctrina dominante admiten, en materia penal, tanto sustantiva como procesal, la analogía, de conformidad con el principio de legalidad que la rige...”.

⁸² Juan Luis Modolell: *Derecho Penal. Teoría del Delito*. 1ª edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2014, p. 218.

V. Principio de Culpabilidad

El principio de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*) es uno de los más importantes y representa una sensible conquista de los sentimientos humanitarios⁸³. Exige, según Rodríguez Mourullo, que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que se pueda entender su conducta como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal⁸⁴. De este modo, para que el imputado sea declarado culpable, se requiere, por una parte, que haya ejecutado el hecho punible, y por la otra, que éste se le pueda atribuir psíquica y espiritualmente, al punto de que no podrá hablarse de ilicitud, si tal relación de pertenencia no se verifica⁸⁵.

Tal como lo señala Mir Puig, la expresión principio de culpabilidad engloba diferentes límites al *ius puniedi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva.

Siguiendo a este insigne representante de la escuela catalana del Derecho penal, del principio de culpabilidad se derivan, a su vez, los siguientes subprincipios: A. Intrascendencia de la pena; B. Responsabilidad por el hecho; C. La exigencia de dolo y culpa; y D. El principio de imputación personal⁸⁶.

A. Intrascendencia de la pena

Según este primer subprincipio, no se puede castigar a una persona por un hecho ajeno, es decir, nadie puede responder por hechos punibles cometidos por otros⁸⁷. Su reconocimiento constitucional lo encontramos en el artículo 44.3 de la Constitución, el cual dispone expresamente que “... *la pena no puede trascender de la persona condenada*”.

⁸³ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 159.

⁸⁴ Gonzalo Rodríguez Mourullo: *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Editorial civitas. Madrid. 2002, p. 83. En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli: “*Derecho y Razón*”. *op. cit.*, pp. 487, 488 y 489.

⁸⁵ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 160.

⁸⁶ S. Mir Puig: “*Derecho Penal...*” *op. cit.*, pp. 97 y 98.

⁸⁷ Vid. J. Núñez: “*Consideraciones...*” *op. cit.*, p. 31. Asimismo, respecto al contenido y alcance de esta garantía, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 834, del 18 de junio de 2009, estableció que: “... *la pena no se transfiere, no comprende a terceros; de esta manera las penas son personales e intrasferibles; excluyendo así la responsabilidad penal por acciones u omisiones de otros y hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal...*”.

B. Responsabilidad por el hecho.

Este segundo subprincipio se traduce en que no se pueden castigar formas de ser, personalidades, pensamientos, sino solamente actos u omisiones. En este sentido, Baratta⁸⁸ afirma:

“... se rechaza toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal de acto. No es posible hacer derivar responsabilidad penal de alguna de las características personales del imputado subsumibles en un tipo de autor, sino únicamente las características del comportamiento que puedan ser subsumibles en un tipo de delito previsto en la ley”.

Aquí se evidencia la pugna entre un Derecho penal de autor (se castiga a la persona por lo que es) y un Derecho Penal de acto (se castiga a la persona por lo que hace, por sus hechos).⁸⁹ Este principio lo reconoció expresamente la Sala Constitucional en sus sentencias 1.744, del 9 de agosto de 2007⁹⁰; y 828 del 25

⁸⁸ Baratta: *“Principios...” op. cit.* p. 318.

⁸⁹ J. Núñez: *“Consideraciones...” op. cit.*, p. 31.

⁹⁰ En la mencionada sentencia, la Sala Constitucional estableció que *“... al posibilitar el legislador estatal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquella establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del ‘Derecho Penal del autor’ en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (nullum crimen sine culpa), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso sub lite, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger (...) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se*

de junio de 2015, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de varias disposiciones del Código Policia del Estado Lara y del artículo 502 del Código Penal, respectivamente.

Asimismo, la extinta Corte Suprema de Justicia (en Pleno), lo invocó en orden a declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, en su sentencia del 14 de octubre de 1997 (expediente nro. 0251), en los siguientes términos:

“... tanto el artículo 2° como el artículo 3° de la ley, lo que hacen, no es tipificar conductas como punibles sino atribuir la situación de "peligrosidad" al sujeto que incurra en tales conductas, lo cual, ciertamente, es distinto. En otras palabras, "se castiga al hombre por lo que es y no por lo que hace".

(...)

La Ley sobre Vagos y Maleantes está supuestamente dirigida a castigar, no al acto punible sino a la persona. No a su conducta sino a lo que es, de manera que esta característica de la Ley autoriza la persecución de personas, sin consideración a que se cometan o no acciones prohibidas. Se violan así el derecho a la libertad y a la seguridad personales consagradas en los artículos 60, ordinales 2° y 1° de la Constitución de la República”.

Este subprincipio se deduce también del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando señala que *“Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”*. Igualmente, dicho principio está contemplado en el artículo 1 del Código Penal vigente, el cual establece que *“Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente”*. Dicho subprincipio se evidencia, claramente, en las expresiones *“... por actos u omisiones...”* y *“...por un hecho...”* empleadas por las precitadas disposiciones normativas.

Desde este punto de vista, consideramos que la agravante de reincidencia, prevista en los artículos 100 y siguientes del Código Penal es violatoria del principio de culpabilidad, ya que autoriza un aumento del *quantum* de la pena en razón de la condición de reincidente del reo, lo cual es propio de un Derecho

encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional”.

penal de autor –aquél de un Estado policial– y no de un Derecho penal de acto –aquél de un Estado democrático⁹¹.

C. Exigencia de dolo o culpa

Esta tercera derivación del principio de culpabilidad, implica que la responsabilidad penal de una persona no puede fundarse únicamente en que el hecho que se le impute haya sido materialmente causado por ella, sino que se requiere también que ese hecho haya sido causado dolosamente⁹² o al menos de forma imprudente⁹³. En otras palabras, demanda que el autor del hecho lo haya querido⁹⁴. De esta forma se evita la responsabilidad objetiva o por el resultado (*versari in re illicita*)⁹⁵. Este subprincipio ha sido reconocido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 490, del 12 de abril de 2011.⁹⁶ En esta misma línea de criterio, la Sala de Casación Penal del Tribunal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 190, del 23 de mayo de 2011, reconoció también esta tercera manifestación del principio de culpabilidad, vinculándola con el concepto de acción finalista. En este último fallo, se estableció, lapidariamente, lo siguiente:

“... constituye un principio básico de nuestro derecho penal de corte liberal, que para el establecimiento de la responsabilidad penal, respecto de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro de lesión, bienes jurídicos penalmente tutelados; es necesario establecer no solamente la corporeidad del hecho delictivo, que se configura con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico objeto de tutela penal; sino que además se debe acreditar que ese actuar lesivo devenga de una acción u omisión culpable entendida

⁹¹ J. Núñez: “El principio...”. *op. cit.*, p. 219.

⁹² Ver, por ejemplo, los artículos 405, 413 y 451 del Código Penal).

⁹³ Por razones metodológicas, dentro de este término incluiremos la imprudencia, la negligencia y la impericia (ver, por ejemplo, los artículos 356, 409 y 420 del Código Penal).

⁹⁴ F. Vecchionacce: “Los principios...” *op. cit.*, p. 160.

⁹⁵ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 31. También, sobre este tema, *vid.* Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Tercera edición. Madrid. Editorial Trotta. 1998, pp. 487, 488, 489 y 490.

⁹⁶ En dicha sentencia, la Sala Constitucional señaló lo siguiente: “... el principio de culpabilidad, concretamente, el principio de dolo o culpa (manifestación de aquel), excluye la responsabilidad objetiva, de allí que el fundamento de la responsabilidad penal repose en la responsabilidad subjetiva por haber desplegado la conducta objetiva descrita en el tipo legal, ya sea de forma dolosa o culposa (...) Esa responsabilidad subjetiva se fundamenta en el dolo típico, principal elemento subjetivo, y en la imprudencia típica, elemento generalmente excepcional, que informa la dimensión objetiva del obrar objetivo descrito en algunos tipos particulares (*vid.* artículo 61 del Código Penal)”.

ésta en su sentido latu sensu (dolo o culpa) pues no existe delito ni pena sin culpa 'nullum crimen nulla poena sine culpa'. De manera que no debe hacerse una imputación personal y mucho menos imponerse una sanción penal, sino está debidamente demostrada la vinculación subjetiva entre el acto y el actor.

(...)

Ello es así, por cuanto toda conducta típica en los tipos penales a “título doloso” -como es el de autos-, está precedida de una intención conciente y voluntaria de su autor que la ejecuta a un fin previamente determinado, de allí que acertadamente la teoría finalista, propuesta por el Maestro Hans Welzel afirma que “acción humana es ejercicio de la actividad final”, por lo que bajo esta concepción la acción viene a constituir el ejercicio final de la voluntad, pues la voluntad primero anticipa el fin selecciona los medios, para realizarlo, considera sus efectos concomitantes; para finalmente dirigir una acción al fin querido previamente programado por la voluntad.

De allí que nuestro Código Penal al señalar en su artículo 61: “Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión...”; pues como se ha sostenido, para que determinado hecho punible pueda ser imputado a una persona, es necesario en principio, que en la ejecución de éste, haya existido la intención de cometerlo, es decir, la voluntad libre y consciente de infringir las disposiciones legales prohibitivas, pues salvo en los delitos culposos; en los delitos a título doloso, sin la intención no existe la responsabilidad penal; por ello nuestro Código Penal, en el artículo citado, establece una prohibición de castigo para el reo, si éste no ha tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye.

(...)

De manera tal, que estatuido en el Código Penal como precepto general que sólo la intención o la culpa en los casos expresamente previstas en la ley penal, origina el castigo de los hechos punibles; no existe pena ni responsabilidad penal cuando en la ejecución de la conducta dañosa no está precedida o dirigida por éste elemento subjetivo.

(...)

En tal sentido, la imposición de la pena debe necesariamente atender al elemento subjetivo del tipo penal, pues de conformidad con el principio “nullum crimen nulla poena sine culpa”, en nuestro derecho penal está abolida la responsabilidad objetiva, la cual durante su vigencia implicó la absurda posibilidad de imponer una sanción penal sin atender a la vinculación de la persona con el hecho, es decir, independientemente de si es posible o no hacer un imputación personal del injusto”.

Desde este enfoque, sería inconstitucional, por ejemplo, el artículo 3 de la vigente Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial nro. 39.913, del 2 de mayo de 2012, cuyo texto dispone que *“La responsabilidad penal, a los efectos de los delitos ambientales, cuya ejecución exige la violación de una norma administrativa, es objetiva y para demostrarla basta la comprobación de la violación, no siendo necesario demostrar la culpabilidad”*. Esta norma legal, autoriza la imposición del castigo sobre la base de una mera responsabilidad objetiva, descartando expresamente la comprobación del dolo o de la culpa, todo lo cual choca, nuestro criterio, con el principio de culpabilidad, e incluso, con la presunción de inocencia reconocida en el artículo 49.2 de la Constitución.

D. Imputación personal

Este cuarto subprincipio consiste en que ninguna persona puede responder penalmente, si carece de las condiciones psíquicas suficientes para comprender la prohibición deducida de la norma penal⁹⁷, en los términos del artículo 62 del Código Penal, el cual prevé a la inimputabilidad como eximente la responsabilidad penal. Es decir, la punición presupone que el autor del hecho haya comprendido su naturaleza y significación⁹⁸. En este sentido, no se pueden imponer penas a personas que padezcan enfermedad mental (por ejemplo, esquizofrenias, psicosis maniaco-depresivas, neurosis, etc.) ni tampoco a los niños⁹⁹.

Como corolario de lo anterior, y siguiendo el criterio asentado por la Sala Constitucional en su sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007, consideramos que la Constitución recoge en su texto, sin duda alguna, el principio de culpabilidad en todas y cada una de sus manifestaciones, pero no se trata de una recepción

⁹⁷ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

⁹⁸ F. Vecchionacce: “Los principios...” *op. cit.*, p. 160.

⁹⁹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33. En este sentido, ver el artículo 532 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos¹⁰⁰. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social¹⁰¹. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 (numerales 1 y 2), del artículo 44.3, del artículo 46 (numerales 1 y 2) y del artículo 49.2 del Texto Constitucional¹⁰². De igual forma, cabe señalar el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional¹⁰³.

VI. Principio de lesividad

Otro límite fundamental al ejercicio del poder punitivo, es el principio de lesividad u ofensividad¹⁰⁴ (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*), el cual exige que en todo hecho punible exista un bien jurídico lesionado¹⁰⁵. Según este principio, sólo es legítima la intervención penal, frente a graves afectaciones al bien jurídico (sea por lesión propiamente dicha, o por peligro cierto). Dicho en otras palabras, sólo pueden ser criminalizadas aquellas conductas que impacten gravemente a los bienes jurídicos más importantes¹⁰⁶ (por ejemplo, vida, integridad personal, libertad personal, propiedad, etc.). De modo tal, que la legitimidad de la actuación penal está condicionada por una lesión importante a un bien jurídico¹⁰⁷. Este principio tiene su basamento en el artículo 20 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. En consecuencia, y siguiendo a Zaffaroni, las acciones que no lesionan a nadie está fuera de toda injerencia estatal¹⁰⁸.

Este principio está recogido expresamente en la parte *in fine* del encabezado del artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños,

¹⁰⁰ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹⁰¹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹⁰² J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹⁰³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007. Expediente nro. 04-2149.

¹⁰⁴ J. Carbonell: “Constitución...” *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁵ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁶ E. Rosales: “Constitución...” *op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁷ Jorge Rosell: El Estado social de Derecho y los nuevos límites del Derecho penal. *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 30, N° 1, Enero-Marzo. Maracaibo, Universidad del Zulia, 2002, p. 58.

¹⁰⁸ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 109.

Niñas y Adolescentes, cuyo texto dispone que ningún adolescente puede ser objeto de sanción, si su conducta “... *no lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado*”.

Según Zaffaroni, mientras no haya una afectación al bien jurídico, no podrá existir un conflicto y, mientras no haya un conflicto, no podrá afirmarse la tipicidad de la conducta, por lo cual sería ilegítimo habilitar el ejercicio del poder punitivo en tal caso¹⁰⁹.

En nuestro criterio, la configuración del delito, y concretamente, de la tipicidad, no se agota con su sola descripción en la ley penal (aspecto formal), sino que requiere una conducta que lesione o produzca un riesgo para determinados bienes jurídicos (aspecto material o sustancial)¹¹⁰, tal como lo estableció la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 42, del 11 de agosto de 2011. En palabras de Zaffaroni, la tipicidad requiere la verificación de un *pragma* conflictivo. Según este autor, el principio de lesividad se introdujo en el Derecho penal con el concepto de bien jurídico (en tal sentido, mientras no haya lesión a un bien jurídico, no habrá delito alguno)¹¹¹. De allí que la doctrina mayoritaria asocie la idea de lesividad con el principio del bien jurídico¹¹².

En esta misma línea de criterio, la Sala Constitucional, en su sentencia nro. 828, del 25 de junio de 2015, al enjuiciar el artículo 502 del Código Penal, indicó:

“... un límite fundamental al ejercicio del poder punitivo, es el principio de lesividad u ofensividad (reflejado en el aforismo nullum crimen nulla poena sine injuria), el cual exige que en todo hecho punible exista un bien jurídico lesionado o al menos puesto gravemente en peligro (en similar sentido, ver art. 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual, además

¹⁰⁹ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 110.

¹¹⁰ Sobre este particular, señala Rosell, citando a Mera, que “*La antijuricidad que da pie para la actuación penal no debe ser entonces puramente formal, sino que debe existir una antijuricidad material que consiste precisamente en la afectación real del bien jurídico*” (Vid. J. Rosell: “El Estado...” *op. cit.*, p. 58). En este mismo sentido, Vecchionacce sostiene lo siguiente: “*Nadie discute que las normas penales persiguen fines que tienen que ver con la consideración que hace el legislador respecto de la tutela de determinados intereses que comprometen los sentimientos y valores sociales relevantes, trascendentes. Lo contrario constituiría no sólo un proceder carente de sentido y contenido sociopolítico, sino que también sería un acto arbitrario. Por este motivo, aquello a lo que va dirigido la ley penal ha sido denominado bien o valor jurídico objeto de tutela*” (F. Vecchionacce: “Los principios...” *op. cit.*, p. 153).

¹¹¹ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 110.

¹¹² J. Rosell: “El Estado...” *op. cit.*, p. 58.

de consagrar el principio de lesividad, reconoce el postulado de legalidad penal).

El principio de lesividad se encuentra íntimamente vinculado al principio de legalidad penal (vid. supra), ya que de conformidad con el primero, sólo será legítima la tipificación de una conducta en la ley penal, cuando aquélla produzca una afectación a un bien jurídico (sea por lesión propiamente dicha, o por peligro concreto o cierto), dicho en otras palabras, sólo pueden ser criminalizadas aquellas conductas que impacten gravemente los intereses o bienes jurídicos, individuales o colectivos, más importantes (por ejemplo, vida, integridad personal, libertad personal, salud pública, administración pública, etc.). Asimismo, el principio de lesividad está vinculado al principio de culpabilidad (vid. supra), ya que el legislador sólo puede castigar conductas que lesionen o pongan en peligro aquellos intereses.

Como bien lo señaló la representación de la Defensoría del Pueblo, el principio de lesividad también puede extraerse del numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que los actos u omisiones a los cuales éste hace referencia, deben generar un conflicto social, representado por el ataque a un valor jurídico penalmente relevante.

... la configuración del hecho punible no se agota con su sola descripción en la ley penal (aspecto formal), sino que requiere una conducta humana que lesione o produzca un riesgo para determinados bienes jurídicos (aspecto material o sustancial).

... el principio de lesividad se introdujo en el Derecho Penal de la mano del concepto de bien jurídico (en tal sentido, mientras no haya afectación a un bien jurídico, no habrá hecho punible alguno).

Entonces, siendo la finalidad de la ley penal la protección de intereses socialmente relevantes, sólo podrán ser reputados como hechos punibles las conductas que lesionen o pongan en peligro intereses jurídicos, cuya fuente cardinal es el Texto fundamental.

Sobre este punto, resulta pertinente invocar el criterio establecido por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de

Justicia en sentencia n.º 42 del 11 de agosto de 2011. Caso: Mercedes Prieto Serra y Nelson Orlando Mejía Durán. Exp. n.º 07-0168, según el cual:

‘... nuestra legislación penal, al igual que el resto de los ordenamientos jurídicos de corte democrático y liberal, no concibe, admite ni acepta el castigo o la punición para hechos o conductas que no comporten un daño, lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, tal como ocurre el caso bajo examen.

Vale destacar, una vez más, que la función esencial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, de allí que no puede configurarse delito sin ofensa del bien jurídico protegido, (principio de ofensividad o lesividad), de allí el conocido adagio: NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE INJURIA ...”

Así, en criterio de la Sala Constitucional, este principio constituye un mandato para el legislador, siendo necesario señalar que, además, aquél se encuentra en íntima vinculación con el principio de culpabilidad -en lo que se refiere al principio de responsabilidad por el hecho-, ya que exige y apunta hacia la incriminación de actos u omisiones, con lo cual se excluye el castigo por pensamientos, sospechas, modos de ser o actitudes frente a la vida, tendencia totalitaria derivada del denominado Derecho penal de autor.

Tal como lo señala Bettiol, la objetividad del delito está justamente en la lesión a un bien jurídico. Según este autor, el delito no constituye un puro acto de rebelión o de desobediencia a una ideología o ética determinada, tal como lo afirmaron en su momento los teóricos del totalitarismo penal (concepción puramente subjetiva), sino que está necesariamente ligado a una realidad externa¹¹³, que no es otra que la afectación al bien jurídico.

Debido a lo anterior, sostenemos que la criminalización debe ceder ante los casos de insignificancia, puesto que en éstos no se lesionan ni se ponen en peligro intereses fundamentales de la sociedad. Como afirma Vecchionacce, el legislador no debe correr el albur de sancionar conductas que no son expresión de sentimientos y valores colocados en la cima de la estimativa social y política en un determinado momento; lo contrario, sería censurable y constitutivo de un acto arbitrario¹¹⁴.

¹¹³ G. Bettiol: “Instituciones...” *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁴ F. Vecchionacce: “Los principios...” *op. cit.*, p. 155.

VII. Principio de humanidad

Este principio tiene como basamento la dignidad del individuo, y constituye un escudo contra las penas crueles, brutales e inhumanas (por ejemplo, pena de muerte, lapidación, amputación de miembros, marcas en el cuerpo, torturas, penas perpetuas, etc.)¹¹⁵. Tal como lo señala Zaffaroni, el principio de humanidad "...impone la exclusión de toda crueldad inusitada"¹¹⁶. Su materialización en la actualidad puede palparse en la sustitución de penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas, como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad¹¹⁷.

Incluso, Beccaria sostuvo en su época, que las penas crueles son innecesarias en orden a la prevención de los delitos. Dicho autor abogó por una legislación suave, pero efectiva en su aplicación¹¹⁸, en los siguientes términos:

"No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza".

En otras oportunidades hemos afirmado que la base constitucional de este principio se encuentra reconocido, en primer lugar, en el artículo 43 de la Constitución, en el cual se prohíbe expresamente el establecimiento legal y la aplicación de la pena de muerte¹¹⁹, y que igualmente, este principio está reconocido en el artículo 44.3 *eiusdem*, según el cual están prohibidas las penas perpetuas o infamantes, así como las superiores a treinta años¹²⁰; así como también que este principio fue recogido en el artículo 46.1 del Texto Constitucional, cuyo enunciado dispone que ninguna persona puede ser

¹¹⁵ J. Núñez: "Consideraciones..." *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁶ E. Zaffaroni: "Manual..." *ob. cit.*, p. 112.

¹¹⁷ J. Núñez: "Consideraciones..." *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁸ C. Beccaria: "De los delitos..." *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁹ J. Núñez: "Consideraciones..." *op. cit.*, p. 33.

¹²⁰ J. Núñez: "Consideraciones..." *op. cit.*, p. 33.

sometida a penas crueles, inhumanas o degradantes¹²¹. A nivel legal, este principio se encuentra previsto en el artículo 538 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En nuestro criterio, los alcances de este principio se extienden a la fase de ejecución de la pena¹²². Ello lo deducimos de los artículos 46 (numerales 1 y 2) y 272 de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, los cuales establecen disposiciones expresas en el sentido de que las penas y medidas de seguridad a imponer por un hecho delictivo, respeten de manera absoluta la dignidad de la persona humana¹²³.

Sin embargo, en su sentencia nro. 2.255, del 13 de noviembre de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al evaluar la constitucionalidad del artículo 436 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 915, del 30 de junio de 1964, que establecía una atenuación de la pena en el delito de aborto honoris causa, consideró que dicha norma penal no era contraria a los derechos a la vida y al honor, reconocidos en los artículos 43 y 60 de la Constitución, respectivamente. Al respecto, la Sala afirmó lo siguiente:

“Los derechos constitucionales a la vida, al honor y a la no discriminación, están dirigidos a tutelar bienes jurídicos específicos, de manera que, quien atente contra ellos, indefectiblemente que su acto debe ser cuestionado y, dependiendo del caso, sancionado por el sistema jurídico venezolano.

En tal sentido, el aborto, entendido según Carrara como la muerte dolosa del feto en el útero, o la violenta expulsión del útero que causa la muerte del feto, está contemplado en el artículo 432 y siguientes del Código Penal, incluido como uno de los delitos contra las personas, pues, para nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo expone el jurista venezolano Héctor Febres Cordero, “(...) el ser humano tiene autonomía biológico-jurídica desde su concepción, y por consiguiente, se reconoce el derecho que tiene el feto a la vida (...)” (Curso de Derecho Penal. Parte Especial; Tomo II, página 259).

Partiendo de lo anterior, nuestra legislación ha establecido varios tipos básicos del delito de aborto; a saber, el procurado -artículo 432-, el provocado -artículo 433-, el

¹²¹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²² J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²³ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

sufrido -artículo 434-, el agravado -artículo 435-, el justificado o terapéutico -artículo 435, último aparte- y el atenuado u honoris causa -artículo 436-, éste último recurrido en nulidad.

Así, el aborto honoris causa es una atenuante específica del delito de aborto, que, como toda atenuación, obedece a causas eminentemente subjetivas que modifican la aplicación de la pena, lo cual no quiere decir que desaparezca con ello la punibilidad del acto, ya que éste no deja de ser antijurídico, sino que, simplemente, la ley, para medir el grado de culpabilidad de un hecho punible debe atender a las causas determinantes de éste, y sancionar la conducta con mayor o menor rigidez según lo reprochable de las indicadas causas.

En el caso de autos, la atenuante, es decir, la preservación del honor o la honra de la persona, está emparentada directamente con el grado de intolerancia social, por lo que la ley reconoce el poder que ella puede ejercer sobre la conciencia del agente, y aunque ciertamente, tal supuesto en modo alguno puede ser justificativo de la conducta delictiva, no se debe negar que la sociedad rechaza y deshonra a la mujer cuando se conoce su proceder.

De manera que, la razón de la atenuante se encuentra en la conveniencia de ser benignos con la mujer que se encuentra entre el sentimiento de maternidad y el desprecio público, optando por el delito en aras de conservar su honra, por lo cual, “(...) si la Ley castigara con todo su rigor a la culpable, sin tener en cuenta su estado, sería despiadada; y si la declarase exenta de pena, sería injusta. Por eso, entre ambos extremos, llega a una transacción que concilia las exigencias del derecho estricto y de la moral con la mitigación de la pena” (Héctor Febres-Cordero. Vid. Ob. Cit.).

De allí que, esta Sala considera que la norma contenida en el artículo 436 del Código Penal no transgrede los derechos constitucionales aludidos, dado que, con dicho dispositivo normativo no se desatiende el derecho constitucional a la vida o “al honor y a la no discriminación” del feto, sino que la ley, obedeciendo a circunstancias sociales, atenúa la pena para no mantenerse indiferente a la realidad existente,

razón por la cual, declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto contra el aludido dispositivo normativo”.

En cualquier caso, estará viciada de inconstitucionalidad la norma que establezca la pena de muerte, o una pena que implique una crueldad inusitada contra la integridad personal (por ejemplo, la amputación de miembros, las marcas en la piel, etc.), o una pena perpetua o que exceda los treinta años de duración¹²⁴. Asimismo, será inconstitucional la norma (sustantiva o procesal) referida a la ejecución de la pena, cuando no sea respetuosa de este principio¹²⁵.

VIII. Principio de proporcionalidad

Para la imposición del castigo no basta que la persona a quien se le impute la realización de un hecho punible haya sido declarada culpable, sino que también resulta imprescindible que la estimación y graduación de la pena que deba imponerse, responda al parámetro de la gravedad de la lesión¹²⁶. Según Mir Puig, el principio de proporcionalidad implica que la pena sea proporcional al delito, y que la medida de la proporcionalidad sea establecida con base en la dañosidad social del hecho¹²⁷. Este principio penal está reconocido expresamente en el artículo 539 de la vigente Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Un antecedente importante del principio de proporcionalidad en la historia de las ideas penales, lo ubicamos en la obra de Beccaria¹²⁸, quien al respecto señalaba:

“No es sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los

¹²⁴ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²⁵ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²⁶ Jorge Enrique Núñez: “Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena.” *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas (CE-NIPEC)*. N° 27. Mérida. Universidad de los Andes. 2010, p. 171.

¹²⁷ S. Mir Puig: “Derecho Penal...” *op. cit.*, p. 100. En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 940, del 21 de mayo de 2007, estableció al respecto lo siguiente: “Para el derecho penal moderno, es importante que toda pena no sea excesiva, es decir, que no sea abusiva y desmesurada; y ello responde a una exigencia de la justicia, así como de la política criminal. Esa exigencia, no sólo comprende a las penas principales o corporales, sino también debe incluir a las penas accesorias y no corporales, toda vez que todas ellas son consecuencias jurídicas del delito”.

¹²⁸ C. Beccaria: “De los delitos...” *op. cit.* pp. 39, 42.

estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas...

(...)

Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no confrontarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

Este principio constituye un límite básico al legislador penal. La Sala de Casación Penal, en su sentencia nro. 070, del 26 de febrero de 2003, hizo unas consideraciones sobre su contenido y alcances, e incluso, afirmó que su anclaje se encuentra en los artículos 2, 19, 20 y 26 de la Constitución, indicando al respecto lo siguiente:

“El principio de la proporcionalidad de las penas es clásico dentro del derecho penal y viene consagrado universalmente desde el siglo XVIII. La mayoría de las constituciones del mundo lo acogen como formando parte del concepto de la equidad y de la justicia.

César Beccaria en su clásica obra ‘De los Delitos y de las Penas’, publicada por primera vez en 1764, ya señalaba la necesidad de la exacta distribución de las penas, teniendo éstas que estar proporcionadas de acuerdo al daño social que el delito haya ocasionado ‘vi debe essere una proporzione fra i delitti e le pene’.

Montesquieu, también en su clásica obra ‘Del espíritu de las leyes’, se refiere a la necesidad de la proporcionalidad que debe existir entre el daño ocasionado por el delito y la pena que ha de aplicar el Estado: ‘la libertad es favorecida por la naturaleza de las penas y su proporción’.

Pero el antecedente más remoto y que ha servido de inspiración a todos los ordenamientos jurídicos es el clásico aforismo latino, de cómo ULPIANO define la justicia ‘Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi’.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en varias disposiciones, donde se hace referencia la justicia se acoge el principio de la proporcionalidad: en el artículo 2, cuando se refiere a que ‘Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...’ El concepto de Justicia está inspirado en todas

las Constituciones del Mundo en la ya señalada clásica definición de lo que se entiende por Justicia, en donde aparece como elemento indispensable el principio de la proporcionalidad como un elemento supra constitucional reconocido universalmente; en los artículos 19 y 20 donde se garantiza el goce y ejercicio de los derechos humanos, en su más amplia concepción conforme a éste último artículo, siendo precisamente el principio de la proporcionalidad un derecho inherente a la persona humana; en el artículo 26, donde se señala expresamente: ‘el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita...’ La equidad es sinónimo de Justicia que en su concepto más acabado y en sentido distributivo le da a cada cual lo que le corresponde acude al principio de la proporcionalidad en la forma de repartirse las recompensas y los castigos.

En las leyes penales y en especial en nuestro Código Penal, el principio de la proporcionalidad rige en las disposiciones referentes a los títulos: III de la aplicación de las penas; IV de la conversión y conmutación de penas; V de la responsabilidad penal y la circunstancias que la extinguen, atenúan y agravan; así mismo en la parte especial en relación a las penas aplicables a ciertos delitos...”.

Enmarcando el principio de proporcionalidad en una perspectiva más afín a la protección de los derechos humanos, podemos señalar, siguiendo a Baratta, que sólo las violaciones graves de éstos pueden ser objeto de sanciones penales, debiendo ser la pena proporcional al daño social ocasionado por dichas violaciones¹²⁹.

No obstante la validez de las anteriores aproximaciones conceptuales al principio de proporcionalidad, la pregunta de ¿cuánta pena? que obedece al aforismo *poena debet commensurari delicto*, sigue aún sin una respuesta acabada, siendo que esta situación ha sido una constante en el transcurso de la historia de las ideas penales¹³⁰, ello por las dificultades que se presentan al momento de articular unos parámetros concretos y sólidos que permitan establecer y graduar de manera uniforme la pena que debe corresponder a cada delito¹³¹.

¹²⁹ A. Baratta: “Principios...” *op. cit.* p. 309.

¹³⁰ J. Núñez. “Incidencias...” *op. cit.* p. 171.

¹³¹ J. Núñez. “Incidencias...” *op. cit.* p. 171. Sobre este particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 812, del 11 de mayo de 2005, estableció unos parámetros generales para estimar cuándo una pena es

Según Velásquez, la razón de esto último obedece a que el principio de proporcionalidad posee una naturaleza relativa, ya que del mismo no se derivan prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, implicando el mismo un juicio de ponderación entre la pena y el fin que con ésta se pretende alcanzar, de allí que se diga que es un principio relacional, ya que implica la comparación de dos magnitudes, concretamente, con él se examina la legitimidad de los medios a la luz del fin perseguido¹³². Tal como enseña Ferrajoli, de ese nexos legal existente entre la sanción y el ilícito penal, se deriva la exigencia de que la elección de la calidad y cantidad de la primera por el legislador, se haga en atención a la gravedad y la naturaleza del segundo¹³³.

Para ilustrar de una manera más diáfana cuáles son las implicaciones y el contenido del principio de proporcionalidad, debe partirse de la siguiente idea: La libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, y a su vez constituye un derecho fundamental¹³⁴. Ahora bien, el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas¹³⁵. Para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, concretamente, los medios de control social formal, entre los cuales se encuentra la legislación penal, la cual impacta de la manera más sensible la esfera de libertades de los sujetos¹³⁶. La cuestión radica entonces, tal como lo ha señalado la Sala

proporcional, en el siguiente modo: *“La regla general es la que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, al daño causado, a la gravedad del acto y a las circunstancias del hecho y del autor”*.

¹³² F. Velásquez: *“Manual...”* op. cit., p. 36.

¹³³ L. Ferrajoli: *“Derecho y razón...”* op. cit. p. 398.

¹³⁴ J. Núñez: *“Incidencias...”* op. cit. p. 172.

¹³⁵ J. Núñez: *“Incidencias...”* op. cit. p. 172. Sobre la función protectora de bienes jurídicos que cumple el Derecho Penal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 915, del 20 de mayo de 2005, afirmó lo siguiente: *“...entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos...”*.

¹³⁶ J. Núñez: *“Incidencias...”* op. cit. p. 172. Sobre este aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 1.632, del 2 de noviembre de 2011, estableció lo siguiente: *“... la existencia y ejercicio de este poder punitivo que se ejerce a través del Derecho Penal, genera una tensión entre los derechos de los ciudadanos y el interés del Estado por motorizar su reacción frente a la infracción de los mandatos y prohibiciones contemplados en la ley penal. En efecto, la aplicación del Derecho Penal, y concretamente, la actividad de persecución penal del Estado, afecta de la forma más sensible a los bienes primarios de todo ser humano (por ejemplo, la libertad), imprescindibles para pensar en otros derechos cuyo ejercicio garantiza la Constitución*

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho penal, ello en virtud de esta aflicción que ocasiona a las libertades; en otras palabras, debe obtenerse el mayor grado de libertad y bienestar de los ciudadanos utilizando al mínimo posible la actividad punitiva¹³⁷.

Un amplio sector de la doctrina sostiene que, según el principio *pro libertate*, no será legítima la intervención penal, si ésta no es necesaria para conseguir el mayor grado de libertad posible. Es por ello, como lo afirma Carbonell, que toda la actividad punitiva del Estado deba ser interpretada a la luz del principio *restringenda sunt odiosa*, según el cual cualquier restricción de la libertad es odiosa, de allí que haya que imponer las menores restricciones posibles¹³⁸.

En este contexto, se cristaliza la idea de un Derecho penal mínimo, siendo Ferrajoli uno de sus máximos exponentes. Según esta concepción, debe lograrse el máximo bienestar posible de los no desviados, causando el mínimo malestar necesario a los desviados¹³⁹. A mayor abundamiento, el referido autor italiano expone que el Derecho penal tiene dos funciones esenciales, la prevención general a través de las prohibiciones penales, las cuales están dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones por parte de otros miembros de la sociedad, y la prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas, estando ambos fines en relación de conflicto¹⁴⁰. Por tanto, según este autor, el Derecho penal mínimo sería el estrictamente necesario para lograr la máxima tutela de bienes jurídicos, y por ende, para asegurar las libertades de los ciudadanos que no han delinquido, a través de los mínimos ataques a las libertades de los ciudadanos que han cometido delito.

El principio de proporcionalidad, en palabras de Velásquez, se encuentra integrado por una serie de criterios o herramientas a través de las cuales se puede sopesar y medir la licitud de todo género de límites de naturaleza normativa de las libertades, así como todo tipo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan el ejercicio de aquéllas¹⁴¹.

Esos parámetros integrados en el principio de proporcionalidad y que operan al momento del análisis de la constitucionalidad de la Ley penal, son

de la República Bolivariana de Venezuela, debiéndose resaltar que esa restricción de bienes o derechos generada por la sanción penal, se encuentra autorizada en el propio texto de aquélla, previo cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos, suministrados por la ciencia del Derecho Penal..."

¹³⁷ Sentencia nro. 4, del 7 de febrero de 2012, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¹³⁸ J. Carbonell: "*Derecho penal...*" *op. cit.*, p. 200.

¹³⁹ L. Ferrajoli: "*Derecho y razón*" *op. cit.*, p. 332.

¹⁴⁰ L. Ferrajoli: "*Derecho y razón*" *op. cit.*, p. 334.

¹⁴¹ F. Velásquez: "*Manual...*" *op. cit.*, p. 36.

fundamentalmente tres: A. El subprincipio de adecuación; B. El subprincipio de necesidad; y C. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

A. Adecuación

Según este primer subprincipio, también denominado principio de razonabilidad o de idoneidad, debe afirmarse que éste implica, en líneas generales, que toda limitación a un derecho debe ser adecuada con relación a un fin que sea constitucionalmente legítimo¹⁴². En clave jurídico penal esto significa la pena sólo puede legitimarse a través de la protección de bienes jurídicos socialmente valiosos (es así que se relacionan los bienes jurídicos con los Derechos Humanos), concretamente, sólo las necesidades sociales imperiosas justifican la aplicación de la pena¹⁴³. De este modo, una pena que no sea adecuada o idónea, tanto cuantitativa como cualitativamente, para prevenir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, será una pena ilegítima¹⁴⁴.

B. Necesidad

En atención a este segundo subprincipio, toda limitación idónea de un derecho debe ser la más benigna para ese derecho¹⁴⁵. A mayor abundamiento, y en palabras de Bernal Pulido, dicho subprincipio impone que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para coadyuvar a alcanzar el fin propuesto¹⁴⁶.

Es el caso, que el Derecho penal es la respuesta más violenta del sistema con relación a los conflictos interpersonales, razón por la cual debe ser la última solución a aplicar¹⁴⁷. Aquí se aprecia el carácter subsidiario del sistema penal, en razón del cual este último debe ser la última razón o la última opción del Estado

¹⁴² Rafael de Asís: *El Juez y la motivación en el Derecho*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid-Editorial *dykinson*. 2005, p. 112. Según esta definición, del sub-principio de *adecuación* se derivan dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales, a saber: a) que dicha medida persiga un fin constitucionalmente legítimo; y b) que la misma sea idónea para favorecer su obtención.

¹⁴³ J. Rosell: "*El Estado...*" *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁴ J. Núñez: "*Incidencias...*". *op. cit.* p. 174.

¹⁴⁵ R. de Asís: "*El Juez y la motivación...*" *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁶ Carlos Bernal Pulido: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005, p. 736. En el mismo sentido, Espinoza afirma que entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse a aquél que ocasione menor perjuicio (ver Alexander Espinoza Rausseo: *Principios de Derecho Constitucional*. Caracas. Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 42.

¹⁴⁷ J. Rosell: "*El Estado...*" *op. cit.*, p. 58.

para resolver el asunto planteado, antes de recurrir a otras vías aportadas por las demás ramas del ordenamiento jurídico¹⁴⁸.

Esta tesis fue acogida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 1.676, del 3 de agosto de 2007, en la cual estableció lo siguiente:

“Lo anterior no es otra cosa que la aplicación directa, por parte de esta Sala Constitucional, del principio de intervención mínima del Derecho penal y, concretamente, del principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Derecho penal ha de ser la ultima ratio, es decir, el último recurso que se debe emplear a falta de otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en el Derecho civil, en el Derecho mercantil y en el Derecho administrativo.

*Debe afirmarse que el principio de intervención mínima se desprende del modelo de Estado social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos fundamentales la exigencia de **necesidad social de la intervención penal**. Así, el Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección”.*

De esta forma, la intervención penal no será necesaria cuando el bien jurídico pueda ser tutelado por otro mecanismo menos lesivo, o cuando ese bien jurídico no necesite tutela penal¹⁴⁹. En efecto, este principio se funde con el carácter de *última ratio* del Derecho penal. Con base en ello, resulta válido afirmar que la pena será necesaria cuando no pueda conseguirse el fin de la prohibición (protección de los bienes jurídicos) a través de medios menos dañinos y graves¹⁵⁰.

¹⁴⁸ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁹ J. Carbonell: “*Derecho penal...*” *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁰ F. Velásquez: “*Manual...*” *op. cit.*, p. 37.

De modo tal, y siguiendo a Rosell, podemos afirmar que el legislador debe tomar en cuenta los postulados del Derecho penal mínimo, en el sentido de que sólo las necesidades sociales imperiosas legitiman la intervención penal¹⁵¹.

C. Proporcionalidad en sentido estricto

Este tercer subprincipio, también denominado principio de ponderación, establece la necesidad de que toda limitación idónea y necesaria de un derecho, supere el *test* de las ventajas y sacrificios, por lo cual sólo podrá ser restringido un derecho fundamental -en el caso del Derecho penal, la libertad personal- cuando las ventajas obtenidas con ella sean superiores a los sacrificios¹⁵², en el marco de los valores constitucionales¹⁵³. En otras palabras, la medida restrictiva adoptada debe estar justificada por la protección de un bien jurídico que es tanto o más importante que el afectado¹⁵⁴. En clave penal, esto significa la realización de una ponderación conjunta de la gravedad del hecho, del objeto de tutela y la consecuencia jurídica (pena)¹⁵⁵. Según un sector de la doctrina, la proporcionalidad debe ser determinada mediante la realización de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y las finalidades que se buscan a través de la conminación penal, de forma que de tal ponderación pueda apreciarse si la medida adoptada (pena) resulta proporcional respecto al fin de defensa o tutela del bien jurídico. De este modo, la individualización de la pena deberá tener en cuenta la gravedad del injusto, la medida de la culpabilidad del agente, y las finalidades de prevención¹⁵⁶.

Esta tesis fue acogida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia nro. 387, del 1 de junio de 2017, para declarar la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 177.4 de la vigente Ley Orgánica de Drogas¹⁵⁷, por considerarlo violatorio del principio de proporcionalidad, en los siguientes términos:

¹⁵¹ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 61. Este autor señala en este contexto, lo siguiente: “*Sin embargo debido al fetichismo del cual padece el legislador latinoamericano, en creencia de los efectos mágicos de la ley sobre realidades no deseables, priva al contrario del derecho penal mínimo una desmesurada penalización de conductas que inflama al sistema, y contrario de lo que se quiere, lo hace ineficaz*”.

¹⁵² En esta misma línea de criterio, Bernal sostiene que el sub-principio de *proporcionalidad en sentido estricto* significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que dicha intervención implica para los titulares de ese derecho y para la sociedad en general (Bernal: “*El principio...*” *op. cit.*, p. 760).

¹⁵³ R. de Asís: “*El Juez y la motivación...*” *op. cit.*, p. 112.

¹⁵⁴ A. Espinoza: “*Principios...*” *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁵ J. Carbonell: “*Derecho penal...*” *op. cit.*, p. 210.

¹⁵⁶ F. Velásquez: “*Manual...*” *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁷ Gaceta Oficial nro. 39.546, del 5 de noviembre de 2010.

“Tal y como se dijo supra, los delitos vinculados a las drogas no poseen una magnitud de daño generalizable, pues cada delito posee elementos individualizantes en cuanto al daño causado, a diferencia de delitos como el homicidio que siempre tendrán como consecuencia la muerte de un tercero.

Por ello, debemos tener en consideración el principio de proporcionalidad, el cual indica que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente. (MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 141).

Para establecer que una pena es proporcional al delito cometido, hay que ver dicha sanción a la luz de los requisitos de: 1) necesidad, 2) adecuación al fin propuesto y; 3) proporcionalidad en sentido estricto. (CORREA DE CARVALHO, José Theodoro. El Delito de Tráfico de Drogas y el Principio de Proporcionalidad)”.

La sentencia antes transcrita denota que dentro de la labor hermenéutica del Juez Constitucional, debe incardinarse la implementación del principio de proporcionalidad, con todas sus implicaciones. En efecto, dicho principio, siguiendo la clasificación efectuada por Donini, es susceptible de ser calificado como un principio de dirección política o argumentativo, ya que el mismo no puede ser utilizado de forma aislada, es decir, sin el auxilio de otros principios o normas que también se denuncien como vulnerados. En este sentido, tal principio sirve para argumentar, pero sólo cuando dicha argumentación se hace en conjunto con otros principios¹⁵⁸. Para que el órgano de la jurisdicción constitucional encargado del control (concentrado o difuso) de la Ley penal, pueda declarar la inconstitucionalidad de ésta por vulneración del precitado principio, debe adminicular el principio de proporcionalidad con otros principios, como son, por ejemplo, el principio de legalidad y el principio de culpabilidad, entre otros.

Así lo hemos sostenido en otras oportunidades¹⁵⁹, en los siguientes términos:

¹⁵⁸ Massimo Donini: “Jueces y democracia...” *op. cit.*, p. 410.

¹⁵⁹ Jorge Enrique Núñez: El principio de proporcionalidad y el proceso penal. *De nuevo sobre los principios. XI Jornadas de Derecho procesal penal*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2008, p. 5.

“... el principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva se encuentra asociado, tal como lo señala ROSALES, con el principio de legalidad, ya que a través de este último se diseña el abanico de conductas prohibidas y las penas que les corresponden, con base en el grado de afectación del bien jurídico; con el principio de culpabilidad, ya que la graduación de la pena se efectúa según haya sido el aporte subjetivo en el injusto; y con el Derecho Penal del acto, ya que la medida de la pena depende de la intensidad de la contribución fáctica en la realización del injusto típico. Por tanto, la medida de la respuesta punitiva dependerá del grado del aporte objetivo y subjetivo del sujeto en el injusto, debiendo existir entre ambos un nexo de correspondencia proporcional”.

Por todo lo antes expuesto, consideramos que toda sanción penal que no se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad, será a todas luces contraria a la Constitución, y así deberá declararlo el órgano jurisdiccional correspondiente.

Así, por ejemplo, es contraria al principio de proporcionalidad, la pena prevista en el artículo 20 de la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia¹⁶⁰, para el delito de promoción o incitación al odio. En dicha norma se castiga con prisión de diez a veinte años, a quien despliegue la siguiente conducta:

“Quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública fomente, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas, en razón de su pertenencia real o presunta a determinado grupo social, étnico, religioso, político, de orientación sexual, de identidad de género, de expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio...”.

Del análisis detallado de la norma penal transcrita, se evidencia que la sanción que acarrea la realización de la conducta en ella prohibida, no supera, en modo alguno, el juicio de proporcionalidad, a la luz de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, no existe correspondencia entre el bien jurídico definido en los artículos 1 y 3 de la precitada Ley (diversidad, tolerancia, respeto recíproco, paz, convivencia pacífica y tranquilidad pública), con una pena restrictiva de la libertad personal que puede alcanzar los veinte años de duración (esta última no es necesaria ni mucho menos proporcionada en sentido estricto, respecto a la tutela del antes

¹⁶⁰ Gaceta Oficial nro. 41.276, del 10 de noviembre de 2017.

mencionado bien jurídico). En la práctica, el término medio de dicha sanción (quince años de restricción de la libertad personal), se asemeja, cuantitativamente, al término medio de la pena asignada al delito de homicidio intencional simple, previsto en el artículo 405 del Código Penal¹⁶¹. Ahora bien ¿puede pensarse de la misma manera a quien promueve o incita al odio, que a quien mata intencionalmente a una persona? Apodóticamente la respuesta es no, puesto que el injusto que encierra la primera conducta (promover o incitar al odio), es muchísimo menor al de la segunda (matar dolosamente a otra persona). Una lesión a la diversidad, tolerancia, al respeto recíproco, a la paz, a la convivencia pacífica y la tranquilidad pública (bien jurídico del tipo penal de promoción o incitación al odio), nunca podrá ser de la misma gravedad que una afectación a la vida (bien jurídico del tipo penal de homicidio). Retumba así la sabia advertencia de Beccaria: “*Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no confrontarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja*”¹⁶².

Asimismo, Montesquieu¹⁶³ defendía, con especial ahínco, la justa proporción entre la pena y el crimen, resaltando la necesidad de que

“... las penas guarden la armonía que deben tener unas con otras; lo que importa es evitar más bien un delito mayor que otro menor, lo más dañoso para la sociedad que lo menos dañoso...”

(...)

... es un grave mal entre nosotros imponer la misma pena al salteador que roba en despoblado y al que roba y asesina. Evidentemente habría de establecerse alguna diferencia en la pena, por la seguridad pública”.

Por las razones antes expuestas, consideramos como violatoria del principio de proporcionalidad, a la pena asignada al delito contemplado en el artículo 20 de la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica

¹⁶¹ Conforme a la regla dosimétrica prevista en el artículo 37 de Código Penal, si sumamos el límite inferior de la pena asignada al delito de promoción o incitación al odio (diez años) con su límite superior (veinte años), se obtiene como resultado treinta años de prisión, el cual, dividido a la mitad, da como resultado quince años de prisión. Ahora bien, si sumamos el límite inferior de la pena asignada al delito de homicidio intencional simple (doce años) con su límite superior, también obtenemos treinta años prisión, el cual, dividido entre dos, arroja como resultado quince años de prisión!

¹⁶² C. Beccaria: “*De los delitos...*” *op. cit.* p. 42.

¹⁶³ Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*. Décima segunda edición. México. Editorial Porrúa. 1998, p. 61.

y la Tolerancia, ya que dicha sanción no se corresponde, en modo alguno, con la gravedad del injusto intrínseco a esa figura punible.

IX. *El principio ne bis in idem*

El principio *ne bis in idem* también posee una gran relevancia para el análisis de la constitucionalidad de la Ley penal. Se encuentra recogido en el artículo 49.7 de la Constitución, el cual dispone que “*Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente*”.

Se trata de una prohibición, cuyo contenido puede sintetizarse de la siguiente forma: Nadie puede ser penado ni procesado dos veces por el mismo hecho y con el mismo fundamento¹⁶⁴.

Un antecedente importante de la implementación de este principio en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes penales, lo encontramos en la sentencia dictada, el 14 de octubre de 1997 (expediente nro. 0251), por la extinta Corte Suprema de Justicia -en Pleno-, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, por considerarla contraria al entonces artículo 60.8 de la Constitución de 1961. En dicha sentencia, se estableció lo siguiente:

*“Así, en el literal g), antes reproducido, se cataloga como maleante a quien haya sido condenado dos o más veces por delitos contra la propiedad. Como hipótesis de trabajo, podría ocurrir que un sujeto, después de haber cumplido la pena correspondiente a tales delitos, fuera objeto de determinada medida de seguridad, la cual, como ya se señaló, es de contenido sancionatorio. Ello, a juicio de la Corte, resulta incompatible con lo dispuesto en el ordinal 8° del artículo 60 de la Constitución, en cuyo texto se establece: **“ARTICULO 60.-** La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: 8° Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente”.*

La contrariedad con el ordinal 8° del artículo 60, deriva del hecho por el cual, entre las medidas de seguridad aplicables a quien haya sido condenado dos o más veces por delitos contra la propiedad, se encuentran aquellas que son privativas de la libertad. Podría ocurrir, y de hecho ocurre, que quien hubiese ya cumplido las condenas

¹⁶⁴ J. Núñez: “*El principio...*”. *op. cit.*, p. 213.

correspondientes a los delitos perpetrados, fuere luego objeto de medida de seguridad que le privase nuevamente de su libertad, con lo cual se vería burlada la mencionada disposición contenida en el ordinal 8° del artículo 60 del vigente estatuto constitucional venezolano. Así se incurre en flagrante violación del principio penal "Nullum Crimen Sine Lege" y también se sanciona por antecedentes, vulnerando el axioma universal de "Non bis in idem".

(...)

De la misma manera, de aplicarse medida de seguridad en el supuesto examinado, resultaría vulnerado lo dispuesto en el ordinal 8° ejusdem, pues se volvería a condenar -aun cuando no judicialmente- a un sujeto ya castigado, por los mismos hechos por los cuales le fue aplicada dicha condena. El mecanismo por el cual el procedimiento para la aplicación de la medida de seguridad no sea formalmente un juicio, no deja de ser óbice para considerar que, en realidad se está aplicando nuevamente determinada medida de contenido sancionatorio a quien ya cumplió su condena, lo cual es a todas luces inconstitucional. Así se declara”.

Ahora bien, desde una perspectiva material o sustantiva, el principio *ne bis in idem* implica que ninguna persona puede ser penada o castigada dos veces por el mismo hecho¹⁶⁵. Con ello se busca neutralizar cualquier pretensión de reiteración punitiva por parte del Estado, entendida como un doble reproche o gravamen punitivo en perjuicio del ciudadano mediante una duplicidad de sanciones¹⁶⁶.

Según Zaffaroni, este principio puede violentarse en las siguientes hipótesis:

A. Imposición acumulativa de sanciones administrativas y penales

Aun y cuando a las sanciones administrativas se les pretenda sustraer el carácter de pena, debe reconocerse que sí tienen tal carácter, ya que, al igual que las sanciones penales, importan un ejercicio del *ius puniendi* que implica un dolor o un sufrimiento para la persona, encontrándose su fundamento en las leyes penales latentes, es decir, aquéllas a través de las cuales el Estado pretende colar

¹⁶⁵ J. Núñez: “El principio...”. *op. cit.*, p. 214.

¹⁶⁶ J. Núñez: “El principio...”. *op. cit.*, p. 214.

de forma solapada el poder punitivo, a diferencia de las leyes penales manifiestas (por ejemplo, el Código Penal), en las cuales es ejercido de forma expresa¹⁶⁷.

Entonces, en aquellos casos en que una Ley establezca acumulativamente para la misma infracción: *a)* Dos sanciones penales; o *b)* Una sanción penal y una sanción administrativa; o *c)* Dos sanciones administrativas, se vulnerará el principio del *ne bis in idem*, y deberá, por ende, ser objeto del control concentrado o del control difuso de la constitucionalidad¹⁶⁸.

B. La reincidencia

La agravante de reincidencia, prevista en los artículos 100 y siguientes del Código Penal, es susceptible de ser considerada como violatoria de la prohibición de doble punición, toda vez que el *plus* de poder punitivo que ella implica, se fundamenta en un delito que ya ha sido penado¹⁶⁹. Es decir, ella habilita el ensanchamiento del poder punitivo, a través del aumento de pena, en razón de un hecho anterior por el cual el ciudadano ya ha sufrido los embates de aquél¹⁷⁰.

X. Principio de igualdad

Uno de los grandes aportes de la Constitución de 1999, es que no basta que se nos declare libres e iguales, sino también que, sustancialmente, el Estado tiene el deber de procurar esa libertad e igualdad, mediante la realización efectiva y material de los derechos fundamentales¹⁷¹. La base normativa de este principio, la encontramos en los artículos 2 y 21 (numerales 1 y 2) de la Carta Magna. Bajo este paradigma, deben tomarse en cuenta las condiciones sociales del sujeto a quien el sistema penal juzga¹⁷². Los aspectos antes relatados, tienen indudables incidencias en orden a la limitación del ejercicio del poder punitivo, y especialmente, el habilitado a través de la legislación penal.

En este sentido, la Sala Constitucional, en su sentencia nro. 266, del 17 de febrero de 2006, estableció que el principio de igualdad normativa constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo.

¹⁶⁷ E. Zaffaroni: “Manual...”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁸ J. Núñez: “El principio...”, *op. cit.*, p. 218.

¹⁶⁹ E. Zaffaroni: “Manual...”, *op. cit.*, p. 769.

¹⁷⁰ E. Zaffaroni: “Manual...”, *op. cit.*, p. 769.

¹⁷¹ J. Rosell: “El Estado...”, *op. cit.*, p. 50.

¹⁷² J. Rosell: “El Estado...”, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

Asimismo, en dicha decisión se indicó expresamente, que la violación del principio de igualdad por una Ley, acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad de ésta. Al respecto, la Sala indicó lo siguiente:

“... con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad”.

Tal como señalamos anteriormente, el principio de igualdad tiene una dilata relevancia en el ámbito del Derecho penal. Sobre ello, advierte Rosell que si en una democracia formal se parte de que todos somos iguales ante la Ley, sin embargo, en una democracia social, que debe considerar la interacción entre la sociedad y el individuo, se concluye que, desde una perspectiva realista, no todos somos iguales ante aquélla. Afirma dicho autor, que el sistema penal es altamente selectivo, apuntando su batería contra las capas sociales más débiles¹⁷³. Así, no se puede exigir igual deber jurídico a personas diferentes, y menos aun a personas que no tienen a su disposición las condiciones que les posibiliten cumplirlo¹⁷⁴. En atención a ello, el citado autor hace hincapié en el deber del legislador penal debe tomar en cuenta tal desigualdad, como sería, por ejemplo, ampliando los espacios para la aplicación del principio de oportunidad, y en consecuencia, dejando fuera aquellos hechos donde aparezca innecesaria la aplicación del poder punitivo del Estado¹⁷⁵.

En Venezuela, han sido varios los casos en que el Poder Judicial ha ejercido el control concentrado de la constitucionalidad sobre leyes penales, por considerarlas contrarias al principio de igualdad. Tenemos por ejemplo, la sentencia del 5 de marzo de 1980, dictada por la extinta Corte Suprema de

¹⁷³ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 59.

¹⁷⁴ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 60.

¹⁷⁵ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 59.

Justicia -en Pleno-, en la cual se declaró la nulidad del artículo 421 del Código Penal vigente para ese momento¹⁷⁶, el cual le confería un tratamiento beneficioso al hombre considerado reo del delito de uxoricidio por causa de honor, no así a la mujer. Igualmente, otro precedente importante en esta materia es el establecido en la sentencia dictada por ese mismo órgano judicial el 29 de junio de 1999, mediante la cual se declaró la nulidad parcial por inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal vigente para ese momento¹⁷⁷, que condicionaba la procedencia de la imdenización civil en los casos de seducción, violación o rapto, a que la víctima fuere soltera o viuda, y en todo caso, honesta. En criterio de la Corte Suprema de Justicia, esta disposición del Código Penal también era contraria al principio de igualdad.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 738, del 11 de agosto de 2016 declaró nulos los artículos 394 y 395 del vigente Código Penal¹⁷⁸, que penalizaban el adulterio. En este último fallo, la Sala estimó que tales normas penales eran repugnantes a los principios de igualdad, no discriminación y dignidad humana, puesto que el tratamiento penal dispensado al hombre adúltero era más beneficioso que el previsto para la mujer adúltera.

En definitiva, toda Ley penal que irrespete el contenido del principio de igualdad, será ilegítima, y por tanto, procederá su declaratoria de nulidad, por vía del control concentrado o el control difuso, según sea el caso.

XI. La prohibición de la pena de extrañamiento del territorio de la República

Por último, y no menos importante, tenemos el principio reconocido en el artículo 50 (único aparte) de la Constitución, el cual proscribía la pena de extrañamiento del territorio de la República. Dicha disposición indica, textualmente, lo siguiente: “*Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas*”. Dentro de la noción de “acto del Poder Público” están comprendidos, lógicamente, las leyes dictadas por la Asamblea Nacional.

Ahora bien, debe recalcarse que, desde el punto de vista subjetivo, tal prohibición protege, única y exclusivamente, a los ciudadanos venezolanos. Por argumento a contrario, consideramos que sí serán conformes a la Constitución, las Leyes que dispongan la pena de extrañamiento del territorio nacional contra los extranjeros, por la comisión de algún hecho punible previsto en nuestra legislación penal. Así tenemos, por ejemplo, el artículo 178.2 de la vigente Ley

¹⁷⁶ Gaceta Oficial nro. 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

¹⁷⁷ Gaceta Oficial nro. 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

¹⁷⁸ Gaceta Oficial nro. 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005.

Orgánica de Drogas, cuyo texto establece la pena accesoria de expulsión del territorio nacional, cuando se trate de extranjeros o extranjeras, siendo que esta pena se ejecutará una vez que el reo haya cumplido la pena principal.

En consecuencia, será inconstitucional toda Ley que autorice la imposición de dicha pena (sea como principal o como accesoria) contra ciudadanos venezolanos. Por mayor razón, será inconstitucional toda decisión judicial o acto administrativo que viole la precitada prohibición.

XII. Conclusiones

Los principios del Derecho penal constituyen límites al legislador, y por tanto, al ejercicio del poder punitivo del Estado. Son principios de gran importancia en orden a evaluar la constitucionalidad de una Ley penal en sede de jurisdicción constitucional. La consolidación de tales aspectos, ha sido uno de los aportes de la Constitución de 1999.

Dentro del principio de legalidad se ubican la exigencia de reserva legal, según la cual los delitos, faltas y penas sólo pueden crearse mediante una Ley dictada por el Poder Legislativo Nacional, y concretamente, mediante Ley orgánica. Las normas en blanco serán inconstitucionales, cuando la norma remitida posea rango sublegal. El subprincipio de irretroactividad impide la aplicación de la Ley penal a hechos cometido con anterioridad a su entrada en vigencia, salvo que beneficie al reo. Por último, el mandato de taxatividad demanda que la descripción de las figuras punibles en la Ley debe ser lo más clara posible, impidiendo también la utilización de la analogía en perjuicio del reo. Sin embargo, la analogía *pro reo* no está reñida con este último subprincipio. Un ejemplo de ello, es la legítima defensa de terceros.

Otro principio fundamental es el de culpabilidad, que a su vez contiene una serie de implicaciones, a saber, la responsabilidad por el hecho, la intrascendencia de la pena, la exigencia de dolo y culpa y la garantía de imputación personal. El artículo 3 de la vigente Ley Penal del Ambiente es contrario al principio de culpabilidad, y por tanto, inconstitucional. Lo mismo cabe afirmar respecto de la agravante de reincidencia prevista en los artículos 100 y siguientes del Código Penal.

El principio de lesividad significa que sólo es legítimo el castigo de conductas que afecten gravemente bienes jurídicos. En razón de éste, los casos de insignificancia no deben ser punibles.

El principio de humanidad proscribe el establecimiento de penas crueles, inhumanas o degradantes, entre las cuales se cuentan la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas privativas que excedan los treinta años de duración, así como la lapidación, amputación de miembros y marcas en la piel, entre otras. Este principio se extiende a la fase de ejecución de la pena.

Constitución y principios penales: los límites al legislador en la creación de los hechos punibles y las penas

El principio de proporcionalidad exige que la pena sea proporcional a la gravedad del hecho, para lo cual debe apelarse a los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La pena asignada al delito de promoción o incitación al odio, previsto y sancionado en el artículo 20 de la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, viola el principio de proporcionalidad, y por tanto, es inconstitucional.

El principio *ne bis in idem* se traduce en que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho. La agravante de reincidencia también viola este principio.

Otro principio de suma importancia para la limitación del poder punitivo es el de igualdad, el cual obliga al legislador a reconocer la selectividad del sistema penal, al momento de definir los hechos punibles y las penas.

Por último, y no menos importante, está la prohibición de la pena de extrañamiento del territorio nacional. Este principio sólo protege a los ciudadanos venezolanos, no a los extranjeros.

Tratamiento de las pruebas digitales en un escenario into-post pandémico

Ana Gabriela Ojeda Caracas

Sumario

- I. Introducción
- II. La prueba digital como elemento de hecho disruptivo en la nueva forma de probar
- III. Principio de equivalencia de las pruebas digitales y la Convención Interamericana de Comercio Electrónico
- IV. Inexistencia de las pruebas digitales en la legislación venezolana: Zona gris
- V. Eficacia y valor probatorio de las pruebas digitales
- VI. Alternativas para preservar evidencias digitales en tiempos de COVID-19
 - A. Preconstituir la prueba en Notarias (Saren)
 - B. Exportar Chats (Caso Whatsapp)
- VII. Conclusiones

I. Introducción

La Sociedad de consumo e información avanza vertiginosamente en el campo tecnológico, los cambios han sido notables e indiscutibles desde la aparición del correo electrónico en el año 2000. En el universo jurídico los mayores avances tecnológicos para los abogados eran la actualización de software de windows, paquetes de office y la aparición de smartphones, tablets o laptops ya que históricamente la profesión se mantuvo distante del uso de la tecnología para resolver problemas legales, por la creencia de que las actividades profesionales de los abogados se encontraban estrictamente ligadas a un riguroso proceso físico-mental que no requería la intervención de tecnologías de la información y la comunicación.

Latinoamérica adecuó (2001 en adelante) en sus legislaciones el reconocimiento de plena validez procesal a los mensajes de datos y a la firma electrónica, lo que supuso un histórico avance posiblemente el antecedente más claro de la inserción de las tecnologías de la información y la comunicación en el derecho, como consecuencia de la adopción de la Ley modelo de la CNUDMI¹ (Comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional) sobre comercio electrónico.

¹ Ley modelo de la Cnudmi sobre comercio electrónico (texto adoptado por la CNUDMI en su 29º periodo de sesiones 28 de mayo-14 de junio de 1996)

A pesar del reconocimiento de las firmas electrónicas y mensajes de datos por parte de la CNUDMI y los avances legislativos de la región, la innovación procesal en materia de pruebas digitales, no generó cambios notables a corto plazo ya que los abogados seguían utilizando medios probatorios tradicionales (documentos, experticia, testigos, declaraciones) para acreditar ante los juzgados su verdad procesal, haciendo de las pruebas electrónicas una realidad poco frecuente.

Pero ese escenario poco frecuente, por su falta de regulación en Latinoamérica y específicamente en Venezuela se ha revertido abruptamente por un hecho de fuerza mayor, como lo es la crisis originada por el covid-19 que trae al escenario jurídico de nuestro país el debate sobre los juicios telemáticos, siendo que habían transcurrido un promedio de seis (6) meses desde que fuere decretado por el primer mandatario de la República, el Estado de alarma nacional² en el que se suspendieron la mayoría de las actividades inherentes a la función pública, entre esas el funcionamiento de las distintas jurisdicciones ordinarias con sus debidas excepciones³.

Razón por la que podemos afirmar que en Venezuela el acceso a la justicia en época de pandemia se ha visto claramente limitado. Pero esta limitante no impide que surjan conflictos que requieren la intervención de los órganos administrativos y judiciales para su debida resolución, todo ello en virtud del acceso a la justicia, el derecho a la petición y la tutela judicial efectiva como derechos fundamentales reconocidos por nuestra carta magna de 1999 en su artículo 26⁴.

Sin embargo, muchos de estos nuevos conflictos, son el resultado de constantes intercambios de información personal, comercial o financiera, por medios electrónicos, que pueden derivar posteriormente en la necesidad de alguna de las partes involucradas, de hacer valer un derecho o una obligación, nacida virtualmente.

Y ese es precisamente nuestro caso de estudio: descifrar la forma en la que los sujetos procesales pueden dar eficaz tratamiento a las pruebas electrónicas en juicio, ante la notoria falta de regulación en materia de derecho

²Decreto de estado de alarma 4160 de fecha 13 de marzo de 2020. Gaceta oficial N° 6.519

³ Dentro de esas excepciones se encontraban el funcionamiento de la jurisdicción penal y la jurisdicción constitucional para ejercer la acción de amparo constitucional, de conformidad con resolución 001-2020 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, prorrogada en varias ocasiones.

⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N° 36.860 Extraordinaria de fecha 30 de diciembre de 1999 Artículo 26 “ Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.”

procesal electrónico en Venezuela y los obstáculos propios que devienen ante esta ausencia de regulación.

Este artículo pretende analizar y dar respuestas sobre un tema de absoluta importancia hoy en día: la posibilidad de obtener evidencia sobre situaciones que hubiesen acontecido durante el curso de una comunicación y convertirlo en medios probatorios que puedan ser aportados al proceso. Nos referimos a declaraciones de voluntad generadas en un contexto electrónico: Por ejemplo, adquisición de bienes y servicios, ofensas al honor o a la intimidad, amenazas, acuerdos traducidos en contratos electrónicos, despidos o renunciaciones (en el contexto actual del teletrabajo) entre otros. Que, ante eventuales desavenencias, deberán ser obtenidos en forma lícita e idónea, para posteriormente ser promovidos en juicio, so pena de carecer de validez procesal, por el incumplimiento de alguno de sus requisitos de formación y ser desechados por inobservancia de tales requisitos. Lo cual sucede con suma frecuencia en el contexto actual del litigio venezolano.

Finalmente se desarrollan dos ideas a la luz de la normativa procesal existente en Venezuela, que pueden resultar en mecanismos alternativos efectivos, que permitan obtener, promover, controlar, evacuar y valorar con meridiana claridad estos medios de prueba, hasta tanto no se legisle sobre esta materia.

II. *La prueba digital como elemento de hecho disruptivo en la nueva forma de probar*

El auge de las tecnologías de la información y su inserción en el derecho no es un “fenómeno” nuevo, pero si es bastante innovador por lo menos en Latinoamérica.

Uno de los temas de mayor connotación, derivado de la legislación sobre medios informáticos lo constituye el valor legal de las pruebas digitales, debido a que se continúa debatiendo sobre la forma de inserción de estos medios probatorios, la eficacia que tendrán según el cumplimiento de algunos requisitos de admisibilidad previa, los mecanismos de los cuales harán uso las partes en el proceso para controlarlas en virtud del derecho a la contradicción y control, así como la valoración probatoria que el *iusdicente* deberá otorgarles.

El coronavirus ha acelerado vertiginosamente un cambio de paradigma que venía gestándose con lentitud y que por la crisis covid-19 se está consolidando abruptamente, aun cuando la mayoría de los países de la región no se encontraban en disposición logística y operativa para digitalizar muchas áreas de la vida y en especial el derecho o en términos más sencillos “el acceso a la justicia”.

En los últimos meses de 2020, países como Argentina, Perú, Chile, Ecuador, Colombia y México, han previsto en sus sistemas normativos internos la

posibilidad de celebrar juicios telemáticos en su totalidad, vale decir desde la instrucción del expediente electrónico, la interposición de la demanda, notificaciones y citaciones por vía correo electrónico o whatsapp, así como la promoción o proposición de pruebas digitales y las tan controversiales videoconferencias en las que se celebran audiencias de mediación y juicio donde además se presentan o evacúan testigos a través de plataformas tecnológicas, siendo las más frecuentes: Zoom, Google Meet y Skype.

No cabe duda de que las personas se han vuelto altamente dependientes de las tecnología, debido a que la mayoría de las operaciones personales y comerciales, se realizan utilizando dispositivos electrónicos, un ejemplo de ello sería: consultar saldo bancario, solicitar y asistir a citas médicas, asistir a clases virtuales, adquirir bienes o servicios y un sinnúmero de operaciones cuya realización es posible gracias a la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el acontecer diario de la colectividad.

Lo anteriormente descrito, permite deducir que es bastante lógico pensar que las nuevas disputas de esta era 4.0 estarán relacionadas con el ecosistema de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y que por ende las nuevas formas de probar derechos y obligaciones será a través de estos dispositivos electrónicos: ya que serán estos los que contengan los hechos susceptibles de ser convertidos posteriormente en verdad procesal en el escenario judicial, con el propósito de resolver conflictos intersubjetivos. Y es precisamente en este punto donde surge la noción de prueba electrónica.

El Jurista español Sergio Carrasco Mayans en el *e-book* “La Prueba Electrónica Validez y Eficacia Procesal”⁵ define las pruebas electrónicas como: “La información de cualquier naturaleza en forma electrónica, que posea relevancia probatoria y que este archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.”

De tal definición, debemos extraer algunos elementos. Primeramente el jurista señala que la información puede ser de cualquier naturaleza, en ese sentido se debe entender que las pruebas digitales, no están supeditadas a un tópico particular sino que por el contrario poseen un amplio rango, pudiendo abarcar todo tipo de información. Por otra parte respecto a la relevancia probatoria que pueda tener la información archivada en un soporte electrónico, la misma será consecuencia del contenido de la misma, es decir, será la parte interesada quien inicialmente determinará si la información reviste carácter probatorio, en otras palabras, el interesado en probar un hecho, declaración o situación deberá ponderar la pertinencia o no de la prueba, es decir, si la

⁵ Mayans, Sergio «La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica» Ebook La Prueba Electrónica Validez y Eficacia Procesal. Editorial Juristas con Futuro. Disponible en www.juristasconfuturo.com Octubre 2016 Acceso: 15 de septiembre de 2020

información contenida dentro de ese formato o soporte electrónico, guarda relación respecto a lo que se pretende probar.

Seguidamente, el citado autor indica que esta información estará archivada en un soporte electrónico. ¿Pero qué se debe entender por soporte electrónico? A tal efecto INCIBE⁶ (Instituto nacional de ciberseguridad español) señala que: “Cuando hablamos de soportes de información nos referimos a todos aquellos dispositivos que permiten almacenar información en formato electrónico y que en general son fáciles de transportar” pudiendo insertar dentro de esta definición los ampliamente conocidos: discos duros, cintas o discos de seguridad, unidades usb, tarjetas de memoria como *sd* o *micro-sd*, discos ópticos como cd o dvds y en general cualquier otro que tenga la posibilidad de almacenar y transportar información electrónica.

Por último, señala el autor que la información debe constar en un formato determinado que sea susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Tal como se señaló anteriormente, existen multiplicidad de formatos electrónicos (usb, cd, tarjetas de memoria, entre otros) siendo la condición de la identificación, determinante al momento de promover en juicio una prueba digital ya que el poder atribuir efectivamente la emisión o recepción de un mensaje de datos a una persona, constituye uno de los requisitos indispensables para la formación efectiva de estos medios probatorios, sin el cual carecerían de autenticidad y consecuentemente de validez procesal.

Ahora bien, cuando analizamos el estudio de la regulación normativa de las pruebas digitales en América Latina por provenir de una misma influencia (Ley CNUDMI para el comercio electrónico) se evidencia como las distintas normas procesales indican que no se puede restar efectos jurídicos a la información que esté en forma de mensaje de datos. Regulación hecha casi en forma unánime dado que en casi todos los países de Latinoamérica se integró la noción del mensaje de datos y la firma electrónica en forma cuasi-exacta; con similares requisitos de validez, mismo alcance probatorio y similar valoración que deben tener ante un eventual órgano administrador de justicia y es por ello que la obtención, promoción, control y valoración de estos medios de prueba, deberá hacerse siguiendo las reglas contenidas en la legislación internacional (Ley CNUDMI para el comercio electrónico) así como las disposiciones contenidas en las normas venezolanas que en próximos capítulos se analizarán.

⁶ Instituto nacional de ciberseguridad (Incibe) “Los soportes de información” España. Disponible en <https://www.incibe.es>. 2018 Mayo. Acceso: 8 septiembre de 2020

III. Principio de equivalencia de las pruebas digitales y la Convención Interamericana de Comercio Electrónico

Luis Cova Arria, Jurista y catedrático venezolano, destaca que con este principio, la comisión de la naciones unidas para el comercio electrónico pretendió que ciertos requisitos exigidos de los documentos tradicionales, pudieran ser suplidos en el mensaje de datos⁷ y principalmente referidos al contenido del mensaje, destacando entre ellos: la inalterabilidad, la posibilidad de reproducción para las partes contratantes, la posibilidad de autenticación con firma y la viabilidad de poder ser presentado el mensaje ante las autoridades judiciales, este último presupuesto de corte fundamental para las personas naturales o jurídicas partes de una negociación.

La Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico establece en su artículo 5 qué: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”

El pre-citado artículo es la génesis que da fundamento a la valoración probatoria que los jueces deben otorgar a las pruebas electrónicas, ya que no se debe negar efectos jurídicos a una prueba presentada en formato electrónico (previo cumplimiento de algunos requisitos). Este fundamento es reproducido por el legislador venezolano quien señala en la exposición de motivos de la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas⁸ específicamente en el aparte de los principios:

*Entre los principios que guían al Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, destacamos los siguientes: 1) **Eficacia Probatoria.** A los fines de otorgar la seguridad jurídica necesaria para la aplicación del Decreto-Ley, así como la adecuada eficacia probatoria a los mensajes de datos y firmas electrónicas, en el artículo 4° se atribuye a los mismos el valor probatorio que la Ley consagra para los instrumentos escritos, los cuales gozan de tarifa legal y producen plena prueba entre las partes y frente a terceros de acuerdo a su naturaleza. Asimismo, todo lo concerniente a su incorporación al proceso judicial donde pretendan hacerse valer, se remite a las formas procedimentales reguladas para los medios de pruebas libres, contenidas en el artículo 395 del Código de*

⁷ Luis Cova Arria, «Ley modelo de la Cnudmi para el comercio electrónico», Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas N° 04 Universidad Central de Venezuela, Caracas (1997): Pag6.

⁸Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas N° 1204 de fecha 10 de febrero de 2001. Gaceta oficial N° 37.076

Procedimiento Civil. De esta forma, ha sido incorporado el principio de equivalencia funcional, adoptado por la mayoría de las legislaciones sobre esta materia y los modelos que organismos multilaterales han desarrollado para la adopción por parte de los países de la comunidad internacional en su legislación interna.

Inicialmente se manejó la teoría de que las pruebas electrónicas, serían reconocidas como medios de prueba en los ordenamientos jurídicos internos por vía legislativa y que el problema sería fácilmente resuelto, pero esta actualización no llegó con la prontitud requerida y siendo que no existe este medio de prueba taxativamente dentro de la legislación venezolana, se genera un obstáculo al promoverlas en juicio, ya que a la luz de los principios y postulados de la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas para que se reputen como eficaces se deben revestir de otro medio de prueba como lo es la experticia informática que valide la integridad del mensaje de datos, dado que el mismo es regulado como una prueba documental tradicional, si no es autenticada por los métodos específicos.

La guía para la incorporación al derecho interno de esta ley modelo, intentó sustentar la idea de que la documentación contenida en formato electrónico podía ofrecer un mayor grado de fiabilidad. Pero esta idea 24 años después luce un tanto etérea por la notoriedad de las vulnerabilidades propias de las pruebas digitales ya que estos medios probatorios requieren de un mayor esfuerzo en cuanto a medidas de autenticación y ciberseguridad, por lo altamente volátiles y fácilmente modificables que resultan ser.

IV. Inexistencia de las pruebas digitales en la legislación venezolana: Zona gris

En Venezuela hasta la fecha no existe una legislación en materia procesal-electrónica; es decir, no se ha reconocido ni incluido en el ordenamiento jurídico positivo la prueba digital como instrumento procesal, lo cual representa muchas veces un obstáculo para las partes a la hora de demostrar situaciones de hecho acaecidas en ecosistemas electrónicos.

La anterior situación aleja a Venezuela de una realidad que hoy por hoy es mucho más global que local y en la que países como España, Colombia, Brasil, Argentina, México, Brasil entre otros, exhiben importantes avances tanto legislativos como jurisprudenciales. Sin embargo, una de las ventajas propias de nuestro ordenamiento jurídico es el carácter progresivo y dinámico del mismo, en el entendido de que se va moldeando a las nuevas circunstancias sociales según corresponda. Prueba de ello es que las pruebas digitales, no se encuentran expresamente prohibidas, razón por la cual jueces y abogados han encontrado en

las denominadas “pruebas libres” un mecanismo subsidiario para incorporar a un proceso, declaraciones y hechos contenidos en formatos o medios digitales.

En tal sentido resulta imperioso analizar cronológicamente las disposiciones normativas y reglamentarias y jurisprudenciales en Venezuela, que nos dan luces sobre el reconocimiento de las pruebas libres y que pueden abrir una ventana en la que las pruebas digitales sean procesalmente legales.

El código de procedimiento civil⁹ en lo sucesivo CPC (1990) establece en el artículo 395 el principio de la libertad probatoria según el cual:

Son medios de pruebas admisibles en juicios aquellos que determina el código civil, el presente código y otras leyes de la república. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el código civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez.

En el artículo *ut supra* señalado, el legislador abre la posibilidad a los sujetos procesales para que puedan utilizar cualquier medio que consideren conducente a la probanza de sus argumentos, y es precisamente lo que conocemos como el principio de la libertad probatoria, según el cual la ley no impone determinado medio de prueba para acreditar determinada situación, sino que las partes tendrán la posibilidad de elegir el medio probatorio que mejor se adecue a su necesidad, los cuales deberán aparecer reflejados en las leyes de la República o cualquier otro, siempre que no contrarié la ley venezolana. Es allí, donde aparecen las tan controversiales pruebas libres en las que podemos encuadrar las denominadas pruebas digitales; Sin embargo, a efectos de respetar la cronología enunciada, las analizaremos en próximos apartes.

Por su parte La Ley de datos y firmas electrónicas, en lo sucesivo LSMDDYFE (2001) supuso posiblemente uno de los avances más importantes en materia telemática- probatoria real en Venezuela, al reconocer por primera vez la eficacia de los mensajes de datos y firmas electrónicas.

De la exposición de motivos del referido instrumento vale la pena rescatar el siguiente extracto¹⁰: “En los últimos años esta evolución tecnológica ha revolucionado a nivel mundial las diferentes áreas del conocimiento y de las actividades humanas, fomentando el surgimiento de nuevas formas de trabajar, aprender, comunicarse y celebrar negocios”

⁹Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990).

La LSMDDYFE reproduce en su exposición de motivos parte de la línea motiva de la ley modelo CNUDMI sobre comercio electrónico, que básicamente exploraba la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas, pudiesen celebrar transacciones comerciales por medios tecnológicos, acortando distancias, ahorrando costos y preservando la posibilidad de utilizar como medios de prueba, los mensajes de datos y las firmas electrónicas devenidas en alguna operación realizada por vía telemática (para ese entonces correo electrónico).

En tal sentido señala el artículo 1º la LSMDDYFE lo siguiente:

El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

De la norma citada, vale la pena rescatar la expresión “y a toda información inteligible en formato electrónico independientemente de su soporte material” con lo cual es perfectamente factible utilizar como pruebas digitales según esta norma sustantiva, no solamente los datos contenidos en comunicaciones hechas a través de correos electrónicos, sino además cualquier dato, información o declaración realizada en cualquier dispositivo electrónico.

Por consiguiente, al realizar una operación analógica adaptando el anterior supuesto a las nuevas tecnologías de la información, se confirma la posibilidad de que no solo los chats de facebook, whatsapp, hangouts, skype, gmail entre otros, sino que además los comentarios hechos en plataformas como twitter o las declaraciones hechas en videoconferencias, pueden ser utilizados como medios probatorios en un proceso judicial, previo cumplimiento de unos requisitos de admisibilidad que garanticen la autenticidad de los mismos, la emisión y recepción o participación de las partes involucradas en la controversia, previa identificación, la inalterabilidad del mensaje de datos, la conservación del mismo y en consecuencia las garantías de derecho a la defensa y debido proceso a los sujetos procesales.

Si bien es cierto, que las pruebas digitales no se encuentran taxativamente reconocidas en la legislación patria, no es menos cierto que existen mecanismos para que las mismas sean promovidas, impugnadas, evacuadas, verificadas y valoradas en un proceso judicial, a través de las denominadas pruebas libres, posibilidad que viene dada por el dinamismo concebido en los artículos 395 del CPC y 1 de la LSMDDYFE, ya que al definirse la prueba digital como la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de

identificación y tratamiento diferenciado, tenemos que el mensaje de datos según la definición de la LSMDDYFE es claramente equiparable al concepto moderno y globalmente aceptado de prueba digital.

Seguidamente resulta imperioso analizar en este paseo cronológico lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Justicia en materia de pruebas libres:

Respecto a la forma idónea en cuanto a la promoción y producción de la prueba libre electrónica, la sentencia N° 769 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, (Caso: Distribuidora Industrial de Materiales, C.A., contra Rockwell Automation de Venezuela, C.A.), en fecha 24 octubre de 2007, estableció los requisitos para que las pruebas electrónicas tengan validez procesal:

Es evidente, pues, que el documento electrónico o mensaje de datos es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba. En razón a esta determinación, los documentos electrónicos no pueden ser exhibidos, por cuanto la manera en la cual son almacenados los datos electrónicos, impide que puedan ser presentados al juicio, pues ellos están en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa, razón por la cual se está frente a la necesidad de una experticia para verificar la autoría de los documentos que se emitan.

En cuanto al valor probatorio de las mismas, la sentencia N° 105 del 07 de marzo de 2018, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia reiteró que los mensajes de datos que se reproduzcan en juicio en formato impreso tendrán el valor probatorio de copias o reproducciones fotostáticas, desvirtuable por cualquier medio de prueba. De no ser impugnados debidamente, se tendrán por fidedignos. Específicamente ha establecido la máxima instancia de la jurisdicción civil del país:

De la norma antes transcrita se verifica que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que los documentos escritos, son considerados en cuanto a su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, una prueba libre y, se regirá conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, y una vez reproducido en formato impreso, se le da el valor probatorio de copias o reproducciones fotostáticas. En tal sentido, la Sala ha establecido que la información contenida en un mensaje de datos reproducida en un formato impreso, posee el mismo valor probatorio al que tienen las copias o reproducciones fotostáticas simples, así, debe entenderse su

eficacia probatoria, idéntica al tratamiento aportado por el legislador a los documentos privados simples, por lo que el mensaje de datos impreso tendrá la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y su contenido podrá ser desvirtuado a través de cualquier otro medio de prueba regulado de conformidad a lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual, al dársele la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y hallarse bajo las regulaciones previstas en el antes referido artículo, si las mismas no son impugnadas en la contestación de la demanda; dentro de los cinco (5) días siguientes de producida la contestación de la demanda, o dentro de los cinco (5) días siguientes de la promoción de pruebas, dichas copias o mensajes de datos se tendrán como fidedignas. En consecuencia no tendrán valor alguno si se acompañan en cualquier otra oportunidad y no son aceptadas expresamente por la otra parte. (Vid. Sentencia N° 274, de fecha 30 de mayo de 2013, expediente N° 2012-594, caso: Orión Realty C.A., contra Franklin Del Valle Rodríguez Roca).

De las pre-citadas jurisprudencias se evidencian los dos obstáculos más frecuentes al momento de la sustanciación de las pruebas electrónicas en un proceso judicial: Uso de técnica inadecuada en la promoción y la valoración que les otorga el juez (depende entre otras cosas de la forma de promoción y de las reglas de la sana crítica)

Respecto a la técnica inadecuada en la promoción de estos medios, la misma se configura cuando la parte interesada en introducir al proceso (por ejemplo) una conversación sostenida en alguna aplicación de mensajería instantánea, se limita a producir impresiones de la conversación sin el debido señalamiento y solicitud de experticia técnica sobre el dispositivo electrónico que ha servido como emisor o receptor del mensaje de datos.

Se debe tener en cuenta que en muchos procedimientos judiciales estas pruebas han sido desechadas por entenderse que los contenidos no han sido reconocidos por la parte a quien se le opone o porque no se han practicado sobre los mismos prueba pericial informática que acredite su autenticidad, envío y recepción. De manera que la única vía para hacer valer dicha prueba si la otra parte no reconoce su existencia, es por medio de una experticia informática. Y a tal efecto, lo correcto sería que las partes interesadas en introducir al proceso un correo electrónico o alguna situación de interés procesal contenida por otro medio electrónico, promuevan en conjunto la impresión de la conversación y la solicitud de la práctica de experticia técnica, sobre el soporte donde se ha generado el intercambio de información.

Experticia que encuentra su pertinencia en la tutela de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, ya que cualquier persona que utilice mensajería instantánea como whatsapp, facebook, messenger, gmail, incluso instagram, puede eliminar un mensaje y posteriormente hacer screenshot, ocultando así partes que podrían ser poco beneficiosas para ellos y modificando el contenido de la conversación, existiendo además la posibilidad de que a través de modernos programas de edición como adobe photoshop, se alteren o falsifiquen conversaciones que posteriormente pretendan ser atribuidas a alguna de las partes. Por ello y a los fines de preservar las garantías constitucionales de debido proceso y derecho a la defensa, las pruebas electrónicas deben ser objeto de experticia técnica.

Ahora bien, sobre el segundo obstáculo relativo a la valoración que les otorga el juez, usualmente esta depende de si la prueba ha sido promovida idóneamente y si el juez conoce la valoración que debe otorgarles, lo cual se debe presumir como cierto de conformidad con el principio de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), pero que en ocasiones los mismos yerran al valorar como pruebas digitales fidedignas a simples impresiones traducidas en copias simples.

Al realizar un ejercicio de hilación de la parte *in fine* del artículo 4 de la LSMDDYFE, con el artículo 429 del CPC el cual dispone que:

Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

Se puede concluir que los correos electrónicos o chats de whatsapp, facebook, instagram u otros, que se promuevan en formato impreso no son considerados por el legislador como pruebas digitales, sino copias o reproducciones fotográficas que pueden ser impugnadas por la contraparte. Y allí surge el segundo obstáculo en materia de pruebas digitales: la valoración que otorgará el administrador de justicia.

Respecto a la valoración que les da el juez, el abanico de opciones es muy amplio ya que si las mismas son promovidas correctamente, es decir: en formato impreso en conjunto con la solicitud de experticia técnica informática, dependiendo del dictamen del perito, el juez debería (no está obligado) a valorarlas como auténticas y válidas (o no). En cambio, si el promovente hace uso

inadecuado de las técnicas de promoción y se limita a aportar un simple correo o chat impreso, seguramente la contraparte la impugnará y el juez de la causa lo valorará como una copia simple, que al no ser ratificada, será desechada.

Siendo preciso señalar que en Venezuela el problema más que de regulación (que lo es), ha sido de interpretación por parte de los operadores de justicia y de los justiciables al momento de proponerlas como medios de convicción.

Visto lo anterior, es indispensable que todos los actores que hacen parte del sistema de justicia: jueces, secretarios, alguaciles, abogados y usuarios, puedan entender que un screenshot no es una prueba digital, a lo sumo puede equiparse con una copia simple (documento privado) de conformidad con lo dispuesto en la parte in fine del artículo 4 de la LSMDDYFE, según el cual: “La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.”

V. Eficacia y valor probatorio de las pruebas digitales

Por la misma complejidad y volatilidad de las pruebas digitales respecto a las pruebas documentales tradicionales: es decir la factibilidad de que las primeras puedan ser modificadas, alteradas, o destruidas, cosa que no sucede tan fácilmente con las segundas, es por lo que se han establecido algunos requisitos mínimos de validez de las pruebas digitales, con el fin de que los jueces puedan tener certeza de que su decisión está fundada en pruebas lícitas que no han sido modificadas a conveniencia de las partes en litigio garantizando así: el debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan los abogados en materia probatoria digital es que cualquier archivo (foto, vídeo, imagen, documento entre otros.) está sometido a una constante manipulación generando sobre la autenticidad de los mismos.

Cuando se aplica un filtro a una imagen o se utilizan programas de edición para cortar y reenviar una nota de voz o un video, se produce una modificación del archivo original y ¿de qué forma puede determinarse si una imagen, audio, video, documento, programa o carpeta ha sido o no manipulada? gracias a la función hash.

La función hash Según Kike Torne¹⁰ “Es un algoritmo criptográfico aplicado al archivo que nos interese garantizar, el cual nos dará como resultado una cadena alfanumérica única. El más mínimo cambio que pueda sufrir un

¹⁰ Kike Torne, «Hash: la función que nos garantiza la autenticidad del archivo », ATI Spain tips 8 de junio de 2017, acceso el 3 de octubre de 2020, <https://www.atispain.com/blog/hash-la-funcion-que-nos-garantiza-la-autenticidad-del-archivo/>

archivo, alteraría dicha cadena, dándonos como resultado una completamente distinta” y ese es el fundamento por el cual se hace imperante la intervención del experto informático, quien deberá a través de la prueba de experticia determinar si la función hash fue alterada o no, determinando así la veracidad e integridad del mensaje de datos.

Siendo la experticia informática de absoluta importancia para que la prueba digital pueda gozar de veracidad ante el juez, de manera que la contraparte no pueda (aunque quiera) hacer efectiva contradicción.

Existen algunos requisitos de estricto cumplimiento que dotan a las pruebas electrónicas de autenticidad, certeza y validez, lo cual será determinante en la fase probatoria. Dentro de esos requisitos, se deben señalar principalmente los que han sido establecidos por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en su artículo 9 cardinal 2:

Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Del tal postulado podemos extraer los requisitos necesarios para que a un mensaje de datos se le atribuya fuerza probatoria:

1. Fiabilidad: en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado; Esta fiabilidad está relacionada con la necesidad de demostrar que el mensaje de datos ha permanecido inalterable desde su envío y recepción.
2. Identificación de las partes: Referida a la a posibilidad de atribuir la emisión de un mensaje de datos a una persona natural o jurídica y la recepción del mismo a otra persona. Punto medular en materia probatoria digital ya que una de las defensas más comunes es negar la emisión o recepción del mensaje de datos.

Por su parte, la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas establece en el artículo 7, los requisitos que deben ser satisfechos para que los mensajes de datos gocen de eficacia probatoria:

Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información

contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un Mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

Tenemos entonces que el legislador venezolano sigue la línea normativa propuesta por la Ley CNUDMI sobre comercio electrónico y además añade un tercer requisito: la disponibilidad del mensaje de datos. Referida a la posibilidad de que el mismo pueda ser consultado posteriormente, por el hecho de que uno de los grandes inconvenientes que traen estos medios probatorios por su alta volatilidad es la pérdida o destrucción de los mismos y por eso en próximos capítulos se presentan dos mecanismos alternos, para sortear el referido obstáculo.

No obstante, no es prudente sostener que todo mensaje de datos tiene el mismo valor procesal de un documento físico que ha sido suscrito por las partes, ya que para que esta equivalencia sea efectiva y pueda generar efectos jurídicos a favor de la parte que los opone y en contra de la parte a quien se ha opuesto, el documento electrónico deberá permanecer: inalterable y accesible en el tiempo para su posterior consulta.

Tampoco significa lo anterior que todo mensaje de datos o documento electrónico tenga plena fuerza probatoria, pues al igual que con la prueba documental, deberán validarse los requisitos ya señalados.

En ocasión a las dudas sobre la forma correcta de promoción y su eventual valoración en un proceso, se considera pertinente tomar como referencia del derecho comparado, la jurisprudencia española¹¹, por ser España un país pionero en materia de derecho digital, específicamente sobre chats de aplicaciones donde han sentado importantes precedentes jurisprudenciales, entre esos el que a continuación se cita:

La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando

¹¹ STC 300/2015 Sala II del Tribunal Supremo Español de fecha 19 de mayo de 2015.

son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

El anterior criterio guarda similitud con lo dispuesto por el legislador venezolano en la ley de datos y firmas electrónicas, así como la practica reiterada en la que se promueve en forma conjunta la impresión del chat de whatsapp junto a la experticia técnica, donde además se pudiese agregar la posibilidad de que el juez entreviste a ambas partes (demandante y demandado) para formarse un mejor criterio sobre la prueba digital promovida.

VI. *Alternativas para preservar evidencias digitales en tiempos de COVID-19*

Lucas Paus¹² expresa sobre la necesidad de preservar las evidencias o pruebas digitales que:

En la actualidad nos desarrollamos en un mundo digital relativamente globalizado en donde los smartphones, servidores y computadores personales pueden ser víctimas de los más diversos ataques cibernéticos apuntados en contra de negocios, personas o instituciones. En muchas ocasiones y de la mano de la informática forense estos hechos son denunciados ante la justicia, en la cual se deberán presentar evidencias digitales que serán de gran ayuda la hora de esclarecer un ilícito.

Existe multiplicidad de mecanismos adoptados globalmente para el manejo de pruebas digitales. Es sabido que en Venezuela el tema parece estar en medio de una zona gris del derecho, por la falta de regulación explícita, sin embargo y tal como se disertó en el introito de este artículo, la suspensión parcial de las actividades judiciales no implica que los conflictos entre personas se hayan paralizado, por el contrario, han aumentado en gran forma producto del vertiginoso aumento¹³ de las transacciones, contrataciones e intercambios de tipo

¹² Lucas Paus «5 consejos para no invalidar la evidencia digital en análisis forense» We live security, 15 de febrero 2016, acceso el 5 de septiembre de 2020 <https://www.welivesecurity.com/la-es/2016/02/15/consejos-evidencia-digital-analisisforense/>

¹³ Paola Vargas, «Comercio electrónico ha crecido más de 300% en Latinoamérica durante la pandemia », Diario La República, 4 de mayo de 2020, acceso el 19 de

personal a través de medios electrónicos, por lo que se hace necesario preservar o conservar de alguna forma las declaraciones de voluntad, dichos y afirmaciones contenidos en dispositivos electrónicos.

Y es por esta necesidad de preservación de las pruebas electrónicas, ante el inminente riesgo de su desaparición, que se plantean como mecanismos alternos para su tratamiento en un escenario into-post pandémico, los siguientes:

A. Preconstituir la prueba en Notarias (Saren)

La noción de pre-constitución por aplicación analógica, encuentra sentido en la institución del retardo perjudicial, instrumento previsto en el artículo 813 del código de procedimiento civil (1982) el cual dispone: “La demanda por retardo perjudicial procederá cuando haya temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente”. Siendo ese temor, uno de los principales peligros a los que se enfrentan las partes que requieran utilizar pruebas electrónicas, es decir que las mismas desaparezcan.

El objeto de la demanda por retardo perjudicial es asegurar la vida de la prueba, de modo que esta no desaparezca por alguna circunstancia. En consonancia con el artículo citado, resulta interesante la postura del legislador patrio, quien establece la posibilidad de que se promueva “alguna prueba del promovente” es decir cualquier medio probatorio a excepción de la prueba de la confesión según lo dispone el artículo del 816 del mismo código. La competencia para conocer de este procedimiento será del juez de primera instancia del domicilio del demandado o el que haya de serlo para conocer del juicio en el cual se harán valer las pruebas a elección del demandante.

Surge entonces una alternativa ante la suspensión parcial de actividades judiciales: Si se requiere asegurar la vida de una prueba electrónica y el acceso al órgano jurisdiccional se encuentra parcialmente limitado ¿Puede el notario dar fe pública de algún hecho o declaración contenido en un dispositivo electrónico? ¿Está facultado para tal acto? A continuación, se darán respuestas a estas interrogantes, donde además se disertará sobre los motivos por los cuales se considera la posibilidad de preconstituir la prueba electrónica en notaría, a los fines de evitar su desaparición producto de una característica tan inherente a ella, como lo es la volatilidad.

septiembre de 2020, <http://www.larepublica.co/globoeconomia/e-commerce-ha-crecido-mas-de-300-en-latinoamerica-en-medio-de-la-pandemia-3000424>

A efectos argumentativos e ilustrativos, se considera pertinente traer como punto previo parte de la exposición de motivos de la Ley de Registros y Notariado¹⁴ en lo sucesivo LDRYDN (2014) la cual señala:

En este sentido, es necesaria la adecuación tecnológica, para proveer agilidad, certera y eficacia en todos los procesos que se verifican en las oficinas de registros y notarías, para garantizar en su conjunto seguridad jurídica a los sujetos que interactúan en sociedad tanto en materia civil como mercantil. El Sistema tradicional manual resultó ampliamente superado por avances tecnológicos de la digitalización. El manejo electrónico del documento, la firma electrónica y la base digital de datos, unidos a los conocidos trámites de traslado y habilitación, convergen en un servicio eficiente e idóneo para los usuarios y usuarias.

De la anterior cita, surge la primera interrogante: ¿Puede el notario dar fé pública de algún hecho o declaración contenido en un dispositivo electrónico? Si, tomando como referencia las disposiciones del artículo 68 de la LDRYDN:

Los notarios públicos son funcionarios del servicio autónomo de registros y notarías, que tienen la potestad de dar fe pública de los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos, indicando en este último caso los instrumentos mediante los cuales le otorga presunción de certeza al acto.

La parte in fine de este artículo establece la posibilidad de que el notario pueda dar fé pública de hechos o negocios con relevancia jurídica ocurridos por medios electrónicos, lo cual tiene un significado muy amplio, porque se pudiera integrar por vía analógica en esa definición, los correos electrónicos, chats, videoconferencias, entre otros y en el caso de que sea por vía digital, debe indicar los instrumentos por los cuales otorga presunción de veracidad a estos actos.

Siguiendo la exegesis del cuerpo normativo que regula la actividad de los registros y notarías en el país, se debe traer a colación, el título ii sobre la función notarial, específicamente el artículo 75, el cual resulta ser muy revelador al proscribir que:

Los Notarios Públicos o Notarias Públicas son competentes, en el ámbito de su circunscripción, para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: 1.

¹⁴ Ley de Registros y del Notariado N° 6.156 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Documentos, contratos y demás negocios jurídicos, unilaterales, bilaterales y plurilaterales.

Es decir la función notarial de dar fé pública, no se limita contrario a lo que se cree a certificar la celebración de un negocio jurídico bilateral (como es el caso de la cotidiana compra venta de vehículos) sino que de acuerdo a las disposiciones del artículo citado ut retro, el notario está facultado para certificar: documentos y más adelante señala en el mismo artículo “demás negocios jurídicos unilaterales” es decir, actuaciones que solo requieren la declaración de voluntad de una sola parte. Y visto, que no se especifica el tipo de documentos (físicos o electrónicos) en consonancia con el espíritu del legislador, quien en la exposición de motivos de la LDRYDN señala que: “siendo imprescindible la actualización de la Ley de Registro Público y del Notariado, para fortalecer la modernización y digitalización de los procesos registrales y notariales, garantizando la seguridad jurídica y los principios de legalidad y libertad contractual, mediante la publicidad registral y la fé pública”

Se puede inferir entonces que dentro de la categoría de documentos que pueden ser certificados por el notario público, se encuentran los documentos electrónicos. En consecuencia, corresponde dar respuesta la segunda interrogante:

¿Está facultado? Si, plenamente, al seguir la línea normativa del artículo 75 numeral 13 de la LDRYDN, el cual reza: “Los Notarios Públicos o Notarias Públicas son competentes, en el ámbito de su circunscripción, para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: 13. Transacciones que ocurran en medios electrónicos.”

Al concordar la anterior disposición con el artículo 80 de tal ley especial, cuyo contenido establece: “Las actas notariales son documentos que tienen por finalidad comprobar, a solicitud de parte interesada, hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurran en su presencia.” Se puede concluir en que en Venezuela, el notario público no solamente tiene la facultad de dar fé pública por medios electrónicos, sino que además puede dar fé pública de hechos, sucesos, situaciones, documentos, contratos y demás negocios jurídicos, unilaterales y transacciones que ocurran en medios electrónicos.

Habiendo analizado las disposiciones de la ley especial, hay espacio para una interrogante adicional: ¿Qué mecanismo se puede adoptar para preconstituir una prueba digital en notaria? en el entendido de que el notario no es experto informático y se hace indispensable asegurar tal preconstitución con el objeto de que la prueba no sea impugnada o tachada posteriormente en juicio por manifiesta incompetencia del notario.

Al ser un mecanismo inexistente en nuestra legislación por la falta de regulación procesal electrónica, se sugiere realizar lo siguiente:

1. Escrito dirigido al notario público de la Circunscripción donde el solicitante posee domicilio o donde se encuentra transitando al momento del surgimiento de los hechos con relevancia probatoria digital.
2. En este escrito la parte interesada hace una relación sucinta de los hechos que revistan connotación, bien sean de carácter personal, comercial o contractual, tomando como requisitos de forma por vía analógica los propios del artículo 340 del CPC.
3. En el mismo debe jurarse la urgencia del caso por la posibilidad de que la prueba pueda ser alterada o eliminada y a tales efectos la parte interesada debe solicitar la intervención en el acto donde se vaya a certificar la existencia de la prueba (conversación vía chats, notas de voz, declaraciones emitidas en redes sociales o videoconferencias) de un perito informático, cuyos honorarios serán honrados por el solicitante. Debiendo ser un perito designado exclusiva y excluyentemente por el notario y no por la persona interesada a los fines de preservar la imparcialidad en el dictamen.
4. Una vez el perito informático emita el respectivo dictamen sobre la experticia técnica realizada sobre el dispositivo electrónico, validando o no la autenticidad, no alterabilidad, e integridad de la prueba digital, el notario procederá a certificar la validez y existencia o no de la prueba, el contenido de la misma, el cual tuvo a su vista y fue ratificado por experticia técnica realizada por un perito informático, con acreditada experiencia. Expediendo de esta forma el acta notarial a la parte solicitante de la preconstitución de la prueba y conservando dos copias adicionales, una en el servidor del sistema y otra en el archivo de la notaria.

Uno de los aspectos que pudiese generar controversias sobre este mecanismo, es el alcance y la valoración que deberá dar el juez de la causa al acta notarial en el que se ha preconstituido esta prueba digital. Lo idóneo sería que a esta certificación se le atribuya el valor probatorio del sistema de pruebas tasado que el legislador otorga a los instrumentos públicos, pudiendo ser objeto de impugnación según los mecanismos de ley. En este caso correspondería la tacha de instrumento público por vía principal o incidental siempre que se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales del artículo 1380 del Código Civil Venezolano, siguiendo las normas procedimentales contenidas en los artículos 438 y 439 y SS del Código de procedimiento civil venezolano.

B. Exportar Chats (Caso Whatsapp)

Whatsapp es la red social de comunicación peer to peer con mayor cantidad de usuarios a nivel global, con unos 1800 millones de usuarios en promedio¹⁵, a través de la cual se adquieren bienes, servicios o se realizan contrataciones, que frecuentemente son objeto de controversia administrativa o judicial.

Este mecanismo de exportación del chat de whatsapp que se quiere promover, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. No archivar, ni modificar el chat de whatsapp que se desea promover, es decir: no se debe, bajo ninguna circunstancia eliminar mensajes contenidos dentro del chat ya que es fundamental preservar la integridad del mismo (es prudente recordar al lector, que producto de la función criptográfica hash, si se modifica el chat el perito lo va a notar y la prueba carecerá de validez al no ser autentica)
2. Aunque existen programas externos como “*Nero burner lite*” para exportar un chat de whatsapp, se recomienda realizar el proceso a través de los mecanismos que ofrece la misma app de la siguiente forma: a. Buscar la conversación que se desea promover. b. En la parte superior derecha de la pantalla se visualizan tres puntos, clicar. c. Aparecerá la opción “mas” seleccionarla y la app redirige a otra opción a “Exportar chat” d. Seleccionar “exportar chat” con lo que la app va a redigir para conservar íntegramente, el chat con audios videos, texto e imágenes. La aplicación da la posibilidad de resguardarlo en otros softwares, lo más recomendable es enviarlo a un correo o a la nube de google drive. Si se elige la opción de google drive, se recomienda proteger el archivo, bajo la modalidad “solo lectura” Finalizado, ya habremos exportado correctamente el chat y preservando la integridad del mismo.
3. Una vez que la exportación fue hecha con éxito, es momento de realizar un escrito dirigido al tribunal de la causa, en el que se señalara: a. Nombre y apellido de la parte promovente (el cliente) b. Nombre y apellido de la contraparte (a este efecto se deben plasmar los números telefónicos con los que se han intercambiado

¹⁵ Susana Galeano, «¿Cuáles son las redes sociales con más usuarios en el mundo 2020?», Marketing E-Commerce 3 de febrero de 2020, acceso el 11 de septiembre de 2020 <https://marketing4ecommerce.net/cuales-redes-sociales-con-mas-usuarios-mundo-2019.top/>

la mayoría de las comunicaciones entre los sujetos procesales) c. Método con el que se exportó el chat de whatsapp d. Hora y fecha en la que fue exportado el chat. f. Versión del sistema operativo del teléfono, por ejemplo, S.O Android 11.2 h. Solicitud al tribunal de la causa de la designación de un experto. (se recomienda la designación de un ingeniero en sistemas ya que son los más capacitados para determinar la veracidad e integridad de los chats)

4. Hasta que concluya la fase de evacuación de pruebas, es importante no borrar el chat desde el dispositivo donde se emitieron o recibieron los mensajes, ya que seguramente el perito hará una evaluación del dispositivo electrónico, conjuntamente con la experticia que se realizará al correo donde consta el chat que previamente se exportó (en el caso de que se haya elegido la opción de exportar a drive o alguna otra nube)
5. Si las pruebas que se requieren acreditar a través de whatsapp no son textos, sino por el contrario notas de voz: no se deben eliminar, recortar o modificar. Por la alteración que se produciría en la función hash, teniendo como consecuencia directa la invalidez de esa prueba por carecer del requisito de inalterabilidad.

La importancia de esta escrito que se aportará al proceso, bien sea con la demanda o por el contrario con la contestación de la misma, o en el lapso probatorio; Radica en que con la misma se busca generar un indicio en el juez de la causa, referido a que la prueba digital que se ha promovido no ha sido alterada sino que por el contrario se ha recabado con extremo cuidado. Lo que deberá ser analizado y confirmado por un perito informático.

En consonancia con las dos propuestas anteriores, que claramente son fórmulas alternativas para preservar y manejar las pruebas digitales en medio de esta situación, resulta imperativo difundir al público en general y orientar al operador de justicia sobre los medios ya existentes en la legislación venezolana para valorar y preservar pruebas digitales.

Siendo necesaria la urgente reforma en la legislación venezolana del código de procedimiento civil, del código de comercio y del código civil con el objeto de que normativamente se introduzcan no solo el concepto de prueba digital sino además la forma de obtención, promoción, contradicción, admisión, evacuación y valoración de las mismas, para que el uso de estos medios de prueba no sean actos discrecionales de las partes y hasta del mismo juez. Asegurando con ello la consolidación real del principio de libertad probatoria y de la adecuación del derecho a las nuevas realidades sociales sin dejar en estado de indefensión a las partes, por falta de regulación efectiva en materia probatoria digital.

VII. Conclusiones

La legislación venezolana no reconoce taxativamente el uso de los medios electrónicos siendo que en materia de procesos judiciales, el juez tendrá siempre que hacerse de los medios de prueba libre y acudir a la sana crítica para determinar que el intercambio de comunicaciones, transacciones, o cualquier declaración de voluntad realizada por medios electrónicos es o no válida.

Es imperativo que el legislador venezolano, otorgue taxativamente valor probatorio a las pruebas digitales en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede a libre criterio del jurisdicente o funcionario, la valoración que corresponderá a estos medios de prueba.

Para ello es necesario que en Venezuela se dilucide lo que es una necesidad y un deseo de todos los integrantes del sistema de justicia venezolano: la tan anhelada reforma al código de procedimiento civil. En la que entre otras cosas se regule la actividad probatoria digital, lo cual incluye la forma de promover, controlar, admitir, desechar, evacuar y valorar una prueba digital.

Esta reforma ha tenido ya dos “intentos” de ver la luz del día, primero en los años 2015 y 2016 en donde se difundió a la ciudadanía una propuesta para reformar el código de procedimiento civil. Cuya iniciativa no tuvo la acogida necesaria en el seno de la asamblea nacional y ahora del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil en fecha 14 de agosto de 2019 en sentencia N° RC.000397 donde se propuso la reforma del procedimiento civil establecido en la normativa adjetiva vigente (1982) con la propuesta de la creación del procedimiento civil único a los fines de hacerlo más dinámico, eficiente y efectivo. Han transcurrido más de catorce (14) meses, desde que fuera dictada la prenombrada sentencia.

Tal propuesta aún se encuentra a la espera del pronunciamiento de la Sala constitucional sobre su constitucionalidad o no y la eventual aprobación. Al no existir regulación sobre la reforma al código de procedimiento civil, la materia procesal digital en Venezuela seguirá siendo una zona gris en el derecho.

Hace apenas un par de meses, se produjeron dos alternativas: Una está ligada con la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia quien en resolución 003- 2020, donde se aprobó la implementación de la justicia digital en materia civil, con la creación de un plan piloto en los Estados Anzoátegui, Aragua y Nueva Esparta en los que se permite la interposición de nuevas causas a través de medios telemáticos, lo cual incluye: formación de expediente electrónico, citación, notificación, promoción, evacuación de pruebas, así como el respectivo dispositivo que sentencie la causa. Lo que ciertamente constituye un hito en la historia procesal digital venezolana, el cual se considera el primero de grandes avances que el sistema de justicia venezolano requiere dar en pro de

la transición definitiva hacia un nuevo mundo virtual, en el que la justicia este a un clic de distancia, en consonancia con la llamada *e-justice*.

Por otra parte, la Cámara de caracas del centro de arbitraje, ha elaborado un “reglamento para el manejo de procedimientos a través de medios electrónicos” en el que su exposición de motivos se lee:

Con el presente Reglamento se persigue permitir la celebración de audiencias y la presentación de escritos a través de medios electrónicos que posibiliten la sustanciación del procedimiento de que se trate y la comunicación efectiva, segura, rápida e inmediata entre las partes, los árbitros, el mediador, el personal del Centro de Arbitraje y los eventuales auxiliares de justicia, expertos, testigos expertos, testigos y peritos. La posibilidad de cumplir actuaciones a través de medios electrónicos no descarta la posibilidad de que su cumplimiento pueda realizarse a través de entrega en físico y la celebración de audiencias o actos presenciales.

En el presente Reglamento cuando se haga referencia a medios electrónicos no presenciales, se estará aludiendo a correos electrónicos, llamadas telefónicas, video conferencias por los sistemas conocidos como: Skype, Zoom, Microsoft Teams, Webex entre otros.

El reglamento prevé la posibilidad de un procedimiento mixto (presencial y electrónico) en el que se formara un expediente electrónico, se evacuaran pruebas testimoniales, documentales y periciales por medios electrónicos, y en general se sustanciara todo el procedimiento arbitral ordinario, por estos medios, siempre que las partes de mutuo acuerdo así lo acuerden.

Sin duda alguna, grandes avances en materia procesal digital para Venezuela, pero creemos que la vanguardia no debe supeditarse exclusivamente al sector privado o a una jurisdicción del poder judicial sino que debe extenderse a todas las jurisdicciones: civil, penal, laboral, protección de niños, niñas y adolescentes, agrario, tránsito, bancario, tributario, mercantil, contencioso administrativo y violencia contra la mujer, como garantía del derecho a la defensa de las partes y de la tutela judicial efectiva.

Tal como lo señala el título de la revista para la cual este artículo científico se postula (Derecho y sociedad): el derecho debe ir siempre de la mano de la sociedad, nunca en modo contrario.

En Venezuela es necesario reconocer la existencia y la importancia del derecho procesal electrónico: seguir ignorándolo no es ya una opción. Su desarrollo, regulación y aplicación es una labor impostergable que hasta el momento no ha sido asumida por los actores encomendados por ley (Asamblea nacional).

Hasta que suceda, los abogados, jueces, fiscales, defensores y sociedad civil deberán remar en esa dirección. No se trata de modismo, disrupción o innovación.

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

Andrea Carolina Olivares Hernandez

Sumario

- I. Introducción
- II. Consideraciones previas sobre la relación entre las normas del *ius cogens* y la inmunidad estatal
 - A. Alcance de la Inmunidad de jurisdicción de los Estados actualmente
- III. Casos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 - A. Caso Al Adsani vs. Reino Unido
 - B. Casos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 - i. Hechos de la causa
 - ii. Motivación del fallo del TEDH
 - C. Caso Kalogeropoulou y otros vs. Grecia y Alemania
- IV. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia “Inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Alemania vs. Italia-Grecia interviniente*)
 - A. Contexto histórico que dio origen al caso
 - B. Alegatos de las partes
 - C. Razonamiento de la Corte y motivación del fallo
 - D. Conclusiones del fallo
 - V. Conclusiones

I. Introducción

En los últimos años, han surgido nuevos e interesantes desafíos tanto para los doctrinarios como para los operadores jurídicos en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Pese a la innegable evolución que ha tenido esta figura, no son pocos los conflictos y contradicciones con los que deben lidiar actualmente los jueces, en la intrincada cuestión de desentrañar si media o no dicha excepción procesal, en un procedimiento incoado contra un Estado extranjero.

Quizás una de las encrucijadas más difíciles a las que se enfrentan los jueces contemporáneos es la de determinar la operatividad del principio de inmunidad estatal frente a violaciones graves de derechos humanos y más concretamente, de normas del *ius cogens* o del orden público internacional.

En este contexto nacen importantes interrogantes: ¿Existe un conflicto entre normas que ostenten la categoría de *ius cogens* y el principio de inmunidad de jurisdicción? ¿Deben prevalecer las normas de carácter imperativo frente a la inmunidad reconocida a los Estados? ¿Puede un Estado beneficiarse de

inmunidad aun en el escenario de haber cometido actos ilícitos o vulnerar tales normas?

Estos planteamientos han propiciado un férreo debate entre quienes tildan de injusto y contrario a la lógica jurídica, conceder inmunidad a un Estado que haya violado alguna norma del orden público internacional, por considerar dichos preceptos, inderogables y con un rango superior en la jerarquía de normas del Derecho Internacional y; aquellos que sostienen que la regla de inmunidad estatal, más que una costumbre, constituye una verdadera obligación internacional y, por tanto, cuando un Estado actúe en ejercicio de sus facultades soberanas e invoque su inmunidad, los demás deben reconocer la misma, sin mayores cuestionamientos.

Este panorama también genera dudas respecto al derecho de acceso a la justicia, pues el reconocimiento de la inmunidad estatal, tendría como efecto, impedir a las víctimas obtener una reparación acorde con la gravedad del derecho tutelado por las normas perentorias.

Todas estas cuestiones se resumen, en el fondo, en una única pregunta: ¿Hasta qué punto se extiende la inmunidad estatal en el caso de violaciones graves de las normas con carácter de *ius cogens*?

En las siguientes líneas nos proponemos analizar el alcance de la inmunidad de jurisdicción estatal en este supuesto. A tales efectos, expondremos los principales argumentos y criterios esbozados por la práctica judicial internacional en el tratamiento de dicha problemática. Nos concentraremos, en particular, en el caso “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado” (*Alemania vs. Italia-Grecia interviniente*) de la Corte Internacional de Justicia por ser el fallo más reciente a este respecto y, porque proporciona una solución a la aparente contradicción entre ambos cuerpos normativos.

Cabe precisar que, el examen general de la jurisprudencia internacional que realizaremos a lo largo de la investigación se circunscribe únicamente a los reclamos de naturaleza civil o acciones por reparación o indemnización presentadas ante la jurisdicción civil, excluyendo, en consecuencia, los reclamos que en el fondo persigan responsabilidad penal, aun cuando sabemos que, en el fondo, están íntimamente ligados. De igual forma, sobrepasa este estudio, el análisis de la inmunidad de jurisdicción de los altos funcionarios o representantes del Estado.

II. *Consideraciones previas sobre la relación entre las normas del ius cogens y la inmunidad estatal*

Uno de los aspectos más controvertidos actualmente, respecto de la inmunidad de jurisdicción soberana es el referido a la aparente tensión o

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

confrontación entre esta excepción procesal y las normas del orden público internacional, conocidas también como *normas del ius cogens*.

Durante las últimas décadas se ha venido desarrollando una contradictoria práctica estatal en la que como mínimo se cuestiona la operatividad ya no solo de la inmunidad de los jefes de Estado y personas asimiladas por actos realizados en el ejercicio de sus funciones sino de las mismas inmunidades estatales¹.

Tres son los factores principales que han motivado la aparición de este nuevo fenómeno: (i) el desarrollo de los derechos humanos, (ii) la creciente percepción de que la inmunidad representa un obstáculo para ejercer reclamos ante violaciones de tales derechos y, (iii) la creencia de que las normas que protegen los valores fundamentales gozan de un estatus superior en la jerarquía de preceptos que conforman el Derecho Internacional².

El auge de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, en general, sumado a la etapa incipiente en la que se encuentran los mecanismos para hacer valer esos derechos, ha traído como resultado, que las víctimas de las violaciones hayan comenzado a explorar otras vías con el fin de obtener reparación³.

En este sentido, Sánchez Legido⁴ ha señalado que, como consecuencia de las violaciones graves de Derechos Humanos, las víctimas han comenzado a ejercer, especialmente en países anglosajones, acciones civiles contra Estados extranjeros, amparándose a tal fin en regímenes de responsabilidad por hecho ilícito (*law of torts*), como vía alternativa, dada la ausencia o dificultad de otras vías basadas en el ejercicio de la jurisdicción universal penal para exigir responsabilidad.

Así, en su mayoría, las víctimas han optado por procedimientos civiles ante tribunales nacionales. Sin embargo, los esfuerzos para obtener reparación a

¹ Sánchez Legido, Ángel, "Ius Cogens", Inmunidad Soberana y Jurisdicción Extraterritorial: El asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 21 de noviembre de 2001, asunto Al-Adsani c. Reino Unido), en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 53 No. ½ (Enero-Diciembre 2001), op. cit., p. 324, pto. 9.

² Ver: Knuchel, Sevrine, State Immunity and The Promise of Jus Cogens, en: *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 9, Issue 2, 2011, p. 152. J. Int'l Hum. Rts. 149 (2011). Disponible en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol9/iss2/2>

³ *Ibidem*.

⁴ Sánchez Legido, Ius Cogens ..., op. cit., p. 324 ss.

nivel nacional se encuentran con otro obstáculo: la doctrina de la inmunidad soberana⁵.

En opinión de Knuchel⁶, ha crecido la percepción en la práctica judicial de que la inmunidad estatal es una barrera injusta para ejercer reclamos ante violaciones de principios fundamentales amparados por el Derecho Internacional. A su vez, esta percepción ha sido alimentada por el reconocimiento progresivo de un estatus superior de un número de normas internacionales consideradas con un peso normativo superior⁷, vale decir, las normas del *ius cogens*.

La noción de *ius cogens* se encuentra codificada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De conformidad con el artículo 53 de dicho instrumento, son aquellas normas perentorias aceptadas y reconocidas como tales por la comunidad internacional de Estados, las cuales no admiten acuerdo en contrario y solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Como rasgos principales de estas normas, se han identificado los siguientes:

1. El carácter de *ius cogens* implica que no pueden ser derogadas en ninguna circunstancia: A diferencia de otras normas internacionales, los Estados no pueden renunciar a éstas a través de un tratado o en la práctica⁸. Como consecuencia de su carácter perentorio, cualquier tratado o disposición que colisione con dicha norma, será nula⁹. Ello se ve reflejado en el artículo 64 de la mencionada Convención el cual establece que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado

⁵ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 152.

⁶ *Ibid.*, p. 153.

⁷ Según sostiene Giardino Mardini: “...En los últimos años, se ha vuelto común escuchar, entre especialistas del Derecho Internacional el siguiente argumento: la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens*, que las coloca en la cúspide de la pirámide normativa en el Derecho Internacional (DI), hace que prevalezcan por encima de toda norma no perentoria que contradiga sus disposiciones. Por consiguiente, si, por ejemplo, se da un conflicto entre la prohibición de cometer crímenes internacionales consideradas de *ius cogens* y las normas consuetudinarias sobre inmunidades, consideradas estas últimas normas ordinarias, prevalecerán las primeras sobre las últimas” Ver: Giardino Mardini, Giuliano, *Inmunidades vs. Jus Cogens: ¿existe realmente un conflicto normativo entre ambos cuerpos?*, en: *Agenda Internacional*, 14(25), 2007, pp. 89-130, especialmente p. 89.

⁸ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 152.

⁹ Giardino, *Inmunidades vs. Jus Cogens...*, op. cit., p. 105.

existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”¹⁰.

Por tal motivo, se ha afirmado en el contexto del Derecho Internacional Convencional que las normas perentorias tienen una jerarquía superior sobre cualquier otra norma internacional ordinaria, al punto de anular cualquier otra norma que no tenga el mismo estatus especial.

2. Se trata de normas que imponen límites materiales a los Estados para la protección de valores considerados importantes para la comunidad internacional¹¹. En tal sentido, funcionan como un mecanismo de control de las acciones de los Estados¹².
3. Para la Comisión de Derecho Internacional, un componente común de las normas del *ius cogens* es que involucran no solo reglas legales sino consideraciones morales y de buen orden internacional¹³.
4. Su operatividad no se reduce al Derecho de los tratados. Por tal razón, se puede violar una norma de esta categoría sin siquiera estar prevista en una Convención¹⁴.
5. La violación de una de estas normas implica responsabilidad del Estado involucrado por ofender los intereses de la comunidad de derecho internacional. Inclusive, se admite que otros Estados puedan extender su jurisdicción sobre aquel que cometió tales violaciones¹⁵.
6. No existe un catálogo de normas con tal estatus. Tal situación plantea dos dificultades. Por un lado, el hecho de que no exista en el Derecho Internacional ninguna norma que establezca como se determina cuando una norma ha alcanzado el estatus de *ius cogens* y; por otro, el hecho de que no queda claro si las consecuencias legales de estas normas se extienden más allá del contexto del Derecho de los Tratados¹⁶.
7. Si bien aún no existen parámetros claros para determinar que normas pueden encuadrarse en esta categoría, conviene precisar que existe consenso en que la prohibición de cometer crímenes

¹⁰ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 153.

¹¹ *Ibid.*, p. 153.

¹² *Ibidem*

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Giardino, *Inmunidades vs. Jus Cogens...*, op. cit., p. 105.

internacionales como la tortura, el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra han alcanzado dicho estatus¹⁷.

Lo anterior es reafirmado por Knuchel, quien expresa que, la práctica de los Estados y de las jurisdicciones internacionales ha identificado muchas normas con el carácter de perentoria, tales como: la prohibición de la tortura, la prohibición del genocidio, la prohibición del uso de la fuerza, entre otras¹⁸.

Así pues, más que realizar un análisis exhaustivo de este tipo internacional de normas, lo que interesa es poner de relieve su importancia como concepto que refleja los mas importantes valores que son compartidos por toda la comunidad internacional¹⁹.

Tal es la importancia atribuida a la noción, que muchos estudiosos y jueces han notado que al otorgar inmunidad de jurisdicción a un estado en un procedimiento que se haya iniciado por serias violaciones a derechos, conduce a decisiones artificiales, injustas y arcaicas²⁰.

Sobre esta particular los académicos, se han preguntado: ¿Es compatible con el Derecho Internacional, la aplicación de la inmunidad estatal para impedir un pronunciamiento sobre una violación de una norma de *ius cogens* imputable a un tercer Estado? Y, ¿la naturaleza perentoria de dichas normas de Derecho Internacional no debe hacer inaplicable la inmunidad del Estado extranjero?²¹

Quienes abogan por la supremacía de las normas imperativas del orden público internacional sobre las demás normas, incluidas las de inmunidad, sostienen que el incumplimiento de las primeras debe necesariamente traducirse en la pérdida de la segunda²². Más aún, señalan de manera categórica que, la violación de dichas normas constituye una excepción al principio de inmunidad de jurisdicción. Dicho de otra forma, cuando un Estado viola tales preceptos, no operaría la inmunidad de jurisdicción.

En orden a lo anterior, se han seguido varias líneas de razonamiento para negar la inmunidad estatal en procesos donde se aleguen violaciones a normas con el estatus especial de *ius cogens*²³:

1. El argumento de la jerarquía normativa.

¹⁷ Ibid., p. 105.

¹⁸ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 153.

¹⁹ Giardino, *Inmunidades vs. Jus Cogens...*, op. cit., p. 105.

²⁰ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 149.

²¹ Sánchez Legido, *Ius Cogens ...*, op. cit., p. 324 ss.

²² Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 159.

²³ Ibid., p. 159.

Immunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

Según este argumento, las reglas sobre inmunidad de Estados no forman parte del catálogo de normas del *ius cogens*. En orden jerárquico, la inmunidad está por debajo de las normas de orden público.

Dicho razonamiento, constituye la base fundamental sobre la cual se apoyan quienes defienden la postura de limitación o exclusión de las normas de inmunidad. A su vez, fue el empleado por los jueces disidentes, en el asunto *Al-Adsani vs. Reino Unido*, sobre el cual volveremos en el epígrafe siguiente.

2. El argumento de complicidad²⁴.

De acuerdo con este razonamiento, conceder inmunidad equivaldría a colaborar con la violación de las normas de *ius cogens*, al tiempo que comprometería la responsabilidad del Estado del foro.

Esta línea fue sostenida en el caso *Prefectura de Voiotia v. Alemania* y, también por la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad por Hechos Internacionalmente Ilícitos, instrumento que resalta el deber de los Estados de no reconocer el incumplimiento de normas perentorias ni mucho menos asistir al Estado que incumplió²⁵.

3. El argumento de la calificación²⁶.

Establece que las violaciones al *ius cogens* no pueden ser reconocidas como actos soberanos porque el estado desconoció las normas establecidas por la comunidad internacional para salvaguardar sus intereses.

A la luz de esta tesis, las acciones de los Estados que violen estas normas salen de la esfera de actos protegidos o amparados por la inmunidad, vale decir, de los actos de imperio. En consecuencia, los Estados no gozarían de inmunidad soberana, equiparándose su actuación, a transacciones privadas²⁷.

4. El argumento de la renuncia tácita²⁸.

Esta tesis plantea que cuando un Estado ha incumplido una norma perentoria de derecho internacional, ha renunciado tácitamente a su derecho de inmunidad²⁹.

²⁴ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 163.

²⁵ *Ibid.*, p. 163.

²⁶ *Ibid.*, p. 164

²⁷ *Ibidem*

²⁸ *Ibid.*, p. 166.

²⁹ *Ibidem*

Este razonamiento fue sostenido por la Corte Suprema de Grecia en el asunto *Prefectura de Voiotia*. Sin embargo, fue rechazado en el asunto *Ferrini* ya que su interpretación precisa de una intención clara de renuncia³⁰.

Asimismo, ante las Cortes de Estados Unidos ha sido planteada repetidamente esta ficción. No obstante, los tribunales de este país la han rechazado de manera uniforme por requerir la constatación de una fuerte evidencia de la renuncia del Estado a su inmunidad ya que la misma no puede deducirse únicamente por el acto de violación³¹.

5. La jurisdicción universal³².

Al ser las normas imperativas un asunto que concierne a todos los Estados, cada uno de ellos tiene el interés en reprimir violaciones a éstas³³.

Con base esta premisa, se ha aceptado que los Estados puedan ejercer legalmente jurisdicción sobre tales violaciones, incluso sin ninguna vinculación territorial o de nacionalidad. De modo que la idea que subyace a la jurisdicción universal puede ser definida como “el esfuerzo común de los Estados de cara a la lucha contra las atrocidades”. Y, para dar cumplimiento a ello, cada Estado está igualmente facultado para ejercer jurisdicción sobre tales violaciones, por ser actos universalmente condenables³⁴.

A. Alcance de la Inmunidad de jurisdicción de los Estados actualmente

Ahora bien, la determinación de la compatibilidad o no de la inmunidad de jurisdicción con las normas imperativas internacional o, más concretamente, la relación entre la afirmación o denegación de inmunidad estatal en supuestos de violación de dichas normas, pasa necesariamente por comprender la definición de esta regla y su alcance, especialmente, en el escenario que planteamos en este trabajo.

En esencia, la inmunidad de jurisdicción estatal constituye un derecho o privilegio a no ser juzgado por los tribunales nacionales de otro³⁵. Dicha regla encuentra su origen en el Derecho consuetudinario y tiene como fundamento evitar la interferencia en el ejercicio de las prerrogativas soberanas y, el respeto de los conceptos de soberanía e igualdad jurídica.

³⁰ Ibidem

³¹ Ibidem

³² Ibid., p. 169.

³³ Ibidem

³⁴ Ibidem

³⁵ Mastaglia, Gabriela Teresita, Inmunidad de Estado: Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia recaída en el caso “inmunidad jurisdiccional del Estado”, en: *Ars Boni Et Aequi*, Vol. 8, No. 2., 2012, pp. 303-321, especialmente p. 310.

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

Como bien lo expresa Giardino Mardini, la *ratio* que subyace a las normas sobre inmunidades es asegurar la igualdad e independencia universal de los Estados³⁶. Así pues, las normas sobre inmunidad de jurisdicción estatal buscan en el fondo, proteger un valor importante: el mantenimiento de la paz y seguridad mundial, el cual es considerado uno de los pilares sobre los que se erige el orden jurídico internacional³⁷.

Hoy en día, la inmunidad de jurisdicción es vista como un derecho y, a la vez como una obligación internacional regida por el Derecho Internacional. Ello se evidencia de la praxis judicial internacional y de los principios consagrados en los principales instrumentos legales³⁸.

Lo anterior ha sido respaldado por el profesor chileno Juan Aníbal Barria García cuando sostiene que “la inmunidad genera una relación jurídica: un derecho al beneficiario de exigir la correspondiente excepción; en tanto que, una obligación para la autoridad judicial o administrativa de no ejercer los poderes y atribuciones de que está investido legalmente”³⁹.

A su vez, en el estado actual del Derecho Internacional se acepta que tal regla ya no es de carácter absoluto, habida cuenta la amplia aceptación que tiene la teoría restrictiva de inmunidad tanto a nivel legislativo como a nivel judicial, en sus dos vertientes: a través de la clásica distinción entre actos de imperio y de gestión, respecto de la cual solo gozan de inmunidad aquellos que se enmarquen dentro de la primera categoría o, mediante la adopción de una serie de excepciones a la inmunidad y la inclusión de fórmulas transaccionales que guían a los jueces a la hora de conceder o negar tal privilegio a los Estados extranjeros.

Sin embargo, a pesar de los avances en la materia, persisten las dificultades para delimitar la extensión o alcance de la inmunidad estatal. Algunos de los problemas más notables que enfrentan los jueces en la aplicación de la tesis relativa de inmunidad, tienen que ver con el hecho de que no existe un criterio válido universalmente para determinar cuándo se está ante un acto de imperio y cuando se está ante un acto de gestión⁴⁰.

Por otro lado, tampoco queda claro el alcance de la inmunidad soberana en el escenario de violaciones de principios esenciales protegidos por normas del *ius cogens*, especialmente aquellas cometidas en el ejercicio de funciones

³⁶ Giardino, Inmunidades vs. Jus Cogens..., op. cit., p. 95.

³⁷ Ibid., p. 95.

³⁸ Según la Corte Internacional de Justicia, ya la inmunidad no se rige por la simple cortesía.

³⁹ Barria García, Juan Aníbal, Comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus Bienes, en: *Themis. Revista de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 43.

⁴⁰ Mastaglia, Inmunidad de Estado..., op. cit., p. 313.

soberanas o de actos de imperio. Respecto de último supuesto no está prevista expresamente una excepción a la inmunidad estatal.

En ninguno de los instrumentos legales que regulan la materia de inmunidad estatal se establece una solución clara a esta problemática. Ni en las Convenciones Internacionales adoptadas en la materia, a saber: El Convenio Europeo sobre Inmunidades Estatales⁴¹ (mejor conocido como la Convención de Basilea de 1972), la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales Estatales⁴² ni tampoco en el marco de las principales leyes especiales figura expresamente dentro de las excepciones consagradas al principio de inmunidad soberana, la violación de normas del orden público internacional.

Mucho menos, se ha aceptado como práctica generalmente aceptada que los tribunales deban retirar la inmunidad concedida a favor de los Estados, por la comisión de tales actos. De hecho, la praxis de retirar la inmunidad estatal en casos de violación de normas perentorias o de derechos humanos, es escasa⁴³.

Por ejemplo, en Estados Unidos, se ha registrado una práctica rica en este sentido⁴⁴, especialmente, desde que se aprobó la enmienda de la *Foreign*

⁴¹ Si bien el artículo 11 del Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados, contempla una excepción a la inmunidad de jurisdicción referida a las lesiones a las personas y daños a la propiedad que tengan lugar en el territorio del Estado del foro, en su artículo 31 y en su *explanatory report*, se excluye de su ámbito de aplicación toda cuestión referida a las inmunidades y privilegios que correspondan a un Estado parte por las acciones u omisiones llevadas a cabo por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado parte. Ferrer Lloret, Jaume, La insoportable levedad del Derecho Internacional Consuetudinario en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2012, op. cit., p. 4. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/articulos/insoportable-levedad-derecho-internacional-consuetudinario-jurisprudencia-corte-internacional-justicia-caso-inmunidades-jurisdiccionales-estado>

⁴² El Grupo de Trabajo de la Convención de las Naciones Unidas consideró la cuestión de la existencia o no de inmunidad en caso de violación de una norma de ius cogens internacional por parte de un Estado durante la elaboración del Convenio, sin embargo, el asunto no parecía lo suficientemente maduro para que el Grupo de Trabajo se comprometiera a codificar a este respecto. No obstante lo anterior, alertó que los recientes desarrollos no deben ser ignorados. Incluso, observó que algunas cortes nacionales han mostrado simpatía al creciente argumento de que la inmunidad debe ser negado en casos de muertes o daños personales resultado de actos de un Estado en violación de normas de derechos humanos que tengan el carácter de ius cogens. Véase: Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 154.

⁴³ *Ibid.*, p. 158.

⁴⁴ Sánchez Legido, *Ius Cogens ...*, op. cit., p. 324.

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

Sovereign Immunities Act en el año 1996, cuyo fin era negar la inmunidad en procedimientos civiles por terrorismo y ofensas relacionadas al patrocinio del terrorismo⁴⁵.

De acuerdo con esta nueva excepción, los ciudadanos de los Estados Unidos de América, pueden presentar reclamaciones relativas a daños personales o muertes causados por actos de tortura, ejecución, sabotaje aéreo o toma de rehenes, imputables a Estados extranjeros previamente designados por el Secretario de Estado como terroristas⁴⁶.

Sin embargo, fuera de este marco, las Cortes en el mencionado país han rechazado varias veces que a un Estado se le niegue la inmunidad por violaciones a normas de Derechos Humanos (incluidas las de *ius cogens*)⁴⁷.

Otras decisiones a favor de la nueva excepción o del retiro de la inmunidad, son el caso de Prefectura de Voitia v. República Federal de Alemania⁴⁸ y el caso Ferrini⁴⁹, decidido por el Tribunal Supremo de Grecia y la Corte de Casación italiana respectivamente. Es de hacer notar, que ambos fallos constituyen antecedentes del caso “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado” proferido por la Corte Internacional de Justicia y al cual volveremos más adelante.

Fuera de estos dos casos, y de la excepción prevista en la legislación norteamericana, se ha constatado que, un buen número de países, entre los que

⁴⁵ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 155.

⁴⁶ Con fundamento en esta excepción, los tribunales norteamericanos han dictado un considerable número de condenas, especialmente contra Irán por su apoyo a diversos grupos terroristas). Ver: Sánchez Legido, *Ius Cogens ...*, op. cit., p. 324.

⁴⁷ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 155.

⁴⁸ Aquí el Tribunal Supremo de Grecia negó la inmunidad de jurisdicción de Alemania. Los antecedentes de este asunto se remontan a la ocupación que hiciera Alemania del territorio griego en el año 1944 y la masacre que perpetraran las fuerzas armadas del régimen alemán en el pueblo de Dístomo, matando a miles de civiles. Concretamente, el Tribunal griego rechazó los actos llevados a cabo por las tropas alemana, señalando que no se correspondían con la categoría de actos de imperio.

⁴⁹ Este caso está basado en un reclamo civil presentado por el Sr. Ferrini, ciudadano italiano detenido en 1944 y deportado a Alemania, donde fue obligado a trabajar en una fábrica de municiones hasta el fin de la guerra. En 1998, intenta una acción contra la República Federal de Alemania ante el tribunal de Arezzo, en Italia. Luego, en el año 2000, dicho Tribunal desestimó la demanda y la declaró inadmisibles, debido a que Alemania, en su condición de estado soberano, estaba protegida de inmunidad de jurisdicción. El 16 de noviembre de 2001, la Corte de Apelaciones de Florencia, rechazó por los mismos motivos, el recurso formulado por el demandante. Sin embargo, el 11 de marzo de 2004, la Corte de Casación Italiana, consideró que la inmunidad no se aplicaba cuando el acto impugnado constituía un crimen internacional, determinando en consecuencia, que las Cortes Italianas podían conocer de la acción de reparación presentada contra Alemania por el Sr. Ferrini.

destacan, Francia, Inglaterra, Nueva Zelanda, Polonia y Eslovenia entre muchos más, siguen sosteniendo la inmunidad en procedimientos civiles presentados en contra de Estados por serias violaciones de normas que forman incluso parte del catálogo de *ius cogens*⁵⁰. En este mayor índice de casos a favor de la inmunidad estatal, se apoya la Corte Internacional de Justicia al esclarecer si existe un verdadero conflicto o no entre la inmunidad y el *ius cogens*.

Así pues, salvo contadas excepciones, la inmunidad con respecto a actos cometidos en el ejercicio de la autoridad soberana sigue siendo la regla, incluso en actos cometidos en violación de una norma con carácter de *ius cogens*.

Así, lo ha reflejado la jurisprudencia internacional. Como se verá, la práctica judicial internacional –sin dejar de reconocer el estatus especial que detentan las normas del *ius cogens*- se ha inclinado por reconocer la inmunidad de jurisdicción de los entes soberanos extranjeros, respecto de procedimientos civiles promovidos por individuos, en el marco de acciones que persiguen indemnizaciones o reparaciones.

No obstante, es preciso advertir que, en ninguna de las decisiones sobre este asunto ha habido unanimidad o consenso pleno. En gran medida, las opiniones disidentes de algunos jueces ponen de relieve la contraposición de criterios y, los obstáculos para alcanzar un acuerdo en la interpretación de la extensión que pueda tener la inmunidad estatal frente a supuestos de violación de normas imperativas.

III. Casos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Previo al caso Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (*Alemania vs Italia-Grecia Interviniente*) decidido por la Corte Internacional de Justicia, ya el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (“TEDH”) se había ocupado de la posible incidencia de las normas del orden público internacional en la denegación o no de la inmunidad de jurisdicción soberana.

Como señaláramos anteriormente, si bien la mayoría de los tribunales han otorgado la inmunidad de jurisdicción al Estado involucrado en controversias que impliquen transgresión a normas perentorias internacionales, varios jueces a través de sus opiniones disidentes, siguen defendiendo la superioridad de las normas de *ius cogens*. Ello no es más que un reflejo de la falta de consenso que impera en torno a esta problemática.

Veamos a continuación el tratamiento otorgado por el TEDH a este asunto:

⁵⁰ Knuchel, *State Immunity...*, op. cit., p. 155.

A. Caso Al Adsani vs. Reino Unido

Los hechos que originaron este litigio se pueden resumir de la manera siguiente: Sulaiman Al-Adsani, ciudadano con doble nacionalidad británica y kuwaití y piloto de profesión, regresó en 1991 a su país de origen para luchar contra la fuerza aérea kuwaití contra las tropas de invasión iraquíes. Durante su estancia en Kuwait fue encontrado en posesión de diversas películas de contenido sexual que implicaban al influyente jeque Jaber Al-Sabah Al –Saoud Al-Sabah, familiar del Emir del mencionado país⁵¹.

Luego de este hecho, el Sr. Al Adsani fue secuestrado por el jeque y otras dos personas, siendo conducido a una prisión de seguridad de Kuwait, donde fue reiteradamente golpeado. Días después de su liberación volvería a ser secuestrado para ser sometido a tratos crueles que le produjeron severas quemaduras y, en general graves secuelas psíquicas y físicas⁵².

Tras su recuperación, el Sr. Al Adsani emprendió acciones judiciales civiles ante los Tribunales Británicos contra el jeque y el gobierno de Kuwait, con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. El demandante, sin embargo, no obtuvo los resultados esperados, ya que la *Court of Appeal* reconoció la inmunidad kuwaití y, en consecuencia, rechazó las pretensiones resarcitorias⁵³.

El principal fundamento esgrimido para afirmar la inmunidad fue que la ley británica en la materia (la *State Immunity Act* de 1978), únicamente exceptuaba la inmunidad de jurisdicción en caso de acciones de indemnización pecuniaria por muerte o daños corporales producidos en el Reino Unido⁵⁴.

En vista lo anterior, el Sr Al-Adsani presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por una supuesta violación de varios artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos, entre ellos el párrafo primero del artículo 6⁵⁵, violación cometida por el Reino Unido al haber otorgado inmunidad

⁵¹ Sánchez Legido, *Ius Cogens ...*, op. cit., p. 316.

⁵² *Ibid.*, p. 316.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1950: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden

de jurisdicción al Estado de Kuwait, cercenando en este sentido el derecho de acceso a la justicia del demandante⁵⁶.

El demandante señalaba específicamente en sus alegatos, que la prohibición contra la tortura ha alcanzado el estatus de *ius cogens*, y que, por tanto, prevalece por sobre cualquier disposición del Derecho Internacional Convencional o cualquier otra norma del Derecho Internacional⁵⁷.

En ese momento, el argumento principal presentado por el Reino Unido fue que garantizar la inmunidad a Kuwait no era incompatible con las obligaciones previstas en la Convención⁵⁸.

Uno de los problemas fundamentales abordados por el TEDH, es entonces el de determinar si el reconocimiento de inmunidad soberana a un Estado en caso de violaciones al *ius cogens* es compatible con el derecho de acceso a los tribunales⁵⁹.

Sobre este asunto, la sentencia pronunciada por el TEDH comienza reconociendo el valor fundamental de la prohibición de la tortura, hasta afirmar por primera vez en su jurisprudencia su carácter de norma internacional de *ius cogens*⁶⁰.

Sin embargo, aun cuando el TEDH admite que la prohibición contra la tortura ha alcanzado el este estatus, sostiene que la práctica internacional no permite afirmar que la inmunidad estatal no sea operativa en caso de violación de normas de tal carácter en los siguientes términos⁶¹:

“No obstante el carácter particular que el derecho internacional a la prohibición de la tortura, el tribunal no aprecia en los instrumentos internacionales, las decisiones judiciales o los otros documentos en su poder ningún elemento sólido que le permita concluir que, en derecho internacional, un Estado ya no goza de inmunidad frente a una acción civil ante los jueces y tribunales de otro Estado ante los que formulen alegaciones de tortura”

público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

⁵⁶ Giardino, Inmunidades vs. Jus Cogens..., op. cit., p. 118.

⁵⁷ Ibid., p. 119.

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ Sánchez Legido, Ius Cogens ..., op. cit., p. 317.

⁶⁰ Ibid., p. 326.

⁶¹ Ibidem

Immunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

Para llegar a este razonamiento, el TEDH tomó en cuenta tres circunstancias fundamentales, a saber:

1. En primer lugar, ninguno de los instrumentos convencionales internacionales que prohíben la tortura, en especial, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Tortura, aluden a procedimientos civiles ni a inmunidades estatales⁶².
2. En segundo lugar, la práctica estatal tan solo apuntaría a una tendencia que sin embargo no permite sostener que la inmunidad soberana ya no resulta operativa frente a acciones civiles dirigidas contra violaciones del *ius cogens* por Estados extranjeros: en lo que se refiere a las decisiones judiciales nacionales, puesto que en buena parte de los casos tiene éxito la invocación de la inmunidad⁶³.

El hecho de que la excepción a la inmunidad no sea una regla de carácter general, agrega el TEDH, se ve reflejado incluso en la enmienda verificada en 1996 de la FSIA, a la cual nos refiriéramos en el epígrafe anterior. Según el TEDH, el alcance de dicha ley es limitado toda vez que alcanza únicamente a los Estados señalados como terroristas por el Secretario de Estado y no se extiende a la inmunidad de ejecución⁶⁴.

3. Por último, el TEDH señala que solo se ha excluido la inmunidad en procesos penales dirigidos contra torturadores de otros Estados parte en la Convención contra la tortura, pero en ningún caso la inmunidad *ratione personae* de la que disfrutaban los Estados soberanos en supuestos de acciones civiles por actos de tortura⁶⁵.

Así, con base en lo anteriormente expuesto, el TEDH concluye señalando que no considera probado que ya esté admitido en derecho internacional que los Estados no puedan pretender la inmunidad en caso de acciones civiles de indemnización de daños por actos de tortura supuestamente cometidos fuera del Estado del foro⁶⁶.

No debe sorprender el hecho de que admitir la inmunidad soberana en este caso le haya valido diversas críticas al TEDH, pues como expusimos *supra*, no hay uniformidad absoluta. Una prueba de las diferencias existentes en torno al objeto de análisis, es, sin duda, este fallo. La disparidad de criterios era tal

⁶² Ibid., p. 327

⁶³ Ibidem

⁶⁴ Ibidem

⁶⁵ Ibid., pp. 327-328.

⁶⁶ Ibid., p. 328.

que, en la adopción de esta decisión, apenas se impuso una exigua mayoría de nueve a ocho votos⁶⁷.

Para el autor Bou Franch⁶⁸, quien se hace eco de las opiniones de los jueces disidentes, la parte más endeble y criticable de este fallo es precisamente la referida a las relaciones que existen entre las normas relativas a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y la norma de *ius cogens* por la que se prohíbe la tortura⁶⁹. El autor incluso califica de “esperpéntica” la respuesta dada por parte del TEDH⁷⁰.

El autor añade que la argumentación judicial proporcionada por el TEDH debe criticarse y rechazarse frontalmente por dos razones: a) Por no ajustarse al contenido de las normas sobre inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero; b) Porque tras calificar de norma perentoria internacional a la norma que prohíbe la tortura, el TEDH desconoce o no se atreve a sacar las consecuencias logico-jurídicas que se derivan de tal calificación jurídica⁷¹.

Respecto de la primera crítica, Bou Franch señala que el TEDH debía comenzar por reconocer que si bien en la Ley de 1978 sobre Inmunidad soberana, adoptada por el Reino Unido en ejecución del Convenio Europeo sobre inmunidad de los Estados no se contempla excepción alguna a la regla general de la inmunidad del Estado extranjero por colisión con normas del *ius cogens* internacional, el silencio normativo en este caso no podía significar la inexistencia de normas internacionales que se configuren como auténticas excepciones a la regla general sobre inmunidad⁷².

En su opinión, si ello fuera así, se pondría en peligro la misma existencia de normas de *ius cogens*, pues si las mismas no estuviesen expresamente previstas en tratados internacionales no podrían llegar a aplicarse. Opción que, además, imposibilitaría la aparición de nuevas normas internacionales⁷³.

La segunda crítica principal que realiza al fallo del TEDH es con relación a las consecuencias que trae aparejada la calificación de norma perentoria a aquella que prohíbe la tortura. A su juicio, la calificación de normas de *ius cogens* no se puede extender a las normas sobre inmunidades del Estado extranjero ni siquiera por el hecho de que el Estado interesado siempre puede retirar esa inmunidad, pactar su exclusión en algún caso, o renunciar a la misma

⁶⁷ Ibid., p. 324.

⁶⁸ Bou Franch, Valentín, Inmunidad del Estado y Violación de Normas Internacionales de Jus Cogens: El Asunto Al-Adsani contra Reino Unido, en: Anuario Español de Derecho Internacional, No. 18, 2002, op. cit., p. 296

⁶⁹ Ibid., p. 296.

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ Ibid., p. 297.

⁷² Ibid., p. 298.

⁷³ Ibidem

y, en consecuencia no se cumple uno de los requisitos imprescindibles para la existencia de una norma internacional del *ius cogens*⁷⁴.

Así, sostiene que lo existe es un conflicto entre dos normas jurídicas internacionales, en el que una de ellas pertenece a la categoría de *ius cogens* y la otra no. En tal sentido, propone como solución a dicho conflicto un fácil silogismo jurídico en el que debe actuar como premisa mayor la afirmación de que es nula toda norma que contradiga una cuya naturaleza sea del *ius cogens*, mientras que la premisa menor debe ser que la norma sobre inmunidad del Estado extranjero en el presente caso contradice a la norma que prohíbe la tortura⁷⁵.

Como resultado de ese silogismo, apunta que la conclusión no puede ser otra que la nulidad de la norma que afirma la inmunidad de jurisdicción⁷⁶. De esta manera, Bouchard respalda la tesis que sustentaron en sus opiniones disidentes los jueces Rozakism Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, quienes expresaron que⁷⁷:

“Al aceptar que la norma que prohíbe la tortura es una norma de jus cogens, la mayoría (del Tribunal) reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de Derecho Internacional, sea general o particular, consuetudinaria o convencional, con la excepción, por supuesto, de otras normas de jus cogens.

La característica básica de una regla de jus cogens es que, como fuente de derecho en el ahora sistema jurídico internacional vertical, se superpone a cualquier otra norma que no tenga la misma condición. En el supuesto de un conflicto entre una regla de jus cogens y cualquier otra norma de Derecho Internacional, la primera prevalece. La consecuencia de tal prevalencia es que la norma en conflicto es nula e inválida o, en todo caso, que no produce efectos jurídicos que estén en contradicción con el contenido de una regla perentoria. (...)

Por lo tanto, la aceptación de la naturaleza de jus cogens de la prohibición de la tortura implica que un Estado que presuntamente la haya violado no puede invocar normas jerárquicamente inferiores (en este asunto, las relativas a la inmunidad del Estado) para evitar las consecuencias de la

⁷⁴ Ibid., p. 300.

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ Ibidem

⁷⁷ Ibidem

ilegalidad de sus acciones. En las circunstancias de este asunto, Kuwait no puede válidamente esconderse detrás de las normas sobre la inmunidad del Estado para evitar ser procesado por una reclamación seria de tortura planteada ante una jurisdicción extranjera; y los Tribunales de esa jurisdicción (el Reino Unido) no pueden aceptar un alegato de inmunidad, ni invocarla ex officio, para rechazar una demanda en un caso de tortura. Debido a las relaciones entre la norma de jus cogens que prohíbe la tortura y las reglas sobre la inmunidad del Estado, el impedimento procesal de la inmunidad del Estado se levanta automáticamente, porque esas reglas, en la medida en que contradicen a una norma jerárquicamente superior, no producen ningún efecto jurídico. Conforme a la misma argumentación, el Derecho nacional que se concibe para dar efectos internos a las reglas internacionales sobre la inmunidad del Estado no se puede invocar como creador de un impedimento jurisdiccional, sino que debe ser interpretado de conformidad con y a la luz de los preceptos imperativos del jus cogens”⁷⁸.

B. Caso McElhinney vs. Irlanda

i. Hechos de la causa

El Sr. John McElhinney era un agente de policía de nacionalidad irlandesa. En marzo de 1991 protagonizó un incidente en un puesto de control militar británico en la frontera nor-irlandesa⁷⁹. Según el informe levantado por la policía irlandesa, se produjeron varios disparos en territorio de Irlanda del Norte, al no detener el demandante su vehículo tras golpear y derribar con su remolque, de forma involuntaria, a un soldado inglés⁸⁰.

El soldado asustado y temiendo un atentado terrorista, persiguió al demandante hasta el condado de Donegal, en Irlanda, lugar donde asalto y encañonó al demandante. En el informe policial también se señala que el demandante conducía bajo los efectos del alcohol y que cometió una

⁷⁸ Ibid., p. 301

⁷⁹ Salamanca, Esther, Inmunidad de Jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un tribunal a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto McElhinney c. Irlanda, en: *Anuario español de derecho internacional*, No. 18, 2002, op. cit., p. 377.

⁸⁰ Ibid., p. 377.

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

imprudencia al abandonar el lugar del incidente en la frontera. Debido a su negativa a someterse a pruebas de sangre y orina, el demandante fue arrestado⁸¹.

Como resultado de este incidente, en junio de 1993, el demandante, alego sufrir shock post-traumático y, en consecuencia, interpuso una demanda de indemnización por daños ante los tribunales irlandeses contra el soldado inglés y contra la Secretaria británica en Irlanda del Norte⁸².

En abril de 1994, la *High Court* se declaró incompetente para conocer del asunto bajo la teoría de la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero. Esta decisión fue confirmada posteriormente por la *Supreme Court*, indicando que la actuación del soldado británico, en tanto que agente de un Estado extranjero, se encuentra dentro del ejercicio del poder público o soberano, independientemente del territorio donde se produzca y que dichos actos deben ser considerados *ius imperii*⁸³. A su vez, negó la existencia de un principio de Derecho Internacional universalmente válido, según el cual las acciones de indemnización por lesiones a personas y daños a los bienes causadas en el territorio del foro por un Estado extranjero o por un agente suyo representen una excepción al principio de inmunidad de jurisdicción⁸⁴.

Esta decisión motivó al demandante a iniciar un procedimiento contra Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante el TEDH, alegando específicamente que la aplicación de la teoría de inmunidad soberana de los tribunales irlandeses le había negado el derecho a obtener una decisión sobre su acción de indemnización por danos garantizado en el artículo 6, párrafo primero de la CEDH⁸⁵.

ii. *Motivación del fallo del TEDH*

Los aspectos más relevantes analizados en la sentencia emitida el 21 de noviembre de 2000 pueden sintetizarse de la manera siguiente⁸⁶:

1. El derecho individual de acceso a la justicia no es un derecho absoluto, sino que puede ser limitado. Las limitaciones derivan de la propia naturaleza del derecho que necesita ser regulado por el Estado, de manera que dicha regulación puede variar de unos casos a otros dependiendo de las necesidades de la comunidad y de los individuos.

⁸¹ Ibidem

⁸² Ibidem

⁸³ Ibidem

⁸⁴ Ibid., p. 378.

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ Ibid., p. 380.

2. Debe satisfacerse que las limitaciones aplicadas no restrinjan o reduzcan el acceso del individuo al tribunal de tal forma o en tal medida que se deteriore la esencia principal del derecho. En este sentido, una limitación debe perseguir una finalidad legítima, o de otro modo, debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad legítima.
3. La finalidad perseguida por los tribunales irlandeses (afirmación de inmunidad soberana) no carecen de legitimidad. La concesión de inmunidad jurisdiccional a un Estado en procesos civiles persigue el cumplimiento de las normas internacionales que promueven buenas relaciones entre los Estados a través del respeto a su soberanía.
4. En el mismo sentido, el TEDH entiende que las medidas adoptadas por Irlanda en aplicación de las normas en materia de inmunidad jurisdiccional generalmente reconocidas no pueden ser consideradas en principio, como una limitación desproporcionada del derecho de acceso a la justicia.
5. Deben aceptarse como limitaciones inherentes al derecho de acceso a la justicia aquellas generalmente aceptadas por la comunidad internacional, vale decir, las referidas a la doctrina de inmunidad del Estado.
6. La excepción de inmunidad de jurisdicción a las acciones por indemnización producidas por lesiones a personas o daños a bienes no se aplican en ámbitos directamente relacionados con la soberanía del Estado, como lo son los actos de un soldado en territorio de un Estado extranjero que, por su naturaleza, pueden afectar a las relaciones diplomáticas entre Estados y a la seguridad nacional. En tal virtud, el TEDH considera que, con la actuación del soldado británico en territorio irlandés, Irlanda no vulneró los principios de Derecho Internacional, al conceder la inmunidad de jurisdicción al Reino Unido.
7. Finalmente, el TEDH entiende que no existe obstáculo procesal para demandar al Reino Unido en Irlanda del Norte, motivo por el cual el demandante no se ve privado de una vía judicial alternativa para hacer valer su derecho.

C. Caso Kalogeropoulou y otros vs. Grecia y Alemania

Según *Giardino Mardini*, este caso representa el último capítulo de una larga historia acerca del famoso caso entre la *Prefectura de Voiotia vs. Alemania*

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

relacionado con las víctimas de la masacre perpetrada por los nazis en la ocupación llevada a cabo el 10 de junio de 1994 en la ciudad de Distomo⁸⁷.

En este caso, la Corte de Casación de Grecia había rechazado la solicitud presentada por Alemania para que se abstuviera de conocer el mismo por no contar con jurisdicción para hacerlo. Asimismo, confirmó la sentencia de primera instancia en la que se ordenaba a Alemania pagar a las víctimas de la masacre varias sumas de dinero por concepto de reparación por pérdidas pecuniarias y no pecuniarias⁸⁸.

Ante la negativa de Alemania de cumplir con la condena ordenada en el fallo, las víctimas solicitaron que se expropiaran algunas propiedades alemanas que se encontraban en Grecia. No obstante, dicha solicitud fue desestimada por todas las instancias judiciales griegas. En vista del rechazo, las víctimas presentaron una demanda ante el TEDH por violación del párrafo primero del artículo 6 de la CEDH⁸⁹.

Aquí, el TEDH empleó un razonamiento similar al establecido en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, mencionado *supra*, afirmando que el gobierno griego no podría anular la regla de inmunidad por cuanto no se había aceptado en el Derecho Internacional que ésta no se aplicara en procedimientos por daños derivados de la comisión de crímenes de lesa humanidad⁹⁰.

Habiendo examinado a grandes rasgos los argumentos propuestos por el TEDH en sus sentencias, podemos concluir que todas tienen en común que apoyan la posición según la cual, un Estado que afirme la inmunidad de jurisdicción a otro en el marco de un procedimiento civil, de ninguna manera incumple con las obligaciones de respeto a los derechos humanos.

IV. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia “Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia-Grecia interviniente)

Como apunta Gabriela Mastaglia⁹¹, la particularidad que presenta esta sentencia es que la Corte trata por primera vez la inmunidad de jurisdicción de un Estado ante los tribunales nacionales de otro, la aplicación del derecho a la inmunidad de jurisdicción en caso en que se habían invocado graves violaciones al derecho internacional, específicamente perpetración de crímenes de guerra y de lesa humanidad que vulneran las normas del *ius cogens*. Además, es la

⁸⁷ Giardino, *Inmunidades vs. Jus Cogens...*, op. cit., pp. 121-122.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 122.

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ Mastaglia, *Inmunidad de Estado...*, op. cit., 310.

primera sentencia de la CIJ que aborda la cuestión relativa a la inmunidad de ejecución de bienes del Estado⁹².

A. Contexto histórico que dio origen al caso

En junio de 1940, Italia comenzó a participar en la Segunda Guerra Mundial en condición de aliada del régimen alemán hasta que, en el año 1943, a raíz de la destitución de Mussolini, se rindiera ante los aliados y le declarara la guerra a Alemania⁹³.

Tras este hecho, las fuerzas armadas alemanas que ocupaban, una gran parte del territorio italiano, entre octubre de 1943 y el final de la guerra perpetraron atrocidades contra la población de las regiones ocupadas, entre las cuales destacaban la masacre de civiles, la deportación de un gran número de ellos para ser empleados en trabajos forzosos y la toma de cientos de miles de militares internos italianos tanto en Italia como en otras partes de Europa, como prisioneros, a muchos de los cuales se les denegó el estatus de prisioneros de guerra, siendo deportados a Alemania y a otros territorios ocupados por el régimen para cumplir trabajos forzados⁹⁴.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, Alemania celebró tratados con Italia y dictó leyes con el fin de regular las consecuencias legales y económicas del conflicto armado y de reparar a las víctimas del régimen nazi⁹⁵.

En concreto, suscribieron el Tratado de Paz de 1947; dos acuerdos en 1961, el primero referido a la “solución de ciertas cuestiones de orden patrimonial, económico y financiero” y el segundo relativo a la “indemnización de los nacionales italianos que hayan sido objeto de persecuciones bajo el régimen nacional-socialista”. Además, Alemania adoptó dos leyes que buscaban la reparación de las víctimas: La Ley Federal de Indemnización de 1953 y la Ley que crea la fundación “memoria, responsabilidad y futuro” del 2000⁹⁶.

La Ley sancionada en el año 2000 consagraba entre sus disposiciones, la conformación de fondos a los que podían acceder individuos que hubieran sido empleados en trabajos forzados y otras injusticias durante el periodo del Nacional Socialismo. Sin embargo, dicha ley excluía de ese beneficio a quienes hubieran detentado el estatus de prisioneros de guerra (salvo que se hubieran

⁹² Ibid., p. 310.

⁹³ Abello-Galvis, Ricardo / Ferrer Acuña, Cristhian, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado” (Alemania c. Italia; Grecia Interviniente) Decisión sobre el fondo, en: *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 6, 2014, op. cit., p. 180, párrafo 21.

⁹⁴ Ibid., p. 180.

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ Ibid., pp. 180-184.

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

encontrado detenidos en campos de concentración o se encontraran comprendidos en otras categorías específicas)⁹⁷.

Esta circunstancia devino en que ciudadanos italianos excluidos del beneficio promovieran demandas ante tribunales italianos contra el Estado alemán con el fin de obtener una indemnización por los daños sufridos, los cuales entendieron que no era aplicable el derecho a la inmunidad de jurisdicción en aquellos casos que involucran crímenes en términos del derecho internacional⁹⁸.

Con anterioridad a la instauración de este procedimiento, varios ciudadanos italianos habían promovido demandas ante tribunales alemanes e inclusive ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, no obtuvieron de dichas instancias, la satisfacción de sus pretensiones⁹⁹.

Paralelamente, en Grecia fueron iniciados diferentes procedimientos a los fines de obtener una reparación por ciudadanos griegos o parientes de víctimas de una masacre por pérdidas de vidas humanas y de propiedades contra Alemania, pero, habiendo obtenido sentencias favorables ante los tribunales locales, las mismas no pudieron ser cumplidas porque el Ministerio de Justicia griego no dio la autorización requerida para ello conforme a la legislación griega¹⁰⁰.

En tal virtud, los accionantes griegos intentaron la ejecución de sentencias dictadas en Grecia ante los tribunales italianos, petición a la que éstos últimos accedieron¹⁰¹.

B. Alegatos de las partes

En fecha 23 de diciembre de 2008, la República Federal de Alemania (en lo sucesivo “Alemania”) presentó ante la Secretaria de la Corte Internacional de Justicia (en lo sucesivo la “CIJ o la “Corte” indistintamente) una demanda contra la República de Italia (en lo sucesivo “Italia”) por violar sus obligaciones jurídicas internacionales al no respetar la inmunidad de jurisdicción y de ejecución reconocida a Alemania por el Derecho Internacional¹⁰².

Específicamente, Alemania le solicitó a la CIJ que juzgara y declarara que¹⁰³:

⁹⁷ Mastaglia, Inmunidad de Estado..., op. cit., p. 308.

⁹⁸ Ibid., p. 308.

⁹⁹ Ibidem

¹⁰⁰ Ibid., p. 309.

¹⁰¹ Ibidem

¹⁰² Abello-Galvis / Ferrer Acuña, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia..., op. cit., pp. 172-173

¹⁰³ Ibid., p. 176, párrafo 15.

1. Al permitir que se intentaran acciones civiles fundadas en las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich Alemán durante la Segunda Guerra Mundial, de septiembre de 1943 a mayo de 1945, Italia cometió violaciones a sus obligaciones jurídicas internacionales al no respetar la inmunidad de jurisdicción reconocida a Alemania por el Derecho Internacional.
2. Tomando medidas de ejecución sobre la “Villa Vigoni”, propiedad del Estado Alemán y utilizado por este gobierno con fines no comerciales, Italia violó igualmente la inmunidad de jurisdicción de Alemania.
3. Declarando ejecutables en el territorio italiano las decisiones judiciales griegas fundadas sobre hechos comparables a aquellos que se mencionan en el punto 1, Italia cometió otra violación a la inmunidad de jurisdicción de Alemania.

Por su parte, Italia sostenía en su defensa que el derecho internacional consuetudinario se había desarrollado de tal manera que el Estado no gozaba de inmunidad de jurisdicción en relación a actos que hubieran traído aparejado la muerte de personas, daños personales o a la propiedad en el territorio del Estado del tribunal al que habían sido sometidos los casos, aun cuando esos actos fueran actos de imperio y que la denegación de inmunidad se encontraba justificada en la particular naturaleza de los actos que eran materia de los reclamos ante los tribunales italianos y las circunstancias en que tales reclamos eran hechos¹⁰⁴.

Italia afirmaba que tales actos constituían serias violaciones de los principios de derecho internacional aplicable a los conflictos armados, específicamente crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; que las normas de derecho internacional de esta forma contravenían normas perentorias o de *ius cogens* y, se les había negado a los apelantes toda otra posibilidad de acceso a la jurisdicción para el juzgamiento de sus reclamos, por lo que los tribunales italianos constituían su último recurso¹⁰⁵.

En resumen, los tres argumentos de Italia consisten sustancialmente en:

1. Sostener que el Derecho internacional consuetudinario evolucionó a tal punto que los Estados no pueden pretender hoy día una inmunidad frente a actos que hayan provocado la muerte, un perjuicio corporal o material en el territorio del Estado del foro, aun

¹⁰⁴ Mastaglia, *Inmunidad de Estado...*, op. cit., pp. 309-310.

¹⁰⁵ *Ibidem*

cuando los actos en cuestión hayan sido cumplidos como *iure imperii*¹⁰⁶.

2. Sostener que el rechazo a la inmunidad estaba justificado en razón de la naturaleza de los actos que son el objeto de estas reclamaciones. Dicho argumento comprende a su vez tres niveles: a) la gravedad de las violaciones; b) el estatus de las reglas violadas y; c) la ausencia de otras vías efectivas de reparación¹⁰⁷.
3. a) El primer nivel se funda en la idea de que el Derecho Internacional no concede inmunidad a un Estado que haya cometido violaciones graves al derecho internacional humanitario¹⁰⁸; b) el segundo nivel parte de la idea de que las reglas violadas por Alemania hacen parte del *ius cogens* y, como tales, prevalecen siempre sobre toda regla contraria al derecho internacional que figure en un tratado o que surja del derecho internacional consuetudinario. Al no tener la regla en virtud de la cual un Estado goza de inmunidad frente a las jurisdicciones de otro Estado, el carácter de *ius cogens*, debe entonces ser apartada. Se trata de un argumento que reposa sobre la existencia de un conflicto entre reglas del *ius cogens* y la regla de derecho consuetudinario que obliga a conceder inmunidad a otro¹⁰⁹; c) el tercer y último punto sostiene que es a justo título que los tribunales italianos se negaron a reconocer a Alemania la inmunidad puesto que habían fallado todas las demás tentativas de obtener reparación para los grupos de víctimas que habían iniciado las acciones planteadas ante los diferentes órganos jurisdiccionales italianos. En otras palabras, si se reconoce la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante los tribunales italianos, las víctimas de vulneraciones graves de Derecho Internacional Humanitario no van a tener ninguna posibilidad de obtener una reparación por tales vulneraciones¹¹⁰.

Es preciso señalar que Grecia, con fundamento en el artículo 62 del Estatuto de la CIJ solicitó tomar intervención en el caso sin asumir la calidad de parte en el mismo. Según el mencionado artículo “Si un Estado considerare que

¹⁰⁶ Abello-Galvis / Ferrer Acuña, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia..., op. cit., p. 199, párrafo 62.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 210, párrafo 80.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 211, párrafo 81.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 216, párrafo 92.

¹¹⁰ Ferrer, La insostenible levedad..., op. cit., p. 18.

Ver también: Abello-Galvis / Ferrer Acuña, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia..., op. cit., p. 219 párrafo 98.

tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir”¹¹¹.

Mediante una providencia de 4 de julio de 2011, la Corte autorizó a Grecia a intervenir en las actuaciones sin carácter de parte, en la medida en que esa intervención se limitara a las decisiones de los que fueron declaradas ejecutables en Italia.

Vistos los alegatos, la Corte establece que le corresponde resolver, por un lado, si la ausencia de ejecución completa por un Estado de una obligación de reparación que le incumbe es susceptible de tener incidencia sobre la existencia y el alcance de la inmunidad de jurisdicción de ese Estado ante los tribunales de otro Estado y; por otro, si, en las circunstancias particulares del caso, habida cuenta del comportamiento de Alemania, especialmente en relación a las reparaciones, los tribunales italianos tenían motivos suficientes para dejar de lado la inmunidad de la primera¹¹².

C. Razonamiento de la Corte y motivación del fallo

La Corte comienza su análisis destacando que, si bien los actos que dieron nacimiento a los procedimientos judiciales contra Alemania fueron cometidos sin respeto alguno de las “consideraciones elementales de la humanidad”, ésta no está llamada a pronunciarse sobre la cuestión de saber si esos actos eran ilícitos¹¹³, sino en determinar si la justicia italiana, en el marco de las acciones de reparación iniciadas con fundamento en tales actos, estaba obligada a acordar inmunidad a Alemania¹¹⁴.

Para esclarecer tal cuestión, la Corte lleva a cabo un esfuerzo de reconstrucción del derecho aplicable a través del análisis de los medios de prueba de la práctica internacional, con el objeto de precisar el contenido y el alcance de la norma internacional consuetudinaria¹¹⁵.

En este orden, constata en primer término que existe un amplio acuerdo entre las partes con relación al derecho aplicable, que la inmunidad se rige por el derecho internacional y no por la simple cortesía¹¹⁶.

Luego, afirma que, al no existir un tratado sobre inmunidad que vincule a las partes y que permita, en consecuencia, establecer el alcance de sus derechos

¹¹¹ Mastaglia, *Inmunidad de Estado...*, op. cit., p. 309.

¹¹² Abello-Galvis / Ferrer Acuña, *Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia...*, op. cit., p. 192 párrafo 50.

¹¹³ *Ibid.*, p. 194, párrafo 53.

¹¹⁴ *Ibidem*

¹¹⁵ Ferrer, *La insoportable levedad...*, op. cit., p. 4.

¹¹⁶ *Ibidem*

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

y obligaciones a la luz del mismo, debe aplicar la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte¹¹⁷.

Seguidamente, la CIJ, con base al examen que hace de la práctica de los Estados, deja claro que existe un derecho a la inmunidad de jurisdicción en supuestos de actos *iure imperii*, y un derecho de inmunidad de ejecución si los bienes del Estado se destinan al cumplimiento de las funciones públicas¹¹⁸.

En este sentido, la Corte señala que la regla de inmunidad de jurisdicción de los Estados ocupa un lugar importante en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Asimismo, hace hincapié en que dicha prerrogativa deriva del principio de igualdad soberana de los Estados, previsto en el inciso 1 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y considerado como uno de los principios fundamentales del orden legal internacional¹¹⁹.

A su vez, observa que la práctica legislativa y judicial interna permite sostener que la inmunidad de jurisdicción por actos de imperio permanece vigente con relación a las demandas civiles presentadas por actos que den como resultado la muerte, lesiones o daños a la propiedad cometidos por las fuerzas armadas de un Estado extranjero¹²⁰.

A este respecto, cita un grupo de sentencias en las que se reconoce la inmunidad del Estado extranjero por actos *iure imperii* cometidos por sus fuerzas armadas, entre las que se incluyen, las proferidas por el TEDH, comentadas en el epígrafe anterior y a las cuales otorga especial valor como sostén de esta conclusión¹²¹. Ello demuestra un reconocimiento expreso de las interacciones que se pueden generar sin riesgo de contradicción o divergencia, y ni mucho menos fragmentación, entre la jurisdicción regional europea especializada en protección de derechos humanos y la labor de la CIJ¹²².

Precisado lo anterior, la Corte pasa a examinar la relación entre inmunidad de jurisdicción y las normas de *ius cogens*. Para ello, examina punto por punto la veracidad de los argumentos presentados por Italia.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Mastaglia, Inmunidad de Estado..., op. cit., p. 311.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 311.

¹²⁰ Ferrer, La insoportable levedad..., op. cit., p. 12. A este respecto, la Corte, concluye que, en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, un Estado no se encuentra privado de la inmunidad por la sola razón de ser acusado de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional de los conflictos armados. Véase: Abello-Galvis / Ferrer Acuña, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia..., op. cit., p. 212, párrafos 83 al 85.

¹²¹ Ferrer, La insoportable levedad..., op. cit., p. 12.

¹²² *Ibid.*, p. 12.

En primer término, la Corte observa que la idea de subordinar, en cierta forma, el derecho a la inmunidad por la gravedad del acto ilícito presenta un problema de lógica¹²³. En esta línea, señala¹²⁴:

“La inmunidad de jurisdicción permite escapar no solamente a un fallo desfavorable sino también al proceso en sí mismo. Tiene entonces necesariamente un carácter preliminar. En consecuencia, antes de poder examinar el fondo del caso llevado ante él y antes de que los hechos hayan sido establecidos, el tribunal nacional debe determinar si, respecto al derecho internacional, un Estado puede o no pretender tener inmunidad. Si la inmunidad debía ser en función de saber si el Estado verdaderamente cometió una violación grave de derecho internacional de los derechos humanos o del derecho de los conflictos armados, el tribunal interno convocado debería dedicarse a la realización de un examen de fondo para determinar si tiene competencia. Si, por el contrario, basta con acusar al Estado de haber cometido actos ilícitos de este orden para privarlo de su derecho a la inmunidad, una presentación hábil de la reclamación podría por sí sola tener como efecto el retiro de la inmunidad”

En cuanto al segundo argumento esgrimido por Italia -la existencia de un conflicto entre una regla del *ius cogens* y la regla de derecho consuetudinario que obliga a un Estado a conceder inmunidad a otro- la Corte aduce que no se verifica tal conflicto toda vez que se trata de dos categorías de reglas que se relacionan con cuestiones diferentes¹²⁵.

En opinión de la CIJ, las reglas que rigen la inmunidad del Estado son de naturaleza procesal y buscan determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer su jurisdicción frente a otro. Además, sostiene que no tienen ninguna incidencia en la cuestión de saber si el comportamiento por el cual se iniciaron las acciones lícito o no¹²⁶.

Con este argumento, la Corte mantiene que el reconocimiento de la inmunidad de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario no supone reconocer la legalidad de una situación creada por la vulneración de una

¹²³ Abello-Galvis / Ferrer Acuña, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia..., op. cit., p. 211, párrafo 82.

¹²⁴ Ibid., pp. 211-212.

¹²⁵ Ibid., p. 216, párrafo 96.

¹²⁶ Ibid., p. 216, párrafo 96.

Inmunidad estatal en los últimos años: ¿se admite una excepción a la inmunidad de jurisdicción por violación del *ius cogens*?

norma de *ius cogens* ni tampoco supone prestar ayuda o asistencia para mantener dicha situación¹²⁷.

Asimismo, defiende la distinción entre normas sustantivas y procesales que determinan el alcance y de la competencia de un tribunal internacional o interno, sin que las segundas deban verse afectadas por las primeras¹²⁸. En este orden de ideas, añade que dicha postura ha sido respaldada también por tribunales internos de otros Estados y por el propio TEDH en las sentencias ya comentadas¹²⁹.

Con fundamento en lo expuesto *supra*, termina concluyendo que incluso asumiendo que los procedimientos judiciales presentados en Italia ponían en tela de juicio las violaciones de las reglas del *ius cogens*, la aplicación de normas consuetudinarias que regulan la inmunidad de jurisdicción del Estado no se ven afectadas¹³⁰.

Finalmente, con respecto al último argumento de Italia, referido a la denegación de inmunidad como último recurso de los ciudadanos italianos para obtener reparación, la CIJ afirma, por una parte, que Alemania tomó medidas importantes para lograr que las víctimas italianas de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad se beneficiaran de una cierta forma de reparación y; por otra parte, que no se deduce del derecho internacional consuetudinario, ningún elemento que permita afirmar que el derecho internacional haría depender el derecho de un Estado a la inmunidad de la existencia de otras vías efectivas que permitieran obtener reparación¹³¹. Por tal motivo, la Corte rechaza el argumento de Italia según el cual la inmunidad podía ser denegada a Alemania.

D. Conclusiones del fallo

En fecha 03 de febrero de 2012, la CIJ decidió por doce votos contra tres que Italia había violado su obligación de respetar la inmunidad reconocida a Alemania por el derecho internacional al admitir las acciones civiles intentadas contra ella por violaciones al derecho internacional humanitario; por catorce votos contra uno declaró que Italia había violado su obligación de respetar la inmunidad de ejecución de Alemania, al adoptar medidas de ejecución forzada

¹²⁷ Ferrer, *La insoportable levedad...*, op. cit., p. 12.

¹²⁸ En opinión de Ferrer, ya la Corte había reconocido este argumento en jurisprudencia anterior (caso de la orden de detención de 11 de abril de 2000). Ver Ferrer, *La insoportable levedad...*, op. cit., p. 17.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 17

¹³⁰ Abello-Galvis / Ferrer Acuña, *Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia...*, op. cit., p. 219, párrafo 97.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 220-222.

sobre la Villa Vigoni y, al declarar la ejecutoriedad en su territorio de las decisiones judiciales griegas sobre la violación del derecho internacional humanitario en Grecia por el Reich alemán; así como que debía promulgar una legislación apropiada o recurrir a otro medio de su elección a los fines de privar de efecto las decisiones de sus tribunales. Por último, la Corte rechazó por unanimidad las demás cuestiones planteadas por Alemania¹³².

Si bien el margen de votos a favor a los puntos decididos es considerablemente superior a los votos en contra, pueden apreciarse algunas divergencias de criterios, sobre todo, si tomamos en cuenta, que, a todas luces, se trata de un resultado que no satisface a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y, tampoco se corresponde con los postulados del Derecho Internacional Humanitario.

Es por ello, que varios jueces de la CIJ, en sus opiniones individuales, manifestaron su inconformidad parcial con algunos aspectos del referido fallo, salvo el juez Cançado Trindade, quien no respaldó la sentencia en su totalidad. Un análisis de todas las opiniones emitidas, desbordaría este trabajo, por lo que, solo haremos alusión a algunos de los comentarios más sobresalientes en contra del fallo.

Resalta, por ejemplo, el comentario del Juez Koroma, quien opina que esta decisión no debe ser interpretada como una autorización a los Estados de cometer actos de tortura u otros similares que constituyan crímenes contra la humanidad¹³³.

También, la emitida por el juez Cançado Trindade, en su opinión disidente. En términos generales, el mencionado juez, expone, que, se debía tener presente la evolución del derecho para apreciar convenientemente las relaciones entre inmunidades del Estado y el derecho a las reparaciones de guerra, cuyo vínculo es evidente en el presente caso¹³⁴.

Asimismo, en su criterio, debía insistirse en la importancia del gesto de Alemania, al admitir en el transcurso del procedimiento su responsabilidad como Estado frente a los actos ilícitos que constituyen la base fáctica del caso en cuestión¹³⁵. A su juicio, ese gesto es revelador desde el punto de vista de las inmunidades jurisdiccionales del Estado porque no hay precedentes en los anales de la Corte en lo referente a que el Estado demandando admita su responsabilidad¹³⁶.

¹³² Mastaglia, Inmunidad de Estado..., op. cit., p. 304.

¹³³ Abello-Galvis / Ferrer Acuña, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia..., op. cit., p. 236.

¹³⁴ Ibid., pp. 240 ss.

¹³⁵ Ibidem

¹³⁶ Ibidem

Finalmente, el juez expresa que las inmunidades del Estado son una prerrogativa o privilegio y no podrían ser obstáculo para la evolución del derecho internacional que se manifiesta actualmente a la luz de los valores fundamentales. Según sostiene, cuando la inmunidad del Estado está en ponderación con el derecho a la justicia, es en favor de este último que se debe resolver, en particular, en los casos que tienen relación con crímenes relacionados con el derecho internacional. Para él, en definitiva, el *ius cogens* prima antes que la prerrogativa que representa la inmunidad del Estado, con todas las consecuencias que ello implica¹³⁷.

Pese a las diferencias de criterios de los jueces en la adopción del fallo, es importante traer a colación lo expresado por Ferrer Lloret, en el sentido de que la CIJ ofrece un resultado que se ajusta al ordenamiento internacional en vigor, el cual sigue siendo un ordenamiento esencialmente interestatal, en donde los intereses de los Estados priman sobre la efectiva protección de los derechos de los particulares¹³⁸.

Tal como apunta el autor, la realidad es que, a un buen número de Estados, no les interesa abrir la posibilidad de que las víctimas de violaciones graves del derecho humanitario presenten demandas civiles contra Estados ante tribunales del Estado en cuyo territorio sus fuerzas armadas han cometido dichas violaciones. Si así fuera, se podrían presentar miles de demandas¹³⁹.

Con todo, la CIJ con esta sentencia, contribuye a poner freno –al menos de momento– a cualquier proceso de formación de normas dirigido a reconocer una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en este ámbito¹⁴⁰.

V. Conclusiones

La aparente tensión o contradicción entre las normas de *ius cogens* y la inmunidad de jurisdicción de los Estados se aprecia únicamente en el plano teórico, pues como hemos podido constatar, a la luz de la jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia se impone la línea del reconocimiento de la inmunidad de los Estados extranjeros, aun cuando éstos infrinjan de manera grotesca las normas perentorias del orden público internacional.

Así pues, de acuerdo con el estado actual del Derecho Internacional, reflejado en las decisiones aquí examinadas, las reglas de inmunidad de jurisdicción de los Estados no interfieren con las normas del *ius cogens*. Más

¹³⁷ *Ibidem*

¹³⁸ Ferrer, *La insoportable levedad...*, op. cit., p. 31.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 34-35.

concretamente, del análisis de la praxis judicial actual, no se desprende una excepción a la inmunidad estatal en virtud de la violación de normas perentorias internacionales.

Ello revela una vez más, que lo que cuenta realmente para determinar el alcance y extensión de las inmunidades, hasta en los escenarios álgidos, es lo que acojan los tribunales hasta convertirse en costumbre.

La Constitución de Emergencia y el COVID-19 en Venezuela

Angello J. Peña B.

Sumario

- I. Introducción
- II. La Constitución de Emergencia
 - A. Sobre el significado de “Estado de Excepción”
 - B. Tipos de Estados de Excepción
 - C. El Control del Poder de Excepción
 - i. Control político
 - ii. Control jurisdiccional
- III. Finalidad de la Constitución de Emergencia
- IV. El Control del Poder de Excepción: ¿Estado de Alarma bajo la Constitución de Emergencia?
 - A. La necesidad de un Estado de Alarma
 - B. Problemas del Estado de Alarma
 - i. Ausencia de control político
 - ii. Carencia de independencia judicial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
- V. La continuación de una grave crisis institucional
 - A. Asamblea Nacional Constituyente
 - B. Estado de Emergencia Económica
 - C. Desnaturalización de la Justicia Constitucional
- VI. Conclusiones

I. Introducción

Situaciones excepcionales o de emergencia, pueden presentarse en un Estado. Por ello, las constituciones usualmente establecen en su cuerpo normativo un régimen constitucional para atender tales situaciones. El COVID-19, sin dudas es una situación excepcional que requiere igualmente de medidas normativas extraordinarias bajo los parámetros de la Constitución. Para el Estado afrontar situaciones como la del COVID-19, no es suficiente lo constitucionalmente “normal u ordinario”, sino que requiere de lo que Ackerman acuñó como “*The Emergency Constitution*”¹ o Constitución de Emergencia, para

¹ Ver Ackerman, Bruce. “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 13, New Haven, 2004. Sólo se utilizará la expresión de Ackerman de Constitución de Emergencia, más no el significado estricto de lo que el autor propuso en su construcción teórica ante los eventos suscitados el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos. Precisamente, es pertinente por cuanto así como existe, por ejemplo, la “Constitución Económica” que es de origen europeo (especialmente alemán) referida a las normas,

hacer frente a situaciones anormales y proteger los derechos fundamentales, e incluso la misma Constitución integralmente ante los eventuales riesgos.

La mayoría de los Estados a nivel mundial afectados por la pandemia, en consecuencia, han adoptado medidas normativas excepcionales con el objeto de proteger los derechos fundamentales de su población, como es el caso del derecho a la vida, ante los riesgos (científicamente comprobados) que supone el COVID-19. Venezuela, no es la excepción al problema mundial que representa tal virus.

En efecto, en Venezuela se han emitido por parte de los organismos estatales, un conjunto de actos normativos para afrontar los retos que impone la pandemia. En el presente estudio, se analizará particularmente el régimen de emergencia que establece la Constitución venezolana de 1999 acerca de los controles que deben realizarse por parte de los órganos competentes del Poder Público para que un Decreto de Estado de Excepción tenga validez y los Decretos de “Estado de Alarma” emitidos desde marzo del presente año, a los fines de contrastarlos desde esa perspectiva.

II. *La Constitución de Emergencia*

Los ordenamientos jurídicos, no necesariamente cuentan con una regulación constitucional específica sobre los estados de excepción². Venezuela, por su parte se circunscribe en aquellos ordenamientos jurídicos que, en el Derecho Constitucional Comparado, regulan expresamente escenarios anómalos y por tal regulación, de acuerdo con Pérez Royo “tienen un ‘Derecho Constitucional de Excepción’ junto al Derecho constitucional de la normalidad. Son países que han decidido responder normativamente y no desde el vacío o cuasi-vacío normativo de excepción”³.

En el caso concreto, la Constitución de emergencia en Venezuela, se establece en el Título VIII, “De la protección de esta Constitución”, Capítulo II “De los estados de excepción”, en los artículos 337, 338 y 339 del texto de 1999. Tales artículos comprenden el régimen constitucional de excepción, los cuales no sólo prevén situaciones de anormalidad constitucional, sino que regulan de manera democrática con determinados métodos de control, la implementación de actos normativos extraordinarios.

principios y valores de la economía del Estado. *Mutatis mutandis*, también existe la Constitución de Emergencia.

² Casal, Jesús María. “1. Estado de Excepción sin Estado de Derecho”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del COVID-19*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 32.

³ Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, Novena edición, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 1078.

Nos referiremos en este estudio con “Constitución de emergencia” al régimen normativo que un texto fundamental establece para situaciones de anormalidad constitucional, en el cual se prevé cómo debe implementarse el poder de excepción, sus controles y lo relacionado a los derechos fundamentales.

A. Sobre el significado de “Estado de Excepción”

Para empezar, de acuerdo con Casal los estados de excepción son regímenes jurídicos “especiales originados en circunstancias extraordinarias de variada índole -natural, ecológica, sanitaria, económica, política- que ponen en serio peligro la estabilidad de las instituciones, o la vida de la nación o de sus habitantes”⁴. En otras palabras, un Estado de Excepción es un régimen normativo que surge por causas extraordinarias de diversa naturaleza que afectan esferas importantes de las personas o la estabilidad del Estado, ante lo cual, lo constitucionalmente ordinario no es suficiente y requiere de “algo más” para afrontarlas.

Otra herramienta para aproximarse al significado de Estado de Excepción, es la misma norma suprema. De acuerdo con la Constitución, el artículo 337 establece lo que se califica como un Estado de Excepción en los siguientes términos:

Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

Conforme a la norma constitucional, se califica como Estado de Excepción a las circunstancias extraordinarias que afecten gravemente i) la seguridad de la Nación; ii) las instituciones que componen el Estado y iii) los ciudadanos, siempre que lo constitucionalmente ordinario resulte necesariamente insuficiente para afrontar las situaciones excepcionales.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en la misma disposición constitucional, el órgano encargado de decretar Estado de Excepción es el “Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros” quien además podrá restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución, salvo aquellas referidas a los derechos a “la vida, prohibición de incomunicación o

⁴ Casal, Jesús María. *Los Derechos Humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 143.

tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”⁵.

Ante los escenarios extraordinarios, la Constitución de emergencia permite restringir proporcionalmente determinadas garantías constitucionales, para precisamente preservar los derechos fundamentales intangibles de las personas y enfrentar la situación excepcional con el fin de proteger la Constitución y no ser como diría Abraham Lilcon un *suicide pact* o pacto suicida que se desvanezca en las no poco frecuentes “situaciones de crisis”⁶ que afronta un ordenamiento jurídico en determinado momento.

La interpretación que debe realizarse de este régimen de emergencia, tiene que ser garantista de los derechos fundamentales y constitucionalmente aceptable, pues el Estado de Excepción está disciplinado constitucionalmente y aún en escenarios anómalos, se habla de Estado Democrático de Derecho, por lo cual, no implica su renuncia absoluta.

B. Tipos de Estados de Excepción

La Constitución, igualmente señala los tipos de estados de excepción que pueden decretarse por el Presidente de la República ante las situaciones excepcionales. El artículo 338 establece lo siguiente:

Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, o de sus ciudadanos y ciudadanas (...) Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación (...) Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones.

La norma suprema comprende en el régimen de emergencia, cuatro modalidades de Estados de Excepción. A saber: i) Estado de Alarma, relativo a catástrofes, calamidades públicas o supuestos similares (como sería la crisis sanitaria que propone la pandemia), en el que se ponga en riesgo la seguridad nacional o de los ciudadanos; ii) Estado de Emergencia Económica, referido a hechos que ponen en grave riesgo la estabilidad económica de la Nación; iii)

⁵ El artículo 7 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción desarrolla cuáles garantías sobre derechos fundamentales, no pueden ser restringidas ante situaciones de anormalidad constitucional.

⁶Pérez Royo, Javier. *Curso...*, ob. cit., p. 1077.

Estado de Conmoción Interna, cuando existe conflicto interno por perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático, o cuando el funcionamiento de los Poderes Públicos esté interrumpido y iv) Estado de Conmoción Externa, en caso de conflicto externo, que implique una amenaza a la Nación, la integridad del territorio o la soberanía⁷.

Las cuatro categorías de estados de excepción, son escenarios constitucionales que tienen una naturaleza común: su carácter extraordinario. Además, tienen supuestos específicos para cada modalidad que dependen de la gravedad del hecho y de las circunstancias para circunscribirse en una u otra categoría. Incluso, el tiempo de duración es distinto para cada momento constitucional.

En efecto, según la Constitución existe una temporalidad escalonada para los estados de excepción, atendiendo a las particularidades que ofrece cada categoría en los hechos. Para el Estado de Alarma, señala treinta días; para el Estado de Emergencia Económica, sesenta días y para el Estado de Conmoción, ora interno ora externo, noventa días. Asimismo, la “aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional” quien puede prorrogarlos por el mismo plazo desde la fecha de su promulgación, lo cual constituye un contrapeso a los poderes excepcionales del Presidente.

En ese sentido, la Constitución de emergencia aun cuando habilita al Presidente para decretar estados de excepción, cuenta con un sistema de *checks and balances* excepcional que permite la participación de los otros dos poderes tradicionales del Estado Constitucional: el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Específicamente, la Asamblea Nacional y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en parte debido, en palabras de Casal “por la trascendencia político-constitucional de esa decisión”⁸ y además, porque la Constitución venezolana regula cómo y ante qué circunstancias tiene validez un Estado de Excepción, por lo que cada uno de estos actores tiene un guion que cumplir en estas situaciones.

C. El control del Poder de Excepción

La Constitución de emergencia, en su artículo 339 establece la relación entre los poderes tradicionales del Estado bajo los siguientes términos:

⁷ La Ley Orgánica sobre Estados de Excepción regula en su Título II “De los diversos Estados de Excepción y sus disposiciones comunes”, Capítulos I, II, III y IV los tipos de estados de excepción que existen en el ordenamiento jurídico venezolano.

⁸ Casal, Jesús María. “Los Estados de Excepción en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Caracas, 2001, p. 51.

El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

De esta disposición constitucional, se puede observar los controles ejercidos por el Poder Judicial y el Poder Legislativo del decreto dictado por el Poder Ejecutivo. Tal norma, regula los pesos y contra pesos del régimen de excepción ejercido por los principales órganos del orden constitucional venezolano.

Por consiguiente, no confía la implementación del Estado de Excepción a una sola institución estatal o es una especie de “cheque en blanco”⁹, sino que requiere la participación plural de los poderes del Estado para ejercer, como señala Ferrajoli “una función de garantía”¹⁰ que incluso ante situaciones de anormalidad constitucional, no implique una renuncia absoluta de los métodos del ejercicio democrático del poder. Se trata de una prohibición de la arbitrariedad del poder mediante un sistema de controles.

i. Control político

La Asamblea Nacional, como representante por excelencia de la soberanía popular y del Poder Legislativo, realiza un control político sobre el decreto de Estado de Excepción emitido por el presidente de la República en Consejo de Ministros. La Asamblea Nacional, no dicta el decreto, pero realiza la *parlamentarización* del mismo mediante su consideración deliberativa y aprobación, durante los ocho días siguientes de haberse dictado.

El control de la Asamblea Nacional, será un control político que se regirá por los siguientes criterios: i) subjetividad, mediante el cual, controlar quedará en la libre apreciación del órgano controlante; ii) oportunidad, el objeto sometido a control está basado en razones políticas; iii) voluntariedad, el órgano controlante es libre para ejercer o no el control y puede implicar una sanción y iv) parcialidad, no se trata de órganos imparciales o dotados de un especial conocimiento en conocimiento jurídico¹¹.

⁹ Pérez Royo, Javier: *Curso...*, ob. cit., p. 1077.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 103.

¹¹ Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, pp. 70-71.

Con la participación del Poder Legislativo, la alteración al orden democrático-constitucional de los poderes del Ejecutivo Nacional, se vuelve parcial. Para explicar de mejor manera la idea, ya no se trata de un ejercicio unilateral del régimen de emergencia, sino que concurre la Asamblea Nacional como representante del pueblo a debatir política y democráticamente, la aprobación, modificación y/o prórroga del decreto y por consiguiente, así queda “parlamentarizada la decisión gubernamental”¹² que da inicio a este tipo normativo.

La aprobación, solicitud de prórroga o aumento del número de garantías restringidas, será aprobado por la mayoría absoluta de los diputados Asamblea Nacional, en sesión especial que se realizará sin previa convocatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas de haberse hecho público el decreto¹³.

Si el decreto que declare el Estado de Excepción, la solicitud de prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, se realiza durante el receso de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República lo debe remitir a la Comisión Delegada y ésta sólo podrá considerar su aprobación, prórroga o aumento del número de garantías restringidas, si le resulta imposible, por las circunstancias fácticas, convocar una sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional¹⁴.

En cuanto a la modificación del decreto, la Asamblea Nacional puede modificarlo atendiendo a las circunstancias del caso, debiendo contar con el voto favorable de las tres quintas partes de los diputados. Tal facultad, no está atribuida a la Comisión Delgada¹⁵ por lo que ésta no puede realizarlo si la Asamblea Nacional se encuentra en periodo de receso.

¹² Garrido López, Carlos. “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, p. 62. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/59590>

¹³ Esto es establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción. Asimismo, sólo si por caso fortuito o fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los ocho días continuos siguientes a la recepción del decreto, éste se entenderá aprobado. En este caso, se configura un silencio positivo por parte de la Asamblea Nacional. Es importante mencionar que en la doctrina, autores como Casal consideran que dicha norma es “inconstitucional, ya que ni la Constitución fija tal plazo ni de ella es posible inferir tal consecuencia. Ha de quedar siempre a salvo la facultad del parlamento de decidir si se declara o no un estado de excepción”; Casal, Jesús María: “1. Estado...”, ob. cit., p. 41.

¹⁴ De acuerdo con lo establecido en los artículos 28 y 29 *eiusdem*.

¹⁵ Conforme al artículo 30 *eiusdem*. Lo que no puede hacer el órgano deliberativo, es establecer un régimen que implique mayores restricciones a las instituidas por el Ejecutivo Nacional.

En ese orden, los caracteres del decreto de “rango y fuerza de Ley”¹⁶ se mantendrá siempre que la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada lo apruebe, bien sea de oficio -como deber constitucional- o con previa remisión del Ejecutivo Nacional, dentro del lapso de ocho días continuos siguientes a aquel en que haya sido dictado. En contraste, de no aprobarse el decreto dictado por el Presidente de la República, perderá su rango y fuerza de ley.

Por consiguiente, si la Asamblea Nacional no aprueba el decreto o la prórroga, la Sala Constitucional en principio “omitirá todo pronunciamiento”¹⁷ porque tal negativa, de acuerdo con Casal implica “la inmediata cesación de su vigencia”¹⁸. De tal manera, ya no tendrá vigencia dicho acto normativo al no cumplir con la voluntad insoslayable del Poder Legislativo, como actor de la normativa excepcional.

ii. *Control jurisdiccional*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es otro de los órganos que contempla la Constitución de emergencia para intervenir en los estados de excepción. Si el control de la Asamblea Nacional es político, el control de la Sala Constitucional debe ser apolítico. En efecto, el control

¹⁶ El decreto que declare estado de excepción, conforme al artículo 22 *eiusdem*, “tendrá rango y fuerza de Ley, entrará en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”. Su vigencia se mantendrá siempre que cumpla con las condiciones de validez del control político y el control jurídico. Es decir, si no es aprobado por la Asamblea Nacional perderá su vigencia o si aun siendo aprobado, la Sala Constitucional declara su nulidad total o parcial por no cumplir con los principios de la Constitución Nacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre los Estados de Excepción y de la misma Ley Orgánica de Estados de Excepción.

¹⁷ Conforme con el artículo 33 *eiusdem* el cual establece que la Sala Constitucional “omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobare el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia”. Sobre tal disposición legal, Brewer-Carias considera que es inconstitucional por cuanto establece una limitación al ejercicio de los poderes de revisión de la Sala Constitucional “no autorizada en la Constitución. La revisión, aún de oficio, del decreto de estado de excepción puede realizarse por la Sala Constitucional, independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación”; Brewer-Carias, Allan. “Las potestades normativas del Presidente de la República: los actos del ejecutivo de orden normativo”, en *Tendencias actuales del Derecho Constitucional*, Homenaje a Jesús María Casal Montbrun, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 528. Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia bajo sentencia N° 7, de fecha 11 de febrero de 2016 desaplicó por control difuso dicho artículo por considerarlo inconstitucional, acogiéndose al criterio doctrinario.

¹⁸ Casal, Jesús María: *Los Derechos...*, ob. cit., p. 151.

jurisdiccional de la Sala Constitucional es la “despolitización”¹⁹ del decreto de Estado de Excepción y se erige como un control de índole jurídico que busca juzgar primordialmente la constitucionalidad²⁰ del acto normativo con fuerza de ley que constituye el Estado de Excepción. Con tal juzgamiento, este control minimiza los abusos que podrían ser cometidos por el Ejecutivo Nacional bajo la excusa de una situación excepcional, con o sin aprobación de la Asamblea Nacional²¹.

Es un control estrictamente jurídico y escapa de la Sala Constitucional considerar su oportunidad, o cualesquiera otros caracteres del control político. En esencia, se trata de un control que se rige por los siguientes criterios: i) objetivo, según el cual, el parámetro de control es un conjunto normativo preexistente y no disponible para el órgano controlante; ii) verificable, la valoración es con base a razones jurídicas sometidas a reglas de verificación; iii) necesario, el órgano controlante ejerce el control cuando es solicitado y en caso de ser un control negativo, debe emitir una sanción, como lo es, la anulación o inaplicación del acto o norma controlada y iv) imparcialidad, el control es realizado por órganos imparciales, independientes y con conocimiento en asuntos jurídicos²².

El control jurisdiccional de la Sala Constitucional²³, busca verificar que el decreto sea consono primordialmente con los principios de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre los Estados de Excepción, pues la misma disposición constitucional del artículo 339, señala que el decreto “cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención

¹⁹ Villalon, Pedro. *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, N° 2, Madrid, 1981, p. 99.

²⁰ La competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la atribuye además el artículo 336, numeral 6 de la norma suprema, que señala una modalidad de control concentrado por la cual puede revisar de oficio “la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República”. Asimismo, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción establece en su artículo 32 que “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunciará de oficio”.

²¹ Nikken, Claudia. “10. Vida, libertad y COVID-19: ¿un dilema constitucional?”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del COVID-19, Editorial Jurídica Venezolana Internacional*, Caracas, 2020, p. 301.

²² Aragón Reyes, Manuel. *Constitución...*, ob. cit., pp. 70-71.

²³ Existen otros órganos judiciales que están facultados para ejercer una especie de control sobre el derecho que declare Estado de Excepción, como lo son, los jueces de manera integral, en el ámbito de sus competencias sobre el amparo constitucional, quienes de acuerdo con el artículo 41 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción “están facultados para controlar la justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con base al estado de excepción”.

Americana sobre Derechos Humanos”. Asimismo, el examen que debe realizar la Sala Constitucional incluye contrastar el decreto que declare Estado de Excepción con las previsiones de la Ley Orgánica sobre Decretos de Estados de Excepción.

En consecuencia, la Sala Constitucional decidirá en el lapso de diez días continuos, contados a partir del recibo de la comunicación del Presidente de la República o del Presidente de la Asamblea Nacional, o del vencimiento del lapso de ocho días continuos de oficio al tratarse de un deber ineludible²⁴. Dicho órgano, revisará el derecho sobre el cual la garantía se restringe²⁵, y, además, que ésta se realice sobre aquellas garantías que no se consideran como intangibles.

También, la Sala Constitucional revisará estrictamente la necesidad, temporalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas con el acontecimiento excepcional, e incluso, si la situación constitucional del ordenamiento jurídico lo requiere, verificar que la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada haya aprobado el decreto que declara Estado de Excepción o su prórroga, pues la regulación democrática (y sus controles) sobre el acto normativo de excepción, se configura como un principio y valor superior de la Constitución que debe ser tomado en consideración de manera integral. Especialmente, en situaciones de crisis es necesario ese “árbitro [que] sólo interviene cuando uno de los equipos tiene una ventaja injusta”²⁶.

Así, los jueces juegan un rol importante en el reforzamiento del sistema de emergencia que prevé la Constitución. A nivel macro (la Sala Constitucional), ayudan a cumplir el especial sistema de pesos y contrapesos. A nivel micro (los demás jueces en el ejercicio del amparo constitucional), ayudan a proteger los derechos fundamentales²⁷.

Es por ello, que bajo la Constitución de emergencia es cuando más debe mantener el Poder Judicial, especialmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, su independencia como poder estatal. Dicho órgano,

²⁴ De acuerdo con lo establecido en el artículo 33 *eiusdem*, en el cual, además si la Sala Constitucional no se pronuncia dentro del lapso, los magistrados que la componen incurrirán en responsabilidad disciplinaria, pudiendo ser removidos de sus cargos conforme con lo establecido en el artículo 265 de la Constitución venezolana.

²⁵ Si bien la Constitución emergencia faculta al presidente de la República para restringir determinadas garantías constitucionales, ello sólo será excepcional por cuanto el órgano que en circunstancias de normalidad constitucional está facultado para tal cometido, es la Asamblea Nacional. Por ello, el régimen constitucional de emergencia también faculta a la Sala Constitucional para revisar su regulación.

²⁶ Ely, John. *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Colombia, 1997, p. 129.

²⁷ Ackerman, Bruce. “The Emergency...”, ob. cit., p. 1046.

demarca el límite legítimo y constitucional de los demás poderes y debe servir como una especie de guardián de la Constitución. Aún en situaciones excepcionales, debe ser de esa manera puesto que el Estado de Derecho y la Democracia no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia, ya que el espíritu de la Constitución es precisamente prohibir la arbitrariedad del poder, al no confiar a una sola institución estatal la implementación del Estado de Excepción.

III. *Finalidad de la Constitución de Emergencia*

La finalidad de la Constitución de emergencia, es retornar a la normalidad constitucional. El retorno a la normalidad constitucional sucede cuando ha cesado la causa que origina la situación extraordinaria y lo que busca un Estado de Excepción es, en palabras de Casal, “procurar el pronto restablecimiento de la normalidad”²⁸. Para Pérez Royo, la finalidad del régimen de emergencia es “confirmar la regla” por cuanto, “no existe por sí mismo y para sí mismo, sino que existe porque hay determinadas circunstancias en la que no es posible la aplicación del derecho normal. Pero no tiene sentido nada más que volver a la normalidad”²⁹.

Es importante resaltar que tal restablecimiento de la normalidad constitucional, debe realizarse sin menoscabar los derechos fundamentales más básicos de la persona y cumpliendo con los mecanismos de control que establece el régimen excepcional, tanto jurídicos como políticos que prohíben un uso indiscriminado del poder. La Constitución de emergencia, es una garantía constitucional que existe sólo para volver a lo constitucionalmente ordinario y una vez logrado ese fin (de manera racional), pierde su justificación y, asimismo, debe perder su existencia para restablecer las competencias del Poder Público junto con las plenas garantías de los derechos fundamentales.

No es admisible vulnerar los bienes jurídicos más fundamentales de la persona y desatender los mecanismos de control del poder excepcional bajo la excusa de la “seguridad nacional”, “bien común” o de “hacer cesar” la situación anómala, por cuanto se desvirtuaría la Constitución de emergencia.

²⁸ Casal, Jesús María. *Los Derechos...*, ob. cit., p. 143.

²⁹ Pérez Royo, Javier. *Curso...*, ob. cit., p. 1077.

IV. *El Control del Poder de Excepción: ¿Estado de Alarma bajo la Constitución de Emergencia?*

A. La necesidad de un Estado de Alarma

En Venezuela, como ya se mencionó, la circunstancia excepcional que representa el COVID-19, en esencia, hizo necesario el ejercicio de mecanismos constitucionales extraordinarios. La necesidad del Estado de Excepción, para combatir los riesgos objetivos a la salud pública y en general, para proteger los derechos fundamentales que a nivel mundial ha demostrado que afecta el virus, es indiscutible.

Asimismo, dicho supuesto se circunscribe en la categoría que la Constitución de emergencia denomina como “Estado de Alarma”, por cuanto se trata de un hecho que se refiere a una crisis sanitaria, es decir, “una catástrofe no política, no producida intencionalmente por el ser humano, sino consecuencia de la acción de agentes naturales o de un error humano en el control de las leyes de la naturaleza”³⁰. La catástrofe mundial que representa el virus, en efecto, se trata de un hecho no político de altas magnitudes que pone en grave peligro la seguridad y la vida de las personas.

Nicolás Maduro, actuando como “Presidente de la República”³¹ en Consejo de Ministros, procedió a decretar Estado de Alarma en fecha 13 de marzo de 2020³² por un plazo de 30 días desde su publicación en Gaceta Oficial. El mismo acto extraordinario, fue prorrogado en fecha 12 de abril de 2020, por los mismos 30 días del plazo establecido en la Constitución. En fecha 12 de mayo, 11 de junio, 10 de julio, 8 de agosto y 2 de septiembre de 2020 se procedió a dictar nuevos decretos de Estado de Alarma y prórrogas respectivamente, por considerarse que aún subsiste la situación anómala constitucional.

³⁰ *Ibidem*, p. 1081.

³¹ Desde el 11 de enero de 2019, en Venezuela, la Presidencia de la República se encuentra “usurpada”. Desde ese momento, como señala Brewer-Carías existe una grave crisis constitucional “[a] consumarse la usurpación del Poder Ejecutivo y al no existir un presidente electo para el día 10 enero de 2019”; Brewer-Carías, Allan. *Transición hacia la Democracia en Venezuela, Bases Constitucionales y Obstáculos Usurpadores*, Editorial Jurídica Venezolana, Miami, 2019, p. 40. Igualmente, la Asamblea Nacional no reconoce a Nicolás Maduro como presidente de la República. Tal situación, podría considerarse como un vicio de origen del decreto de Estado de Alarma.

³² El cual fue publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.519 Extraordinario de fecha 13 de marzo de 2020.

B. Problemas del Estado de Alarma

El estado de cosas (in)constitucional³³ del Estado de Alarma, presenta los siguientes problemas en cuanto al control del poder de excepción:

i. Ausencia de control político

Atendiendo al texto de los decretos de estados de excepción, no señalan en ninguno de sus artículos o disposiciones finales referencia alguna al Poder Legislativo, quien, según la Constitución es el encargado de considerar la aprobación y prórroga del acto jurídico de excepción. Para Sira el Estado de Alarma “obvió la necesidad del control político por parte de la Asamblea Nacional”³⁴.

En ese sentido, para Brewer-Carías “se ignoró por completo la existencia de la Asamblea Nacional”³⁵. Para Badell los decretos de Estado de Alarma “fueron dictados con total y absoluta prescindencia de la autorización de la Asamblea Nacional”³⁶. Igualmente, para Alfonzo el decreto “originario de Declaratoria de Estado de Alarma no ordenó su remisión a la Asamblea Nacional, seguramente por la tesis sostenida en cuanto al desacato, vaciando nuevamente de contenido a la Asamblea Nacional”³⁷.

En los hechos públicos y notorios, igualmente no se aprobó por parte de la Asamblea Nacional (o la Comisión Delegada), como representante del pueblo, el decreto de Estado de Alarma o su prórroga, debido a la compleja situación institucional por la que atraviesa el Estado venezolano. Por un lado, tal situación

³³ Duque Corredor, Román. Consecuencias políticas de las decisiones de los tribunales constitucionales, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 144, Caracas, 2006, p. 88

³⁴ Sira, Gabriel. “2. Venezuela y el Estado de Alarma por el COVID-19”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del COVID-19*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 66.

³⁵ Brewer-Carías, Allan. “4. El Decreto del Estado de Alarma con Ocasión de la Pandemia del Coronavirus: Inconstitucional, Mal Concebido, Mal Redactado y Bien Inefectivo”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del COVID-19*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 100.

³⁶ Badell, Rafael. “13. Una mirada al derecho administrativo en Venezuela a la llegada del covid-19”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del COVID-19*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 339.

³⁷ Alfonzo Paradisi, Juan Domingo. “6. Régimen general del estado de excepción; la modalidad del estado de alarma con ocasión del covid-19 y la causa extraña no imputable”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del COVID-19*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 200.

se debe a que el decreto de Estado de Alarma no fue enviado a la Asamblea Nacional y ésta considera que son ilegítimos los actos del Ejecutivo Nacional³⁸.

Por otro lado, en el año 2016, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 7, de fecha 11 de febrero de 2016, resolviendo un recurso de interpretación de los artículos 339 y 136 de la Constitución, abusivamente, desconoció el control político de la Asamblea Nacional haciéndolo prácticamente irrelevante como mecanismo de control del poder extraordinario. Dicha sentencia, establece que “la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción, por parte de la Asamblea Nacional, lo afecta desde la perspectiva del control político y, por ende, lo condiciona políticamente, pero no desde la perspectiva jurídico-constitucional” y asimismo, prosigue señalando que “el control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos”³⁹.

Evidentemente, se trata de una manipulación interpretativa del texto fundamental que contraviene los postulados básicos de la Constitución de emergencia, el lenguaje y espíritu de la norma suprema integralmente. Tal como señala Brewer-Carías, la Sala Constitucional “vació totalmente a la Asamblea Nacional de su potestad de ejercer el control político sobre los estados de excepción, violando abierta y arteramente la Constitución”⁴⁰, otorgándole preeminencia al control jurídico sobre el político y haciendo de éste prácticamente inoperante.

Se trata en efecto, de una consideración errada del control político, pues si el control de la Asamblea Nacional no surte efectos jurídicos, no es ningún tipo de control. Al tratarse de un control, es tal precisamente porque puede aprobar o no el acto sometido a control y, en caso de desaprobarlo, tiene que surtir efectos, ya que el decreto que declare Estado de Excepción necesita ser parlamentarizado para que tenga validez constitucional.

³⁸ Balasso Tejera, Caterina. “La autopsia de un decreto sobre el contraste existente entre el decreto por el cual se declaró el estado de alarma con ocasión del coronavirus, el marco regulatorio aplicable y la situación vivida en Venezuela desde mediados de marzo de 2020”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del COVID-19*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 178.

³⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 7 de fecha 11 de febrero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

⁴⁰ Brewer-Carías, Allan. “El desconocimiento judicial de los poderes de control político de la Asamblea Nacional. Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional N° 4 de 20 de enero de 2016, N° 7 de 11 de febrero de 2016. Caso: Recurso de interpretación sobre las normas constitucionales reguladoras de los estados de excepción, N° 9 del 1° de marzo de 2016 y N° 184 de 17 de marzo de 2016”, *Revista de Derecho Público*, N° 147-148, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 361.

Inclusive, para Casal la naturaleza del control político “no tiene nada que ver con el alcance de sus efectos y mucho menos significa que no tenga consecuencias jurídicas o vinculantes” y más bien, con la intervención del parlamento “es un control constitucional que no solo puede conducir a su desaprobación y a la inmediata cesación de sus efectos, sino que en rigor no puede haber estado de excepción sin la aprobación del parlamento”⁴¹.

De esta manera, el Estado de Alarma carece de la voluntad insoslayable de una de las partes que bajo la Constitución de emergencia otorgan validez jurídico-constitucional al acto normativo. Por tanto, tal acto perdió su rango y fuerza de ley.

ii. *Carencia de independencia judicial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*

La independencia judicial ha sido obstaculizada y afectada por distintos factores que componen la crisis institucional venezolana. Como se desprende de varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴², entre ellas, la sentencia de fecha 8 de febrero de 2018, caso: *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, estableció que la independencia judicial ha sido severamente afectada por “la provisionalidad de los jueces; la falta de garantías en procedimientos disciplinarios contra jueces; conductas amedrentadoras de altos funcionarios del Poder Ejecutivo hacia determinados jueces por adoptar decisiones en el ejercicio de sus funciones”⁴³ y entre otras cosas, la irregularidad en la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁴.

La independencia judicial como metagarantía de los derechos fundamentales⁴⁵, es una precondition para la existencia de un control jurídico que pueda analizar eficazmente la compatibilidad del Estado de Excepción con los principios que establece la Constitución, el Derecho Internacional de los

⁴¹ Casal, Jesús María. “1. Estado...”, ob. cit., p. 41.

⁴² Ver por ejemplo, caso: *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, de fecha 01 de Julio de 2011; caso: *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, de fecha 30 de Junio de 2009 y caso: *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, de fecha 05 de Agosto de 2008.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 8 de febrero de 2018, caso: *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

⁴⁴ Específicamente, a finales del 2015, la designación de trece (13) magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Ver Brewer Carías, Allan. *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana International, New York-Caracas, 2016, pp. 116 y ss.

⁴⁵ Ver Barreto Nova, Guillermo. “La independencia judicial como metagarantía de los derechos fundamentales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 47, México, 2019.

Derechos Humanos sobre el Derecho de excepción y las previsiones de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al igual que el Ejecutivo Nacional, desconoció la democracia como principio y valor superior de la Constitución, al no referirse al Poder Legislativo y al declarar la “constitucionalidad”⁴⁶ del Estado de Alarma pese a no tener el control político que, por mandato constitucional, debe realizar el Poder Legislativo. Inclusive, tal como sostiene Nikken, la Sala Constitucional “no ejerce ningún control. Antes por el contrario, ha venido avalando *a priori*, la constitucionalidad del estado de alarma”⁴⁷.

La Constitución, es una norma jurídica y por ende, la Sala Constitucional como guardián jurídico de la misma, no debió haber declarado su constitucionalidad. Por un lado, el régimen de emergencia de la Constitución no protege la arbitrariedad. Por otro lado, más bien la prohíbe con un sistema de pesos y contrapesos (que en la Constitución de emergencia es su núcleo más fuerte) pues “Estado de Derecho de Excepción” no significa ausencia de controles. Por ello, ante la ausencia de independencia judicial de la Sala Constitucional, no se realizó el debido control jurídico que exige la Constitución.

Si la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Justicia, hubiera realizado un control jurídico independiente y conforme a la Constitución de emergencia, tendría que haber declarado su nulidad, pues (entre otras cosas) la ausencia de control político vicia irreparablemente un decreto de Estado de Excepción.

V. La continuación de una grave crisis institucional

Situaciones como la propuesta por el COVID-19, son situaciones retadoras que resaltan la realidad institucional de un Estado. El Estado Democrático de Derecho, no acepta su suspensión absoluta, ni aún ante circunstancias extraordinarias. Por tal razón, los Estados y en especial Venezuela con su Constitución, contemplan un régimen de emergencia que demarca los

⁴⁶ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 0057 de fecha 24 de marzo de 2020, establece como “constitucional” el Estado de Alarma. Igualmente, en sentencia N° 0058 de fecha 22 de abril de 2020, establece como “constitucional” su prórroga. En sentencia N° 0063 de fecha 21 de mayo de 2020, establece como “constitucional” un nuevo Estado de alarma. En sentencia N° 0074 de fecha 19 de junio de 2020, establece como “constitucional” su prórroga. En sentencia N° 0081 de fecha 22 de julio de 2020, establece como “constitucional” un nuevo Estado de Alarma. En sentencia N° 0116 de fecha 18 de agosto de 2020, establece como “constitucional” su prórroga. En sentencia N° 0189 de fecha 18 de septiembre, establece como “constitucional” un nuevo Estado de Alarma.

⁴⁷ Nikken, Claudia. “10. Vida...”, ob. cit., p. 302.

límites para la implementación del poder extraordinario. Sus límites son: el control del poder y los derechos fundamentales.

La realidad que padece la institucionalidad venezolana, precisamente se pone de manifiesto ante dicho fenómeno. El amplio distanciamiento entre la actividad del Estado y la Constitución, que desde hace años ha venido creciendo en paralelo con el detrimento de la democracia, son causas de un virus más grave que el COVID-19. El virus del autoritarismo exacerbado que corrompe la seguridad jurídica, la salud de las instituciones incontrolablemente y vulnera los derechos fundamentales en grandes proporciones.

En Venezuela, antes del establecimiento del Estado de Alarma, se había impuesto la Asamblea Nacional Constituyente, también el Estado de Emergencia Económica y se ha desnaturalizado la Justicia Constitucional. Situaciones, que sin duda constituyen lo que Ferrajoli denomina como “la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza”⁴⁸.

Tanto la Asamblea Nacional Constituyente como el Estado de Emergencia Económica, actualmente llevan un largo periodo de tiempo desde su imposición y son representaciones *schmittnianas* de desregularización y poder soberano absoluto. La justicia constitucional, por su parte, ha sido desnaturalizada especialmente desde el año 2016, contraviniendo y desconociendo especialmente a la Asamblea Nacional como órgano representativo por excelencia de la democracia.

A. Asamblea Nacional Constituyente

Desde el año 2017⁴⁹, existe una usurpación de la soberanía popular al convocarse una Asamblea Nacional Constituyente sin la participación ciudadana. Entre los múltiples vicios que tuvo tal acto se encuentra: i) origen no democrático, al no contar con un referéndum de convocatoria; ii) falseamiento del derecho al sufragio universal, directo y secreto al elegirse los constituyentes de manera sectorial, por lo cual no todos podían postularse al cargo de constituyente y no se estuvo en presencia del principio básico de una persona un voto⁵⁰ y iii) tiempo indefinido, las bases comiciales de dicho acto no contempló

⁴⁸ Ferrajoli, Luigi. *Principia...*, ob. cit., p. 101.

⁴⁹ Bajo decreto N° 2.878 de fecha 23 de mayo 2017 publicado en Gaceta Oficial 41.156, mediante el cual el Presidente de la República “convocó a una Asamblea Nacional Constituyente” y se propusieron las “bases comiciales territoriales y sectoriales”.

⁵⁰ Ver Brewer-Carías, Allan. “La Inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 2017 como una muestra más de desprecio a la Constitución”, en *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, compiladores: Brewer-Carías, Allan y Soto, Carlos García, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 27 y ss.

tiempo para su funcionamiento, por lo que se encuentra impuesta hasta que discrecionalmente así lo determine la Asamblea Nacional Constituyente.

Se trata en esencia, de una metodología autoritaria para imponer la voluntad política del régimen gobernante y que, hasta el momento del presente estudio, no se ha encargado de redactar o discutir públicamente un proyecto de Constitución, el cual es el único objeto que tiene tal institución. Durante el largo periodo de tiempo en que ha permanecido dicha Asamblea, se ha enfocado en establecer leyes constitucionales⁵¹, remover a altos funcionarios del Poder Público⁵² y en general, hacer actos que, en la teoría del poder constituyente, éste no debe realizar porque se configuraría una desnaturalización del mismo. Por ello, la Asamblea Nacional Constituyente no debe entenderse como tal, sino como un instrumento del gobierno autoritario⁵³.

B. Estado de Emergencia Económica

Desde el año 2016, se declaró Estado de Emergencia Económica en Venezuela⁵⁴, estableciendo un régimen de excepción que se ha mantenido durante más de cuatro años y no ha cesado. Esta normativa de excepción, constituye una herramienta a la que el gobierno ha recurrido durante años para ampliar el poder del Ejecutivo al declarar (y renovar) las facultades que le otorga el Estado de Emergencia⁵⁵.

Hasta la fecha del presente estudio, se han declarado 28 estados de emergencia económica, incluyendo nuevos decretos y prorrogas. Entre los múltiples vicios que contempla la implementación de este mecanismo extraordinario, se encuentra que no contó con la aprobación de la Asamblea Nacional, siendo que ésta más bien negó dicho acto mediante su desaprobación⁵⁶ parlamentaria, por lo cual, dicho acto perdió su rango y fuerza de ley.

⁵¹ Tal el caso de la “Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia”, publicada en Gaceta Oficial N° 41.274 de fecha 8 de noviembre de 2017.

⁵² Uno de los primeros actos de la Asamblea Constituyente, fue “destituir” a la Fiscal General de la República, para ese entonces, Luisa Ortega Díaz.

⁵³ García-Soto, Carlos., Hernández, José y Sánchez, Raúl. “Venezuela: The State of Liberal Democracy”, en *2017 Global Review of Constitutional Law*, I·CONNECT-Clough Center, Editado por Albert, Richard., Landau, David., Faraguna, Pietro y Drugda, Simon., p. 315. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3215613

⁵⁴ Mediante decreto N° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016, publicado en Gaceta Oficial N° 6.214.

⁵⁵ García-Soto, Carlos., Hernández, José y Sánchez, Raúl. “Venezuela: The...”, ob. cit., p. 313.

⁵⁶ En fecha 22 de enero de 2016, se discutió y se aprobó un acuerdo parlamentario mediante el cual “se desaprueba el Decreto N° 2184, del 14 de enero de 2016, publicado

No obstante, luego se haría inoperante el control político de la Asamblea Nacional por responsabilidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la ya citada sentencia N° 7 de fecha 11 de febrero de 2016, en que se “interpretó” el artículo 339 de la Constitución de emergencia y en la que además se anuló el acuerdo en que se desaprueba dicho acto por parte de la máxima representación del Poder Legislativo Nacional. Luego, en general, todas las funciones de la Asamblea Nacional fueron desconocidas por dicho órgano judicial.

C. Desnaturalización de la Justicia Constitucional

La justicia constitucional, durante (y principalmente desde) el año 2016 como lo afirma Hernández configuró “la desnaturalización de la justicia constitucional, ante el desconocimiento de las funciones del Poder Legislativo en Venezuela”⁵⁷ y en general del texto constitucional, por cuanto no sólo se limitó a desconocer a la Asamblea Nacional. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con uso abusivo de los métodos de justicia constitucional, especialmente mediante el control concentrado de la constitucionalidad y el recurso de interpretación constitucional, desconoció importantes aspectos del texto constitucional. Así, el órgano judicial degeneró en una herramienta que, bajo el control político del Poder Ejecutivo, ha contribuido a socavar democracia en lugar de protegerla⁵⁸.

Para decir lo menos y a modo de ejemplificación de dicha desnaturalización, se encuentran las siguientes sentencias de la Sala Constitucional:

1. Sentencia N° 7 de fecha 11 de febrero de 2016, en que se desconoció el control político de la Asamblea Nacional sobre el decreto de Estado de Emergencia Económica.
2. Sentencia N° 797 de fecha 19 de agosto y N° 808 de fecha 2 de septiembre de 2016, mediante las cuales, se confirmó el desacato establecido por la Sala Electoral y además, condicionó las subsiguientes actuaciones de la Asamblea Nacional, convirtiendo en nulas incluso las leyes emanadas del órgano legislador.
3. Sentencia N° 155 de fecha 28 de marzo y N° 156 de fecha 29 de marzo de 2017, por las que gravemente usurpó las competencias de

en la Gaceta Oficial N° 6.214 Extraordinario del 14 de enero de 2016, en el que se declaró el Estado de Emergencia Económica”.

⁵⁷ Hernández, José Ignacio. “La desnaturalización de la justicia constitucional en Venezuela durante el 2016”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 154, Caracas, 2015, p. 795.

⁵⁸ García-Soto, Carlos., Hernández, José y Sánchez, Raúl. “Venezuela: The...”, ob. cit., p. 314.

la Asamblea Nacional, luego, ambas “aclaradas” por las sentencias N° 157 y 158 de fecha 1 de abril de 2017.

4. Sentencia N° 378 de fecha 31 de mayo de 2017, mediante la cual “interpretando” los artículos 347 y 348 de la Constitución, convalidó la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, al considerarse que no era “constitucionalmente obligante” un referéndum de convocatoria.
5. Sentencia N° 55 de fecha 25 de enero de 2018, en la que excluyó al principal partido de la oposición política denominado como “Mesa de la Unidad Democrática” de los procesos electorales.
6. Sentencia N° 1 de fecha 8 de enero de 2019, en la que interpretando los artículos 237 y 347 de la Constitución, estableció que Nicolás Maduro debía juramentarse como “Presidente de la República” en el Tribunal Supremo de Justicia y no en la Asamblea Nacional.
7. Sentencia N° 71 de fecha 15 de junio, N° 72 de 16 de junio, N° 77 de 7 de julio de 2020, mediante las cuales se intervienen los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular.

Estas muestras de la Sala Constitucional constituyen una clara desnaturalización de la justicia constitucional, desvirtuando totalmente los fundamentos teóricos de dicha institución y en lugar de garantizar la supremacía constitucional, lo que hizo fue destruirla con una muestra clara de justicia política, en la que la dicha Sala se convirtió en una herramienta del gobierno⁵⁹.

VI. Conclusiones

Finalmente, el estado de cosas en que se encuentra sumergida la institucionalidad venezolana, se pone otra vez de manifiesto con el Estado de Alarma. El Estado de Alarma, viene a ser la implementación de otro instrumento excepcional que desafía el texto constitucional. El decreto y las prórrogas en los cuales se establece el Estado de Alarma, omite todo respeto hacia el Parlamento.

Asimismo, la interpretación específica del artículo 339 de la Constitución de emergencia, realizada por la Sala Constitucional, vacía el sentido y control que debe realizar el órgano legislativo, llevándonos a coincidir en lo que afirma Nikken “el régimen del estado de excepción, hoy, en Venezuela, es inoperante”⁶⁰. La Sala Constitucional, ha sido un actor presente en la imposición de los mecanismos extraordinarios que se han convertido en la regla de los últimos años en Venezuela. Tanto con la Asamblea Nacional Constituyente, el Estado de Emergencia Económica y la desnaturalización de la Justicia

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ Nikken, Claudia. “10. Vida...”, ob. cit., p. 299.

Constitucional, dicha Sala también viene a ser un actor clave en la imposición del Estado de Alarma.

Desconocer el control que debe ejercer la Asamblea Nacional sobre un Estado de Excepción, es desconocer la Constitución de emergencia. Un Estado de Excepción sin la participación del Parlamento, en el diseño constitucional venezolano, equivale a un método arbitrario del ejercicio del poder, que lo convierte en ilegítimo. Por algo la Constitución de emergencia incluyó a la Asamblea Nacional en la implementación de tales actos: para hacer sólo parcial el desequilibrio democrático-constitucional de los poderes del Presidente de la República.

Así, el Estado de Alarma se une al concierto de inconstitucionalidades del autoritarismo y se erige como una clara demostración de poder absoluto que no se encuentra limitado por controles jurídicos y políticos del poder. Siendo todo lo contrario a la Constitución de emergencia que garantiza claramente el control del poder, aún en situaciones como las que propone el COVID-19. Por todo lo anterior, el Estado de Alarma no se corresponde con lo establecido en la Constitución de Venezuela.

La potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República

Nélida Peña Colmenares

Sumario

- I. Introducción
- II. Antecedente normativo de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal por el Contralor General de la República, y su recepción en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal
 - A. La previsión contenida en el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre de 1999
 - B. La previsión contenida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal
- III. La discutible constitucionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República prevista en el artículo 34 de la LOCGR
 - A. Los numerales 3 y 6, del artículo 289, constitucional, invocados por el titular de la Contraloría General de la República, como fundamento de la intervención de los órganos de control fiscal
 - B. La eventual intervención de las Contralorías Estadales y Municipales, como parte de la actuación de la Contraloría General de la República en los Estados y Municipios
 - C. La hipotética invocación del artículo 290 de la Constitución que crea el Sistema Nacional de Control Fiscal, como fundamento de la potestad de intervención del titular de la Contraloría General de la República, de los órganos de control fiscal
- IV. Análisis de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República (art. 34 de la LOCGR)
 - A. Hacia una aproximación a la potestad de intervención de la Contraloría General de la República
 - i. Premisa introductoria
 - ii. La novedad y la excepcionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República de los órganos de control fiscal
 - 1) “La novedad” de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, prevista en el artículo 34 de la ley que la rige
 - iii. La excepcionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República
 - 1) La excepcionalidad respecto de su inexistencia en los ordenamientos jurídicos de los países nuestro entorno

- 2) La excepcionalidad de la potestad de intervención, derivada de la propia regulación normativa contenida en el artículo 34 de la LOCGR
- B. La sustitución del titular de del órgano de control fiscal, como núcleo esencial del acto de intervención
 - i. La Potestad de intervención en la Administración Pública venezolana
 - ii. La diferencia de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, con la prevista en los textos legislativos enunciados en el acápite anterior
- C. Los requisitos legales de procedencia de la intervención de los órganos de control fiscal por la Contraloría General de la República
 - i. Que la intervención sea producto de una evaluación periódica del órgano de control fiscal
 - ii. Que la gravedad de la irregularidad se determine con base a los criterios de efectividad, eficiencia y economía con que deben operar los órganos de control fiscal
 - iii. Que las graves irregularidades a que se contrae el artículo 34 de la LOCGR, encuadren en cualquiera de las causales tipificadas en el artículo 58 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría
- D. El carácter no sancionatorio de la potestad de intervención
- V. Breve análisis de las causales que condicionan la validez del ejercicio de la potestad de intervención por la Contraloría General de la República
 - A. El método seguido para tipificar las causales de intervención de los órganos de control fiscal
 - B. La falta absoluta de planificación de las actividades por el órgano de control fiscal (numeral 1)
 - C. La omisión absoluta e injustificada de la práctica de auditorías sobre los órganos y entidades sujetos a control, durante un ejercicio fiscal (numeral 2)
 - D. La reiterada falta de acciones de seguimiento respecto a sus propias observaciones y recomendaciones (numeral 3)
 - E. No haber iniciado, sin causa justificada, ninguna investigación o procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidad durante un ejercicio fiscal, cuando el propio órgano de control fiscal hubiere detectado la ocurrencia de actos, hechos u omisiones presumiblemente irregulares o evidentemente haya lugar a ello (numeral 4)
 - F. No haber remitido al Ministerio Público, las actuaciones que hubiere realizado, de las que surjan indicios de responsabilidad penal o de responsabilidad civil cuando no sea procedente la formulación del reparo (numeral 5)

La potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República

- G. El incumplimiento reiterado e injustificado de las observaciones y recomendaciones formuladas por la Contraloría General de la República (numeral 6)
- H. Cualquier otro acto, hecho u omisión que afecte gravemente la legalidad, la efectividad, la eficiencia y economía de sus operaciones administrativas o que viole los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, establecidos en el artículo 25 de la ley (numeral 7). El análisis de esta causal se hizo en el punto 4.1., al cual remitimos a los lectores
- VI. Los efectos del ejercicio de la potestad de intervención
 - A. Una intervención con efectos de acto definitivo
 - B. La “suspensión” del titular del órgano de control fiscal intervenido y la violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia
 - C. La contradicción casi irresoluble entre las disposiciones reglamentarias que “instan” a la destitución del titular del órgano intervenido, y las normas de la Ley del Estatuto de la Función Pública
- VII. El procedimiento para tramitar la intervención de los órganos de control fiscal
- VIII. Conclusiones

I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un estudio exhaustivo de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal externos (Contralorías Estadales Municipales) e internos (Auditorías internas de los órganos y entes de la Administración Nacional, Estadal y Municipal a nivel central y descentralizada funcionalmente), por el titular de la Contraloría General de la República, y para lograrlo abordamos la inconstitucionalidad de la norma legal, introducida por primera vez en el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de la Contraloría General de la República, sancionada en 2001, así como la ilegalidad, y por ende, la inconstitucionalidad de los artículos que van del 57 al 62 del Reglamento de dicho texto legislativo, dictado en el año 2009, por supuesto a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

El trabajo tiene un carácter básicamente pedagógico, porque pese a que obviamente esas inconstitucionalidades e ilegales han sido ignoradas y legitimadas por los órganos competentes de ejercer por mandato del texto constitucional el control sobre los mismos, y teniendo en cuenta que las normas mantienen su vigencia hasta su derogatoria o anulación, hemos querido sentar y proponer las bases de aplicación de ellas, con la finalidad de intentar atenuar el uso arbitrario cada vez más frecuente de esta potestad exorbitante de intervención por el Contralor General de la República, sobre los órganos de

control fiscal, mediante su encausamiento por los parámetros de la referida normativa, así como a los afectados por el ejercicio de la misma, los titulares de los órganos de control fiscal, quienes cada vez que el Contralor General de la República inicia la evaluación periódica de los órganos que dirigen, ven peligrar su estabilidad en el cargo (cinco años), porque pende sobre ellos la “horca caudina” de la denominada eufemísticamente “suspensión en el ejercicio del cargo”, que a la postre significa destitución. En ese sentido las referidas bases pueden servirles para organizar su defensa a nivel judicial, debido a la inexistencia de un procedimiento de intervención y, por consiguiente, la eventual destitución le es imputada de plano, sin tratarse esta de una sanción.

Es cierto que tales actos de defensa en este menguado estado de derecho pueden considerarse de un mero ejercicio de gimnasia jurídica, pero no hay que olvidar que a los derechos no se renuncian, sino que hay que luchar por ellos, y acudir a los tribunales es la mejor forma de hacerlo, y no dejarse vencer por la desesperanza derivada del hecho de que casi todas las demandas incoadas contra los actos de intervención han sido desestimadas.

Y finalmente dentro de la referida finalidad pedagógica, entra nuestro propósito de someter las tesis contenidas en el trabajo, al juicio de los operadores jurídicos especializados en control fiscal, deseando que del mismo pueda generarse un debate fructífero aun en la situación jurídica a que está sometida esta rama del Derecho.

II. Antecedente normativo de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal por el Contralor General de la República, y su recepción en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal

- A. La previsión contenida en el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre de 1999

Cabe destacar que en ninguno de los textos constitucionales y legales que desde el año 1947 han regido la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se le había conferido a esta, la potestad de intervención de los órganos de control fiscal internos o externos¹, y ello ocurre por primera vez en el marco de las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, cuando este órgano después de haber sancionado el proyecto de Constitución, el 22 de diciembre de 1999 dicta un “decreto constituyente”,

¹ Cabe recordar que los órganos de control fiscal externos, a saber: las Contralorías Estadales y Municipales aparecen por primera vez en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, así como también los órganos de control interno denominados entonces Contralorías Internas.

mediante el cual regula el Régimen de Transición del Poder Público², estableciendo en sus Disposiciones Generales que el propósito del mismo es “permitir la vigencia inmediata de la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela...” (art. 1), y que “Cada disposición del Régimen del Poder Público tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución, aprobada de conformidad con la legislación que a todos los efectos apruebe la Asamblea Nacional” (art. 3).

Pues bien, ese instrumento normativo de rango constitucional, según sentencia proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo el N° 180 de 28 de marzo de 2000, en la sección tercera del Capítulo V, referido al Poder Ciudadano, denominada “Del Fiscal General y del Contralor General de la República”, introdujo en el artículo 37 (que pasó en idénticos términos a ser el artículo 38, en la reimpresión del “decreto constituyente”), la figura de la intervención de los órganos de control fiscal estatales y municipales, así: “El Contralor General de la República podrá intervenir las contralorías de los estados y municipios, así como designar con carácter provisional a los contralores de los estados y municipios que lo ameriten”.

Sin duda que este precepto constituye el antecedente normativo de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal estatales y municipales, y va a ser objeto de recepción- con las diferencias que precisaremos más adelante- en el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (en lo adelante LOCGR) de 2001, que entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2002, pues no pudo constituir un antecedente la Constitución de 1999, en primer lugar, porque los constituyentes ni siquiera llegaron a considerar la posibilidad de conferirle a la Contraloría General de la República la potestad de intervención de los demás órganos de control fiscal y; en segundo lugar, porque el referido “decreto constituyente” fue dictado con posterioridad a la sanción de la Constitución por la Asamblea Nacional Constituyente, y a su aprobación por el pueblo mediante referendo el 15 de diciembre de 1999.

B. La previsión contenida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal

La referida recepción de la potestad de intervención conferida al Contralor General de la República, se concretó en el artículo 34 de la LOCGR, y pese a que esta fue objeto de una reforma parcial en el 2010, el aludido precepto se mantuvo inalterado, siendo su texto del siguiente tenor:

² Publicado en Gaceta Oficial N°36.859 de fecha 29 de diciembre de 1999, reimpresso por error material en la Gaceta Oficial N° 36.920 de fecha 28 de marzo de 2000.

La Contraloría General de la República evaluará periódicamente los órganos de control fiscal a los fines de determinar el grado de efectividad, eficiencia y economía con que operan, y en tal sentido tomará las acciones pertinentes. Si de las evaluaciones practicadas surgieren graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones, el Contralor o Contralora General de la República podrá intervenir los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11 de esta Ley.

Queda así demostrado que el antecedente normativo de la potestad de intervención sobre los órganos de control fiscal a que contrae el precepto transcrito está constituido por el artículo 38 del mencionado “decreto constituyente”, correspondiendo ahora pasar a estudiar la referida potestad.

III. La discutible constitucionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República prevista en el artículo 34 de la LOCGR

- A. Los numerales 3 y 6, del artículo 289, constitucional, invocados por el titular de la Contraloría General de la República, como fundamento de la intervención de los órganos de control fiscal

Es necesario dejar sentado que las múltiples intervenciones de los órganos de control fiscal internos y externos, acordadas por el Contralor General de la República después de la entrada en vigencia de la LOCGR de 2001, han tenido como fundamento constitucional los numerales 3 y 6, del artículo 289, de la Constitución, además lógicamente del artículo 34 de dicha ley³, al que también podrían servir de base de sustentación esos preceptos constitucionales, los cuales disponen:

Artículo 289. Son atribuciones de la Contraloría General de la República:

³ En tal sentido, véase entre otras, las Resoluciones números 01-00-000257 de fecha 06/06/2016, publicada en la Gaceta Oficial N° 40.919 de la misma fecha, mediante la cual se intervino la Contraloría Municipal del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda; 01-00-000126 de fecha 13/02/2017, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.095 del 14/02/ 2017, mediante la cual se intervino la Dirección de Auditoría Interna de la Asamblea Nacional, 01-00-000281 de fecha 16/05/2017, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.161 de la misma fecha, mediante la cual se intervino la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad de Los Andes, 01-00-000417 de fecha 22/07/2019, publicada en Gaceta Oficial N° 41.706 de 30/08/2019, mediante la cual se intervino la Dirección Ejecutiva de Auditoría Fiscal de Petróleos de Venezuela.

1. Omissis

3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos y entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de las investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

(...)

6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

A los efectos que nos interesan en este trabajo, comenzaremos nuestro análisis con el precepto contenido en el numeral 3, del artículo 289, porque el numeral 6, tiene un carácter residual que examinaremos más adelante. Así el primero de los numerales transcritos, evidencia que ciertamente se confiere al máximo órgano contralor nacional, una potestad general de control fiscal (control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos), sobre todos y cada uno de los órganos y entes del sector público, el cual como es sabido, a tenor de lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, está integrado por los entes territoriales, los entes públicos descentralizados funcionalmente y los entes de derecho privado estatales, todos los cuales se desagregan en órganos, que son las unidades administrativas calificadas por la ley para expresar la voluntad de dichos entes frente a los terceros, es decir, establecer relaciones intersubjetivas, pues constituye un principio universal en el marco de la teoría de la organización, que no pueden existir personas jurídicas, por su carácter de entes inmateriales, sin órganos; de allí, que la expresión constitucional sea un tanto tautológica al referirse a órganos y a entes del sector público, pero se trata de una inadvertencia del constituyente que resulta irrelevante para la interpretación del precepto.

En esta línea argumental lo que importa destacar es que el precepto bajo examen sienta el principio constitucional de la universalidad del control⁴ que ejerce la Contraloría General de la República, sobre todos los entes públicos y privados estatales, y más concretamente, sobre sus órganos, que constituyen el elemento subjetivo del Estado venezolano, de tal manera que ninguno de ellos escapa a ese control, incluyendo a los denominados órganos constitucionales. En

⁴ Peña Solís, José. "El principio de la universalidad del control externo en el ordenamiento jurídico venezolano. Expresiones principales consagradas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal". En Revista de Control Fiscal N° 142 (enero-abril). (Caracas: Contraloría General de la República. 2000), 57-82

suma, no cabe duda, pues, que la Contraloría General de la República, pese a la forma federal (atípica) del Estado venezolano, está facultada constitucionalmente para ejercer el referido control sobre los Estados y Municipios, y por ende, sobre todos los órganos de estos, incluyendo a las contralorías estatales y municipales, pero la duda razonable que surge es si el ámbito de ese poder contralor se extiende a la intervención de esos órganos de control fiscal, como lo establece el artículo 34 de la LOCGR. A continuación pasamos a examinar el punto.

- B. La eventual intervención de las Contralorías Estadales y Municipales, como parte de la actuación de la Contraloría General de la República en los Estados y Municipios

Si de conformidad con lo expuesto en el punto anterior resulta indudable que el referido ámbito de actuación del máximo órgano de control nacional, comprende a los órganos de los Estados y Municipios, en principio pareciera lógico que también se extendiera a las contralorías de esos entes territoriales. Así pareció entenderlo el legislador al establecer en el artículo 34 de la LOCGR la intervención de las mismas, pues consideró que la atribución de esa potestad al titular del máximo órgano nacional de control, encontraba cobertura constitucional en los indicados preceptos (num. 3 y 6 del art. 289), y presumimos que además ponderó que dichas contralorías integran el Sistema Nacional de Control Fiscal previsto en el artículo 290 de la Constitución.

Pues bien, una vez admitida la constitucionalidad de la actuación de la Contraloría General de la República sobre los Estados y Municipios (entes públicos territoriales), cabe intentar dilucidar si ciertamente la misma se extiende a sus contralorías, y en qué medida. Así observamos que el artículo 289, num 1, de la Constitución es muy preciso en delimitar ese ámbito material, el cual está circunscrito al control, fiscalización y vigilancia de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos. Centrándonos en el análisis del punto bajo examen, se observa que los órganos contralores estatales y municipales suelen tener un presupuesto asignado casi siempre reducido, razón por la cual también sus gastos resultan reducidos, si se exceptúan los de personal y los bienes materiales y de infraestructura que simplemente les son adscritos, por lo que resultan indisponibles por los titulares de esos órganos contralores.

Por ese motivo podría razonablemente pensarse que la Constitución limita la actividad de control que puede realizar la Contraloría General de la República, la cual recae sobre los órganos de la administración activa estatal y municipal, que son los encargados de manejar los ingresos, realizar los gastos y en general preservar los bienes públicos, pero en la hipótesis de que se admita que ese control se extiende a los órganos contralores municipales y estatales, lo

que sí resulta sumamente discutible es que el alcance de dicha actuación incluya la intervención de los mismos, y en definitiva su constitucionalidad.

En efecto, es bien sabido que en un Estado federal por muy atípico que sea, la potestad de intervención de la Federación sobre los Estados, y obviamente de sus respectivos órganos, tiene un carácter excepcionalísimo, por lo que debe estar regulada expresa y pormenorizadamente por una o varias normas de la Constitución, y generalmente se suele denominar “intervención federal”, siendo condición *sine qua non* de la validez del ejercicio de dicha potestad extraordinaria, que siempre debe contar con la aprobación parlamentaria por mayoría absoluta o calificada, así como otros requisitos que no resulta relevante examinar en este trabajo.

En ese orden de ideas, cabe traer a colación como ejemplo el caso del Reino de España, el cual, pese a no ser un Estado federal típico, su organización resulta muy parecida a este, porque está estructurado constitucionalmente en regiones, que son entes territoriales denominados Comunidades Autónomas, con personalidad jurídica, los cuales gozan de una gran autonomía política. Pues bien, el artículo 155 de la Constitución de ese país crea una medida similar, sin darle el nombre de intervención federal, pero sustancialmente equivalente a esta, la cual fue aplicada por primera vez desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, por el Estado (nacional), a la Comunidad Autónoma denominada Cataluña a finales de 2017, cuando sus autoridades legítimamente electas (Gobierno y Parlamento), declararon su independencia con la intención de formar una República aparte, y obviamente separarse de España.

Se trató de un acto político de trascendental importancia adoptado por el Estado nacional, que implicó la remoción de las autoridades legítimamente electas, asumiendo el Estado el ejercicio tanto del Gobierno como del Parlamento regional. Por supuesto, como toda intervención de esta naturaleza tuvo un carácter temporal, ya que terminó una vez cesadas las causas que la originaron, y fueron convocadas nuevas elecciones, las cuales dieron lugar a un nuevo Gobierno y a un nuevo Parlamento en Cataluña, cuyos titulares electos asumieron sus competencias constitucionales y legales.

Por supuesto, que la intervención de una Contraloría estatal o municipal no reviste ni la dimensión ni la trascendencia de lo ocurrido en Cataluña, pero es innegable que la ruptura abrupta, como la causada por una medida de esa naturaleza, de los postulados constitucionales sobre los cuales se asienta el federalismo, es la misma desde el punto de vista conceptual, cuando es intervenido cualquiera de estos órganos estatales o municipales; de allí que una tesis que sustente su hipotética constitucionalidad no sea de recibo, siendo la contraria la que pareciera ajustarse al texto constitucional.

Por consiguiente, será válido postular que la intervención de un órgano de un ente estatal o municipal, sea activo o contralor, por un órgano nacional,

resulta francamente inconstitucional, básica y principalmente debido a que no está prevista expresamente en la Constitución, lo que evidentemente no ocurre en la nuestra, siendo esa la razón constitucional que sustenta la prohibición categórica de ser introducida en cualquier instrumento normativo de rango legal, y porque en el supuesto negado de que se admitiese la compatibilidad constitucional de una norma legal con ese contenido, de todas maneras, la intervención no encuadraría dentro de las actuaciones de control muy limitadas permitidas a la Contraloría General de la República por la Constitución, en los Estados y Municipios, que como ha quedado demostrado están restringidas a las específicas de naturaleza fiscal (control, vigilancia y fiscalización), que desde luego distan muchísimo de la intervención.

Ahora bien, a esos argumentos de orden constitucional que nos sirven para fundamentar la tesis sobre la inconstitucionalidad de la intervención de los órganos de control fiscal estatales y municipales y; por ende, la incompatibilidad constitucional del artículo 34 de la LOCGR, añadimos otro que se infiere del texto de la propia Constitución, del cual al parecer ni la Contraloría General de la República, ni la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo Justicia se han percatado. Se trata de la excepción diseñada nítidamente por la Ley suprema al poder de control que se extiende a la intervención, ejercido por el titular de la Contraloría General de la República sobre los Estados y Municipios, que los dos órganos antes aludidos (el administrativo y el jurisdiccional) se limitan a sustentar siempre en el numeral 3, del artículo 289 de la Constitución (potestad de control), y a sostener implícitamente que dentro de dicha potestad está incluida la intervención, pues tal postura la adoptan sin ningún tipo análisis, tal como se evidencia del fallo de la referida Sala N°02785, de 07 de diciembre de 2006, en la cual declaró:

En tal sentido, constata la Sala que el Contralor General de la República ajustó su actuación en el poder conferido por la norma constitucional (artículos 287 y 289) y dentro del marco de las competencias previamente atribuidas por ésta, las cuales lo facultan para dictar un acto administrativo como el recurrido [intervención de una contraloría municipal], por tener atribuciones para controlar, vigilar, fiscalizar e inspeccionar todo lo concerniente con la actuación de los órganos públicos y sancionar administrativamente, según el caso. Por lo tanto, no se evidencia violación al debido proceso. Así se declara.⁵

⁵ El artículo 287 constitucional establece en forma general el contenido del 289, numeral 3, razón por la cual en los últimos tiempos se ha suprimido la invocación del primero como fundamento de las intervenciones acordadas por el Contralor General de la República dejándose solamente el segundo.

En esa línea argumental debemos destacar que la excepción inadvertida por el máximo tribunal en el fallo transcrito aparece perfilada en los numerales 1 y 2 del artículo 289 de la Constitución, que preceptúan:

Son atribuciones de la Contraloría General de la República:

1. Ejercer el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos, en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.

2. Controlar la deuda pública, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y Municipios.

El análisis de estas normas –reiteramos- revela la atipicidad de la forma de Estado Federal que reviste el Estado venezolano, en virtud de que las mismas facultan a un órgano del Poder Nacional, como lo es la Contraloría General de la República, para que actúe en materia de control fiscal en el ámbito competencial de los Estados y Municipios, lo que no ocurriría si Venezuela adoptase la forma de un Estado Federal clásico, pues se trata de una clara limitación de su autonomía; no obstante, la Constitución se cuida de establecer en términos muy claros que tal actuación debe realizarse sin perjuicio de las facultades de control que se le atribuyen a sus órganos especializados en esa materia, esto es, a las contralorías estatales y municipales.

Y es así que resulta indudable que una intervención de los mismos, se haría en perjuicio de las facultades de esos órganos contralores, en virtud de que constituiría una grave desnaturalización, o mejor una “invasión” del ámbito de autonomía competencial que la Constitución les reserva a esos órganos de control estatal y municipal, pese a que puede suceder que eventualmente se pueda presentar un caso de ejercicio concurrente de la potestad de control fiscal sobre un órgano de administración activa, aun cuando este sea del Poder Legislativo estatal o municipal, lo que concretaría una válida actuación de la Contraloría General de la República, porque esta por su carácter de órgano coordinador y rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, podrá asumir preferentemente la competencia para seguir conociendo el asunto, cesando en consecuencia, el órgano contralor municipal o estatal en el ejercicio de su potestad, tal como efectivamente lo prevé el artículo 50 de la LOCGR.

Pero la excepción bajo examen encuentra su fundamento en que –como ya hemos dicho- la actuación de la Contraloría General de la República, aparece delimitada por las atribuciones de control que se enumeran en ambos numerales del artículo 289, antes transcritos, en el cual no tiene cabida, o mejor dicho, está excluida la potestad excepcional y extraordinaria de intervención de la

Contraloría General de la República, pues imponerla legislativamente implica en términos de la Constitución -reiteramos- un perjuicio para las funciones de las contralorías estatales y municipales, siendo que esa intervención equivale a una transgresión constitucional. He aquí, pues, la prefiguración de la excepción que impide la intervención de los referidos órganos externos de control fiscal, y su desconocimiento normativo, como ocurre en el artículo 34 de la LOCGR, constituyen reiteramos, una clara violación constitucional.

En fin, con base en el conjunto de razonamientos que terminamos de exponer en este punto, resulta concluyente que el numeral 3, del artículo 289, constitucional, no puede invocarse como fundamento del citado artículo 34 de la Ley, o sea, que no es de recibo la tesis implícita sostenida por la Sala Político Administrativa, acerca de que el mismo es un desarrollo del enunciado dispositivo normativo constitucional, con la finalidad de predicar la constitucionalidad de la intervención de estos órganos de control fiscal por la Contraloría General de la República.

Con mayor razón debe rechazarse que el fundamento del artículo 34 de la LOCGR, sea el numeral 6, del artículo 289, de la Ley suprema, porque se trata de una norma de las denominadas residuales, que algunas veces suelen formar parte de normas atributivas de competencia de órganos constitucionales o legales, que se caracterizan por carecer de contenido material; vacío que es llenado mediante la técnica legislativa o constituyente, según sea el caso, del reenvío o la de conferirle la atribución al legislador para que añada otras normas específicas y concretas.

Pues bien, en la disposición constitucional bajo examen estamos en presencia de las dos modalidades, en virtud de que la misma reenvía a la propia Constitución la posibilidad de que en su texto en cualquiera otra de sus normas exista otra atribución del máximo órgano contralor nacional que lo faculte para intervenir a los órganos de control fiscal estatales y municipales. Atendiendo a ese reenvío constitucional, el análisis exhaustivo e integral del texto de la Constitución, evidencia fehacientemente que no existe ninguna norma que confiera al titular de la Contraloría General de la República la potestad de intervención de las contralorías estatales y municipales. Más aún, si existiera alguna, es obvio que sería la invocada directamente en los actos de intervención de los órganos de control fiscal estatales y municipales, por el titular del máximo órgano contralor nacional.

La segunda modalidad consiste – en este caso- que la Constitución confiere al legislador, con el fin de llenar de contenido a la norma residual bajo examen, la potestad de añadir en el texto de una ley una o varias normas atributivas de competencia, mediante las cuales se le otorgue a la Contraloría General de la República la potestad de intervención bajo examen, pero con la condición de que el legislador queda necesariamente obligado a respetar

estrictamente el principio de compatibilidad constitucional, derivado a su vez del principio de supremacía constitucional, el cual “implica que todas las normas sancionadas en un Estado deben ser compatibles con la Constitución, so pena de nulidad, pero se debería agregar que todas esas normas deben ser interpretadas y aplicadas conforme a la Constitución”⁶.

En ese orden de ideas, resulta sumamente difícil admitir que el artículo 34 de la LOCGR supere un “test de compatibilidad constitucional,” cuando se contrasta con el artículo 289, numeral 6, debido a que carece de sustentación una tesis en ese sentido, sencillamente porque cuando el constituyente decidió, a diferencia de lo que hizo en el Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público, no conferir en una disposición expresa de la Constitución de 1999, la potestad de intervención al máximo órgano de control fiscal nacional, sobre los órganos de los Estados y los Municipios, y más concretamente, sobre sus órganos contralores, configuró una interdicción absoluta para que el legislador pudiera al momento de llenar el vacío de contenido de la norma residual bajo examen, introducirla en cualquier texto legislativo, aunque esa intervención pueda tener un carácter parcial, como el que reviste la establecida en el artículo 34 de la LOCGR, porque se trata -insistimos- de una interdicción constitucional absoluta, debido a la preeminencia de los citados principios de compatibilidad y supremacía constitucional.

En conclusión, el artículo 34 de la LOCGR carece de encaje constitucional en el artículo 289, numerales 3 y 6, invocados por el titular de la Contraloría General de la República, cada vez que acuerda intervenciones de órganos contralores; de allí la discutible constitucionalidad del citado artículo 34 legal, y por ende, de la potestad intervención bajo examen, pero nuestra tesis controvierte a la sostenida implícitamente tanto por la Sala Político Administrativa como por la Contraloría General de la República; por tanto se impone que la controversia sea zanjada con cierta urgencia por un fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁷, en virtud de que la constitucionalidad implícita de la norma legal bajo examen, presente en los fallos de la Sala Político Administrativa, la cual pese a su insuficiencia de fundamentos, y su valor puramente relativo, ha devenido en una verdadera doctrina jurisprudencial que ha servido de base a las múltiples intervenciones acordadas por el titular del máximo órgano de control nacional, las cuales pese

⁶ Peña Solís, José. *Las fuentes del Derecho en el marco de la Constitución de 1999*. (Caracas: Funeda, 2009), 115.

⁷ Insistimos que no existe un pronunciamiento de de la Sala Constitucional, pues la única demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 34, de la LOCGR, fue decidida mediante Sentencia N° 725 de fecha 5 de junio de 2012, que declaró consumada la perención y extinguida la instancia del recurso, y obviamente dicha decisión no recayó sobre el fondo del asunto.

a la presunción de legalidad que las acompaña, siguen suscitando duda sobre su constitucionalidad.

- C. La hipotética invocación del artículo 290 de la Constitución que crea el Sistema Nacional de Control Fiscal, como fundamento de la potestad de intervención del titular de la Contraloría General de la República, de los órganos de control fiscal

El precepto citado en el epígrafe dispone: “La Ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”. Pues bien, la LOCGR dictada para cumplir el mencionado cometido constitucional, regula la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Control Fiscal en su Título III, y en su capítulo I, denominado “De las disposiciones generales”, del cual a los fines de nuestro estudio nos interesa destacar el artículo 33, que establece “los órganos de control fiscal referidos en el artículo 26 de esta Ley funcionarán coordinadamente entre sí y bajo la rectoría de la Contraloría General de República...”. Por lo tanto, el funcionamiento de los órganos de control fiscal debe estar sustentado sobre la base de las figuras organizativas de la coordinación y la rectoría, con la particularidad de que ambas figuras son significativamente distintas a la jerarquía.

Así, la coordinación implica la unidad de dirección de los órganos y entes dentro de un determinado sector de la vida pública, que a pesar de tener funciones específicas concurren en la persecución de un fin común⁸. Queda claro a la luz de esta definición que la diferencia con la jerarquía, es la posición de paridad en que se encuentran los órganos y entes que se relacionan entre ellos (coordinados), y desde luego revistiendo uno de ellos el carácter de coordinador, que no de jerarca, pues emana directivas u orientaciones que en general son acatadas por los órganos coordinados. En cambio, la figura organizativa de la rectoría, como lo hemos dicho en otro trabajo, implica que su ejercicio por el órgano rector está limitado básicamente a la elaboración normativa, a la producción de doctrinas sobre el control fiscal, que por supuesto deben encontrar aplicación en el Sistema Nacional de Control Fiscal, y a la evaluación de sus subsistemas, es decir, de sus órganos de control fiscal internos y externos⁹.

Ambas figuras se complementan para lograr el objetivo que el artículo 25 de la LOCGR le impone al Sistema Nacional de Control Fiscal, pero insistimos en que son completamente distintas a la jerarquía, especialmente la rectoría que es de reciente recepción en el Derecho venezolano, y tal novedad podría suscitar

⁸ Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo. Volumen Segundo*. (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001), 501.

⁹ Peña Colmenares, Nélida. *El Régimen de la Responsabilidad Administrativa*. (Caracas: Ediciones Liber, 2010), p. 61.

confusión, como al parecer ha ocurrido en la mencionada ley al momento de desagregarla en sus atributos (artículo 33). Y es distinta sencillamente porque ninguno de los órganos de control fiscal, ni internos ni externos, forma parte de la estructura organizativa de la Contraloría General de la República, razón por la cual no tienen una vinculación orgánica con esta, pues cada uno de ellos son órganos de los Municipios y de los Estados (Contralorías), y de los correspondiente órganos administrativos complejos (Ministerios), y de los entes públicos, incluyendo al órgano denominado Contraloría General de la Fuerza Armada (Auditorías Internas), y de los entes de derecho privado estatales, los cuales además están dotados de autonomía funcional, financiera y presupuestaria.

Es cierto que todos ellos guardan una relación funcional con la Contraloría General de la República, derivada de las figuras organizativas antes enunciadas, las cuales podría decirse en términos metafóricos constituyen las bisagras sobre las que reposa la sinergia del Sistema Nacional de Control Fiscal, pero dicha relación -debemos insistir- de ninguna manera implica que frente a ellos el máximo órgano nacional de control fiscal pueda invocar los atributos en los cuales se desagrega la jerarquía.

No obstante, sin duda, que cuando se pretende encuadrar la intervención de los órganos de control fiscal de los Estados y de los Municipios, atendiendo a los parámetros conceptuales expuestos en el párrafo anterior, debe concluirse que tal pretensión no es de recibo, porque la intervención administrativa, como es bien sabido, es una figura propia de los órganos que ejercen un control jerárquico, de tutela, accionarial o estatutario, en virtud de que es la expresión de una potestad natural de los que ejercen el control jerárquico sobre otros órganos, verbigracia un servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, por un Ministerio, o los que ejercen los otros controles antes aludidos sobre entes, sean públicos o privados estatales: institutos autónomos, empresas del Estado, Fundaciones y asociaciones y sociedades civiles del Estado (art.126 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública).

Más aún, ni siquiera la LOCGR en su artículo 33, que indudablemente se excedió en los atributos en que se desagrega el ejercicio de la rectoría por el Contralor General de la República, en virtud de que incluyó entre estos, actos propios de la administración activa, que responden a la noción de jerarquía, no lo hizo con la potestad de intervención de los órganos de control fiscal de los Estados y Municipios, ni tampoco de las auditorías internas de los órganos del nivel Central de la Administración y de los entes de la Administración descentralizada funcionalmente.

Por consiguiente, a la luz de los argumentos antes expuestos, debe rechazarse una hipotética tesis que pretenda esgrimir como fundamento constitucional de la intervención de las contralorías estatales y municipales y de las auditorías

internas, su integración en el Sistema Nacional de Control Fiscal, y el artículo 290 de la Ley suprema, con la pretendida finalidad de proporcionarle encaje constitucional a la introducción en la LOCGR de su artículo 34, que contempla la figura de la intervención de todo órgano de control fiscal, sea externo (contralorías estatales y municipales) o interno (auditorías internas).

IV. Análisis de la potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República (art. 34 de la LOCGR)

A. Hacia una aproximación a la potestad de intervención de la Contraloría General de la República

i. Premisa introductoria

A los fines del análisis conviene volver a transcribir el artículo 34 de la LOCGR, el cual dispone:

La Contraloría General de la República evaluará periódicamente los órganos de control fiscal a los fines de determinar el grado de efectividad, eficiencia y economía con que operan, y en tal sentido tomará las acciones pertinentes. Si de las evaluaciones practicadas surgieren graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones, el Contralor General de la República podrá intervenir los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11 de esta Ley.

Una vez trascrita la disposición, antes de comenzar a desarrollar nuestra línea argumentativa debemos dejar sentada la siguiente premisa: pese a que en los puntos anteriores expusimos nuestra tesis sobre la discutible constitucionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, tenemos que admitir, como ocurre en todo Estado de derecho, que las disposiciones legales están plenamente vigentes, hasta tanto sean derogadas por el órgano que las dictó o las promulgó, o sean anuladas por el órgano judicial competente, y precisamente eso es lo que ocurre con el artículo 34 de la LOCGR sancionada en 2001, reformada parcialmente en 2010, pues no ha sido ni derogado ni anulado, razón por la cual estando plenamente vigente consideramos importante intentar dilucidar la naturaleza y alcance del aludido precepto legal, el cual le confiere la potestad de intervención de los otros órganos de control fiscal, a la Contraloría General de la República, lo que cobra importancia si se tiene en cuenta la frecuencia con que en los últimos años ha sido ejercida por el titular del máximo órgano de control mencionado.

Sentada la anterior premisa es necesario precisar que la potestad bajo examen, aparece solo enunciada en el referido precepto legal, pues toda su

regulación normativa se encuentra en el capítulo X del Reglamento de la LOCGR dictado en el año 2009, intitulado precisamente “De la intervención de los órganos de Control Fiscal”, integrado por los artículos que van del 57 al 62.

ii. *La novedad y la excepcionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República de los órganos de control fiscal*

- 1) “La novedad” de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, prevista en el artículo 34 de la ley que la riges

Cabe recordar que la potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por el titular de la Contraloría General de la República, es introducida por primera vez en el ordenamiento jurídico venezolano, en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre de 1999, reimpresso por error material el 28 de marzo de 2000, rompiendo así con la tradición constitucional y legislativa que se remontaba a la Constitución de 1947; de ahí la novedad normativa constitucional que implica la introducción de dicha potestad, con la consiguiente atipicidad.

No obstante, podría entenderse el sentido de la norma que la contemplaba en el aludido Decreto constituyente, en virtud de que se trataba de una potestad extraordinaria, y excepcional, cuya inclusión en dicha norma encontraría su justificación en un régimen jurídico transitorio, destinado a regular un período muy corto, cuya duración estaba condicionada, como bien lo dice el artículo 3 del Decreto sobre ese régimen, por la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución, lo que ocurrió en el caso bajo examen con el nombramiento del titular de la Contraloría General de la República a finales del mes de diciembre del año 2000, y de manera definitiva con la entrada en vigencia de la LOCGR de 2001, el 1° de enero de 2002, fecha en que perdió vigencia (“se agotó” en términos de la Sala Constitucional) la norma que contenía la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, en el aludido Decreto.

Hemos querido resaltar la nota de la novedad de la potestad de intervención del titular del máximo órgano contralor, no para evidenciar, inclusive en un régimen transitorio, sus “bondades” jurídicas, sino antes por el contrario, la ruptura que comportaba en la tradición constitucional y legal del principio de autonomía de las contralorías de los Estados y Municipios, así como el carácter extraordinario y excepcional que ella revestía, pero lo que más nos interesa destacar es que esa “novedosisima” potestad insertada en un denominado “decreto constituyente” con vigencia limitadísima, como ya se indicó, al cual la Sala Constitucional calificó como un instrumento análogo a la Constitución, pasó sin solución de continuidad, y sin ninguna justificación por

“obra del legislador” a Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2001, o sea, que la novedad con todas sus implicaciones constitucionales pasó a tener rango legal, pues recuérdese que la potestad de intervención bajo examen, no está prevista en la Constitución de 1999.

Con la finalidad de poner en evidencia la ausencia de justificación de la introducción de esa potestad en el citado texto legislativo, pasamos a realizar una revisión sumaria del curso de la discusión y aprobación del mismo. El proyecto de ley fue presentado por el titular de la Contraloría General de la República, en su carácter de representante del Poder Ciudadano, conforme al artículo 204, num 5, constitucional a la Asamblea Nacional, siendo aprobado en primera discusión el 6 de abril de 2001, y sustantivamente el artículo 36 del proyecto recogía el artículo 37 del Decreto del Régimen Transitorio del Poder Público, con la diferencia de que se **extendía** la potestad de intervención a los órganos de control de interno (auditorías internas) de los entes y órganos de la Administración Pública del nivel Central y de la Descentralizada, y por ende, también a los órganos de control interno de los entes y órganos de los Estados y Municipios, que no figuraban en el precepto contenido en el mencionado Decreto, pues recuérdese que solo estaba referida a las Contralorías estatales y municipales.

El precepto fue aprobado en segunda discusión, en la sesión del 3 de octubre de 2001, con la particularidad de que en el indicado artículo 36, el cual como resultado de los debates parlamentarios pasó a ser finalmente el 34 de la ley, en el Informe presentado por la Comisión de Contraloría para la segunda discusión, se había suprimido de dicho precepto la potestad de intervención que traía en el proyecto original, manteniendo la potestad de evaluación periódica de los órganos de control fiscal, que se atribuía al Contralor General de la República, en la hipótesis de que comprobara incumplimiento, por parte de los órganos evaluados y; en consecuencia, debía dictar instrucciones para que se produjeran los correspondientes correctivos por los órganos de control fiscal.

Pues bien, al iniciarse en el curso de la segunda discusión del proyecto, en el caso de la correspondiente al artículo 36, un diputado del partido de gobierno propuso inmediatamente su modificación, la cual consistió en volver la redacción original aprobada en la primera discusión, y por ende, que fuese reintroducida la potestad de intervención. Sometida a votación esta proposición resultó aprobada, y negada la de la Comisión de Contraloría, con los votos de todos los partidos que apoyaban al gobierno, salvando su voto o votando en sentido negativo, todos los partidos de la oposición. En realidad, la discusión resultó muy pobre desde el punto de vista conceptual y jurídico, en virtud de que el diputado del partido de gobierno autor de la proposición, se limitó a formularla sin ningún tipo de motivación, y la diputada presidenta de la Comisión de Contraloría (opositora), se limitó a solicitar que se aprobara la propuesta

La potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República

contenida en el Informe de dicha Comisión, también sin ninguna motivación. Es importante añadir que no hubo ninguna otra intervención en la plenaria, pese a la importancia del precepto que estaba siendo aprobado, así como el carácter exorbitante de la potestad que se le atribuía al titular de la Contraloría General de la República.

A mayor abundamiento acerca de la inexistencia de argumentos esgrimidos por los diputados de los partidos del gobierno para sustentar la proposición que resultó aprobada, se correspondió con la de los diputados representantes de los seis partidos de oposición que hacían vida parlamentaria, quienes se limitaron a salvar sus votos o a votar negativamente, en virtud de que solo dos motivaron ese voto en forma “telegráfica”, pues solo reiteraron el argumento relativo a que se le estaba confiriendo al Contralor General de la República una potestad extraordinaria que no estaba prevista en la Constitución, sin realizar ningún tipo de precisión doctrinaria, o que sencillamente ese argumento estuviese sustentado en los preceptos de la Constitución que hipotéticamente serían vulnerados por el artículo del proyecto que se terminaba de aprobar.

De lo antes expuesto, se desprende la “novedad” normativa implicada en la atribución de la potestad de intervención a la Contraloría General de la República, y que la misma carece de justificación, en virtud de que el legislador se limitó en traspasar en forma casi automática un precepto contenido en un “decreto constituyente” transitorio decaído, o sin vigencia, dictado para regir de manera excepcional un período muy breve, que insistimos los constituyentes no incluyeron en el texto de la Constitución de 1999. De ahí, que la introducción de la potestad de intervención bajo estudio sea una “novedad” normativa, meramente cronológica, pues no encuentra sustento ni en la exposición de motivos de la LOCGR, ni en los debates parlamentarios, en la práctica inexistentes, que deberían haberse suscitado, dada precisamente la “novedad” sustantiva que efectivamente comporta la norma, debido a su relevante importancia, pues implica una ruptura de una tradición constitucional y legislativa, como hemos expuesto precedente, y además esa introducción se hizo –reiteramos– con una evidente carencia de sustentación doctrinaria¹⁰ y constitucional.

En definitiva, visto que hasta ahora el citado artículo 34 de la LOCGR mantiene inalterada su presunción de constitucionalidad, la cual ni siquiera ha sido impugnada, observamos que la inexistencia de normas similares en los

¹⁰ Cfr. en tal sentido las obras que contienen estudios sistemáticos sobre el control fiscal en Venezuela, a saber: Giron Ramírez, Siebel. El Control Fiscal. La Contraloría General de la República. Organización y Procedimientos. (Caracas: Edición del Autor, 1968), 426 pp y Silva Cimma, Enrique. El control público (Caracas: Contraloría General de la República, 1976), 622 pp.

países de nuestro entorno, la promulgación de ese texto legislativo contenido del mencionado precepto, contrariando nuestro ordenamiento fiscal interno anterior y las dudas sobre la constitucionalidad de la misma, complican su proceso de interpretación y aplicación, lo que aconsejaría una posición del titular de la Contraloría General de la República signada por la prudencia en el momento de tomar la decisión de iniciar el procedimiento de intervención, que debería estar presidido por la premisa de la denominada “interpretación restrictiva”. Pues bien, es en ese contexto es que pasamos a analizar preliminarmente, el significado y alcance del citado artículo 34 *ejusdem*, una vez examinada las dimensiones de la novedad del mismo

iii. *La excepcionalidad de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República*

- 1) La excepcionalidad respecto de su inexistencia en los ordenamientos jurídicos de los países nuestro entorno

Cabe precisar previamente que cuando sostenemos que resulta inexistente, debe entenderse que no nos referimos al “*nomen iuris*”, sino a la naturaleza de la potestad, que se deriva del diseño contenido en el artículo 34 de la LOCGR, ya transcrito, y en tal sentido de la revisión de los ordenamientos de Perú, Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Costa Rica, se evidencia que en ninguno de ellos les es conferida la potestad de intervención del resto de los órganos de control fiscal, al máximo órgano de control fiscal nacional, siendo legislaciones, dicho sea de paso, en las cuales ha sido superada la concepción tradicional, la cual fue sustituida por la concepción sistemática del control fiscal, atribuyéndosele a los órganos superiores de control el rol de órganos o entes rectores del sistema, lo que va de la mano con el reconocimiento que hacen de la autonomía administrativa, funcional y presupuestaria del resto de los órganos de control fiscal (Contralorías, auditorías internas), para garantizar el ejercicio de sus funciones¹¹.

En la línea conceptual que venimos siguiendo, son emblemáticos los ejemplos de las Contralorías Generales de la República de Costa Rica y Perú, en virtud de que ambas tienen atribuida una potestad fiscalizadora sobre las auditorías internas y el resto de los órganos de control fiscal, pero que no llega a extenderse a su intervención. Así el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Costa Rica, de 1994, prescribe:

Potestad sobre auditorías internas: La Contraloría General de la República fiscalizará que la auditoría interna de los entes y órganos sujetos a su competencia institucional, cumpla adecuadamente las funciones que le señala el

¹¹ Téngase en cuenta que de todos los países enunciados, el único que reviste la forma de Estado federal, es Argentina.

ordenamiento jurídico que la regula; coordinará, como mínimo, una actividad anual para fortalecer su gestión. El resultado de dichas fiscalizaciones deberá ser informado directamente al jerarca de la institución y al auditor interno, quienes estarán obligados a tomar las medidas necesarias para su acatamiento o, en su defecto, a plantear su oposición, dentro de un plazo máximo de quince días hábiles. Presentada la oposición, la auditoría interna dispondrá de un plazo máximo de treinta días hábiles, contados a partir del recibo del informe de la Contraloría, para fundamentar debidamente su oposición.

Recibida la fundamentación de la oposición, la Contraloría General de la República tendrá un plazo máximo de treinta días hábiles para resolver el conflicto planteado y deberá notificar, de inmediato, al ente u órgano discrepante, lo resuelto en este asunto.

Y por su parte, el artículo 21 de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de Perú de 2002, dispone: “Los órganos del Sistema ejercen su función de control gubernamental con arreglo a lo establecido en la presente Ley y las disposiciones que emite la Contraloría General para normar sus actividades, obligaciones y responsabilidades, siendo su cumplimiento objeto de supervisión permanente por el ente técnico rector del Sistema”.

De las normas transcritas se infiere que según el modelo adoptado en los dos ordenamientos que nos han servido para ejemplificar, que es el mismo de todos los antes enunciados, sus órganos superiores de control tienen atribuida la potestad de fiscalizar o supervisar al resto de los órganos de control fiscal, con el fin de constatar que sus actividades se correspondan con los planes y programas que hayan aprobados, cumplan con los lineamientos y recomendaciones (técnicas, jurídicas, de organización y funcionamiento, etc.), que les formulen esos órganos rectores o máximos órganos de control y, en general velar por el cabal funcionamiento de los mismos en la consecución de la correcta administración del patrimonio público por parte de los órganos y entes sujetos a control fiscal, lo que desde luego, implica una evaluación del ejercicio de sus funciones, que puede dar lugar a correctivos que emanan del máximo órgano, o en su caso impuestos por el jerarca del cual depende el auditor interno, previa apertura y sustanciación del debido procedimiento, como ocurre en Costa Rica.

Por consiguiente, es palmario que esa potestad fiscalizadora y evaluativa es sustancialmente diferente de la amplísima potestad de intervención de los órganos contralores, por el titular de la Contraloría General de la República, en

el marco de la concepción, que se infiere del citado artículo 34 de la LOCCR, en concordancia, con los artículos 57 y 60 de su Reglamento, la cual implica que “*ipso iure*” la suspensión –y en la práctica la destitución del titular del órgano de control fiscal externo o interno intervenido-, como se verá más adelante; y de ahí que deba concluirse que la potestad de intervención resulta inexistente en los países de nuestro entorno, cuyas leyes recogen una concepción montada organizativamente sobre un sistema nacional de control fiscal, como el previsto en nuestra Constitución, y diseñado en la ley que lo rige, sustentado sobre los principios de capacidad financiera e independencia presupuestaria (art. 25, num 1, de la LOCGR) y de estabilidad de los titulares de los órganos de control fiscal (arts. 27, 28, 30 y 31 *ejusdem*), de los cuales se deriva la autonomía administrativa y funcional de los órganos de control fiscal.

A mayor abundamiento conviene destacar que esa línea normativa que encontramos en los países de nuestro entorno, era la misma seguida por la Contraloría General de la República durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, con la diferencia que fue recogida en un instrumento de rango sublegal. En efecto, en tal sentido la Contraloría General de la República en ejercicio de la potestad normativa que le confería la ley que la regía, dictó la Resolución N° 01-00-00-017 de fecha 30 de abril de 1997, contentiva de las “Normas para el funcionamiento coordinado de los Sistemas de Control Interno y Externo Nacional”, en cuyo artículo 7 estaba prevista la potestad de fiscalización de los restantes órganos de control fiscal (Contralorías estatales y municipales y Contralorías internas), en los siguientes términos: “La Contraloría General de la República como órgano rector, deberá desarrollar procedimientos de evaluación que le permitan determinar el grado de efectividad, eficiencia y economía con que operan los órganos de control externo e interno y emprender las acciones pertinentes a los fines de lograr la solidez técnica y funcional de dichos órganos”.

El contenido de este precepto sublegal era muy similar al recogido en las primeras cuatro líneas del vigente artículo 34 de la LOCGR, y casi idéntico a como fue propuesto en el Informe presentado por la Comisión de Contraloría de la Asamblea Nacional, para el inicio de la segunda discusión del proyecto de ley, con la significativa diferencia que la fiscalización traducida operacionalmente en “procedimientos de evaluación” no daba lugar a la intervención, sino a la implementación de medidas destinadas a lograr la solidez técnica y funcional de los órganos de control evaluados, y a la postre a promover la eficacia de la gestión de los mismos.

De modo pues, que la potestad de intervención de los órganos de control fiscal era totalmente ajena a la Contraloría General de la República, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, razón por la cual el citado órgano cuando dictó las referidas normas y se abstuvo de autoconferirse dicha potestad excepcional, no hizo mas que ajustarse a dicho ordenamiento, máxime si se toma

en cuenta que la regulación funcional, es decir, los preceptos atributivos de sus competencias por la Constitución de 1961, eran sustancialmente iguales a los contenidos en la de 1999, con la diferencia de que en estos últimos, la atribución de esas competencias viene más especificada, siendo la única distinción sustantiva la creación del Sistema Nacional de Control Fiscal, mediante una norma de carácter organizativo que no incide en las normas competenciales a que se contrae la Constitución de 1961, repetidas en la de 1999, como ya dijimos.

Por esa razón, la prudencia del legislador debió mantenerse en la línea de la exclusión de toda posibilidad de introducir un artículo en la LOCGR, que le confiriese la potestad de intervención de los órganos de control fiscal al titular de la Contraloría General de la República, y seguir tanto la orientación del Derecho comparado, como las bondades del instrumento normativo sublegal dictado por el máximo órgano contralor, que aconsejaban darle rango legal a la potestad de evaluación de los órganos contralores externos e internos, la cual implicaba la emanación de correctivos por el titular de la Contraloría General de la República, ante la constatación de errores, omisiones o negligencias de los mismos, en el ejercicio de sus funciones, por supuesto, previa apertura del debido procedimiento, los cuales debían ser acatados por estos en aras de optimizar su funcionamiento, y por tanto, el cumplimiento eficaz y eficiente de sus funciones. Así, al legislador hacer todo lo contrario, dándole el mencionado contenido al artículo 34 de la LOCGR, se distancia, o mejor, contraría la línea normativa antes señalada (inexistencia de la potestad de intervención), e insistimos en la presencia de esa misma línea en los ordenamientos en materia de control fiscal de los países de nuestro entorno.

- 2) La excepcionalidad de la potestad de intervención, derivada de la propia regulación normativa contenida en el artículo 34 de la LOCGR

Ha de advertirse que el núcleo del supuesto de hecho de la norma a que se refiere el epígrafe radica en el deber de evaluar periódicamente a los órganos de control fiscal con la finalidad de determinar el grado de efectividad, eficiencia y economía con que operan, y en tal sentido tomar las acciones pertinentes, es decir, imponerles los correspondientes correctivos. Y solo cuando de las evaluaciones practicadas se evidenciaren graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones, el Contralor General de la República podrá intervenir los órganos de control fiscal, lo que excede con creces las facultades implicadas en el deber general de evaluación periódica asignado a este en la parte nuclear de la norma; de allí una de las razones que permite postular que la potestad de intervención reviste un carácter excepcional.

Una segunda razón es que su ejercicio está condicionado por la necesidad de que el órgano evaluador compruebe que los órganos evaluados han incurrido en graves irregularidades. Pero aun en esa hipótesis, dado el carácter discrecional

de la norma atributiva de la competencia, en virtud de que en la misma se utiliza la forma verbal “podrá”, no necesariamente el titular de la potestad *ope legis* queda obligado a ejercerla, ya que puede optar por imponer un correctivo alternativo menos gravoso, para conseguir el mismo fin que se persigue con la intervención del órgano, o en definitiva optar por esta; de allí, pues, que la potestad de intervención bajo examen, en el contexto del esquema normativo en que es conferida, más que un carácter excepcional, reviste un carácter que podría calificarse de excepcionalísimo.

Este argumento cobra fuerza cuando se parte de la premisa de que el ejercicio de toda potestad discrecional, de la cual constituye un ejemplo emblemático la que es objeto de nuestro estudio, está limitado por el principio constitucional de la proporcionalidad¹², que se infiere del artículo 55 de la Ley suprema, que ha sido conceptualizado doctrinariamente como un principio general del derecho, el cual deviene además en un mecanismo de control del núcleo del acto discrecional. Pero si hubiera duda acerca de la aplicación de este principio al caso bajo examen, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), que establece de manera categórica los límites del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración Pública, se encarga de disiparla.

En efecto, el citado precepto legal establece esos límites en los siguientes términos: “Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y los fines de la norma...”. Queda así demostrado que la disposición normativa configura al principio de proporcionalidad como un nítido límite del ejercicio de la potestad discrecional. Y en ese orden de ideas conviene reiterar que cuando el artículo 34 de la LOCGR confiere al Contralor General de la República la potestad bajo examen, le otorga una potestad discrecional, como quedó demostrado antes.

Todavía podría argumentarse que esa norma es aplicable a la Administración Pública y la Contraloría General de la República no reviste esa connotación, pero ello no sería de recibo, porque desde el punto de visto sustantivo ese órgano es una Administración Pública, debido a que la ley le impone la tutela del interés general, con la diferencia que debe cumplir ese deber en su carácter de máximo órgano de la Administración Contralora Nacional. Más aún, el precepto le resulta aplicable por disposición del artículo 2 de la propia LOPA. En fin, queda claro que el principio de proporcionalidad juega un papel capital al momento de decidir la intervención de un órgano contralor, y le imprime a esa potestad un carácter excepcionalísimo en el marco del propio artículo 34 de la LOCGR, el

¹² Diez-Picazo Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales. Tercera Edición.* (Madrid, Thomson, 2008), 122.

cual no puede ni debe dejarse de ponderar al momento de su ejercicio por el titular de la Contraloría General de la República.

B. La sustitución del titular de del órgano de control fiscal, como núcleo esencial del acto de intervención

i. *La Potestad de intervención en la Administración Pública venezolana*

Es necesario advertir que también en sede de Administración activa la potestad de intervención está concebida como una medida excepcional, y por ende, extraordinaria, siempre atribuida al máximo órgano de la Administración Central o Descentralizada, y básicamente implica la sustitución temporal o definitiva del titular del órgano o ente intervenido, pudiendo este último en algunos casos tener carácter enteramente privado, verbigracia, las instituciones del sector bancario. Ha de añadirse que la excepcionalidad de la intervención se evidencia también de la poquísima frecuencia con que es prevista en las leyes administrativas. Pero para demostrar que la referida sustitución del titular del órgano o ente es la nota esencial de la intervención, citamos todos los ejemplos que pudimos ubicar en leyes nacionales que regulan la figura de la intervención.

Es así que encontramos la potestad de intervención en la Administración activa: en el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (DFLOAP), en los artículos que van del 126 al 130, y en la Administración contralora de actividades económicas y financieras, desarrolladas básicamente por entes privados: en el Decreto con fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (DFLISB), en los artículos que van del 247 al 256; en el Decreto con fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora (DFAA), en los artículos que van del 98 al 100; en el Decreto con Fuerza Ley de Mercado de Valores (DFLMV), en los artículos que van del 134 al 137 y; en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (DFLOPJ), en el artículo 11, num 7.

En todos esos instrumentos normativos la intervención es una medida que resulta en términos generales de una actividad de control, que en el caso del DFLOAP, es ejercido sobre los institutos autónomos y las empresas, las fundaciones, las sociedades y asociaciones civiles del Estado, correspondiendo la emanación de dicha medida al Presidente de la República, los Gobernadores o los Alcaldes, dependiendo del ente de que se trate. En el caso de los otros textos legislativos la intervención es producto de las funciones de vigilancia e inspección que le corresponde ejercer a los entes u órganos creados por dichos textos, sobre las actividades de carácter económico y financiero, en las cuales está en juego el interés público, desarrolladas por entes públicos y privados. Pero más que las particularidades reguladas en esas leyes sobre el respectivo procedimiento de intervención, lo que nos interesa destacar es que en todos estos actos de intervención está implicada como atributo principal la sustitución

definitiva o temporal del o de los titulares del órgano o ente, correspondiéndole al órgano o ente público interventor designar a los correspondientes sustitutos; de allí que constituya una regla general la referida sustitución de los titulares de los órganos intervenidos.

ii. *La diferencia de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, con la prevista en los textos legislativos enunciados en el acápite anterior*

La referida diferencia radica en que el artículo 34 de la LOCGR, no previó como atributo de la intervención la sustitución temporal o definitiva del titular del órgano de control fiscal intervenido, como sí lo hacen de manera expresa las leyes antes citadas, lo que nos permite pensar que la voluntad de la Ley en el citado artículo 34, no es precisamente configurar una potestad de intervención atípica, que no contemple como atributo de la misma la sustitución del titular del órgano de control fiscal intervenido, sino por el contrario limitarse a permitir al órgano interventor ejercer una facultad de corrección sobre el primero, con la finalidad de reconducir el ejercicio de las funciones de este, a fin de que logre los estándares normales u óptimos previstos normativamente, en lo cual jugará papel relevante el grado de efectividad, eficiencia y economía, tal como lo prevé el artículo bajo examen.

También podría pensarse que se trató de una inadvertencia del legislador, si se pondera la regla general mencionada precedentemente, acerca de que siempre la intervención tiene como atributo medular la sustitución del o de los titulares de los órganos o entes intervenidos, y siendo así, debe admitirse que el reglamentista al establecer *ex novo* en el artículo 60 del RLOCGR, como atributo de la intervención la sustitución del titular del órgano intervenido, como núcleo esencial de la mencionada figura organizativa, y de esa manera enmendó la aludida inadvertencia del legislador; hipótesis que daría lugar a plantear que respetó el espíritu, propósito y razón de la ley, motivo por el cual el precepto reglamentario resistiría cualquier demanda de ilegalidad que se interpusiese contra el citado precepto. No obstante, esa tesis no permite suprimir totalmente las dudas que puedan suscitarse sobre la posible ilegalidad del referido artículo 60 del Reglamento, correspondiéndole al juzgador determinar si esa “corrección” del reglamentista contraría o no la ley, lo que no resultaría un asunto sencillo de dilucidar por el intérprete.

Las dudas que pueden derivarse de la tesis de la no contrariedad podrían sustentarse en los antecedentes de la aprobación del citado artículo 34 de la LOCGR. En efecto, el proyecto presentado por el Contralor General de la República sí contemplaba la sustitución del titular del órgano de control fiscal, como el atributo nuclear de la potestad de intervención, pero cuando la Comisión de Contraloría de la Cámara presentó el Informe que sirvió de base al inicio de la segunda discusión, suprimió la potestad de intervención, e inmediatamente el

diputado del Partido de Gobierno Velásquez Alvaray propuso que se modificara la propuesta de la Comisión de la Contraloría de la Cámara, en el sentido de reintroducir la figura potestad de intervención, con la particularidad de que en su proposición excluyó la sustitución del titular del órgano intervenido, como atributo de la referida potestad de intervención.

Así resultó finalmente aprobado el artículo, el cual pasó en idénticos términos al texto definitivo de la Ley con el número 34; de allí que sería razonable pensar que la voluntad de la ley es introducir una potestad de intervención singular. Por supuesto, siempre será posible argumentar por los adherentes a la tesis de la legalidad del artículo 60 del RLOCGR, que los antecedentes legislativos no vinculan al intérprete. Pero también en esa línea argumental podría replicarse que dichos antecedentes sí cobrarían valor hermenéutico en la determinación de la voluntad de la ley, visto que el legislador fue quien conscientemente decidió suprimir la sustitución del titular del órgano intervenido, como atributo esencial de la potestad de intervención.

Nos hemos extendido un poco en este punto para demostrar la clara diferencia que denota la potestad de intervención conferida a la Contraloría General de la República sobre el resto de los órganos de control fiscal, con la otorgada a los otros órganos y entes que figuran en las leyes antes enunciadas, pues en estas últimas la sustitución del titular o de los titulares del órgano, aparece expresamente recogida en el texto de dichos instrumentos de rango legal, como un atributo natural de la intervención; en cambio, esa facultad de sustitución del titular del órgano intervenido, es conferida al Contralor General de la República en un instrumento normativo de rango sublegal.

Y lo hacemos en nuestra condición de docentes, en razón de que el ejercicio de la potestad de intervención por la Contraloría General de la República, incide gravemente sobre el derecho a la estabilidad en el ejercicio del cargo de los titulares de los órganos de control fiscal, quienes lo obtienen mediante concurso público por un lapso de cinco años; efecto que a la postre conculca dicho derecho, porque como veremos más adelante, la sustitución, equivale en la práctica a una destitución; además lesiona el principio de autonomía del propio Sistema Control Fiscal. Por esa razón, a las dudas sobre inconstitucionalidad del precepto legal concerniente a la intervención, se añade la duda sobre la ilegalidad del precepto reglamentario concerniente a la sustitución del titular del órgano intervenido. De allí la importancia que le damos a esta diferencia derivada del aludido rango normativo.

C. Los requisitos legales de procedencia de la intervención de los órganos de control fiscal por la Contraloría General de la República

Del artículo 34 de la LOCGR, se infieren los requisitos de procedencia de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, la cual

tiene para ese máximo órgano de control fiscal, un carácter reglado cuando debe determinar dichos requisitos. Cabe acotar que la potestad reglada es aquella que por definición¹³ exige el agotamiento por parte de la ley de todas y cada una de las condiciones de su ejercicio. De ese modo, cuando la Contraloría General de la República decide en ejercicio de la fase discrecional de la potestad, intervenir un órgano de control fiscal externo o interno, debe dar cumplimiento de manera concurrente a todos los requisitos que previstos en la norma. Es preciso aclarar que en forma atípica el citado precepto estatuye una fase discrecional en el procedimiento concerniente al ejercicio de la potestad de intervención por el Contralor General de la República, la cual queda nítidamente prefigurada así “...si de las evaluaciones practicadas surgieren graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones, el Contralor o Contralor General de la República **podrá** intervenir a los órganos de control de fiscal”. De tal manera que la intervención podrá acordarla o no, solo después de que el funcionario competente cumpla con los requisitos que pasamos a enunciar a continuación:

- i. *Que la intervención sea producto de una evaluación periódica del órgano de control fiscal*

El funcionamiento del Sistema Nacional de Control Fiscal exige que los órganos de control fiscal deben realizar sus actuaciones ajustándose a las políticas, manuales, resoluciones y planes que dicte la Contraloría General de la República, en su condición de órgano rector del mencionado sistema, así como a sus propios planes, siendo esta exigencia legal la que sirve de base al titular del máximo órgano de control fiscal nacional, para supervisar y evaluar periódicamente la actividad desplegada por cada uno de los otros órganos de control fiscal (internos y externos), básicamente en las áreas referidas a la estructura orgánica (los órganos y dependencias en que se articula el diseño organizativo, así como sus respectivas competencias), en la capacidad operativa (referida a la designación de personal calificado por su capacidad técnica y profesional, así como la infraestructura y recursos materiales necesarios para llevar a cabo las actuaciones que tiene encomendadas) y; en el cumplimiento de la funciones encomendadas (que comprende la ejecución de la planificación anual y los programas de gestión, nacionales, estatales o municipales aprobados por las respectivas autoridades, el seguimiento de las recomendaciones que les haya formulado la Contraloría General de la República, y las derivadas de sus respectivos informes de auditoría y demás actuaciones, etc).

De ese modo, no cabe duda que la Contraloría General de la República puede decidir intervenir el órgano de control fiscal únicamente, cuando como resultado de su actividad de evaluación periódica encuentre que el órgano ha incurrido en una grave irregularidad, mas, en virtud del carácter reglado que

¹³ Fernández Farreres, Germán. *Sistema de Derecho Administrativo*. (Madrid: Ediciones Civitas, 2012), 262.

adquiere dicha potestad, no podría sustentar la intervención en otro tipo de actuación que realice de conformidad con la ley, por ejemplo, en la facultad de revisar los concursos de designación de los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y órganos sujetos a control, ex art. 32 de la LOCGR, conforme al cual en caso de detectar graves irregularidades en la celebración de los mismos, el máximo órgano de control fiscal puede ordenar a las autoridades que lo revoquen y convoquen a uno nuevo¹⁴. Si el resultado de esa actuación la calificara como falta, ello excedería la regla implicada en el ejercicio de la potestad de intervención, en virtud de que no sería el resultado de la evaluación periódica, en los términos antes expuestos, tal como lo exige el Reglamento, y acarrearía la nulidad del acto de intervención, por adolecer del vicio de falso supuesto de derecho, al encontrarse fundamentado en el ejercicio de una competencia distinta a la que le atribuye la ley, y por no ajustarse a los términos reglados que legitiman la intervención.

- ii. *Que la gravedad de la irregularidad se determine con base a los criterios de efectividad, eficiencia y economía con que deben operar los órganos de control fiscal*

Antes de haberse dictado el Reglamento de la LOCGR en 2009, la Contraloría General de la República invocaba los criterios de efectividad, eficiencia y economía previstos en la Ley, que operaban como parámetros para determinar la procedencia de la intervención, y a partir de su grado de incumplimiento establecía la gravedad de la irregularidad detectada en el funcionamiento del órgano de control fiscal evaluado, y en función de ello decidía si debía intervenir. Es necesario precisar que esos criterios en el ámbito del control fiscal implican desde el punto de vista operativo, el diseño de estrategias así como la utilización de métodos para la realización de las actividades destinadas a lograr con los recursos disponibles, las metas trazadas en los planes y programas anuales de control del órgano (efectividad); el aprovechamiento óptimo de los recursos, estructuras y procedimientos para lograr la ejecución de las actividades planificadas en la gestión de control, en el menor tiempo y costo posible (eficiencia) y el logro de los mejores resultados con la menor cantidad de recursos posibles (economía).

No obstante, al dictarse el Reglamento de la LOCGR en el 2009, este convirtió en operativos esos criterios de valoración, al tipificar las causales de

¹⁴ No obstante esta tesis que se desprende de manera inequívoca de la citada norma, la Contraloría General de la República ha hecho caso omiso de la misma y en diversas resoluciones ya ha intervenido órganos de control fiscal invocando irregularidades en los concursos. En tal sentido, véase por ejemplo la Resolución números 01-00-108 de fecha 24/03/2016, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.410 de fecha 31/03/2006, mediante la cual se intervino la Contraloría Municipal del Municipio Juan Germán Roscio del Estado Guárico.

intervención de los órganos de control fiscal en el artículo 58 del citado instrumento normativo, en virtud de que permitirán constatar cuándo los órganos de control fiscal incurren en graves irregularidades, superando la abstracción presente en la Ley. Ejemplo de esta actividad de concreción del reglamentista es la causal tipificada en el numeral 2, del citado artículo 58, referida a la omisión absoluta e injustificada de la práctica de las auditorías sobre los órganos y entidades sujetos a su control, durante un ejercicio fiscal.

Sin duda, que estos criterios de valoración previstos en la Ley, traducidos en la concreción en causales de graves de irregularidades, además de complementar el carácter reglado de la potestad bajo examen, son básicos para que el máximo órgano de control fiscal nacional, pueda determinar si el encuadramiento o no de la acción u omisión del órgano contralor sujeto de la mencionada evaluación periódica, puede dar lugar a la intervención, que desde luego concluirá en sentido afirmativo, solo si la referida acción u omisión encuadra en una o varias de esas causales. Pero correlativamente también son fundamentales para que el titular del órgano de control fiscal intervenido organice su defensa, la cual se contraerá básicamente a demostrar que no incurrió en la acción u omisión tipificada en una o varias causales, que le imputa el Contralor General de la República.

iii. Que las graves irregularidades a que se contrae el artículo 34 de la LOCGR, encuadren en cualquiera de las causales tipificadas en el artículo 58 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría

Como ya se indicó precedentemente, las causales de las denominadas “graves irregularidades” fueron tipificadas en el artículo 58 del RLOCGR, con la finalidad de demostrar que el encuadramiento de la acción u omisión que se le imputa al titular del órgano de control fiscal (grave irregularidad), constituye el tercer requisito concurrente, que junto con los dos anteriores, condiciona la validez de la intervención, ya que si de la evaluación realizada por la Contraloría General de la República, esta detecta irregularidades que no encuadran en ninguno de las siete causales, en razón de que no afectan el grado de efectividad, eficiencia y economía con que debe operar el órgano evaluado, este no podrá ser intervenido legalmente, caso en el cual el Contralor General de la República adoptará las acciones correctivas pertinentes a que se contrae el artículo 34 de la LOCGR.

Sin embargo, esta regla encuentra un quiebre en el mismo precepto reglamentario, debido que en el mismo se incorpora una causal de carácter residual en su numeral 7, que dispone: “A los efectos de la intervención de los órganos de control fiscal, se consideran como graves irregularidades: 1. *Omissis*, 7. Cualquier otro acto, hecho u omisión que afecte gravemente la legalidad, la efectividad, la eficiencia y economía de sus operaciones administrativas o que

viole los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, establecidos en el artículo 25 de la ley”, alejándose de ese modo el reglamentista del núcleo de la definición de esta causal, tal como quedará evidenciado más adelante.

D. El carácter no sancionatorio de la potestad de intervención

Determinar la naturaleza de la potestad de intervención pasa por determinar si esta tiene carácter sancionatorio, es decir, si el ejercicio de la misma por la Contraloría General de la República desencadena la imposición de sanciones administrativas. Al respecto cabe observar que el artículo 34 de la LOCGR está inserto en el Título II “Del Sistema Nacional de Control Fiscal”, Capítulo I, referido a las “Disposiciones Generales”, y no tiene ninguna vinculación con los preceptos contenidos en el Título III “De las potestades de investigación, las responsabilidades y las sanciones”. En ese orden de ideas, para demostrar esa falta de vinculación, es necesario traer a colación el contenido del artículo 93 inserto en el Capítulo III denominado “De las Sanciones”, del referido Título III, el cual establece que las potestades sancionatorias de los órganos de control fiscal, incluyendo por supuesto a la Contraloría General de la República, siguiendo el procedimiento de determinación de responsabilidades, comprende: la declaratoria de responsabilidad administrativa a los funcionarios y obreros al servicio de los entes enumerados en el artículo 9, y a los particulares, cuando incurran en los hechos actos y omisiones generadores de responsabilidad administrativa.

En esa hipótesis los órganos de control fiscal les impondrán: 1) la sanción pecuniaria de multa prevista en el artículo 105 de la LOCGR; 2) las sanciones “accesorias” de la anterior contempladas en el mismo artículo 105 *ejusdem* (suspensión en el ejercicio del cargo sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas), que solo podrá imponerlas el Contralor General de la República y; 3) la sanción de multa en los supuestos previstos en el artículo 94 *ejusdem*.

Desde luego que en la anterior descripción legal del contenido de la potestad sancionatoria de los órganos de control fiscal prevista en la LOCGR, no cabe la suspensión provisional del titular del órgano de control fiscal derivada del ejercicio de la potestad de intervención por el titular de la Contraloría General de la República, que es la única consecuencia aparejada a la misma que recae sobre el titular del órgano intervenido, por lo cual, debe descartarse cualquier pretensión de imponerle ninguna de las sanciones antes enumeradas, ni cualquier otra sanción de la misma naturaleza, lo que resulta explicable, como se señaló antes, porque la intervención se deriva del ejercicio de la potestad de supervisión y vigilancia conferida a la Contraloría General de la República, en el marco del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en su carácter de órgano rector de este, cuando de la evaluación periódica se determine un funcionamiento irregular del

órgano de control fiscal por no estar acorde con los indicadores esperados, lo que no encuadra en ninguno de los supuestos de responsabilidad administrativa enumerados en la LOCGR. Por ende, resulta concluyente que ni la potestad de intervención ni su consecuencia principal revisten carácter sancionatorio.

Sobre la naturaleza de la potestad legal de intervención de la Contraloría General de la República, se pronunció la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 71, del 1° de febrero de 2018, dictada con ocasión de la demanda de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar, interpuesta contra la Resolución Nro. 01-00-000195, de fecha 25 de junio de 2015, emanada de la Contraloría General de la República, mediante la cual se acordó intervenir la Contraloría Municipal del Municipio Vargas del Estado Vargas, en la que dicha Sala declaró:

(...)Aunado a lo anterior, debe señalarse que el procedimiento de evaluación del cuales son objeto los órganos de control fiscal a nivel nacional, no constituyen per se procedimientos sancionatorios contra sus titulares, toda vez que responden al ejercicio de la potestad de control y vigilancia que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal le atribuye a la Contraloría General de la República sobre los órganos sometidos a su rectoría. (Vid. sentencia de esta Sala Nro. 00610 del 5 de junio de 2013). En todo caso el órgano contralor nacional deberá siempre poner en conocimiento del interesado de los hechos, así como resguardar el derecho a la defensa y el debido proceso.

A mayor abundamiento, el referido carácter no sancionatorio se desprende de manera evidente, del artículo 60 del RLOCGR, que regula los efectos de la intervención de los órganos de control fiscal, y establece que una vez acordada esta, el órgano interventor designará a un funcionario con carácter provisional para que actúe como interventor, desde luego, previa suspensión del titular del órgano intervenido, e inmediatamente instará a la autoridad competente “a iniciar el procedimiento correspondiente para la destitución del titular del órgano de control fiscal intervenido”. Por tanto, el reglamentista reconoce que la potestad disciplinaria o sancionatoria es exclusiva y excluyente del máximo jerarca del órgano ente del cual forma parte del órgano de control fiscal intervenido, por disponerlo de manera inequívoca el artículo 89, numeral 8, de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), que es el facultado para determinar si la falta grave calificada como tal en el ámbito del control fiscal por el reglamentista, cometida por el titular del órgano intervenido, encuadra en una

de las causales de destitución tipificadas taxativamente en el citado artículo 86 *ejusdem*¹⁵.

A la luz de los razonamientos antes expuestos, queda evidenciado que la potestad de imponer la sanción disciplinaria de destitución a los funcionarios públicos está reservada en forma exclusiva y excluyente a la máxima autoridad del órgano o ente donde el funcionario público preste servicios, y siendo que los titulares de los órganos de control fiscal únicamente establecen su relación de servicio con el respectivo órgano o ente del cual forman parte, que obviamente en ningún caso es la Contraloría General de la República, de lo que se desprende de manera concluyente que el acto de intervención emanado de este máximo órgano de control fiscal carece de carácter sancionatorio.

V. Breve análisis de las causales que condicionan la validez del ejercicio de la potestad de intervención por la Contraloría General de la República

A. El método seguido para tipificar las causales de intervención de los órganos de control fiscal

El artículo 58 del RLOCGR se desagra en siete numerales con la finalidad de tipificar las causales de intervención de control fiscal, cada una de las cuales examinaremos de seguidas, pero antes queremos puntualizar que tal regulación resulta poco ortodoxa, en virtud de que la potestad de intervención de los órganos de control fiscal conferida por la Ley al titular de la Contraloría General de la República, reviste un carácter excepcional y suscita dudas sobre su constitucionalidad, tal como ha quedado expuesto precedentemente, y pese a que la misma no tiene carácter sancionatorio, la prudencia aconsejaba que la tipificación bajo examen, quedara recogida en un instrumento de rango legal, o si a tal fin se iba a recurrir a uno de rango sublegal, como en efecto ocurrió, la enumeración de las causales de intervención debió tener carácter **taxativo**, y así luce a primera vista, pero tal apariencia se esfuma cuando se lee la causal contenida en el numeral 7, concebida en los siguientes términos:

Art. 58. A los efectos de la intervención de los órganos de control fiscal, se considerarán como graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones:

1. Omissis.

¹⁵ Debe interpretarse que la potestad de destitución de los titulares de las Contralorías estatales y municipales corresponde a los Consejos Legislativos y a los Concejos Municipales, que son los que los designan, y no a los Gobernadores y Alcaldes, pero desde luego siempre aplicando la disposición de la LEFP que enumera las causales de destitución.

7. Cualquier otro acto, hecho u omisión que afecte gravemente la legalidad, la efectividad, la eficiencia y economía de sus operaciones administrativas o que viole los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, establecidos en el artículo 25 de la Ley.

Como ya dijimos la simple lectura de esta disposición evidencia que la apariencia de “taxatividad” derivada de la enumeración de las seis anteriores causales desaparece, porque en realidad se trata simplemente de una mera apariencia normativa, en razón de que el precepto transcrito revela la existencia de una potestad de intervención discrecional, desnaturalizando el carácter reglado que la atribuye la LOCGR, pues la invocación de esta causal permite crear mediante un acto administrativo varias causales de intervención adicionales, empezando por la que erige como tal a cualquier operación administrativa que realice el órgano de control fiscal, aunque no lo haga en ejercicio de sus competencias contraloras “*strictu sensu*”, *verbigracia*, cuando celebra un contrato de remodelación de las oficinas donde funciona, o contrata los servicios de unos asesores.

Y el número de causales se amplía aún más, cuando se convierte en tales, la violación de los principios que conforme al artículo 25 de la LOCGR rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, que alcanzan la cantidad de siete (7), algunos cuyo cumplimiento depende del órgano o ente del cual forman parte los órganos de control fiscal, como el previsto en el numeral 1, referido a la capacidad financiera de estos, cuya evaluación según el artículo 36 *ejusdem*, corresponde ejercerla a la máxima autoridad jerárquica de cada ente u órgano.

De modo, pues que la causal tipificada en el numeral 7 del artículo 58 del RLOCGR, desnaturaliza el pretendido carácter taxativo de la enumeración contenida en dicho precepto reglamentario, y amplía arbitrariamente, en nuestro criterio, el ámbito de la potestad de intervención de la Contraloría General de la República, convirtiéndola de excepcional en ordinaria, lo que en definitiva atenta contra la autonomía de los órganos de control fiscal, y sobre todo contra el derecho a la estabilidad consagrado en la LOCGR, a los titulares de estos. A lo anterior conviene añadir que desnaturaliza el carácter reglado de la norma legal que regula la potestad de intervención. Ante dicha irregularidad reglamentaria, estimamos que la prudencia debe orientar al titular de la Contraloría General de la República al momento de invocar esta causal de intervención, porque de lo contrario corre el riesgo de deslizarse por la senda de la arbitrariedad, lo que lamentablemente no ha hecho desde el momento de entrada en vigencia el Reglamento (2009). Para evidenciar esa conducta arbitraria del aludido titular sirva de ejemplo emblemático el siguiente: la intervención de cincuenta y seis (56) Contralorías Municipales, mediante cinco

La potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por la Contraloría General de la República

(5) resoluciones dictadas el mismo día (17-4-2017)¹⁶, por supuesto, con las respectivas sustituciones de los titulares de las mismas.

B. La falta absoluta de planificación de las actividades por el órgano de control fiscal (numeral 1)

Esta causal descansa en el incumplimiento de la obligación que tienen los órganos de control fiscal de elaborar su plan operativo anual (art. 10 del RLO-CGR), que es un documento contentivo de las acciones que ejecutará en un ejercicio fiscal, con base a los objetivos, metas que se propone alcanzar conforme al presupuesto asignado. Según el aludido precepto reglamentario, para su elaboración, el órgano debe tomar en consideración, entre otros aspectos, los lineamientos establecidos en los planes nacionales, estratégicos y operativos, los planes, programas, objetivos que logrará en el ejercicio fiscal, los resultados de la actividad de control desarrollada en los ejercicios anteriores y la situación administrativa, importancia, dimensión y áreas críticas del órgano.

De modo que, para la configuración de esta grave irregularidad, la Contraloría General de la República debe constatar que el órgano evaluado carece del referido plan operativo anual, es decir, que se haya abstenido de formularlo, pues en caso de haberlo hecho pero no haya cumplido las metas fijadas en el mismo, se tratará de una causal distinta. Sin duda que esta es una grave irregularidad, pues resulta incompatible con los criterios de efectividad, eficiencia y economía que deben regir la actuación de los órganos de control fiscal.

Además, su comprobación es muy sencilla debido a que el plan operativo es el primer documento que debe exhibir el órgano de control sometido a evaluación, y desde luego si no lo hace, se configura la causal de intervención, salvo que el interesado pueda invocar un motivo justificado de la omisión, lo que por la naturaleza de la obligación derivada de la elaboración de ese documento de trabajo fundamental, no resulta muy fácil.

C. La omisión absoluta e injustificada de la práctica de auditorías sobre los órganos y entidades sujetos a control, durante un ejercicio fiscal (numeral 2)

Para entender cómo se configura esta causal, lo primero que debe destacarse es que el reglamentista limitó la actuación de los órganos de control fiscal a las auditorías, que ciertamente son uno de los métodos más comunes de control utilizados rutinariamente por estos, mas no el único. Esa opción seleccionada por el reglamentista obliga adoptar una interpretación restrictiva

¹⁶ Publicadas en la Gaceta Oficial N° 41132 de fecha 17 de abril de 2017.

sobre el tipo de actuación del órgano de control fiscal (solamente auditorías), cuya omisión resulta necesaria para la configuración de la causal. Por consiguiente, debe rechazarse la pretensión de aplicar por analogía la omisión absoluta e injustificada de la práctica de cualquiera de los otros métodos de control que enuncia la LOCGR para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones, así como para evaluar el cumplimiento de los resultados de la gestión de los órganos y entes sujetos a su control (art 41 y 46 LOCGR).

Por lo tanto, esta grave irregularidad consistirá en que el órgano de control fiscal se abstenga de practicar solo auditorías a los órganos o entes sujetos a su control, durante un ejercicio fiscal, con la particularidad de que debe tratarse de que la omisión sea absoluta e injustificada y de más de una auditoría, razón por la cual basta con que haya practicado por lo menos dos de las planificadas, y que en el caso de que la omisión sea absoluta, la misma se encuentre incuestionablemente injustificada, lo que quiere decir que el titular del órgano de control sometido a la evaluación periódica, en el marco del ejercicio de su derecho a la defensa, puede invocar motivos de justificación, correspondiéndole a la Contraloría General de la República estimarlos o desestimarlos, en lo cual entrará a jugar un papel relevante como instrumento probatorio, el plan operativo anual del órgano de control sometido a evaluación, pues en el hipotético caso de que el mismo no estuviese prevista la práctica de auditorías durante el correspondiente ejercicio fiscal, mal podría invocarse como causal para intervenir al órgano de control fiscal, pero esta hipótesis resulta casi impensable, dado que siendo la auditoría la actividad básica para ejercer el control fiscal, el órgano de control no incluya la práctica de auditorías en el plan operativo anual.

D. La reiterada falta de acciones de seguimiento respecto a sus propias observaciones y recomendaciones (numeral 3)

Los órganos de control fiscal en los informes que elaboran con ocasión de la realización de una auditoría o cualquier otra actividad de control, recogen las observaciones y recomendaciones que realizan a los órganos y entes sujetos a su control, sobre cuya actividad ha recaído la actuación fiscal, originándose de esta actuación una doble obligación, la primera para la máxima autoridad de los órganos y entes, y la segunda para los órganos de control fiscal; a la primera le corresponde elaborar un plan de acciones correctivas contentivo de las medidas que implementarán para subsanar las causas que dieron origen a las observaciones y recomendaciones, el cual queda sujeto a la valoración del órgano de control fiscal, para determinar la concordancia con las recomendaciones formuladas, y a los segundos, porque quedan obligados a realizar el seguimiento de las acciones correctivas con el fin de constatar su cumplimiento.

Así pues, esta causal de intervención encuentra su fundamento en el incumplimiento reiterado de esa obligación por parte del órgano de control fiscal, precisando el reglamentista que la falta de las aludidas acciones de seguimiento debe repetirse en el tiempo, es decir, durante el correspondiente ejercicio fiscal, razón por la cual no se configurará la causal si dicha falta ocurre una sola vez. Por supuesto, que la comprobación de esta causal será muy sencilla, pues bastará que la Contraloría General de la República revise el informe de las actuaciones del órgano de control fiscal sometido a la evaluación, y solicite a este la prueba de las acciones de seguimiento de las observaciones y recomendaciones que figuran en dichos informes.

- E. No haber iniciado, sin causa justificada, ninguna investigación o procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidad durante un ejercicio fiscal, cuando el propio órgano de control fiscal hubiere detectado la ocurrencia de actos, hechos u omisiones presumiblemente irregulares o evidentemente haya lugar a ello (numeral 4)

Dentro de las funciones básicas de los órganos de control fiscal integrados en el Sistema Nacional de Control Fiscal, están la determinación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y particulares que incurran en alguno de los supuestos generadores de responsabilidad administrativa, tipificados en los artículos 91 y 92 de la LOCGR, la imposición de las sanciones administrativas correspondientes, y el establecimiento de la responsabilidad civil (formulación de reparos), cuya declaratoria requiere en los casos mencionados, la tramitación del procedimiento administrativo expresamente previsto en el artículo 95 y siguientes, *ejusdem*.

Es necesario aclarar que el reglamentista para configurar esta causal alude a la omisión en el inicio de una investigación o de un procedimiento administrativo, y al respecto debe hacerse una distinción recogida en la LOCGR, entre dos tipos procedimientos para la determinación de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad civil: el primero, derivado del ejercicio de la potestad investigativa por los órganos de control fiscal, que tiene como objetivo constatar si hay indicios suficientes de la comisión de un ilícito administrativo para iniciar el procedimiento de determinación de responsabilidades, el cual legalmente puede encontrar su causa en otras actuaciones de control fiscal, verbigracia, auditorías, exámenes de cuentas, fiscalizaciones, etc, que son los instrumentos de control que utilizan rutinariamente los referidos órganos para el ejercicio de sus funciones; y el segundo, el propio procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa o civil, cuyo inicio está condicionado a que en el curso del primero, relativo a la potestad investigativa se hayan encontrado indicios de la comisión de los mencionados ilícitos administrativos.

Conviene aclarar que en los órganos de control fiscal se ha impuesto una práctica *contra legem*, que consiste en abrir el procedimiento de determinación de responsabilidades administrativa y civil, solamente como consecuencia de la apertura y sustanciación previa del procedimiento concerniente al ejercicio de la potestad investigativa en los términos antes expuestos, soslayando de esa manera el mandato del artículo 96 de la LOCGR, que establece de manera categórica el deber de los órganos de control fiscal de iniciar el procedimiento de responsabilidad civil (formulación de reparos), o el de responsabilidad administrativa, como resultado del ejercicio de cualquiera de las funciones de control (auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de cualquier tipo o naturaleza, enunciados en el artículo 41 *ejusdem*), o por denuncia de cualquier persona, o a solicitud de cualquier organismo público funcionario o empleado público, siempre que acompañen elementos suficientes de convicción o prueba que permitan presumir fundadamente la responsabilidad de personas determinadas.

Ahora bien, observamos que la configuración de la causal de intervención está condicionada además a que sea el propio órgano de control fiscal el que detecte la ocurrencia de actos, hechos u omisiones presumiblemente irregulares, lo que sucedería cuando tal detección sea el resultado de cualquiera de las actuaciones antes señaladas. Pero cabría preguntarse si igualmente se configuraría la causal bajo examen, si la presunción de la ocurrencia de esos actos irregulares es el producto de una denuncia de cualquier persona, o del requerimiento de un organismo o funcionario público, es decir, no de la actuación del órgano de control. Si nos atenemos al tenor literal de la norma reglamentaria habría que decantarse por la tesis negativa, la cual podría reforzarse invocando el carácter restrictivo de la interpretación que debe primar en la interpretación de dicho precepto.

Por nuestra parte, consideramos que esa tesis debe rechazarse, porque en las hipótesis de denuncia o requerimiento, estos deben ser examinados por el órgano de control fiscal, para determinar si están revestidos de elementos suficientes de convicción o prueba. Y es precisamente el órgano de control fiscal al examinar la denuncia o el requerimiento para constatar la existencia de los mencionados elementos, el que determina dicha existencia, mediante la detección de la ocurrencia de los hechos, actos u omisiones presumiblemente irregulares, a los que se refiere la norma reglamentaria que tipifica la causal bajo examen, la cual en definitiva también se configurará como producto de la denuncia o el requerimiento, en los términos antes expuestos, desde luego, siempre que se produzca la omisión del inicio de la investigación o del procedimiento de determinación de responsabilidades. Interesa, en fin puntualizar que en estos casos la detección es el producto de la acción del órgano de control fiscal, y no del denunciante o requirente.

También cabe destacar que la grave irregularidad que da lugar a la intervención del órgano de control fiscal, consiste en que no se haya dado inicio ni al procedimiento relativo al ejercicio de la potestad investigativa, ni al procedimiento de determinación de responsabilidades, a pesar de que de los resultados de las actuaciones de control se haya encontrado, y dejado constancia de ello en las actas o informes correspondientes, de la existencia de indicios que hagan presumir la configuración de un supuesto generador de responsabilidad administrativa o de una causa de responsabilidad civil que conduciría a la apertura de una investigación o un procedimiento de determinación de responsabilidades, durante un ejercicio fiscal.

La configuración de esta causal al igual que las anteriores, exige que se demuestre que la abstención por parte del órgano de control fiscal no responde a un motivo justificado; por consiguiente, la Contraloría General de la República encontraría una interdicción para declarar que el órgano de control fiscal ha incurrido en esta grave irregularidad constitutiva de la causal intervención bajo examen, y proceder a su intervención, cuando en el marco de la evaluación periódica que lleva a cabo, considere que sí existen indicios de un ilícito administrativo, a pesar de que el órgano de control fiscal –como hemos dicho– de los resultados obtenidos en sus actuaciones no haya detectado la ocurrencia de hechos, actos u omisiones presumiblemente irregulares o evidentemente haya lugar a ello, pues la única forma de que la causal se configure es que la detección de los indicios de los hechos, actos u omisiones irregulares la haya hecho el órgano de control fiscal sometido a la evaluación periódica, mas no la Contraloría General de la República.

- F. No haber remitido al Ministerio Público, las actuaciones que hubiere realizado, de las que surjan indicios de responsabilidad penal o de responsabilidad civil cuando no sea procedente la formulación del reparo (numeral 5)

Cabe recordar previamente que los artículos 289, numeral 4, de la Constitución y 85 de la LOCGR, establecen la obligación de los órganos de control fiscal de que cuando de las actuaciones realizadas tengan conocimiento de la comisión de infracciones y delitos contra el patrimonio público (responsabilidad penal), y hayan detectados indicios de que se ha causado daño al patrimonio público (responsabilidad civil), pero no sea procedente la formulación de un reparo, de remitir dichas actuaciones al Ministerio Público. Ahora bien, consideramos conveniente analizar el precepto contenido de esta causal, y así observamos, en primer lugar, que se trata del incumplimiento de una obligación impuesta por los instrumentos normativos antes mencionados, por parte del órgano de control fiscal, sujeto a la evaluación periódica por la Contraloría General de la República, e igualmente que ese incumplimiento puede ser

reiterado o no; de allí que baste que de todas las actuaciones que haya podido realizar solo en una de ellas haya dejado de cumplir con la aludida obligación.

En segundo lugar, que existe una diferencia esencial en la configuración de la causal con relación a ambos tipos de responsabilidades, pues cuando se trata de la penal, basta que el titular del órgano evaluado que en ejercicio de sus funciones haya tenido conocimiento de la comisión de infracciones y delitos contra el patrimonio público, hubiere omitido cumplir la aludida remisión; en cambio, cuando se trata de la civil, se exige solamente que detecte indicios de que se haya causado un daño al patrimonio del ente del cual forma el órgano de control fiscal, pero no sea procedente la formulación de un reparo. Queda claro que ambas hipótesis constitutivas de la causal son diferentes en la causa que las origina. Pero aquí surge una duda, porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 289, numeral 4, constitucional, el titular del órgano de control fiscal debe tener conocimiento en el ejercicio de sus funciones de la comisión de una infracción o un delito contra el patrimonio público, y esa es una exigencia que luce inviable para un órgano de control fiscal, pues carece de competencia para pronunciarse sobre la comisión de un delito por parte de un funcionario público o particular, que como es bien sabido, es una atribución exclusiva y excluyente de los tribunales penales.

Pero dado el interés general relativo a la tutela y a la preservación del patrimonio público, consideramos que el precepto constitucional interpretado en concordancia con el reglamentario contentivo de la causal bajo examen, conduce a sostener que basta que el titular del órgano de control fiscal en ejercicio de sus funciones solamente detecte indicios de infracciones o delitos contra el patrimonio público, para que adquiera la obligación de remitir copias certificadas de las actuaciones al Ministerio Público, y por consiguiente, el incumplimiento de la misma, da lugar al encuadramiento de su conducta en la causal de intervención objeto de nuestro análisis. Pero reconocemos que esta tesis no es pacífica y hasta que haya un pronunciamiento en ese sentido del órgano jurisdiccional competente, cualquier titular de un órgano de control fiscal al que se le impute haber incurrido en dicha causal de intervención, puede invocar en su defensa que los términos de la Constitución, los cuales son muy claros al referirse a la “comisión de una infracción o un delito contra el patrimonio público”(no solamente indicios) y obviamente seguramente esgrimirá los principios de jerarquía normativa y de “favor libertatis”.

Y en tercer lugar, estimamos que en este caso la situación es diferente al examinado en el punto anterior, que a tenor del precepto contenido en el numeral 4, del artículo 58 RLOCGR, la Contraloría General de la República está impedida de entrar a revisar la decisión del órgano de control fiscal, pues el tenor del precepto bajo examen (numeral 5 ejusdem) sí legitima al citado máximo órgano de control nacional, en el marco de la evaluación periódica que practica, para determinar la existencia en el expediente de una o varias actuaciones de las

cuales se desprenda la presencia de indicios de responsabilidad penal o civil, en los términos antes expuestos, pero el órgano de control fiscal por negligencia o dolo haya omitido dejar constancia en el mismo; hipótesis en la cual se configurará la causal, si como obviamente debe haber ocurrido, no remitió las “actuaciones” al Ministerio Público. Pero la configuración típica ocurrirá cuando habiendo dejado constancia de la existencia de esos indicios de la existencia de responsabilidad penal o civil, incumple la referida obligación.

- G. El incumplimiento reiterado e injustificado de las observaciones y recomendaciones formuladas por la Contraloría General de la República (numeral 6)

La Contraloría General de la República como máximo órgano de control fiscal nacional, puede formular observaciones y recomendaciones a los órganos de control fiscal, relacionadas entre otros aspectos, con la adopción de políticas, manuales, reglamentos, asesoría técnica en la implementación de los sistemas de control interno o en la instrumentación de los recomendaciones recogidas en los informes de auditorías, evaluación del ejercicio y los resultados del control interno y externo, etc; recomendaciones que tienen un carácter vinculante, por lo cual, se considera una grave irregularidad que no sean acatadas por el órgano de control fiscal, lo que constituye el presupuesto de hecho de esta causal de intervención, con la particularidad de que el mismo es complementado por el reglamentista, en virtud de que adiciona la condición de que la falta de acatamiento debe ser reiterada e injustificada, y además que la misma ocurra durante el correspondiente ejercicio fiscal.

Por lo tanto, no se configurará la causal cuando el incumplimiento sea reiterado, pero justificado, o cuando no sea reiterado. Claro que corresponderá al órgano de control fiscal sometido a la evaluación demostrar la referida justificación. Tampoco puede pretender la Contraloría General de la República acumular un único incumplimiento injustificado cometido en el ejercicio fiscal durante el cual se le formula la observación o recomendación, a otro cometido en el anterior ejercicio fiscal, para considerar la reiteración del incumplimiento y así poder sostener que el titular del órgano de control fiscal incurrió en el incumplimiento que configura la causal de intervención bajo examen.

- H. Cualquier otro acto, hecho u omisión que afecte gravemente la legalidad, la efectividad, la eficiencia y economía de sus operaciones administrativas o que viole los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, establecidos en el artículo 25 de la ley (numeral 7). El análisis de esta causal se hizo en el punto 4.1., al cual remitimos a los lectores

VI. *Los efectos del ejercicio de la potestad de intervención*

A. Una intervención con efectos de acto definitivo

Conviene destacar, en primer lugar, que el artículo 34 de la LOCGR no establece cuáles son los efectos del acto de intervención de un órgano de control fiscal, como sí lo hace el 60 del Reglamento de la Ley, en los siguientes términos:

El Contralor General de la República, en la Resolución que decida la intervención designará con carácter provisional a un funcionario para que actúe como interventor del órgano de control fiscal correspondiente, quien deberá cumplir los mismos requisitos exigidos para ser titular, previstos en las disposiciones que sean aplicables; suspenderá al titular del órgano de control fiscal intervenido e instará a la autoridad competente a: 1) iniciar el procedimiento correspondiente para la destitución del titular del órgano de control fiscal intervenido, 2) convocar a concurso público para la designación de un nuevo titular, una vez autorizada la destitución.

Este precepto es complementado por el artículo 61 *ejusdem*, que establece la duración de la medida de intervención, la cual podrá ser de noventa días hábiles, a partir de la designación del funcionario interventor, prorrogable por una sola vez hasta por un lapso igual, pero puede cesar antes de la terminación del plazo ordinario o de su prórroga, si la designación del nuevo titular del órgano de control fiscal ocurre antes del vencimiento de alguno de esos plazos, siendo una obligación del funcionario interventor mantenerse en el cargo hasta “la fecha en que ocurra la designación por concurso público del nuevo titular”, de manera que la medida puede durar más de los ciento ochenta días máximos, incluyendo la prórroga, aunque no es ni legal ni deseable, pero en caso de que ocurra esta irregularidad, el interventor debe mantenerse en el ejercicio del cargo.

Ahora bien, observamos que la potestad de intervención ejercida sobre cualquier órgano de control fiscal, resulta diferente a la que se ejerce sobre los órganos administrativos o los entes privados, la cual *per se* reviste un carácter temporal, por ende, tiene una duración prudencial, y encuentra su causa en la

comprobación por el órgano que tiene atribuida la potestad de intervención, de la ocurrencia solo de indicios de irregularidades que presuntamente comprometen el ejercicio efectivo y eficiente de las funciones del órgano o ente objeto de la intervención. Por consiguiente, será durante el lapso de intervención cuando se determinará si efectivamente se configuran causales graves que pongan en riesgo la tutela del interés general por parte del órgano o ente intervenido. Si es así, la intervención pasa a ser definitiva y; en consecuencia, se desencadenan sus efectos que en términos generales se traducen en la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento del funcionamiento normal de este, siendo la principal de estas medidas la designación o la selección mediante concurso, según el régimen legal que corresponda, de un nuevo titular, razón por la cual el titular que estaba suspendido debe ser removido o destituido.

Pues bien, en el caso bajo examen a tenor de lo pautado en los artículos 58, 59 y 60 del RLOCGR, uno de los efectos medulares de la intervención es la suspensión del titular órgano intervenido, la cual tiene un carácter aparentemente temporal, pero en la práctica se aproxima a una destitución, y a la postre muy probablemente tenga carácter definitivo, en virtud que la Contraloría General de la República en vez de detectar indicios de irregularidades comprueba plenamente que el titular del órgano de control fiscal ha incurrido en una o varias irregularidades graves, porque como se verá de seguidas, el titular que resulta “suspendido”, por disposición del citado artículo 60, en la práctica queda destituido, y el rol del interventor conforme al artículo 61 ejusdem –en lugar de dedicarse a determinar si procede o no la intervención definitiva-, pasa a ejercer el papel del titular del órgano por el lapso que dure la intervención, con la particularidad de que debe presentar un plan de acciones correctivas que respondan a las recomendaciones contenidas en el informe que sirvió de base a la intervención, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de su designación, y a presentar informes mensuales de su gestión, y uno final al término de la misma.

En fin, por los razonamientos anteriores en principio todo indica que la intervención de los órganos de control fiscal reviste carácter definitivo, ya que es muy improbable que el titular del órgano intervenido pueda ser restituido en el cargo, sobre todo porque como resultado de la evaluación periódica que realiza la Contraloría General de la República, se comprueba que el titular del órgano sometido a dicha evaluación ha cometido actos u omisiones que encuadran en una o varias de las causales de intervención tipificadas reglamentariamente, es decir, en graves irregularidades, lo que en la práctica equivale a una intervención definitiva.

B. La “suspensión” del titular del órgano de control fiscal intervenido y la violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia

Conviene destacar que la suspensión del titular del órgano intervenido, está prevista de manera expresa en el artículo 60 RLOCGR, como uno de los efectos de la intervención, y además el artículo 59 *ejusdem*, establece como requisitos de validez y de eficacia de esta medida, que deberá ser motivada y “notificada al interesado”, y lógicamente este no puede ser otro que el titular del órgano que cesa en el ejercicio del cargo; igualmente debe ser notificada a la máxima autoridad del órgano o ente del cual forma parte el órgano objeto de la intervención, y publicada en la Gaceta Oficial. Debemos advertir que apenas por vía indirecta se infiere del citado artículo 60, numeral 1, que el cese del titular tiene teóricamente un carácter temporal.

Sin embargo, cuando el precepto reglamentario “insta” a la máxima autoridad administrativa a que inicie el procedimiento correspondiente (disciplinario) para la destitución (que sin duda es la máxima sanción en materia funcional) del titular órgano de control fiscal suspendido, incurre en una grave violación de la garantía de la presunción de inocencia, consagrada en el artículo 49, numeral 6, constitucional, ya que en la práctica no le deja la opción a la máxima autoridad competente de declarar, al concluir el procedimiento disciplinario, la absolución del investigado, o en el mejor de los casos de imponerle una amonestación escrita, ya que en la práctica el sintagma utilizado por el reglamentista “instar a destituir” resulta equivalente a “ordenar a destituir”, pues resulta muy difícil que la autoridad competente desacate esa “instancia” del Contralor General de la República, máxime en un Estado de derecho imperfecto, por decir lo menos, como el actual. Más aún, en cierto sentido el titular de la Contraloría General de la República prejuzga sobre la culpabilidad y sobre la sanción de destitución del titular del órgano de control fiscal suspendido temporalmente.

De allí que estando anunciado o mejor podría decirse ordenado reglamentariamente, que la tramitación del expediente disciplinario debe concluir siempre con la sanción de destitución del funcionario suspendido, queda en evidencia la aludida violación de la norma constitucional concerniente a la presunción de inocencia, por la norma reglamentaria y; en consecuencia, el carácter definitivo que adopta la intervención desde que es acordada por el máximo órgano contralor, mediante la conversión de la aparente suspensión temporal en destitución del titular del órgano de control fiscal intervenido.

- C. La contradicción casi irresoluble entre las disposiciones reglamentarias que “instan” a la destitución del titular del órgano intervenido, y las normas de la Ley del Estatuto de la Función Pública

Previamente debemos destacar la dudosa legalidad del artículo 60, encabezamiento y el numeral 1, del RLOCGR, que establecen como uno de los efectos de la intervención, la atribución al Contralor General de la República de la competencia para ordenar el cese del titular del órgano intervenido en el ejercicio de sus funciones, sea a título de suspensión o por vía indirecta de destitución, como ha quedado demostrado, en virtud de que la adopción de ninguna de esas medidas está prevista en la LOCGR como competencia de la Contraloría General de la República.

En efecto, la suspensión temporal de los titulares de los órganos que administran bienes públicos, solamente puede ser acordada en el curso de un procedimiento de determinación de responsabilidades (artículo 80 LOCGR), por la máxima autoridad administrativa del órgano o ente de que se trate, a solicitud de cualquier órgano de control fiscal, estando este impedido de adoptarla, por carecer -insistimos- de competencia, salvo que se trate de la sanción accesoria a la multa, a que se contrae el artículo 105 de la LOCGR, la cual únicamente puede ser impuesta por el Contralor General de la República. Mucho menos puede este funcionario destituir a un funcionario público, en virtud de que solo lo puede hacer cuando se trate de la sanción accesoria a la pena principal de multa, como consecuencia de haber sido declarado un funcionario público responsable administrativamente, tal como lo preceptúa el antes citado artículo 105 de la LOCGR.

Haciendo abstracción de la posible violación del derecho sustantivo (estabilidad) implicado en la sustitución del titular del órgano de control intervenido, observamos una grave contradicción entre la “instancia” del Contralor General de la República a la máxima autoridad del órgano o ente, para que destituya al titular del órgano de control fiscal intervenido, prevista en el artículo 60 numeral 1, del RLOCGR, y la remisión que esta misma disposición normativa hace implícitamente a la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP) cuando “insta” a la referida máxima autoridad para que inicie el procedimiento para la destitución del aludido funcionario. Y la contradicción se patentiza porque de conformidad con la citada LEFP la única forma de que un funcionario que goce de estabilidad en el cargo, como es el caso de los titulares de los órganos de control fiscal, pueda ser destituido, es que incurra en una o varias de las causales de las catorce causales de destitución enumeradas taxativamente en el artículo 86 de la LEFP.

Pero ocurre que resulta muy difícil encuadrar las conductas del titular del órgano intervenido tipificadas en el artículo 58 del RLOCGR, como causales de intervención del órgano, en cualquiera de las catorce causales de destitución de

los funcionarios públicos contempladas en el citado artículo 86 de la LEFP. Quizás la única de esas causales, y haciendo un máximo esfuerzo interpretativo, que podría encuadrarse en la segunda causal de destitución enumerada en el último dispositivo normativo antes mencionado (referida al incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas), sería la tercera causal de intervención, enunciada en la aludida disposición reglamentaria relativa a la reiterada falta de acciones de seguimiento respecto a sus propias observaciones y recomendaciones.

Sin embargo, aun en el supuesto negado de que se admitiese la tesis de que todas las causales reglamentarias de intervención, pudiesen encuadrar en las causales legales de destitución, esta tesis se encontraría con un obstáculo conceptual casi insalvable, constituido por la diferencia natural que existe entre las causales de una medida como es la intervención de un órgano de control fiscal, y las causales de destitución de un funcionario público.

Así lo ha reconocido la Sala Político Administrativa, al declarar en sentencia N° 00071 de fecha de 1° de febrero de 2018, que la intervención de los órganos de control fiscal no tiene carácter sancionatorio, debido a que el ejercicio de esa potestad, a diferencia de lo ocurre con la sancionatoria, responde al deber de control y vigilancia que la LOCGR le atribuye a la Contraloría General de la República sobre los órganos de control fiscal, de lo que se infiere obviamente que las causales de intervención no pueden revestir carácter sancionatorio. La referida sentencia recogió esta máxima jurisprudencial así:

(...) Aunado a lo anterior, debe señalarse que el procedimiento de evaluación de los cuales son objeto los órganos de control fiscal a nivel nacional, no constituyen per se procedimientos sancionatorios contra sus titulares, toda vez que responden al ejercicio de la potestad de control y vigilancia que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal le atribuye a la Contraloría General de la República sobre los órganos sometidos a su rectoría.

Y he aquí la contradicción casi irresoluble: si las causales de intervención de los órganos de control fiscal no revisten carácter sancionatorio, entonces de ninguna manera pueden encuadrarse en las causales de destitución de los funcionarios al servicio de la Administración Pública, que por su naturaleza sí revisten dicho carácter. Por consiguiente, el núcleo de la contradicción radica en que en ninguna hipótesis la potestad de intervención del órgano de control fiscal, daría lugar a la destitución de su titular suspendido, inclusive aun cuando la máxima autoridad del órgano de administración activa acate la “instancia” del Contralor General de la República, e inicie el procedimiento disciplinario, ya que estará obligado a terminarlo declarando, en estricta pureza jurídica, la inocencia o

absolución del investigado y; en consecuencia, deberá restituirlo en la plena titularidad del cargo, lo que *ope legis* implica la terminación de la intervención del órgano.

Esta tesis, aunque está bien sustentada jurídicamente, como ha quedado demostrado *supra*, puede ser tildada de “ilusoria” o “peregrina”, en virtud de que basta examinar muchas de las múltiples intervenciones de los órganos de control fiscal acordadas por el Contralor General de la República después de la entrada en vigencia de la LOCGR de 2001, para comprobar que las mismas tienen un carácter sancionatorio, fruto del autoritarismo que se ha impuesto en el país al margen de la Constitución y de la Ley, expresión emblemática del abuso de poder, en virtud de que en todas ellas han terminado con la destitución del funcionario suspendido, y la designación de un nuevo titular del órgano intervenido, acto con el cual cesa la intervención.

Pero siguiendo con nuestra tesis acerca de la contradicción casi irresoluble, que inclusive algunos en el estado actual de nuestro Estado de derecho, pueden considerar como “fantasía jurídica”, debemos advertir que el expediente disciplinario debe tramitarse y decidirse dentro del plazo estricto previsto en la LEFP, y además que la suspensión temporal del titular del órgano de control intervenido, debe ser con goce de sueldo hasta por un lapso de sesenta días continuos, prorrogable por un plazo igual, pues así lo impone el artículo 90 *ejusdem*, en virtud de que la competencia que le confiere el RLOCGR, al Contralor General de la República está limitada exclusivamente a la suspensión temporal del titular del órgano en ejercicio de sus funciones, razón por la cual no se extiende a la suspensión del goce del sueldo.

Sin embargo, debemos advertir que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia N° 00206 de 1° de marzo de 2018, declaró, sin ninguna fundamentación jurídica, que la suspensión temporal del titular del órgano contralor intervenido, debía acarrear la suspensión del sueldo. Tal declaración está concebida así: “...La anterior disposición es sumamente clara al prever como consecuencia de una medida administrativa de intervención, la suspensión del cargo del titular del cargo de Contralor que viene aparejada con la suspensión del sueldo, lo cual luce como un efecto lógico ante la constatación de graves irregularidades en la evaluación de un organismo”.

Ante tal declaración jurisprudencial, queremos hacer notar que en materia de derechos de los funcionarios públicos, con mayor razón si el mismo se trata de la remuneración, rige el principio de intangibilidad de los derechos de los trabajadores consagrado en el artículo 89 constitucional. Es por ello que, en el ámbito de la función pública la regla legal es que solo es válida la suspensión en el ejercicio del cargo de los funcionarios con goce de sueldo, la cual únicamente se puede adoptar con el carácter de medida preventiva (art. 90 LEFP), en el curso de una investigación administrativa o penal y por un lapso determinado, nunca

sin goce de sueldo. Y también es por esa razón que nos parece infundado el argumento de la Sala, según el cual "... viene aparejada con la suspensión del sueldo, lo cual luce como un efecto lógico ante la constatación de graves irregularidades en la evaluación de un organismo".

Frente a este otro argumento solo nos limitamos a preguntar ¿es válido y plausible que el máximo órgano judicial infiera un pretendido efecto lógico, carente de toda sustentación jurídica, frente un principio constitucional o legal, como los enunciados? ¿Igualmente es válido y plausible que ese efecto lógico se pretenda derivar de una norma reglamentaria, contrariando de esa manera normas constitucionales y legales? ¿Acaso no luce como una *contradictio in terminis*, sostener que la intervención no tiene carácter sancionatorio, y en otro fallo del mismo año, dictado un mes después, conferirle carácter de sanción a la suspensión del funcionario sin goce de sueldo?, y adicionamos, ¿es que acaso la imposición de la sanción puede sustentarse o derivarse de una norma reglamentaria?. Creo que estas interrogantes bastan para sembrar serias dudas sobre esta tesis de la Sala.

VII. El procedimiento para tramitar la intervención de los órganos de control fiscal

El Reglamento de la LOCGR es muy exhaustivo al regular la intervención de los órganos de control fiscal; sin embargo, paradójicamente omite cualquier referencia al procedimiento que debe regirla, pero este silencio debe ser suplido invocando el principio constitucional consagrado en el artículo 49 de la Ley suprema, conforme al cual el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, lo que impone que el titular de la Contraloría General de la República en el ejercicio de la potestad de intervención garantice al titular del órgano de control objeto de la intervención, todos los atributos de dicho derecho y especialmente del concerniente al derecho a la defensa, de tal manera que está obligado a notificar al interesado de la apertura del procedimiento, de sus motivos, a permitirle el libre acceso a las actas del expediente, a formular alegatos, a promover y evacuar pruebas, y en general a controlar las que aporte el máximo órgano contralor nacional en el curso del procedimiento, y a presentar informes. Así lo declaró la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la citada Sentencia N° 00071, de 1° de febrero de 2018, en los siguientes términos:

(...) Aunado a lo anterior, debe señalarse que el procedimiento de evaluación de los cuales son objeto los órganos de control fiscal a nivel nacional, no constituyen per se procedimientos sancionatorios contra sus titulares, toda vez que responden al ejercicio de la potestad de control y vigilancia que la Ley Orgánica de la Contraloría General

de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal le atribuye a la Contraloría General de la República sobre los órganos sometidos a su rectoría. (Vid. sentencia de esta Sala Nro. 00610 del 5 de junio de 2013). En todo caso el órgano contralor nacional deberá siempre poner en conocimiento del interesado de los hechos así como resguardar el derecho a la defensa y el debido proceso

(...)

Asimismo, esta Sala Advierte que en casos similares al de autos (intervención de órganos de control fiscal) se han efectuado las siguientes actuaciones: i) se informa al afectado del proceso de evaluación del que sería objeto, ii) se remite un cuestionario, iv) se brinda la oportunidad de presentar descargos y presentar pruebas, es decir se provee la oportunidad de participar activamente en su defensa, situaciones que en -este caso en concreto- no ocurrió”.

En conclusión, queda claro que la decisión de la Contraloría General de la República debe estar precedida por el inicio y tramitación de un procedimiento, en el que el interesado, entiéndase -el titular del órgano de control fiscal sujeto a la intervención- pueda participar libre y activamente en todas las fases de dicho procedimiento hasta que se dicte la referida decisión. Por consiguiente, toda intervención acordada transgrediendo el principio del debido proceso, en los términos antes expuestos, estará viciada de nulidad absoluta.

Finalmente, el acto del Contralor General de la República mediante el cual acuerde la intervención del órgano de control fiscal está sujeto al control jurisdiccional de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Así mismo el acto de la correspondiente máxima autoridad jerárquica, mediante el cual decida destituir al titular del órgano de control fiscal intervenido, está sujeto al control del Tribunal Contencioso Administrativo competente.

VIII. Conclusiones

Primera. El artículo 34 de la LOCGR carece de encaje constitucional en el artículo 289, numerales 3 y 6, invocados por el titular de la Contraloría General de la República, cada vez que acuerda intervenciones de los órganos de control fiscal estatales, municipales y auditorías internas; de allí la dudosa constitucionalidad del precepto y; por consiguiente, de la referida intervención que con tanta frecuencia ejerce el Contralor General de la República, con la finalidad de destituir a los contralores estatales y municipales, y a los titulares

de auditorías internas, y sustituirlos por unos designados discrecionalmente por él, aunque debemos reconocer que la Sala política Administrativa sustenta – infundadamente en nuestro criterio-, en reiterados fallas, la tesis que le sirve de fundamento a esas intervenciones, por tanto, su constitucionalidad.

Segunda. La “novedad normativa” que se pudiere invocar a favor una tesis sobre la necesidad de la existencia de la potestad legal de intervención de los órganos de control fiscal, no es mas que novedad cronológica, porque el artículo 34 se introduce por primera vez en la LOCGR de 2001, y rompe con una tradición constitucional y legal sobre el órgano contralor que nunca llegó a prever la referida potestad de intervención, la cual databa desde 1947; por ende, carece de sustento constitucional, así como legal y doctrinario; igualmente no encuentra referencia alguna en la exposición de motivos de la propia Ley, y casi ninguna en los debates parlamentarios, pues la discusión a pesar la novedad e importancia de la norma que se aprobó, fue prácticamente inexistente. Por otra parte, es contraria al proceso de evaluación y fiscalización de los órganos de control fiscal establecido por una disposición de rango sublegal, derivada de la LOCGR de 1995, y contraria también a la legislación sobre control fiscal vigente en los países de nuestro entorno.

Tercera. El legislador cuando introdujo la potestad bajo examen en el artículo 34 de la LOCGR, no previó como atributo de la intervención la sustitución temporal o definitiva del titular del órgano de control fiscal intervenido, como sí lo hacen de manera expresa todas las leyes administrativas examinadas en el trabajo, razón por la cual resulta concluyente que la voluntad de la Ley en el citado artículo 34, es precisamente configurar una potestad de intervención singular, que no contemple como atributo de la misma la sustitución del titular del órgano de control fiscal intervenido, sino por el contrario limitarse a permitirle al órgano interventor ejercer una facultad de corrección sobre el intervenido, con la finalidad de reconducir el ejercicio de las funciones de este, a fin de que logre los estándares normales u óptimos previstos normativamente, en lo cual jugará papel relevante el grado de efectividad, eficiencia y economía, tal como lo prevé el artículo bajo examen

Cuarta. Del análisis de los preceptos pertinentes de la LOCGR y de su Reglamento, así como los de la Ley del Estatuto de la Función Pública, queda demostrado que la potestad de intervención de los órganos de control fiscal, por el Contralor General de la República, carece de naturaleza sancionatoria, y además así lo ha declarado en términos categóricos la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con el agravante que la aplicación de la medida sancionatoria de facto que encuentra causa en la referida intervención se impone de plano.

Quinta. Pese a la inconstitucionalidad del artículo 34 de la LOCGR, que confiere la potestad de intervención de los órganos de control fiscal al titular de

la Contraloría General de la República, lo ideal hubiese sido que las causales de intervención hubiesen sido incorporadas a la Ley por razones de seguridad jurídica, pero aunque en principio su tipificación por el reglamentista luce positiva, cuando se examinan las primeras seis, lamentablemente la séptima (última) constituye una clara desnaturalización de las primeras, porque tiene un carácter abierto, dejando en manos del Contralor General de la República añadir discrecionalmente cualquiera otra, esté o no en sintonía con la Ley, al punto que casi todas las intervenciones de los órganos de control fiscal han tenido como causal la invocación ritual de la misma, sin ningún tipo de encuadramiento de la conducta del titular del órgano intervenido en cualquiera de las múltiples subcausales que contiene, colocando a este en un virtual estado de indefensión, siendo un ejemplo emblemático de ese uso arbitrario de la aludida séptima causal, la intervención de cincuenta y seis (56) Contralorías Municipales, mediante solo cinco (5) resoluciones dictadas un mismo día (17-4-2017), por supuesto, con las respectivas sustituciones de los titulares de las mismas, por supuesto, todas sustentadas en la séptima causal.

Principio de eventualidad, determinación y delimitación de la controversia en la oralidad procesal

Rodrigo Quintero Bencomo

Sumario

- I. Introducción
- II. Fundamento, sentido y principios de la oralidad en el proceso
- III. El problema de la determinación y delimitación de la controversia en la oralidad
- IV. Principio de eventualidad en la oralidad
- V. Principio de eventualidad para la determinación y delimitación de la pretensión del demandante
- VI. Principio de eventualidad para la determinación y delimitación de la defensa del demandado
- VII. Determinación y delimitación final de la controversia en el proceso oral: audiencia preliminar y principio de eventualidad
- VIII. Conclusiones

I. Introducción

Conjugar principios procesales directamente ligados con la justicia, como lo son la inmediación, concentración, celeridad, economía, publicidad, entre otros, constituye todavía el más importante desafío de la ciencia procesal.

De alguna forma, las discusiones previas desarrolladas en la cultivada historia doctrinal, desde la generalidad teórica hasta la especificidad institucional del Derecho Procesal, redirigen a aquel eterno propósito, digno de inveteradas líneas, fundamentalmente destinadas a construir o diseñar un sistema procesal en función de una idea que logre realizar armónicamente aquellos principios.

En este sentido, tras siglos de argumentos y experiencias, Chiovenda introdujo por primera vez en la legislación civil adjetiva italiana la oralidad como la idea que finalmente lograra encausar al proceso a la obtención integral de sus preceptos fundamentales, partiendo desde la forma principal de comunicación humana, el habla.

Así, la oralidad fue progresivamente adoptada en los ordenamientos procesales, a lo cual se le sumaron esfuerzos doctrinales preordenados a identificar de su práctica las posibles deficiencias del nuevo sistema para su rectificación, que fueron secundadas por postulados jurisprudenciales, y corregidos en ulteriores reformas legislativas. El recorrido histórico de la

oralidad procesal en aquellos países en los cuales existe una sintonía doctrinal, jurisprudencial y legal, continúa reportando importantes avances.

Pero, sin perjuicio a lo anterior, debe aceptarse, como se reconoce en la doctrina, que un sistema inspirado en una idea como la oralidad, si bien entraña beneficios considerables, también apareja problemáticas de naturaleza práctica, directamente ligadas con su misma esencia. De allí que en países en los cuales la oralidad se ha desarrollado con profundidad, como Alemania, Austria, Francia e Italia, se eleven mayores protestas contra el sistema, pues parece ser que, finalmente, los inconvenientes terminaron por enervar la idea.

El problema de la oralidad merecedor de amplia crítica por los detractores, y que informa el próximo estudio, es la denunciada imprecisión, indeterminación o dispersión de la controversia.

En efecto, los críticos advierten que la oralidad conduce a la desorganización del litigio, dificultando su determinación precisa, pues si en el proceso oral es admisible toda alegación o argumento esgrimido verbalmente, abarcando aquellos que acreditan la pretensión o sustentan la defensa, se justificará una ampliación del petitorio de la demanda en las audiencias orales, valiéndose, precisamente, de la exposición verbal como razón para aceptar la eficacia de la extensión del libelo, y, en consecuencia, debe el Juez pronunciarse sobre aquél en la sentencia definitiva.

Son evidentes, *prima facie*, las peligrosas implicaciones del inconveniente delatado para los derechos de las partes, la decisión del Juez, y, en definitiva, para la oralidad, considerada como idea y como sistema.

Por tanto, el siguiente escrito se orienta a deducir una solución para esta problemática suscitada en la oralidad, partiendo de sus bases doctrinales –fundamentos, sentido y principios-, las cuales, sinérgicamente entrelazadas, derivan un precepto de radical trascendencia para rendir solución al problema planteado: el principio de eventualidad, del cual se valdrá el venidero estudio para responder a la interrogante consistente en cuándo resulta determinada y delimitada la controversia en sus referencias elementales, como lo son la pretensión y la defensa, en la oralidad procesal.

II. *Fundamento, sentido y principios de la oralidad en el proceso*

Siglos de dedicada investigación histórica, antropológica, biológica y hasta psicológica demuestran con alta certeza que la forma preponderante de comunicación en la dinámica humana a lo largo del camino evolutivo del hombre, y de la humanidad, es la verbal.

Ciertamente, la antropología explica que, siguiendo a Lewin¹, existe evidencia suficiente para probar científicamente el predominio del habla en las relaciones humanas, aun prehistóricas, mediante indicios hallados en las herramientas de piedra, en las primigenias organizaciones socioeconómicas, en las pinturas y formas de expresión artística, y en los restos fósiles, de los cuales se identifica la adaptación anatómica progresiva del rostro humano para permitir el habla.

Una aproximación histórica revela que el recurrente uso de la textualidad epistolar, generalizada en distintas épocas históricas desde los primeros escribas en el Antiguo Egipto, y progresivamente automatizada con equipos tecnológicos gracias a los avances modernos, no impide que la comunicación verbal se encuentre en la cúspide de la interacción social.

De hecho, sociológicamente, el hablar se sirve instrumentalmente del escribir, para concertar encuentros personales, y, en consecuencia, el diálogo directo, sin olvidar que la tecnología suministra medios telemáticos, señales y conexiones, los cuales, por sí mismos, facilitan el contacto verbal a distancia, y que tienden a prevalecer en la cotidianidad social.

Es indiscutible, entonces, que el fundamento humano de la oralidad en el proceso, consecuencia de la brevisima revisión de bases estables en disciplinas científicas como la historia, antropología, biología y sociológica, estriba en el predominio mismo consolidado del habla o comunicación verbal en las relaciones humanas, y con más firmeza en la actualidad; por ello Chioventa afirmaba que el proceso oral se consolida como “el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna”².

Desde el punto de vista jurídico, y concretamente el procesal, tras la finalización de una convulsa primera mitad del siglo XX, por la cual el orden jurídico experimentó serios cambios en sus pilares teóricos y dogmáticos, anunció la constitucionalización del proceso, acompañado de derechos y garantías de aquella naturaleza reconocidos al justiciable, que dimanaban de la noción fundamental sobre la cual reposaría el nuevo ordenamiento normativo-constitucional: la dignidad humana³.

¹ Cfr. Lewin, R. 2005. *Evolución Humana: una Introducción Ilustrada*. 5ta. ed. Nueva York: Blackwell, p. 222.

² Cfr. Chioventa, G. 1992. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, pp. 127-128.

³ Véase con mayor detalle en Oehling de los Reyes, A., 2011. *El Concepto Constitucional de Dignidad de la Persona*. Revista Española de Derecho Constitucional, 2(91), quien sostiene que la noción de dignidad humana se introduce en los ordenamientos constitucionales bajo la forma de principio, y es universalmente aceptada en el Derecho Constitucional comparado como un precepto, ya expreso o tácito, que, más allá de estable y consolidado, constituye el pilar fundamental del orden jurídico. Entre nosotros, la

La dignidad humana aplicada al proceso amerita, en síntesis, la necesidad de su humanización, colegida esta interpretación del escenario histórico que circundaba tanto a la constitucionalización de aquella idea como a la del proceso mismo, entendiendo que los regímenes en la época se sirvieron del último para condenar disidentes e inocentes, desconociendo sus derechos y garantías.

Aquel concepto, entonces, grabó en el proceso los atributos humanos que gobernantes totalitarios despojaron de los ciudadanos, y le exigió al legislador, a través de la Constitución, crear un proceso humanizado.

Pues bien, como quiera que el fundamento humano de la oralidad deviene de la comprobada hegemonía histórica, sociológica, antropológica y biológica de la comunicación verbal en las relaciones sociales, valerse del habla en el proceso es humanizarlo, acercándolo a la cotidianidad de la ciudadanía a la cual sirve, como consecuencia de la dignidad humana, en cuanto noción constitucionalizada, en su aspecto procesal. Es por ello que distintos textos fundamentales resolvieron constitucionalizar la oralidad⁴.

Ahora bien, aunque la comunicación verbal deviene de la dimensión procesal de la dignidad humana y facilite la humanización del proceso, no constituye el espíritu auténtico de la oralidad, es decir, el empleo del habla no es, en sí misma, el sentido de la idea que representa la oralidad.

La historia de la ciencia procesal revela el tratamiento inicial a la oralidad como un principio, el cual generalmente dispone que “los actos procesales se realizan (a) viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable”, según Couture⁵. En nuestro país, Rengel Romberg secunda este planteamiento, observando que la oralidad significa que

dignidad humana se deduce como principio del articulado del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual reconoce un “amplio, abierto y heterogéneo” catálogo de derechos directamente conectados o derivados de la dignidad humana, en palabras de Casal, J. 2008. *Los Derechos Humanos y su Protección*. 1era ed. Caracas: Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

⁴ Por ejemplo, España, que constitucionalizó la oralidad procesal en el artículo 120-2 de la Constitución española; en Colombia, un ejercicio hermenéutico de artículos constitucionales, específicamente los artículos 116 y 250, tras las modificaciones por el Acto Legislativo 03 de 2002, permite observar una superficial constitucionalización de la oralidad. Nuestro país, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en el artículo 257 *eiusdem*, constitucionalizó categóricamente la oralidad, al disciplinar que el legislador debe diseñar un proceso observando, entre otros atributos, la oralidad.

⁵ Cfr. Couture, E. 1958. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era ed. Buenos Aires: Depalma, p. 199.

el material de la causa será “objeto de consideración judicial solamente si se presenta de palabra”⁶.

Otros autores como Goldschmidt y Fairén Guillén, establecen que el principio de oralidad “significa que solamente las alegaciones expresadas oralmente pueden llegar a constituir fundamentos del fallo”⁷, o bien que “la resolución judicial, sentencia, sólo puede basarse en el material procesal proferido –y recogido oralmente”⁸.

Así, la doctrina se centró en la utilización del habla en el proceso como el primer sentido de la oralidad, entendiendo por aquella el principio en virtud del cual la palabra predomina como método de deliberación en el proceso, tramitado principalmente mediante audiencias, y de la cual depende la eficacia de las alegaciones que servirán como sustento del fallo.

De ahí que, desde la consolidación de la oralidad en los estudios doctrinales bajo los términos expuestos, se le enfrentó al sistema escriturado, polémica que, sin descender sobre esta, la doctrina y la legislación optaron por el complemento mutuo entre ambas ideas, y creando la tendencia de establecer un “procedimiento mixto, con predominio de la forma oral, pero con participación más o menos acentuada de la escritura”⁹, en palabras de Devis Echandía, y a la cual Venezuela no se ha adherido.

Se entendió, entonces, que lo ideal al apreciar ambos sistemas resultaba, como señala Gozaíni, “adoptar de uno y otro las ventajas que cada cual reporta”¹⁰. Sobre todo tomando en cuenta que, citando a Alsina, “(n)í el procedimiento escrito puede prescindir de la palabra como medio de expresión, ni la oralidad puede prescindir de la escritura como medio de documentación”¹¹.

Sin embargo, debe advertirse que la significación anterior atribuida a la oralidad, circunscrita a la supremacía del habla en el proceso,¹² tampoco constituye su plenitud teórico-práctica, ni su eje esencial;

⁶ Cfr. Rengel Romberg, A. 1990. El Juicio Oral en el nuevo Código de Procedimiento Civil venezolano de 1987. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila”, 87 (3), p. 178.

⁷ Cfr. Goldschmidt, J. 1936. *Derecho Procesal Civil*. 1era ed. Madrid: Labor, S.A, p. 86.

⁸ Cfr. Fairén Guillén. V. 1992. *Teoría General del Derecho Procesal*. 1era ed. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 399.

⁹ Cfr. Devis Echandía, H. 1965. *Nociones Generales de Derecho Procesal*. 3era ed. Bogotá: Aguilar, p. 62.

¹⁰ Cfr. Gozaíni, O. 2005. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. 1era ed. Buenos Aires: EDIAR, p. 119.

¹¹ Cfr. Alsina, H. 1965. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. 2da ed., Volumen I. Buenos Aires: EDIAR, p. 111.

¹² Es posible observar que, realmente, el problema, visto desde esa óptica, ni siquiera versa, como dice Carnelutti, “si el proceso se debe servir solamente del hablar o del

En efecto, el sentido o concepción chiovendiana de la oralidad, más allá de la mera prevalencia del habla sobre la escritura, entraña, según Alcalá-Zamora y Castillo, una “abstracción de otros principios que suelen acompañarla”¹³, es decir, un elenco de ideas, traducidas en principios armónicamente conjugados, que coexisten y nacen del empleo del habla en el proceso; en palabras de Araújo Cintra, Pellegrini Grinover y Rangel Dinamarco:

*Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que íntimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular*¹⁴.

Ahora bien, cabe preguntarse, partiendo de lo anterior, cuáles son los principios fundamentales que integran, y a su vez se derivan de la oralidad.

Chiovenda, exponiendo las ideas originarias referentes a la oralidad, establece que esta comprende “una serie de principios secuenciales” (e inseparables, según Calamandrei¹⁵) que son el principio de “identidad física del juez del pleito”, el principio de “concentración del pleito”, y el principio de “inapelabilidad de las interlocutorias”¹⁶.

El primer precepto que enuncia el precitado autor, esto es, el principio de identidad del Juez, parece ser concebido únicamente en el sentido de que el juzgador que conoce del trámite debe ser el mismo que, tras la cognición, resulte llamado a proferir la sentencia definitiva¹⁷.

Sin perjuicio a lo anterior, ello merece un ajuste preciso de Carnelutti, quien al tratar la relación entre oralidad e intermediación, prefiere referirse a la

escribir; ni tampoco si el hablar debe dominar el escribir o viceversa; sino cuál de los dos medios debe concluir el diálogo”. Carnelutti, F. 1971. *Derecho y Proceso*. 2da ed., Tomo I. Buenos Aires: E.J.E.A., p. 175.

¹³ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, N. 1992. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. 1era reimpresión, Tomo II, Números 12-30. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 10.

¹⁴ Cfr. Araújo Cintra, A., Pellegrini Grinover, A. y Rangel Dinamarco, C. 2006. *Teoria Geral do Processo*. 22nda edição. São Paulo: Malheiro, p. 349.

¹⁵ Cfr. Calamandrei, P. 1965. *Opera Giuridiche*. Ima ed. Napoli: Morano, p. 451.

¹⁶ Chiovenda, G., Op. Cit., 3, p. 134-136. Sobre el primer principio se destaca que Chiovenda concebía que la oralidad, como dice Alcalá-Zamora y Castillo, “se compagina mejor con el *tribunal colegiado* y la *instancia única*” (sic), con la reserva que el mismo autor advierte sobre la coexistencia de la oralidad en el proceso civil latinoamericano con el tribunal unipersonal y la doble instancia, “principios difíciles de modificar en nuestro continente y que, en definitiva, resultan una mayor garantía para el justiciable”. Alcalá-Zamora y Castillo, Op. Cit. 13, p. 19,

¹⁷ Paráfrasis, Chiovenda, G., Op. Cit. 3., p. 134.

“inmediatividad”¹⁸, término aplicado con una connotación de “diálogo directo entre el órgano juzgador y la persona de quien debe recoger y valorar la declaración” (“dialogo diretto fra l’organo giudicante e le persone de cui eso deve raccogliere e valutare le dichiarazioni”), es decir, un diálogo entre el Juez y las partes, testigos, expertos, y, en general, todo sujeto procesal, como diría Calamandrei¹⁹.

Así, siendo que la identidad física del Juez de cognición y decisión junto con el contacto directo entre el mismo y los sujetos procesales constituyen la noción generalmente aceptada por la doctrina, y sistematizada por Eisner sobre el principio de intermediación²⁰, es este precepto el que integra, en su plenitud de dimensiones, la oralidad en cuanto idea.

Destacable es recordar que la oralidad austríaca, calificada por Tissier en su momento como “el mejor procedimiento civil del continente” (“le meilleure procédure civile du continent”)²¹, y consagrada en la Zivilprozessordnung, la Ordenanza Procesal Civil de Austria, creada por Franz Klein, observó a la intermediación como el pilar fundamental del sistema²², conjugando en su esencia la identidad física del juzgador de conocimiento y resolución, y la inmediatividad judicial.

Ahora bien, el segundo de los preceptos articulados es el principio de concentración, el cual, en su esencia, agrupa los genuinos beneficios que emanan del contenido ideal de la oralidad; por ello Alcalá-Zamora y Castillo prefiere hablar, en vez de proceso oral, de “proceso concentrado”, pues en este principio residen, se insiste, “las mayores e indudables ventajas del procedimiento” oral²³.

¹⁸ Carnelutti, F. 1944. *Sistema de derecho procesal civil*. 1era ed. Madrid: U.T.E.H.A, p. 278. Citado por Eisner, I. 1963. *La Intermediación en el Proceso*. 1era ed. Buenos Aires: Depalma, p. 41.

¹⁹ Calamandrei, Op. Cit. 16, pp. 452-453.

²⁰ Eisner establece que el principio de intermediación es el precepto mediante el cual “se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien a su término ha de pronunciar la sentencia que la resuelva”. Eisner, Op. Cit., 17, p. 33.

²¹ Citado por Chioyenda, G., Op. Cit. 3, p. 129.

²² En efecto, siguiendo a Fairén Guillén, Klein consagró la intermediación junto con la oralidad como un precepto capital del sistema que diseñó, siempre y cuando su aplicación se realice en “condiciones de practicabilidad”, esto es, “que fuera posible ponerlos en práctica, sin caer en corruptelas: lo cual precisaba una infraestructura de personal y de procedimiento adecuados”. Fairén Guillén, V. Op. Cit., 8, p. 400.

²³ Alcalá-Zamora y Castillo, Op. Cit. 13, 19.

Por principio de concentración debe entenderse aquel precepto que orienta al proceso a su trámite y decisión “en pocas audiencias, economizando actos y tiempo”, debiendo las audiencias resultar cercanas en el tiempo, y “reunir en ellas todo el material, de fondo o de forma, para su decisión”, según Escobar Fornos²⁴.

El principio de concentración en la oralidad, significa que las audiencias guarden proximidad temporal y que el debate se abrevie y concrete en pocas deliberaciones orales, siendo necesario para ello que las referencias elementales de la controversia –pretensión, defensa, pruebas- se agrupen, y que la discusión respecto a aquellas se ventile bajo las anteriores reglas.

De tal manera que, como es de observarse, del principio de concentración proceden un repertorio de bondades que se le atribuyen a la oralidad, pero que realmente devienen del principio bajo estudio: celeridad, economía, brevedad, inmediación, entre otros.

Igualmente, contribuye con Juez a valorar los medios probatorios y formarse una convicción mediante la reducción de las audiencias a un número prudente, que le permita percibir el debate probatorio, abstrayendo sus impresiones de él, y previniendo que su convicción se diluya por la extensa duración del proceso, traducida en largas distancias temporales o un profuso número de audiencias.

Finalmente, el último principio que Chioyenda concibe en la oralidad, es el principio de inapelabilidad de las interlocutorias, directamente emanado del principio de concentración, y en su obsequio, determina la irrecorribilidad en segunda instancia de las denominadas “sentencias interlocutorias”, destinadas a resolver incidencias procesales naturalmente dilatorias, y a las que obedecen la mayoría de las extensiones temporales indebidas del litigio.

Por ende, en un proceso oral, en razón de la concentración y de sus corolarios inmediatos, resulta imposible recurrir de providencias interlocutorias.

En síntesis, la visión Chioyenda de la oralidad se encuentra informada por un contenido ideal, secuencial y entrelazado, compuesto por principios procesales que forman su cariz particular científica: inmediación, concentración, e inapelabilidad de las sentencias interlocutorias; todo ello, por supuesto, con el predominio del habla en el proceso, sin renunciar a la escritura sino empleándola a modo instrumental.

²⁴ Cfr. Escobar Fornos, I. 1998. *Introducción al Proceso*. 2da ed. Managua: HISPAMER, p. 102.

Ahora bien, en Latinoamérica, Couture añadió a los principios de la oralidad antes descritos, dos preceptos de igual trascendencia que provienen de las bases políticas del proceso mismo.

Examinando el enfrentamiento doctrinal entre oralidad y escritura, y advirtiendo que aquella polémica se remonta esencialmente a un asunto más hondo que la simple preferencia por un método u otro, el aludido autor expresa:

Para plantearlo en los términos más simples posibles, diría que el proceso oral reposa sobre estos dos fundamentos: la autoridad del juez y el contralor público sobre la justicia. Todo lo demás es episódico; el hablar o el escribir es la periferia de las cosas; lo fundamental es que el juez gobierne el proceso y encauce la voluntad de las partes, por un lado; y que el pueblo haga el contralor sobre esta actividad fundamental del Estado, por otro²⁵.

Así, Couture enuncia, además de los demás preceptos analizados, el principio de publicidad y el principio de autoridad del juez.

El principio de publicidad se evidencia en los procesos, orales o no, de aquellas materias en las cuales reside un interés público notorio, por ejemplo, en el ámbito penal, contencioso administrativo, entre otros; por ello algunos afirman que difícilmente se justifica el principio de publicidad en áreas como el Derecho Procesal civil y mercantil, pues la pretensión o derecho deducido se traduce normalmente en un interés privado.

Sin embargo, la justificación del principio de publicidad en los procesos atinentes a aquellas materias estriba, según Esparza Leibar, “en la trascendencia de la actividad jurisdiccional”²⁶, es decir, la importancia de la administración de justicia; en otras palabras, y siguiendo a Alsina, pese a que la sentencia destina sus efectos a los litigantes, “la sociedad se siente conmovida cada vez que se requiere la intervención judicial y que le interesa conocer la forma en la que se administra justicia”²⁷.

A ello debe sumársele que la función de administrar justicia emana directamente de la ciudadanía, postulado que encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 253 del Texto Fundamental patrio.

En consecuencia, aunque el proceso atañe en su dimensión privada a los litigantes, en tanto el fallo surtirá efectos en sus esferas privadas, la ciudadanía

²⁵ Cfr. Couture, E. 1948. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 1era ed. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR p. 321.

²⁶ Iñaki Esparza Leibar, *El Principio del proceso debido* (Castellón de la Plana: Universitat Jaime I, 2005), p. 77.

²⁷ Alsina, H., *Op. Cit.* 12, p. 114.

encuentra interés en el proceso, quizá no en el pleito concreto –ya que ello es de interés único de las partes enfrentadas-, pero sí en verificar la actuación eficaz de la función jurisdiccional respecto a la controversia planteada.

Y precisamente de ello parte la razón en virtud de la cual principio de publicidad resulte inherente a la oralidad: la fiscalización ciudadana de la justicia se facilita en un proceso oral, en el cual el público de la audiencia podrá aproximarse a la controversia, y comprenderá, mejor y por sí mismo, los motivos de hecho y de derecho del fallo, pues ha presenciado el debate, y puede apreciar, según su convicción, qué tan justa, seria, ajustada y racional resulta la decisión; tarea difícil y restringida en un sistema escriturado, colmado de interminables legajos, que no permite la contraloría pública de la justicia.

En definitiva, el principio de publicidad se inscribe en el contenido ideal de la oralidad, acompañando al resto de los preceptos que resultan inherente a aquella.

Ahora bien, Couture anota otro precepto a la oralidad: el principio de autoridad del juez.

Derivado de las bases políticas del proceso y de la función jurisdiccional, el Juez, en cuanto director del debate, conocedor del Derecho interno (*iura novit curia*) y llamado a proferir la decisión final, debe gobernar el proceso y reglar la voluntad de las partes, ejerciendo las facultades que legalmente le son conferidas, y trascendiendo de mero espectador a asumir directa y personalmente la función que está llamado por Ley a adoptar, en la búsqueda del equilibrio procesal, la verdad material, y la justicia.

La inmediatividad e identidad del juzgador que integra la oralidad delata, como lo denuncia la doctrina, una capital deficiencia del sistema escrito consistente en la reducción del papel del Juez, por cuanto, en virtud del perfeccionamiento escriturado de todo acto procesal, y hecho constar en el expediente, poco importa, en ese contexto, si es un mismo Juez el que examina el fondo, presencia y dirige la evacuación probatoria, o resuelve el fondo, si, al final, de sobrevenir algún cambio en el juzgador, podrá fácilmente retomar el *iter* procesal de la unidad documental.

Lo anterior es contraproducente, pues el próximo Juez se enfrentará al deber de resolver, con base en exámenes, valoraciones e interpretaciones que no devienen de su íntima convicción, y según acontecimientos en el proceso que no presenció; *mutatis mutandis*, la decisión peligrará, inminentemente, de divorciarse del real contexto del pleito.

Igualmente, la desmesurada e indebida tardanza del proceso escrito aumenta los riesgos de vicisitudes atinentes al Juez: su muerte, incapacidad, destitución, renuncia, jubilación, es decir, todo lo que produciría su sustitución; o bien le motiva a comisionar a otros tribunales de inferior jerarquía para la

práctica de una diligencia probatoria, aunque no se lo impida su competencia territorial.

Todo lo anterior se traduce en la reducción sustancial del rol del Juez a un simple espectador, contrario a las exigencias de la oralidad, que demanda del Juez el gobierno del proceso y ejercicio de sus facultades, de conformidad con la Ley, y con arreglo a las alegaciones y pruebas de las partes. De ahí que Capelleti afirme que la oralidad “permite al Juez asumir una función que se manifiesta en el papel activo del propio juez, en búsqueda de la verdad material; un proceso humanista”²⁸.

Sin embargo, para consolidar una real y efectiva autoridad del Juez, ya en un proceso oral o escrito, requiere de condiciones provenientes de los mismos postulados políticos por los cuales nace el principio bajo estudio: la impretermitible profesionalización de los jueces, un ambiente democrático de separación y respeto entre poderes que asegure el cumplimiento de decisiones judiciales y en el cual el proceso se destine a la realización de justicia y no se aproveche como una herramienta de represión política, e, igualmente, la confianza ciudadana en la seriedad y eficacia de la actividad jurisdiccional²⁹.

En suma, el contenido ideal de la oralidad se compone por los principios de inmediación, concentración, inapelabilidad de las interlocutorias, publicidad y autoridad del Juez, los cuales, armónicamente conjugados en función del habla, y empleando la escritura con fines instrumentales, integran el aspecto particular del sistema procesal que orientan.

III. El problema de la determinación y delimitación de la controversia en la oralidad

Partiendo de la revisión resumida antes formulada de los sentidos y postulados técnicos que integran la oralidad, en su contenido ideal, ocupa analizar un problema derivado de la primera connotación examinada que doctrinalmente le es atribuida a la oralidad, esto es, el predominio del habla en el proceso, pero que no agota su contenido.

²⁸ Capelleti, M. 2001. *Los Principios Políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 1era ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 170.

²⁹ Breve paráfrasis a las condiciones que expone Escobar Fornos, Op. Cit., 24, p. 107. Rescatar aquellas bases democráticas del Estado resulta imprescindible antes de implementar en un futuro la oralidad procesal. No es casualidad que, en la Italia fascista en 1942, en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y, en síntesis, en distintos regímenes de extremos ideológicos, en cualquier bando, adoptaron rápidamente el proceso oral, valiéndose de la subversión de su contenido ideal, para eliminar la disidencia política en todos los ámbitos de la vida.

Es preciso destacar, previo a plantear y describir el problema deducido y sus consecuencias, que la mayoría de los inconvenientes imputados a la oralidad devienen de centrar el debate en la hegemonía de la palabra dentro del proceso, sin indagar en el contenido ideal que integra a la oralidad, las cuales constituyen su verdadera esencia, y por las cuales el sistema analizado redundante en importantes ventajas; de ahí que Couture afirma, con certeza, que “el hablar o el escribir es la periferia de las cosas”, y el verdadero debate, en todo caso, debería formularse respecto a la esencia de ambos sistemas³⁰.

Debe aceptarse, ciertamente, que la oralidad no es infalible, y, pese a sus beneficios, debe ser correctamente empleada, pues, de lo contrario, resultará más nociva que útil.

Por ello Martín Diz, en un interesante estudio, contrasta la esencia ideal de la oralidad con la real significación mitológica de Pandora: por un lado, una figura mítica a la cual “se le confirieron una serie de cualidades que la cultivaban y hacía atractiva”, pero que en su poder reside una caja que, de abrirse, desataría todos los males del mundo³¹.

Pero, sin dejar de aceptar lo falible y los inconvenientes de la oralidad, lo cierto es que se condenaría ab initio al fracaso una idea como aquella, si se opta por abstenerse de volver sobre —o mejor, examinar con profundidad— sus bases ideales, es decir, trascender del pensamiento del simple predominio del habla en el proceso a su auténtica naturaleza.

Esto último sobreviene acuciante en un país como el nuestro, en el cual el proceso escriturado sentó raíces más allá de la doctrina, legislación y jurisprudencia en la propia conciencia de profesionales y estudiantes, al punto que, cuando, antes de la promulgación del vigente Código de Procedimiento Civil del año 1987, surgió la posibilidad de reestructurar el proceso civil en función de la oralidad, renunciando al tradicional sistema escrito, la Comisión Redactora se halló impedida de implementarla por aquella razón, y así lo expresó en la Exposición de Motivos del para entonces nuevo texto adjetivo³².

³⁰ Cfr. Couture, E, Op. Cit. 26, p. 321.

³¹ Cfr. Martín Diz, F. 2008. *Oralidad y eficiencia del proceso civil: ayer, hoy y mañana*. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 1(2).

³² Establece textualmente la Exposición de Motivos del Código vigente de 1987: “Se estuvo consciente de la dificultad de introducir el juicio oral como regla ordinaria del procedimiento y abandonar sin más el sistema escrito, que forma parte hoy de la mentalidad jurídica y técnica de los jueces y abogados del país, y optó por mantener la estructura general del procedimiento ordinario vigente, con fundamentales reformas, e introducir el juicio oral como un ensayo en determinadas materias y dentro de una limitada cuantía, a fin de contribuir así a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral; de tal forma que su comprobado éxito pueda

Pues bien, planteando la problemática, debe rescatarse la concepción básica pero restringida de la oralidad antes descrita, consistente en la sola supremacía del habla sobre la escritura dentro del proceso, y la cual dispone que las alegaciones de las partes valdrán dentro del proceso “solamente si se presenta(n) de palabra”, según Rengel Romberg³³; en otras palabras, la eficacia y consideración judicial del alegato dependen de su perfeccionamiento verbal en las audiencias.

Por consiguiente, sería lógico y razonable pensar, si el habla condiciona la validez de lo alegado, que todo argumento, declaración y prueba de las partes son efectivas, siempre que se presenten oralmente en las audiencias, debiendo el Juez considerarlas y pronunciarse sobre aquellas en la sentencia definitiva; interpretación que no hallaría problemas en un sistema puramente oral, pudiendo inclusive consolidarse en el “procedimiento mixto” al cual alude Devis Echandía³⁴, citado ut supra, aunque con mayores reservas.

Sin embargo, el problema capital de la anterior afirmación reside en que, según críticos, no existe límite temporal para la presentación de nuevos hechos y pruebas en la oralidad; sólo será necesario desplegar los argumentos verbalmente, para que resulten eficaces dentro del proceso.

Tendría que aceptarse, partiendo de lo anterior, que el demandante podrá extender los linderos de la controversia, según su conveniencia, en cualquier fase del proceso, e inclusive extender el petitorio y las dimensiones de la pretensión; de igual forma, el demandado podrá ampliar su defensa, argumentando nuevas excepciones dilatorias, perentorias y mixtas en obsequio a su única utilidad, sin discriminar aquellas que la abstención de invocarlas en la contestación deviene en la imposibilidad de argumentarlas ulteriormente.

En consecuencia, la controversia no resultaría jamás determinada o delimitada en sus referencias elementales, si en un proceso oral se abandona al libre arbitrio y conveniencia de las partes la ordenación del pleito, y la fijación de sus límites.

Ahora bien, lo anterior, como puede deducirse *a priori*, significa varios reveses para las partes, el Juez, la sentencia, la cosa juzgada material, el proceso, y para la oralidad concebida desde sus raíces esenciales.

En efecto, aquella posibilidad resulta más adversa que ventajosa para las partes, y, de hecho, para ambas: adversa para el demandante, por cuanto indeterminará su pretensión, disgregará el acervo probatorio, le impondrá nuevas cargas

aconsejar la extensión del mismo a otras materias o a todos en general”. Citada por Rengel Romberg, Op. Cit., 7, p. 176.

³³ Citada por Rengel Romberg, Op. Cit., 7, p. 178.

³⁴ Devis Echandía, Op. Cit., 10, p. 62.

de acreditar aquellas alegaciones, las cuales deberá presentar “al calor de la fragua”, al decir de Alsina³⁵, y desatará confusión sobre la extensión del petitorio, toda vez que los hechos presentados que sostienen la pretensión se introducen en las audiencias, *ergo*, en el escrito libelar nada constará sobre lo pedido con posterioridad.

Desfavorable también para el demandado, y con peores consecuencias, pues le originará indefensión ante la sorpresa de nuevas alegaciones, la cual, en un contexto de desacierto e incertidumbre, e impedida de enervar fundadamente la pretensión, generalmente no encontraría mayor defensa que la negación genérica de los nuevos planteamientos.

Igualmente, aunque fuere episódico, puede incitar al menesteroso accionado a incurrir en prácticas fraudulentas y de mala fe, con miras a frustrar la tutela judicial solicitada del demandante, ya mediante dilaciones indebidas al proceso, la interposición temeraria de excepciones dilatorias a los solos fines de retrasar y prorrogar el debate, o disipando el patrimonio respecto del cual se verificaría la ejecución ulterior.

Del mismo modo, el Juez y la sentencia no escaparían de la anterior problemática. Por constituir –según advierten los “escrituralistas”– un aspecto esencial del proceso oral esta posibilidad de incorporar nuevas pretensiones y excepciones, el poder del juzgador en este tipo de casos se limitaría a fijar las pautas del venidero debate sobre los nuevos hechos o excepciones argumentadas, resultándole prohibido negarle al demandado extender su petitorio, ni mucho menos al accionado ampliar su defensa.

No obstante, más preocupante es que la dispersión de las referencias elementales controvertidas, aunque el debate oral debe reducirse a actas insertadas en el expediente, originará serias confusiones en el propio Juez sobre el *thema decidendum*, exponiendo la sentencia a graves vicios de incongruencia, indeterminación, contradicción en los motivos y en el dispositivo, entre otros, e, igualmente, el fallo se arriesga a jamás adquirir cosa juzgada material, ni resultar capaz de cumplimiento posterior.

Sin embargo, el evidente perdidoso de la problemática sucintamente expuesta, es el proceso y el contenido ideal de la oralidad.

Nuevos hechos y pruebas, comportan mayor discusión oral, es decir, más audiencias, en vez de agrupar aquellos elementos en una cantidad menor de diálogos, lo que desvirtúa el principio de concentración. Una cantidad mayor de audiencias representa mayores gastos de tramitación que deben sufragar las partes, y desgaste para la propia jurisdicción, soslayando la celeridad y economía procesal; igualmente, la demora del proceso puede derivar en acontecimientos

³⁵ Alsina, Op. Cit. 12, p. 113.

que comprometan la identidad e inmediatividad judicial, y la confusión sobre el pleito quebranta el principio de intermediación.

La imprecisión de la controversia y la imposibilidad del Juez de negar la introducción de nuevos hechos, niega, paradójicamente, su autoridad, y, por último, la larga tardanza en la tramitación del proceso mediante audiencias, y la confusión sobre las dimensiones del litigio, desalienta su contraloría pública, es decir, desanima a interesados, deseosos de constatar la prontitud, eficacia y seriedad de la justicia, de asistir a las audiencias, frustrando el principio de publicidad.

En definitiva, el problema descrito entraña graves consecuencias que desintegran la idea de la oralidad desde sus planteamientos esenciales.

Ahora bien, el inconveniente trasciende, nuevamente, del mero predominio del habla sobre la escritura como métodos de deliberación, esta vez resultando preciso revisar, además de las bases de la oralidad, un principio secuencial del sistema escrito.

De alguna forma, la extensión del petitorio del accionante basada en nuevos hechos incorporados verbalmente en las audiencias, y la ampliación de la defensa del demandado arguyendo nuevas excepciones, implica el “desenvolvimiento libre o discrecional del proceso”.

El desenvolvimiento libre o discrecional del proceso es una noción, la cual implica, por un lado, que no exista un límite temporal para formular nuevas alegaciones, sino que puedan introducirse en las audiencias orales a discreción de las partes, y por el otro, la posibilidad de regresar en las audiencias sobre etapas consumadas de precisión de los elementos conflictivos, las cuales son, en principio, la demanda y la contestación.

En ese sentido, la doctrina advierte que el llamado “desenvolvimiento libre o discrecional del proceso”³⁶ es el postulado contrario a la noción técnica de preclusión de los actos procesales.

Preclusión significa, siguiendo a Montero Aroca, que “dentro de las distintas fases o tiempos del procedimiento se ha de realizar un acto concreto con contenido determinado, de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo”³⁷.

Así, el principio de preclusión dispone la clausura definitiva de una fase procesal consumida, produciéndose, parafraseando a Couture, en tres escenarios,

³⁶ Couture, Op. Cit., 6, p. 204.

³⁷ Cfr. Montero Aroca, J. 1999. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. 1era ed. 1era ed. Lima: ENMARCE, p. 217.

a saber, cuando la parte se abstiene de realizar el acto concreto, cuando se perfecciona una actividad incompatible con el ejercicio de otra (por ejemplo, rechazar el fondo mientras se denuncia simultáneamente la incompetencia del Juez), y, por último, cuando se ejerce válidamente aquella facultad, denominada “consumación propiamente dicha”³⁸.

Al principio de preclusión se le opone, como se señaló, el “desenvolvimiento libre o discrecional del proceso”, que entraña la posibilidad de “retroceder a etapas ya cumplidas”, al decir del autor anterior, y que parece inscribirse dentro de la oralidad³⁹.

Ahora bien, si del problema descrito se entiende que introducir nuevos hechos, pruebas y petitorios por el demandante, o ampliar la defensa por parte del demandado significa que el proceso oral se desenvuelve de forma libre y discrecional, es forzoso concluir que la oralidad no admite al principio de preclusión en su contenido esencial, sino que se asienta dentro del sistema escriturado.

En efecto, la doctrina trata al principio de preclusión como uno de los principios consecuenciales de la escritura⁴⁰, y no de la oralidad, pues, esta última, al condicionar la eficacia del acto procesal a su realización verbal en las audiencias, excluye el orden consecutivo legal de fases preclusivas que representa aquel precepto, para sustituirlo por un desarrollo libre o discrecional del proceso mediante, se insiste, audiencias orales.

En suma, la indeterminación e imprecisión de la controversia, y sus gravosas consecuencias, dimanar directamente de la ausencia del principio de preclusión de las bases esenciales de la oralidad, lo que merece una solución derivada directamente de aquellas. Nuevamente, no desde la “periferia” de los sistemas (la palabra y la escritura), sino desde sus esencias, emana el eje central de debate⁴¹.

IV. Principio de eventualidad en la oralidad

La solución adelantada en el inicio, que postula el presente escrito para la problemática explicada, es el principio de eventualidad, el cual, como se demostrará, no solo es compatible, sino que constituye una consecuencia del contenido ideal de la oralidad.

³⁸ Couture, Op. Cit., 6, p. 204.

³⁹ Couture, Op. Cit., 6, p. 204.

⁴⁰ Esparza Leibar, Op. Cit., 27, p. 68.

⁴¹ Couture, Op. Cit., 31, p. 321.

El principio de eventualidad es un “requerimiento metodológico” del proceso, en palabras de Gozáini, en el sentido de que disciplina la articulación oportuna de los actos de postulación, ataque y defensa de las partes, junto con sus respectivos razonamientos fácticos y soportes probatorios, en las etapas procesales predispuestas a cada efecto⁴², facilitando el orden en las referencias elementales de la controversia, y asegurando la bilateralidad, celeridad y economía procesal.

En este sentido, el principio de eventualidad parece manifestarse como un mandato, por un lado, y como una prohibición, por el otro.

El principio de eventualidad representa un mandato, pues ordena el aporte y acumulación de todos los elementos litigiosos en las fases destinadas a su incorporación al proceso, prescindiendo de la incompatibilidad entre ciertas defensas y excepciones “para evitar regresiones en el procedimiento”, según Alsina⁴³.

De allí que se justificaría, en virtud de este principio, tanto que el demandante acumule en su libelo peticiones subsidiarias, aun contradictorias con el principal, dado el caso que la pretensión original no progrese, para incluir en el debate las alegaciones que acreditan a las primeras, como que el demandado rinda contestación al mérito del pleito, delatando a su vez la falta de jurisdicción del juez, es decir, invocar excepciones incompatibles.

Igualmente, el principio *in commento* también supone una prohibición, por cuanto la abstención de acumular las pretensiones accesorias en el libelo de demanda, o defensas de forma o de fondo aun incompatibles en la contestación, deviene en la imposibilidad de invocarlas posteriormente al debate en las audiencias del proceso, por la expiración de la oportunidad predestinada a presentar alegaciones.

Ahora bien, con base en lo anterior, la doctrina trata al principio de eventualidad como una consecuencia directa del principio de preclusión, pues si a las partes se les prohíbe ampliar las dimensiones respecto de las cuales se formulará el contradictorio por la finalización de las etapas consagradas a ese fin, opera, en definitiva, la preclusión, esto es, la pérdida de aquellas facultades de obrar en el proceso.

En consecuencia, aparejaría la incompatibilidad entre el precepto bajo estudio y las bases esenciales de la oralidad, pues el principio de eventualidad dimana directamente del principio de preclusión, y este último, a su vez, es uno de los preceptos secuenciales del sistema escrito, contrario a la oralidad, en la cual rige el libre desenvolvimiento del proceso.

⁴² Gozáini, Op. Cit., 43, p. 324.

⁴³ Alsina, Op. Cit. 12, p. 113.

Planteado de otro modo, según la postura explicada, el principio de eventualidad deviene inadmisibile en el contenido ideal de la oralidad, por derivar de un precepto inscrito en la esencia de la escrituralidad, como lo es el principio de preclusión.

Sin embargo, el principio de eventualidad, antes que derivar del principio de preclusión, realmente es una consecuencia del principio de concentración, o por lo menos puede observarse como una de sus manifestaciones.

En efecto, el principio de concentración, antes estudiado, disciplina la tramitación de la controversia en un número reducido pero prudente de audiencias y que guarden proximidad cronológica entre todas, en las cuales las partes deben producir, de forma oportuna y articulada, los elementos de forma y de fondo que informan el conflicto, para someterlos al debate posterior y a consideración judicial final.

Igualmente, en obsequio a la reducción del número de audiencias, a la celeridad y a la economía procesal, el aporte tempestivo y organizado de las referencias materiales de la controversia significa que las partes deben invocar todas sus pretensiones y excepciones en oportunidades procesales predeterminadas para ello, incluyendo aquellas que se excluyan mutuamente o que resulten incompatibles, para asegurar la continuidad del proceso y el conocimiento íntegro de la causa, evitando incidencias dilatorias.

Lo anteriormente expuesto se corresponde con el contenido del principio de eventualidad, pues este prescribe, precisamente, la acumulación de todos los alegatos que informen las pretensiones y defensas de las partes.

En otras palabras, el demandante debe desplegar en su libelo todas las dimensiones de su pretensión, elevando petitorios principales y accesorios, y el demandado tiene que esgrimir en la contestación todos los argumentos tendientes a evitar el éxito de la pretensión, acumulando excepciones perentorias, dilatorias y mixtas, e incompatibles si fuere necesario, bajo sanción, en ambos casos, de la imposibilidad de invocarlas, pretensiones y excepciones no aducidas, en fases venideras.

Es por ello que Goldschmidt, al estudiar las consecuencias del principio de eventualidad, resalta la fundamental inadmisibilidad de modificaciones sobrevenidas a la demanda, la necesidad de acumular simultáneamente las excepciones dilatorias antes del debate sobre el *meritum causae*, y, de una forma categórica, “(l)a facultad del Tribunal de desestimar las alegaciones presentadas tardíamente con la intención de alargar la causa”⁴⁴, honrando, así, el principio de autoridad del juez.

⁴⁴ Goldschmidt, Op. Cit. 8, p. 86.

Así, el principio de eventualidad garantiza, en definitiva, una determinación y delimitación precisa de la controversia, pues, en su dimensión de mandato, obliga a los litigantes a aportar de forma ordenada y acumulada sus pretensiones y excepciones, prohibiendo introducciones sorpresivas y precipitadas de nuevos hechos y pruebas en las audiencias del debate, destinados a dilatar la cognición.

En virtud de los anteriores razonamientos, se concluye que el principio de eventualidad se inscribe dentro del contenido del principio de concentración, constituyendo una manifestación impretermitible y trascendental de este, que, a su vez, rinde una solución a la problemática planteada.

V. Principio de eventualidad para la determinación y delimitación de la pretensión del demandante

Las técnicas de postulación orientan al demandante a plasmar una exposición clara, ordenada y detallada de los puntos litigiosos, así como los hechos, pruebas y razonamientos que sustentan el petitorio elevado ante el órgano jurisdiccional, de suerte que resulte lo más fundamentada y definida posible, pues, como señala Fairén Guillén, “para que pueda recaer una sentencia de fondo, se precisa que la cuestión esté fácticamente substanciada y jurídicamente individualizada”⁴⁵.

Igualmente rescatando lo anteriormente estudiado sobre el principio de concentración, se concluyó que este exige el despliegue de todo el material conflictivo del cual dispone el demandante, y desea debatir en las audiencias del proceso para hacer valer sus afirmaciones.

Es preciso advertir también, que, en principio, la responsabilidad inicial de determinar las dimensiones y límites de la controversia misma recae sobre el accionante, en tanto debe precisar en la demanda los puntos litigiosos y fundamentos que sustentan su pretensión; en otras palabras, en una primera aproximación, los límites de la pretensión delimitan, a su vez, la controversia inicial, sin perjuicio a que el demandado aporte sus propios hechos y alegaciones en la contestación, que modifiquen los términos en los que resulte definido el pleito posteriormente.

Ahora bien, como se destacó en líneas pretéritas, el principio de eventualidad reclama al demandado la articulación oportuna de los hechos, pruebas y razonamientos constitutivos de la pretensión, el aporte ordenado y detallado de los elementos conflictivos, y la acumulación de petitorios en el

⁴⁵ Cfr. Fairén Guillén, V. 1949. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. 1era ed. Santiago de Compostela: Porto, p. 73, citado por Gozaíni, O. 1993. *Derecho Procesal Civil*. 1era ed. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, p. 504.

escrito libelar, junto a sus respectivas alegaciones fácticas, todo lo anterior bajo pena de preclusión, promoviendo la concentración.

En este sentido, debe dejarse claro que la oralidad admite la escritura para que el demandante plasme sus pretensiones incorporando en su contenido los elementos de hecho y probatorios que las fundamenten, de suerte que la escritura se emplea, en este sentido, a modo instrumental.

Sin embargo, es necesario observar, siguiendo a Chioventa, que la demanda en el proceso oral constituye solamente un escrito preliminar o preparatorio, a los solos efectos de que el accionante demuestre clara y ordenadamente las referencias elementales de la pretensión:

El primer escrito preparatorio es el que contiene la demanda judicial, y ésta debe indicar los elementos de la demanda y los medios de prueba, de modo tan preciso y determinado que pongan al demandado en situación de defenderse; en otro caso se declararía improcedente la demanda.⁴⁶

Se inscribe en la oralidad, entonces, una presencia instrumental de la escrituralidad para la consignación escrita de la demanda, con el propósito de preparar detalladamente la controversia, y de asegurar al accionado sus posibilidades de resistencia posterior, con arreglo a las dimensiones calificativas de la pretensión, determinadas con precisión: hechos, argumentos, razonamientos, conclusiones, pruebas, entre otras.

Compaginando el último presupuesto con los demás principios base de la oralidad, sobre todo con la concentración, se concluye que también lo anterior también exige que el demandante acumule en el escrito libelar todos sus petitorios, principales y accesorios, en algunos casos mutuamente excluyentes, inclusive, y los hechos que lo acreditan, so pena de preclusión, lo cual se traduce en el principio de eventualidad.

En consecuencia, desde aquella postura, la pretensión del demandante debería resultar determinada, individualizada y delimitada en el libelo de demanda, el cual, a su vez, fija los límites iniciales de la controversia, y los hechos respecto a los cuales se debatirá en las audiencias del proceso, sin perjuicio a que el demandado complemente con su oposición tal delimitación⁴⁷.

Ahora bien, desde la interposición de la demanda hasta la contestación del accionado, en un contexto contencioso, surgen con normalidad circunstancias fácticas sobrevenidas tras la admisión del escrito libelar, previsibles o no, inmediatamente concernientes al proceso, aparejando para el

⁴⁶ Chioventa, G., Op. Cit. 3, p. 132.

⁴⁷ Fornos, Op. Cit. 24, p. 144.

demandante la necesidad de incorporarlos en la demanda, a fines de arribar a una tutela más ajustada de su pretensión.

De allí que, en ordenamientos procesales comparados, tanto en procesos orales como escriturarios, se regulen oportunidades para la reforma del libelo en distintos términos, contemplando lo que la teoría procesal de la demanda denomina “transformaciones”, “modificaciones” y “ampliaciones” del escrito de demanda, las cuales entrañan variaciones a los términos de la pretensión primigenia que comprometen su determinación y delimitación.

Ameritan aquellas tres vicisitudes, entonces, un análisis sucinto de cada una, a fines de proyectarlas en el proceso oral, e identificar la oportunidad procesal en la cual, por virtud del principio de eventualidad, la pretensión del demandante, en sus distintas dimensiones, resulta individualizada y demarcada.

Las “transformaciones de la demanda” implican, según un sector de la doctrina, el cambio en los elementos objetivos de la pretensión, que propugna la “modificación de la base fáctica que la sustenta, sea por el objeto inmediato o mediato”, según Gozaíni⁴⁸.

Temporalmente, la transformación se limita, según el mismo autor, hasta la citación del demandado, no pudiendo el accionante transformar su demanda tras constar en autos la práctica de las diligencias de citación del accionado, y, por ende, debe entenderse que la pretensión postulada, en caso de transformación en la demanda, resultaría determinada y delimitada antes de la citación del demandado.

Por otro lado, las “modificaciones de la demanda” presuponen innovaciones en el escrito libelar que trascienden el anterior límite temporal, es decir, pueden formularse después de la citación del demandado, y que comprometen las referencias objetivas y subjetivas, y la *causa petendi* de la pretensión, también comprendiendo las rectificaciones apremiadas por errores materiales.

En las modificaciones de la demanda, se adopta como regla general que no pueden alterarse los hechos relevantes, propiamente formativos de la relación procesal, según Vescovi, y, en consecuencia, la determinación y delimitación de la pretensión deducida y ulteriormente modificada se verifica, igualmente, antes de la citación del accionado⁴⁹.

Ahora bien, la “ampliación de la demanda”, aunque es un tipo de transformación, integra en su contenido, principalmente tres supuestos: la acumulación inicial de pretensiones, la ampliación o reducción de la cuantía, llamada también transformación cuantitativa, y, finalmente, el arribo de nuevos hechos que

⁴⁸ Cfr. Gozaíni, O. 1993. *Derecho Procesal Civil*. 1era ed. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, p. 504

⁴⁹ Citado por Gozaíni, Op. Cit. 49, p. 508-509.

guardan relación con la causa; ocupan nuestro análisis la primera y la última noción.

La acumulación de pretensiones es una institución procesal, consagrada para la celeridad y para la tutela judicial efectiva de los intereses de los justiciables, que consiste, según Martín Hernández, en “el ejercicio simultáneo de dos o más pretensiones materiales que tiene un mismo (o varios) actor contra un mismo (o varios) demandado en un mismo proceso”⁵⁰, diferenciándose, en el primer supuesto, la acumulación objetiva, y en el último, la acumulación subjetiva.

La posibilidad que se le ofrece al accionante de acumular múltiples petitorios en el escrito libelar obedece al principio de concentración y al principio de eventualidad, y provee una tutela judicial efectiva y satisfactoria a sus pretensiones, toda vez que entre ellas guarden compatibilidad esencial, identidad competencial orgánica, y unidad procedimental o de trámite.

Asimismo, existen varias modalidades de acumulación de pretensiones, a saber, la cumulativa o acumulativa, alternativas o electivas, eventual o subsidiaria y sucesivas⁵¹, siendo importante destacar que el principio de eventualidad se manifiesta, sobre todo, en la tercera forma, la acumulación eventual o subsidiaria, pues permite que el actor agrupe en la demanda petitorios accesorios ante el fracaso de la pretensión principal, aun cuando resulten incompatibles con esta última.

En este sentido, y sin perjuicio a lo anterior, otra tipología de acumulación de pretensiones, y más importante para el análisis formulado, se distingue en función del momento procesal en el cual el demandante acumula las pretensiones, siendo, así, de dos tipos, siguiendo a Palacio: la acumulación originaria, acontecida antes de la citación del demandado, y, por tanto, delimita la pretensión antes de ese momento, y la acumulación sucesiva, que permite al demandante acumular pretensiones con posterioridad a la práctica de la citación del accionado.

La última modalidad resulta interesante, porque comprende, a su vez, dos situaciones: la acumulación por inserción “que se opera cuando la pretensión se incorpora a un litigio pendiente para satisfacer otra”, y la acumulación por reunión, “que tiene lugar cuando existiendo diversas pretensiones que se han instaurado en distintos procesos, éstos se funden en uno sólo”⁵²; en ambos casos, se observa que la acumulación sucesiva, por inserción o por reunión, comporta

⁵⁰ Cfr. Martín Hernández, G. 2000. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 1era ed. Tomo I. Managua: NICA, p. 88.

⁵¹ Martín Hernández, Op. Cit. 51, p. 90.

⁵² Citado por Gozáni, Op. Cit. 49, p. 511.

la fijación y demarcación de la pretensión en momentos procesales cronológicamente distintos y distantes a la citación del demandado.

Finalmente, además de la acumulación de pretensiones, el demandante puede agregar nuevos hechos a su escrito de demanda, no destinados a modificar la pretensión sino a completarla, y siempre que guarden estrecha relación con la pretensión y resulten relevantes para el proceso.

Sobre la posibilidad de incorporar nuevos hechos a la demanda, con suficiencia explica Gozáini:

*Alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos que, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tiende a confirmar, complementar o desvirtuar su causa (...). Excepcionalmente, entonces, pueden ingresar a la causa hechos nuevos, siempre que ellos reúnan las condiciones necesarias para integrar la litis aportando un elemento más en la conducción hacia la verdad. Además, el hecho nuevo debe vincularse estrechamente con los términos en que el proceso se ha planteado (...)*⁵³.

De lo anterior, entonces, se observa que no existe modificación ni transformación alguna a la pretensión, ni una ampliación del petitorio de la demanda, sino más bien un complemento a la primera con base en novedades fácticas que, por vía excepcional, son admitidas dentro del proceso por su relevancia, y pueden resultar beneficiosos para el triunfo del demandado, o enervar sus intereses invocados.

En definitiva, parece ser que, en toda eventualidad, la demanda, de ordinario, determina y delimita la pretensión, aun cuando advierta transformaciones, modificaciones o ampliaciones en su contenido.

Ahora bien, sin detrimento a las explicaciones pretéritas, debe recordarse que, ante todo, la demanda en el proceso oral es únicamente un “escrito preparatorio”, y los argumentos “anteriores a la audiencia” según Chiovenda⁵⁴.

Así, si la demanda únicamente constituye un escrito preliminar para la oralidad, no es el acto procesal propiamente definitorio de la pretensión del actor por su mismo carácter de preparatorio, y si bien, por su naturaleza y fin en el proceso oral, la demanda aporta los elementos litigiosos de la controversia, su admisión no determina ni delimita categóricamente la pretensión.

⁵³ Gozáini, Op. Cit. 49, pp. 510, 515.

⁵⁴ Chiovenda, G., Op. Cit. 3, pp. 132-133.

En todo caso, debe entenderse que, si el escrito libelar, en cuanto documento preparatorio, precede a la audiencia, como afirma Chiovenda, la determinación y delimitación concreta de la pretensión se verifica, entonces, en aquella audiencia efectuada con posterioridad a la interposición y admisión de la demanda y a la rendición de la contestación, la cual se estudiará en próximos capítulos.

Será suficiente, por ahora, y como conclusión al presente acápite, concluir que, en virtud de los razonamientos antes expuestos, la pretensión actoral, en la plenitud de sus dimensiones fácticas y probatorias, e incluyendo sus derivaciones producto de las transformaciones, modificaciones y ampliaciones que experimente, resultará definitivamente determinada y delimitada dentro del proceso oral en aquella audiencia que inmediatamente sobreviene a la admisión de la demanda y a la presentación de la contestación, y en la cual el principio de eventualidad cobra vigencia real y efectiva.

VI. Principio de eventualidad para la determinación y delimitación de la defensa del demandado

La defensa del demandado, en sentido procesal, comprende todos los medios de rechazo y excepciones de forma y de fondo, que implican la resistencia del accionado a la pretensión del demandante, tendiendo a refutarla y a desvirtuarla, expuestos en la contestación, comenzando, así, en palabras de Benabentos, Edit Fiscella y Llobet, “a dibujarse la figura del debate dialectico que se entabla entre las partes en contienda”⁵⁵.

La defensa del accionado se refleja en la contestación, una de las “posibles actitudes del demandado”, según la doctrina, y definida por Montero Aroca y Chacón Corado como “el acto procesal de parte por el que se opone expresamente la oposición o resistencia por el demandado”⁵⁶, y en virtud de la cual podrá el accionado oponer las excepciones que juzgue conveniente, ya dilatorias, perentorias o mixtas para contrarrestar el avance de la pretensión.

La contestación, así, ofrece también al accionado la oportunidad de exponer su versión de los hechos, bien recurriendo a la refutación genérica de aquellos constitutivos de la pretensión, o bien suministrando nuevos hechos normalmente contradictorios a los expuestos en la demanda, que presuponen la negación o falsedad de todos los razonamientos fácticos que comprueban la pretensión, y que extienden las dimensiones controvertidas.

⁵⁵ Cfr. Benabentos, Oma. Edit Fiscella, M. Llobet, M. 1998. *Excepciones y Defensas Procesales*. 1era reimpresión. Buenos Aires: Juris, p. 12

⁵⁶ Cfr. Montero Aroca, J. Chacón Corado, M. 2005. *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*. 2da ed. Volumen I. Guatemala: Magna Terra, p. 239.

Las novedades fácticas que aporta el demandado a la controversia por medio de la contestación, como quiera que se encuentran preordenados a rechazar la pretensión, son distinguidos por la doctrina como hechos extintivos y hechos impeditivos, definidos por Devis Echandía:

*Los primeros hacen cesar la aplicación de la Ley al caso concreto, eliminando los efectos que se produjeron inicialmente, lo mismo que los que originan el nacimiento del derecho pretendido o que sean posteriores a él (...). Los impeditivos son aquellos que impiden que un acto jurídico produzca los efectos que normalmente le corresponden, y pueden consistir en la ausencia de ciertos requisitos o en la presencia de determinadas circunstancias*⁵⁷.

Así, el demandado en la contestación expondrá su versión, articulando los hechos extintivos y/o impeditivos que desee agregar a la controversia, con sus respectivas pruebas, para enervar o neutralizar la pretensión del accionante, y extendiendo, a su vez, los límites del pleito.

En este sentido, los ordenamientos adjetivos, tanto el nacional como los comparados, orales o escritos, disciplinan lapsos procesales de prudente duración, predeterminados a que el demandado rinda oportunamente su escrito de contestación, el cual debe, en virtud del principio de eventualidad, incorporar, individualizar y fundamentar todos los hechos, pruebas, argumentos y razonamientos de los cuales disponga para asegurar el fracaso de la pretensión.

Desde esa postura, resultaría forzoso afirmar que la contestación es la oportunidad y momento procesal en virtud del cual resulta determinada y delimitada la defensa del accionado, la cual, ulteriormente contrastada con los hechos y afirmaciones del escrito libelar, definirán los límites de la controversia.

Ahora bien, en la oralidad, la contestación constituye también, como la demanda, otro escrito preliminar o preparatorio, mas no definitivo de la defensa del demandado, ni de sus límites.

Los escritos preparatorios del proceso oral, afirma Chiovenda, “no son la forma de la declaración; son únicamente el anuncio de las declaraciones que se harán en la audiencia”, y, en ese mismo orden de ideas, continúa el citado autor señalando que “el demandado debe anunciar sus declaraciones de hecho, sus excepciones, los medios de prueba que quiere proponer, mediante un escrito preparatorio”⁵⁸.

⁵⁷ Devis Echandía, Op. Cit., 10, p. 226.

⁵⁸ Chiovenda, G., Op. Cit. 3, pp. 132-133.

En otras palabras, la contestación es, al igual que la demanda, eminentemente preliminar, y las afirmaciones que contienen son solo anuncios de declaraciones que se plantearán en la audiencia inmediatamente posterior a la presentación del escrito; de allí que nada se le opone al demandado, en este caso, si dispone añadir nuevos hechos relevantes y relacionados con la causa que confirmen sus alegaciones, facultad que comparte con el accionante, en cuanto podrá este último, como se explicó con anterioridad, transformar, modificar o ampliar la demanda primigenia en aquella audiencia.

En consecuencia, la definición final de la defensa del accionado transita el mismo cauce que la particularización terminante de la pretensión actoral en el proceso oral: ambas resultarán determinadas y delimitadas en la audiencia que sucede a la presentación de los escritos preparatorios de demanda y contestación, y, por tanto, la controversia resultará igualmente definida en aquella audiencia.

VII. Determinación y delimitación final de la controversia en el proceso oral: audiencia preliminar y principio de eventualidad

Se ha sugerido con anterioridad que, en definitiva, el momento procesal en el cual la pretensión y la defensa resultan plenamente determinadas y delimitadas, y, por tanto, también la controversia, es en la primera comparecencia de las partes ante el Juez de la causa, es decir, en aquella audiencia que sobreviene a la presentación de la demanda y de la contestación.

La oralidad comprende un catálogo de principios armónicamente conjugados en función del habla, y normalmente se entiende que un proceso es preeminentemente oral cuando la pretensión y la defensa se postulan y esgrimen de forma verbal, en la audiencia previa, aun cuando a este debate oral, determinante y delimitante de aquellas, lo preceden escritos preparatorios como lo son la demanda y la contestación, parafraseando a Gozáini⁵⁹.

En consecuencia, es en la primera audiencia del proceso la oportunidad en la cual resultan determinadas y delimitadas las pretensiones y defensas del demandante y del demandado, y, tras el contraste de las alegaciones esgrimidas, se fijará con precisión el objeto controvertido.

La primera audiencia, frecuentemente denominada “audiencia previa” o “audiencia preliminar”, representa el primer acercamiento entre las partes y el Juez, y el contacto primigenio del último con los elementos de la causa que habrá

⁵⁹ “Cuándo la pretensión debe ser presentada necesariamente de forma escrita, estamos ante un proceso escrito, aunque las partes tengan la posibilidad de ilustrar oralmente el contenido de sus alegaciones; por el contrario, allí donde la pretensión deba ser expuesta en forma verbal, el proceso debe ser considerado oral, aunque el debate haya sido precedido de una fase escrita como función preparatoria, o si bien de las deducciones orales se levante acta con fin documental.” Gozáini, Op. Cit. 11, p. 118.

de conocer y decidir con posterioridad; de allí que la audiencia previa o preliminar resulte fundamental para el proceso oral, en tanto se vivifican *ab initio* los principios que integran el contenido ideal de la oralidad, como la inmediación, concentración, autoridad del juez, entre otras.

La presencia y regulación normativa de esta figura es categórica y unánime en distintos ordenamientos procesales.

Así, se tiene que, en España, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 disciplina su convocatoria, funciones y consecuencias ante la incomparecencia en su artículo 414, complementada aquella disposición por leyes posteriores; en Italia, el Codice di procedura civile establece también las repercusiones de la inasistencia a la primera audiencia en su artículo 181; en Francia, el Code de procédure civile, en su artículo 820, predetermina la audiencia previa a la conciliación, y en iguales términos se consolida aquella audiencia en la Zivilprozessordnung alemana.

Por otro lado, en la audiencia previa o preliminar las partes y el Juez deben desarrollar un conjunto de actos procesales de los cuales dimanan las funciones que asume aquel primer acercamiento, los cuales justifican lo imperioso que debe resultar para las partes atender y adoptar el rol que en ella les corresponde ejercer, dispuesto por la Ley.

Picó i Junoy, con base en la antes indicada Ley de Enjuiciamiento Civil española, señala que la audiencia previa, en cuanto “primera comparecencia de las partes con el juez”, cumple cuatro funciones principales: función conciliadora, función subsanadora, función delimitadora y función probatoria⁶⁰.

La función conciliadora se encuentra orientada a obtener un arreglo amistoso de las partes que suponga la composición autónoma de la litis, y en la actualidad se consolida como una finalidad primordial de la audiencia previa o preliminar; la función subsanadora propugna la depuración del proceso de cualquier vicio que embarace su cauce, tramitación y decisión; la función delimitadora busca precisar y circunscribir los linderos de la controversia, y la función probatoria se refiere directamente al despliegue de los medios de prueba con los que cuentan las partes en la audiencia previa, y un contradictorio probatorio preliminar.

Es pertinente destacar que, en Venezuela, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 868, regula la Audiencia Preliminar siguiendo las antes descritas funciones⁶¹.

⁶⁰ Picó i Junoy, J. 2008. *El Principio de Oralidad en el Proceso Civil Español*. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 1(2).

⁶¹ El artículo 868 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, en el segundo aparte, establece: “Verificada oportunamente la contestación y subsanadas o decididas las

Particularmente, la función delimitadora, capital a los efectos del tema analizado, implica, en definitiva, la determinación y delimitación de los límites de la controversia mediante la confrontación de los hechos alegados por las partes, correspondiendo a estas últimas, a tal efecto, advertir con claridad los hechos que admiten y que, por ende, excluyen de la controversia.

Ahora bien, es en este punto donde el principio de eventualidad cobra real vigencia en el proceso oral, en sus dimensiones de mandato y de prohibición.

En virtud del principio de eventualidad, el demandante debe, en la audiencia previa o preliminar, anunciar todos sus petitorios, principales o accesorios, aun cuando resulten los últimos contradictorios con la pretensión principal, siempre que las pretensiones deducidas guarden compatibilidad esencial y unidad de trámite o procedimental; debe también plantear hechos nuevos, si así lo desea, y formular todas las transformaciones, modificaciones y acumulaciones sucesivas al escrito preparatorio de demanda, cuyo contenido es esencialmente variable por su carácter preliminar.

Sin embargo, las anteriores facultades del demandante se agotan cronológicamente una vez culmine la audiencia previa o preliminar, la cual, ordinariamente, es una única oportunidad e improrrogable, a diferencia de las audiencias orales de cognición.

En consecuencia, se le encuentra fundamentalmente prohibido y deviene inadmisibles cualquier cambio o alteración que el accionante procure lograr respecto a la pretensión principal o accesorias, o todo hecho no aducido en la oportunidad respectiva; sugerirlo tácitamente, a sabiendas que la oportunidad precluyó, constituiría una sancionable práctica de temeridad y de mala fe procesal.

Por otro lado, y en iguales términos, el principio de eventualidad entraña que el demandado resuelva oponer en la audiencia previa todas las excepciones que informen su defensa, ya dilatorias, perentorias y/o mixtas, y anuncie los hechos constitutivos de su oposición, o que motiven su resistencia a la pretensión del actor, deviniendo inadmisibles cualquier medio de rechazo intempestivamente intentado por el accionado tras haber finalizado la audiencia preliminar.

cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, el Tribunal fijará uno de los cinco días siguientes y la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar en la cual cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad; aquellos que consideren admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación; las pruebas que consideren superfluas o impertinentes o dilatorias y las que se proponen aportar en el lapso probatorio y cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia.

VIII. Conclusiones

Con arreglo a la pretérita exposición, se coligen las siguientes conclusiones:

La oralidad en el proceso deviene de la dimensión procesal de la dignidad humana y constituye una fórmula breve y representativa de principios armónicamente conjugados en función del habla, tendientes a ilustrar un proceso humanizado.

La oralidad en el proceso comprende un doble sentido, prevaleciendo el segundo: en primer lugar, significa la preeminencia de la comunicación verbal sobre la escritura dentro de la lucha judicial, sin prescindir completamente de aquella; y, por otro lado, un contenido ideal de principios procesales.

Los principios procesales que conforman las bases esenciales de la oralidad son, según Chiovenda y Couture, los principios de inmediación, concentración, inapelabilidad de sentencias interlocutorias, autoridad del juez y publicidad.

La indeterminación o imprecisión de la controversia en el proceso oral que doctrina partidaria del sistema escriturario denuncia, dimana directamente de la primera connotación atribuida a la oralidad, en el sentido de que consiste en la supuesta inexistencia de límites temporales a nuevas afirmaciones, hechos y pruebas que informen la pretensión del demandante o la defensa del demandado en el proceso oral, toda vez que, según se argumenta, podrán aportarse nuevos hechos según la conveniencia de las partes, y resultarán válidos en tanto se suministren de palabra en las audiencias, de suerte que la controversia, naturalmente precisada por la confrontación entre los hechos constitutivos de la pretensión y de la defensa, acaece siempre indeterminada.

La solución propuesta a la anterior problemática radica en el principio de eventualidad, derivado del principio de concentración e inscrito dentro del contenido ideal de la oralidad, y que comprende una doble manifestación como mandato y como orden.

Como mandato, el principio de eventualidad exige que las partes concentren y agrupen todos los elementos y referencias litigiosas en las oportunidades procesales predeterminadas al efecto, ya sean los petitorios principales y accesorios, aun mutuamente excluyentes, por parte del demandante, y las defensas y excepciones aun incompatibles por parte del demandado.

El principio de eventualidad, en cuanto prohibición, comporta la fundamental inadmisibilidad de toda referencia elemental controvertida que tanto demandante como demandado no suministren al proceso en los lapsos procesales con los que cuentan para tal efecto.

La pretensión del actor resulta determinada y delimitada en la audiencia previa, y no en la demanda, por cuanto el libelo de demanda es únicamente un escrito preparatorio o preliminar dentro del proceso oral, preordenado a la exposición primigenia de los fundamentos del actor, y que puede experimentar transformaciones, modificaciones o acumulaciones con base en nuevos hechos constitutivos de la pretensión.

La defensa del demandado, igualmente, resulta determinada y delimitada en esa misma audiencia previa o preliminar, y no en la contestación, pues también constituye un escrito preparatorio, fundamentalmente variable en su contenido, y que el accionante puede ampliar con novedades fácticas en la audiencia.

La audiencia previa o preliminar es un acto procesal generalmente aceptado y regulado en distintos ordenamientos comparados, incluyendo el venezolano, la cual representa el primer acercamiento entre las partes y el Juez, y en la cual se vivifican los principios procesales conjugados en la esencia de la oralidad.

La audiencia previa o preliminar cumple con las funciones conciliatoria, subsanadora, delimitatoria, y probatoria.

La función delimitatoria de la audiencia previa o preliminar constituye la demarcación final de los límites de la controversia, formulada mediante la confrontación de los hechos expuestos verbalmente por el demandante para acreditar su pretensión, y por el demandado para resistirse a la última, pudiendo ambos incorporar nuevos hechos, argumentos y excepciones únicamente hasta la finalización de la audiencia.

El principio de eventualidad exige que el demandante aporte en la audiencia previa todos los elementos controvertidos, razonamientos y pruebas de las cuales disponga para alcanzar el progreso de su pretensión, que formule las transformaciones, modificaciones o acumulaciones que crea convenientes, y que eleve petitorios principales y accesorios, aun mutuamente excluyentes, y que suministre, si así lo desea, nuevos hechos constitutivos de la pretensión, cuya omisión de incorporarlos en la audiencia apareja su fundamental inadmisibilidad ulterior.

Igualmente, en virtud del principio de eventualidad, el accionado debe esgrimir en la audiencia preliminar todas las excepciones de cualquier tipo, orientadas a rechazar la pretensión o contrarrestar su avance y éxito, pudiendo ampliar su defensa y deducir novedades fácticas, según lo considere conveniente, también resultando inadmisibles aquellos hechos no aportados en su oportunidad y que pretendan incorporarse posteriormente.

Finalmente, es necesario concluir que el tema merece mayores líneas en la doctrina nacional; realmente, el contenido ideal de la oralidad amerita un

Principio de eventualidad, determinación y delimitación de la controversia en la oralidad procesal

profundo y diligente estudio de la ciencia del proceso en el país, sobre todo a tenor de un mandato constitucional de la creación de un proceso oral, que estipula el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que en la actualidad resulta inconcluso en materia civil.

Laudo arbitral y orden público

Pedro Rengel Nuñez

Sumario

- I. Introducción
- II. Orden Público, Ley Modelo Uncitral y Derecho Comparado
- III. Orden Público y Derecho Arbitral Venezolano
- IV. Jurisprudencia Venezolana
 - A. Caso Van Raalte de Venezuela
 - B. Caso Inversiones Salazar y Marin Salymar
 - C. Caso Uniseguros
 - D. Caso Almacenadora Smartbox
 - E. Caso Albert Blanco
- V. Conclusión

I. Introducción

En el año 2013 en la Facultad de Derecho de Dijon se llevó a cabo un célebre coloquio sobre el arbitraje y el orden público y se publicaron varias ponencias muy importantes sobre el tema¹. Nos referiremos a algunas de ellas. El profesor Racine nos dice que las relaciones entre el arbitraje y el orden público que generaron conflictos anteriormente se han apaciguado. Una gran confianza ha sido depositada en los árbitros y el orden público ya no está allí para obstaculizar el arbitraje. Esta es una evidente evolución del derecho del arbitraje, donde los árbitros se han estado encargando de aplicar y respetar el orden público en el laudo que profieren. Parece que las dificultades estriban más bien en qué orden público respetar, si el orden público interno del país de la sede del arbitraje, el del país de la legislación aplicable al procedimiento arbitral, el de la legislación aplicable al fondo de la controversia, o si más bien debe respetarse el llamado orden público internacional (el de los Estados susceptibles de controlar y ejecutar el laudo), o más allá, el llamado orden público transnacional (que el árbitro implementa por sí mismo) bajo la tesis del arbitraje deslocalizado o anacional no sujeto a una legislación estatal específica².

¹ El Orden Público y el Arbitraje, Eric Loquin, Sebastien Manciaux, directores académicos (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016)

² Jean-Baptiste Racine, Las Normas que Estructuran el Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional, en *El Orden Público y el Arbitraje* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016) 3-35

II. Orden publico, Ley Modelo UNCITRAL y derecho comparado

Las legislaciones arbitrales de la mayoría de los países están inspiradas en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *UNCITRAL* por sus siglas en inglés. De hecho, la Ley Modelo *UNCITRAL*, a la que también nos referiremos como Ley Modelo, es sin duda un instrumento pionero de las iniciativas de uniformidad, armonización y racionalización del derecho del comercio internacional, y en concreto de las legislaciones arbitrales de los distintos países.

El sistema o mecanismo de impugnación o control del laudo arbitral previsto en la Ley Modelo es el de un único recurso en sede judicial, el de anulación, ante un tribunal del Estado en que se haya dictado el laudo, y bajo las causales taxativas allí establecidas, que por cierto no comprenden la revisión sustantiva o de fondo o mérito del laudo. En general puede decirse que las legislaciones que adoptan o se inspiran total o parcialmente en la Ley Modelo, se acogen a este esquema de impugnación del laudo arbitral, limitado a solamente el recurso de anulación, y exclusivamente por las causales allí previstas³.

La Ley Modelo *UNCITRAL* en su Capítulo VII: Impugnación del Laudo, artículo 34, dispone que contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal (del Estado en el que se haya dictado el laudo) mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) de dicho artículo. Concretamente, bajo el artículo 34.2 b) ii), el laudo arbitral podrá ser anulado cuando el tribunal compruebe que el laudo es contrario al orden público de este Estado (en el que se haya dictado el laudo), por lo que ha de entenderse desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal, como lo asienta la Nota explicativa de la Secretaría de *UNCITRAL* acerca de la Ley Modelo, en su versión enmendada en 2006, sección 7 sobre la impugnación del laudo.

En legislaciones que adoptan la Ley Modelo, usualmente un laudo arbitral puede ser anulado si el tribunal de anulación competente encuentra que el laudo está en conflicto con el orden público interno (*ordre public*) de su país. Por ejemplo, un laudo arbitral que resuelva una disputa sobre la distribución de ganancias de juego en un casino puede ser una transacción comercial normal en determinadas jurisdicciones pero en otras puede ser ofensiva del orden público local al avalar una contratación ilegal. Las jurisdicciones arbitrales avanzadas tienen similares concepciones sobre el orden público, que denotan principios legales fundamentales, nociones fundamentales de justicia o valores nacionales

³ En la página web de *UNCITRAL* <https://uncitral.un.org/es> puede encontrarse todo lo relacionado con la Ley Modelo y sus Notas explicativas; también se reportan los países que la han adoptado. A la fecha de este trabajo se reportan 83 países.

o económicos fundamentales. La diversidad de concepciones de orden público ha llevado al desarrollo del concepto de orden público internacional⁴.

La causal de contravención al orden público está modelada muy directamente en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, que establece que sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral si se prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, que dicho reconocimiento y ejecución sería contrario al orden público de ese país. En jurisdicciones como la de los Estados Unidos, donde no existe base legal específica para anular un laudo por infracción del orden público (*public policy*), la doctrina general, enraizada en el *common law*, es que una corte judicial puede rechazar la ejecución de un contrato que viole la ley o el orden público, siempre que éste sea explícito, bien definido y dominante. La violación del orden público puede ser invocada sólo cuando la decisión impugnada afecte el interés público, la confianza pública en la administración del derecho o la seguridad de los derechos individuales, o sea repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde la decisión pretende ejecutarse.

Otras jurisdicciones adoptan una posición similar en relación al orden público en el contexto de la anulación de laudos arbitrales que directamente contradigan una regla obligatoria claramente definida que sea fundamental para el orden legal y moral del Estado en cuestión, que desconozcan valores esenciales que sean base del orden legal, que impacten la conciencia, que sean claramente injuriosos del bien común y completamente ofensivos de un público ordinariamente razonable y bien informado, o violen las meas básicas nociones de moralidad y justicia. En definitiva, se considera que un laudo puede anularse si su dispositivo concretamente viola el orden público aplicable, considerado éste como aquellas disposiciones fundamentales para el orden legal o la moralidad básica de un Estado⁵.

El *English Arbitration Act* de 1996 (aplicable en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte) en su sección 68, contempla también la impugnación del laudo arbitral por seria irregularidad que lo afecte, incluyendo expresamente que el laudo haya sido obtenido por fraude o que el laudo, o la manera en que se obtuvo, sean contrarios al orden público⁶.

⁴ Allan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, sixth edition (Oxford University Press, Oxford, 2015) 597-598

⁵ Gary Born, International Commercial Arbitration, second edition, volume III (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014) 3312-3313.

⁶ Bruce Harris, Rowan Planterose, The Arbitration Act 1996, a Commentary (Wiley Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2014) 334

El reconocido autor Paulsson, aunque crítico del tema del orden público en el ámbito del arbitraje internacional, reconoce que el orden público tiene el indispensable rol de controlar abusos y evitar ofensas a los valores esenciales de los ordenes legales con el cual el arbitraje internacional debe coexistir y cooperar, y sostiene que es importante considerar no sólo como los jueces deben hacer valer el orden público sin afectar el arbitraje internacional, sino también la responsabilidad que el arbitraje internacional tiene de respetar el orden público⁷.

Lo cierto es que respecto al tema del control del laudo arbitral, parece que existe una cuasi unanimidad en la necesidad de un control del laudo a la luz del orden público, aunque eso no debe conducir a un control de lo que haya sido mal juzgado, es decir, no debe tener ni por objeto ni por efecto la revisión de fondo del laudo. Ello se ve de una manera u otra en las legislaciones nacionales y en las convenciones internacionales justificadamente, puesto que es el contrapeso de la confianza depositada *a priori* en el arbitraje; puede decirse que el control del orden público es un elemento de equilibrio general del derecho del arbitraje. La legislación arbitral francesa, no específicamente basada en la Ley Modelo, incorpora también dicho control cuando establece respecto al arbitraje interno o doméstico que el recurso de anulación del laudo procede cuando éste es contrario al orden público, y respecto del arbitraje internacional, procede cuando el reconocimiento o la ejecución del laudo es contrario al orden público internacional⁸.

III. Orden publico y derecho arbitral venezolano

En Venezuela la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 (LAC) adopta el sistema de impugnación del laudo arbitral de la Ley Modelo, a través de un único recurso, el de nulidad ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado el laudo, según lo dispone su artículo 43, y sólo por las causales establecidas en su artículo 44. La causal contenida en la letra f) dispone que la nulidad del laudo se podrá declarar cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público.

Ya el artículo 3 de la LAC establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias que sean contrarias al orden público, es decir, se trata de un tema de arbitrabilidad del objeto de la controversia, que el propio artículo 44 letra f) consagra también como causal de nulidad del laudo arbitral, al establecer que podrá declararse la nulidad cuando según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

⁷ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press, 2013) 200

⁸ Charles Jarrosson, *La Intensidad del Control del Orden Público*, en *El Orden Público y el Arbitraje* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016) 165

Por lo tanto, cuando la LAC en su artículo 44 letra f) establece que podrá declararse la nulidad del laudo cuando el tribunal compruebe que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público, se refiere no a la controversia en sí, sino al propio laudo y a la materia tratada en él, que no puede contrariar el orden público. Pensamos que es la interpretación más consona con el resto de la normativa de la LAC y con la disposición de la Ley Modelo, en la cual se inspira. En definitiva, el laudo arbitral no puede contrariar el orden público interno, pues de hacerlo estaría viciado de nulidad.

Así opina Gabaldon, quien sostiene que el inciso f) del artículo 44 de la LAC está inspirado en la Ley Modelo, y casi con seguridad tiene su origen en el aparte b) del párrafo 2) de su artículo 34, razón por la cual puede asegurarse casi con plena certeza que el segundo supuesto del literal f) del artículo 44 de la LAC -la materia sobre la cual versa- está referido al laudo. En otras palabras, el laudo es nulo cuando el objeto de la controversia que decidió no es arbitrable y también lo es cuando la decisión que contiene es contraria al orden público, aún cuando el objeto de la controversia sea arbitrable⁹.

En el mismo sentido se pronuncia Rodner, quien señala que la segunda parte de la norma en la ley venezolana -el artículo 44 letra f) de la LAC-, se refiere a que la materia sobre la cual versa el laudo es contraria al orden público, mientras que en la Ley Modelo se habla de el laudo es contrario al orden público de este Estado, por lo que la diferencia es que bajo la Ley Modelo lo que debe ser contrario al orden público es el laudo mismo. Para este autor, por un error del legislador venezolano se habla de que la materia sobre la que verse el laudo sea contraria al orden público y no el laudo, cuando resulta que no es posible hablar de una materia contraria al orden público, ya que por muy grosera u odiosa que sea una materia, el hecho de que se trate por un tribunal arbitral o de otro tipo no hace la controversia de por sí contraria al orden público, sino que lo que puede ser contrario al orden público es la decisión del tribunal arbitral, de manera que la disposición de la ley venezolana debe hacerse dentro del contexto de la Ley Modelo¹⁰.

Por su parte Mezgravis también apunta que la causal de la letra f) del artículo 44 de la LAC está basada en las mismas establecidas en el literal b) apartes i) y ii) del artículo 34 de la Ley Modelo, es decir, referida a las materias no arbitrables conforme al artículo 3 de la LAC, entre ellas las controversias contrarias al orden público, y señala que no basta simplemente que una materia interese al orden público para que sea procedente la causal, sino que es

⁹ Frank Gabaldón, *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial* (Livrosca, Caracas, 1999) 147

¹⁰ James Rodner, *La Anulación del Laudo Arbitral*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca* (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N.º. 6, Caracas, 2002) 881

indispensable que sea contraria a los principios esenciales del orden público venezolano¹¹.

Partamos entonces de la base de que la causal de nulidad del laudo arbitral contenida en la segunda parte de la letra f) del artículo 44 de la LAC, atinente a que la materia sobre la cual versa el laudo es contraria al orden público, se refiere a que lo que afecta de nulidad al laudo arbitral es que éste contrarie el orden público interno venezolano. Decimos esto porque no es objeto de este trabajo la distinción, muy propia del arbitraje internacional, entre el orden público interno, el orden público internacional, e incluso el orden público transnacional¹², ya que nos concentraremos en el análisis de la violación del orden público interno venezolano en el arbitraje doméstico y en el laudo arbitral nacional, aunque también está claro que un laudo arbitral extranjero que pretenda ejecutarse en Venezuela, no debe contrariar el orden público interno venezolano, so pena de poder denegarse su reconocimiento y ejecución en Venezuela, tal como lo establece el artículo 49 letra f) de la LAC.

De igual forma, pensamos que la letra f) del artículo 44 de la LAC se refiere al orden público interno venezolano respecto a la ley aplicable al fondo de la controversia (*lex contractus*), pues el orden público referido a la ley aplicable al procedimiento arbitral está más bien vinculado con el tema de las garantías procesales, con el debido proceso, con el derecho a la defensa y con el mandato de los árbitros y el acuerdo arbitral, que están abarcadas en otras causales de nulidad del laudo arbitral, tales como las previstas en las letras b), c) y d) del citado artículo 44, que contemplan los supuestos de falta de notificación de la parte, de su derecho a la defensa y a hacer valer sus derechos, de que el procedimiento arbitral esté ajustado a la ley, de que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral o contenga decisiones que excedan del acuerdo mismo.

En este sentido parece claro que la aplicación de la ley aplicable, valga la redundancia, al fondo de la controversia, no debe eludir la aplicación de normas imperativas ni de orden público de dicho derecho aplicable, incluso sin que las partes puedan excluir convencionalmente la aplicación de normas de orden público sobre las que no pueden disponer, precisamente por su carácter de orden público. La propia institución arbitral se desnaturalizaría si la autonomía de la voluntad de las partes pudiera extenderse a impedir a los árbitros que tengan en cuenta el orden público, actitud a todas luces carente de lógica en la contratación,

¹¹ Andrés Mezgravis, Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999) 249-250

¹² Para profundizar sobre esto, ver Jean-Baptiste Racine, Las Normas que estructuran el orden público en el Arbitraje Comercial Internacional, en *El Orden Público y el Arbitraje* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016) 3-35

tanto nacional como internacional, donde el árbitro es un juez y no un mero ejecutor de intereses privados, que se encuentra obligado por la máxima de hacer justicia, garantizando el respeto y la aplicación de normas de orden público aplicables al caso controvertido. Las partes no pueden albergar esperanzas de posibilidad de fraude a la ley ni de fuga de normas de orden público a través de la elección de la ley aplicable recurriendo al arbitraje¹³.

En este mismo sentido puede decirse que el arbitraje es siempre posible en tanto no contravenga las disposiciones fundamentales de orden público del Estado en el que se esté llevando a cabo el arbitraje, en el que tengan efecto medidas cautelares dictadas o en el que se busque la ejecución del laudo arbitral. Como sabemos, en el arbitraje pueden confluír distintos derechos, según la elección de las partes, aplicable a distintos aspectos, a la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral, al acuerdo arbitral mismo y a su cumplimiento, al tribunal arbitral, al procedimiento arbitral, al fondo sustantivo de la controversia, al régimen de anulación, reconocimiento y ejecución del laudo¹⁴. En nuestro caso nos concentraremos en el orden público sustantivo interno venezolano aplicable al mérito o fondo de la controversia, que no puede ser contrariado por el laudo arbitral, so pena de poder anularse o denegarse su reconocimiento y ejecución en Venezuela.

Comencemos analizando el orden público y las normas imperativas, que como nos enseña Madrid Martínez (citando a Melich Orsini), difieren en que éstas últimas hacen referencia a límites explícitos impuestos a la autonomía privada de las partes, mientras que el orden público alude a un sistema unitario de valores y principios, y donde el carácter positivo constituye la línea divisoria entre ambos conceptos, derivándose que, en principio, es al legislador a quien le corresponde calificar la norma como imperativa y al juez concretizar el orden público. En todo caso, ambas instituciones protegerían intereses fundamentales del Estado contra la injerencia de la voluntad privada de los individuos, y en la actualidad, cuando el legislador califica una norma como imperativa lo hace señalando que se trata de una norma de orden público, en una especie de positivización del orden público.

Continua esta autora indicando que el orden público está llamado a desempeñar una nueva función en el marco de una política social que ha desechado el individualismo para avocarse a la protección de los débiles jurídicos, categoría especialmente dirigida a designar a los trabajadores, los inquilinos, los consumidores y usuarios, entre otros. Aparece así el orden público

¹³ Marta Gonzalo Quiroga, Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003) 197-198

¹⁴ Fernando Sanquírigo Pittevil, Orden Público Adjetivo y Arbitraje, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* No. 3 (Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2019)

de protección, para garantizar los derechos de los más débiles, al lado del orden público de dirección, que ordena el sistema económico¹⁵.

La misma autora nos dice que en la actualidad se considera que el orden público pone freno a la autonomía de la voluntad, tal como lo consagra el artículo 6 del Código Civil venezolano cuando dispone que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres. Igualmente limita la aplicación del derecho extranjero, como lo consagra el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuando dispone que las disposiciones del derecho extranjero que resulten aplicables sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano¹⁶.

Por su parte Mezgravis señala que la doctrina mayoritaria coincide en limitar la noción de orden público a los principios fundamentales atinentes a la justicia y la moral, o a los intereses fundamentales del Estado requeridos en materia política, social y económica, que no pueden ser violados por el laudo arbitral, sea por el procedimiento según el cual fue dictado, sea por su contenido sustantivo. Al respecto trae a colación la resolución adoptada por la Asociación de Derecho Internacional en su LXX Conferencia Bienal celebrada en Nueva Delhi, India en abril 2002, referente al triple origen del orden público internacional, (i) el relacionado con los principios fundamentales relativos a la justicia y moralidad que el Estado desee proteger, tanto sustantivos como procesales, (ii) las normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, conocidas como “*lois de police*”, como sería el caso de las leyes antimonopolio, y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales como las Naciones Unidas¹⁷.

En general por orden público se entiende “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”. Suele citarse la decisión del caso *Termorio v. Electranta*, de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, Estados Unidos, que razonó diciendo: “Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que repugne las nociones

¹⁵ Claudia Madrid Martínez, El Rol de las Normas Imperativas en la Contratación Internacional Contemporánea, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019) 133-134

¹⁶ Claudia Madrid Martínez, El Rol del Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV* No. 126 (Universidad Central de Venezuela, Caracas, julio 2006)

¹⁷ Andrés Mezgravis, El Orden Público Sustantivo, el Orden Público Procesal y la Arbitrabilidad como Causales de Denegación del Laudo, en *La Convención de NY, 50 Años Después, III Congreso Internacional de Arbitraje* (Club Español del Arbitraje, Madrid, junio 2008) 19-20

fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución”.

También se cita la jurisprudencia francesa, que establece que el orden público es el conjunto de reglas y valores que no pueden ser desconocidos al ejecutar un laudo, aunque al analizar su validez, el juez no puede pronunciarse sobre el fondo de la decisión ni la apreciación de los árbitros sobre los derechos de las partes¹⁸.

Un caso emblemático es el de *Thales v. Euromissile*, donde la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentó que éste era contrario al orden público francés porque el contrato en cuestión incluía una práctica monopólica al dividir el mercado entre competidores. La Corte de Apelación francesa rechazó el argumento sosteniendo que la violación al orden público debía ser “flagrante, efectiva y concreta”, y la ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez (“*illicéité qui ‘crève les yeux’*”).

Se trata de la pugna entre la tesis maximalista y la minimalista, la primera que postula una concepción amplia del orden público internacional que incluya las leyes de policía, así como un control profundo de los laudos para verificar que el orden público aplicable está siendo respetado, lo cual conlleva a una revisión de fondo de los laudos, y la segunda que considera que, aún en presencia de leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el juez de nulidad o de ejecución debe ser mínimo y no puede anular o dejar de ejecutar el laudo sino en casos excepcionales, de manera que si es necesario emprender un análisis forzado y exhaustivo que admita una argumentación alternativa, no estaríamos en presencia de un auténtico orden público susceptible de anular el laudo¹⁹.

Particular mención debemos hacer a lo que sostiene Díaz-Candia, acerca de que la letra f) del artículo 44 de la LAC permite al juez que conoce del recurso de nulidad anular el laudo cuando éste ha incurrido en error inexcusable. Este autor plantea que en la jurisprudencia de los Estados Unidos se ha desarrollado como causal de nulidad del laudo arbitral la ignorancia manifiesta de la ley o derecho aplicable (*manifest disregard of the law*), y que en Venezuela, aunque no esté consagrada en el derecho positivo, debe ser reconocida como susceptible de anular el laudo, “integrando” la causal de orden público. Para este autor, no establecer o apreciar los hechos correctamente puede violar un principio básico del derecho como lo es el derecho a la defensa y acceso a la justicia sustantiva, aunque reconoce que el laudo sólo podría ser anulado por ignorancia manifiesta de la ley aplicable cuando la fijación de los hechos haya sido flagrantemente

¹⁸ Francisco González de Cossío, Orden Público y Arbitrabilidad: Duo Dinámico del Arbitraje, en *Revista Internacional de Arbitraje No. 9 (Legis, Bogotá, diciembre 2008)* 61-83

¹⁹ González de Cossío, Orden Público y Arbitrabilidad, 7-9

injusta, desbalanceada, irracional y arbitraria, siendo contrario al orden público no anular un laudo que ha incurrido en un error inexcusable²⁰.

Entendemos que este autor considera que la causal de anulación prevista en la letra f) del artículo 44 de la LAC debe integrarse, es decir, interpretarse en el sentido de abarcar el error inexcusable en que haya incurrido un laudo como contrario al orden público. No parece limitarlo al error inexcusable de derecho, pues también habla del error en la fijación y apreciación de los hechos, lo cual ya de por sí implica que en ese examen el juez de anulación deba entrar a analizar, no sólo las normas de derecho aplicadas en el laudo sino también la labor de los árbitros en la determinación y apreciación de los hechos y su subsunción en las normas legales concretas, y lo peor de todo, determinar si la interpretación de los árbitros es la correcta. Sigue la pregunta: ¿correcta según quién, según el recurrente, según el juez de anulación? Es sabido que ello no es posible pues el recurso de anulación del laudo arbitral no es una apelación, y sólo permite una revisión del laudo limitada a las causales taxativas de la LAC, tal como el propio autor a su vez reconoce, y no le está dado al juez de anulación entrar en el fondo o mérito de la controversia.

Estará a cargo del juez de anulación diferenciar entre una violación del orden público sustantivo venezolano y el mero desacuerdo o inconformidad del recurrente con la apreciación e interpretación de los árbitros acerca de lo convenido por las partes en el contrato objeto de la controversia, acerca de los hechos controvertidos en el caso y sus respectivas pruebas, y acerca de las normas legales consideradas aplicables y la subsunción de los hechos en dichas normas. A modo de ejemplo, un laudo que incurra en anatocismo al condenar al pago de intereses calculados a su vez sobre intereses en vez de sobre el capital de la deuda, podría ser anulado por contradecir una prohibición considerada de orden público venezolano, no susceptible de ser relajada por las partes. El juez de anulación no estaría inmiscuyéndose indebidamente en la apreciación de los hechos y del derecho hecha por los árbitros, sino que estaría haciendo respetar el orden público.

IV. Jurisprudencia venezolana

Dicho lo anterior, pasamos ahora a revisar los criterios establecidos en nuestra jurisprudencia nacional, tanto del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) como de los Tribunales Superiores Civiles y Mercantiles (TS) competentes en materia de nulidad de laudos arbitrales. En estos ya más de 20 años de vigencia de la LAC, con más de 200 laudos que se han dictado según reportan los principales centros de arbitraje del país, a la fecha de este trabajo conocemos de

²⁰ Hernando Díaz-Candía, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje* (LEGIS, 3ra edición ampliada, Caracas, 2016) 225-231

sólo 31 que han sido impugnados ante los tribunales, 24 han sido confirmados, 6 han sido anulados totalmente, y uno ha sido anulado parcialmente.

Tres de los laudos anulados lo fueron por razones de no arbitrabilidad de controversias sobre arrendamiento. Se trata de sentencias dictadas en el año 2007 por el TS5 el 27 de febrero y 13 de agosto (caso Fletes y Acarreos Furia, caso Emidio Palumbo y caso Juan Carlos Cacique), basadas en un antiguo criterio de la Sala Político Administrativa (SPA) del TSJ en sentencias de fecha 5-2-2003 (caso Inversiones Tata 88 C.A. vs. Inversiones Farmashop 2000 C.A.), y de fecha 27 de enero de 2004 (caso Plaza Suites I C.A. vs. Codemar C.A.), según las cuales no era posible en un contrato de arrendamiento la inclusión de una cláusula de arbitraje al estar involucrado el orden público.

Este erróneo criterio de la SPA fue afortunadamente desechado en la célebre sentencia de la Sala Constitucional (SC) del TSJ del 17-10-2008 (caso Hildeward Rondón y otros sobre la interpretación del artículo 258 de la Constitución). Esta sentencia sin duda sentó importantes criterios en materia de derecho arbitral en Venezuela, algunos de los cuales tienen relevancia respecto al tema que venimos analizando. En efecto, dice la sentencia:

“En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a

que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deben aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia -vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato- sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes”.

“...las competencias de las autoridades o agencias estatales persisten independientemente de la cláusula arbitral, ante un problema vinculado a un contrato entre las partes, toda vez que la actuación de la autoridad estaría orientada a dirimir un conflicto entre las partes sobre la cual versa la cláusula arbitral; asimismo, si bien la actuación y decisión de la autoridad administrativa no podría formular un pronunciamiento de naturaleza pecuniaria respecto a las partes, que pretenda anticipar o prejuzgar sobre lo que sería decidido por los árbitros al momento de conocer una pretensión de esa naturaleza, ello no obsta para que, en ejercicio de sus competencias pueda imponer sanciones ante el incumplimiento del régimen estatutario de derecho público; por lo que en cualquier caso, la actuación de la Administración deberá desarrollarse en el estricto marco de sus competencias, siendo imposible someter el control constitucional y legal del ejercicio de tales potestades a mecanismos alternativos de resolución de conflictos”.

“...para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habría duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de la autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (Vgr. En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por ‘remarcaje’ de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva)”.

Vemos entonces que la SC ha dejado claro que las protecciones, derechos y garantías sustantivas en beneficio del débil jurídico, establecidas en las leyes como de orden público, no pueden ser renunciadas ni relajadas por las partes, y por ello deben también ser aplicadas en todo caso por los árbitros, al igual que por los jueces.

Por su parte nuestros Tribunales Superiores han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la impugnación de laudos arbitrales bajo la causal de violación del orden público prevista en la letra f) del artículo 44 de la LAC. En todos los casos las denuncias de violación del orden público hechas por la parte recurrente han sido desestimadas, excepto en un único caso donde un laudo arbitral fue anulado por considerarse violatorio del orden público.

A. Caso Van Raalte de Venezuela

Se trata de la sentencia del TS9 de fecha 22 de febrero de 2010, que decide un caso sobre un contrato de arrendamiento de un galpón industrial. La recurrente recurrió la nulidad del laudo con base al citado artículo 44 letra f), por el carácter de orden público de la materia arrendaticia. La sentencia, apoyándose y transcribiendo la decisión antes citada de la SC de fecha 17-10-2008 (caso

Hildegard Rondón de Sansó y otros), consideró que la argumentación planteada por la recurrente en modo alguno se subsume dentro del supuesto de hecho de la norma alegada, por cuanto la solución de los conflictos entre las partes derivados de contratos que versen sobre la materia arrendaticia no está de ninguna forma excluida de la posibilidad de ser decidida mediante arbitraje, por lo que el Tribunal negó la admisión del recurso de nulidad del laudo arbitral por cuanto lo alegado no se corresponde con las causales señaladas en la LAC. La recurrente intentó recurso de revisión de la sentencia, el cual fue declarado inadmisibile por la SC en sentencia de fecha 30-11-2011.

B. Caso Inversiones Salazar y Marin Salymar

Otra sentencia del TS2 de fecha 13-3-2013, también declaró sin lugar el recurso de nulidad de un laudo arbitral que había declarado resueltos unos contratos de obra e inexistente un compromiso de dación en pago, con indemnización de daños y perjuicios. La recurrente alegó entre otras la causal de nulidad de la letra f) del artículo 44 de la LAC, bajo el argumento de que el caso no era susceptible de arbitraje pues estaban afectados los intereses del Estado, en virtud de existir un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a favor de Central Banco Universal, institución intervenida y luego fusionada con el banco Bicentenario propiedad del Estado venezolano, y que en todo caso debió notificarse a la Procuraduría General de la República como lo pauta su Ley. La sentencia asentó que el hecho de que una empresa del Estado tenga un interés directo o indirecto en determinado contrato con cláusula arbitral, no significa que sea un contrato inarbitrable conforme al artículo 44 letra f), pero además en el presente caso se trata de dos empresas en las que el Estado no tiene ninguna participación accionaria, por lo que no se encuentran afectados los intereses patrimoniales de éste.

C. Caso Uniseguros

Otra sentencia del TS3 de fecha 22-6-2016, declaró sin lugar el recurso de nulidad y definitivamente firme el laudo arbitral recurrido. La recurrente había invocado entre otras, la causal de nulidad del literal f) del artículo 44 de la LAC porque el laudo arbitral infringió el orden público al carecer la actora de interés jurídico para incoar la acción mero declarativa contenida en la demanda arbitral, que además era inadmisibile conforme al artículo 16 del CPC, pues la actora contaba con la acción resolutoria mediante la cual podía obtener la satisfacción completa de su interés. La sentencia concluyó que el artículo 16 del CPC no es aplicable al arbitraje donde se dictó el laudo recurrido, y en el Reglamento del CEDCA y el Acta de Términos de Referencia, no se encuentra ninguna limitación ni restricción respecto a la admisibilidat de la acción mero declarativa, sea que se interponga solamente dicha acción o sea que se acumule

con una acción de naturaleza extracontractual. La sentencia sostuvo además que revisar el punto de la falta de interés jurídico de la actora para incoar la acción es una cuestión de mérito o fondo relacionada con el establecimiento y apreciación de los hechos que sólo podría ser conocida por un Juez de apelación y no por el Juez que conoce el recurso de nulidad del laudo arbitral, como ocurre en este caso, aparte de que la falta de interés jurídico no está prevista en la LAC como causal de nulidad del laudo arbitral.

D. Caso Almacenadora Smartbox

En otra sentencia del TS2 de fecha 20-6-2017, también se desechan las denuncias de la recurrente en nulidad del laudo arbitral relacionadas con la violación del orden público. La recurrente sostuvo que el laudo arbitral la condenó como agente del daño causado sin establecer el vínculo de causalidad entre el supuesto agente y la víctima, lo cual es en sí mismo contrario al orden público.

Sin embargo, la sentencia desechó el argumento diciendo que el nexo de causalidad del daño fue producto de la apreciación soberana del panel arbitral en el mérito de la causa, habiéndose constatado de un hecho no controvertido, por lo que no existe el pretendido vicio de violación del orden público por inversión de la carga de la prueba. Asienta la sentencia que *“se pretende desnaturalizar la labor de este Tribunal con Asociado y convertirlo en un juez de mérito, lo que es ajeno al proceso de nulidad del laudo arbitral, conforme a las sentencias que desarrollan el principio pro arbitraje y expresamente niegan la posibilidad de convertir en una apelación al recurso de nulidad.”* En su análisis la sentencia apunta que en este caso *“se trata más bien de un asunto de valoración de pruebas y del mérito de la causa producto de la apreciación soberana del panel arbitral y ajeno al recurso de nulidad del laudo al no ser una apelación”*.

Con esta sentencia vemos que la jurisprudencia de nulidad de laudos arbitrales no ha admitido que pretenda disfrazarse de violación del orden público lo que en realidad constituye un desacuerdo o insatisfacción con lo decidido por los árbitros respecto al fondo o mérito del asunto.

E. Caso Albert Blanco

En Venezuela hasta ahora el único caso donde ha sido anulado un laudo arbitral bajo la causal de orden público es este, en sentencia del TS5 de fecha 30-10-2015. En este caso el laudo arbitral recurrido había declarado la resolución de un contrato de compromiso de compraventa de un local comercial por incumplimiento de pago de cuotas, donde a la vez había una Resolución del INDEPABIS que había dictado una medida preventiva de suspensión de pago de cuotas pendientes. El laudo arbitral había declarado que el tribunal arbitral

era el facultado para decidir sobre las cláusulas contractuales, sobre si las obligaciones contractuales se habían cumplido o no y si procedía o no la resolución del contrato demandada, y que la denuncia efectuada por el comprador ante el INDEPABIS y la medida preventiva acordada de suspensión de pago de las cuotas contractuales que sirvió de pretexto al demandado para dejar de pagar, constituía un incumplimiento a las obligaciones principales del contrato, del principio de buena fe contractual y de los preceptos de las sentencias de la SC de fechas 17-10-2008 y 3-11-2010, caso Hildegard Rondón de Sansó y otros y caso Astivenca, respetivamente.

La recurrente denunció entre otras cosas la nulidad del laudo arbitral bajo la causal del literal f) del artículo 44 de la LAC por haber contravenido el orden público. La sentencia declaró con lugar el recurso y anuló el laudo recurrido, sosteniendo que *“el incumplimiento endilgado al demandado se fundamentó en la utilización de la vía administrativa para neutralizar los efectos del contrato, así como en la medida innominada preventiva que lo autorizó a suspender las cuotas restantes del contrato, lo que a juicio de quien decide, no pueden bajo ningún argumento válido, constituirse en causal resolutoria de la referida convención; menos, determinar deslealtad en su accionante, puesto que es la protección legal que le otorga el ordenamiento jurídico a las personas, para determinar las prácticas abusivas y contrarias al orden público en resguardo de los bienes y servicios prestados dentro de la comunidad”*.

Continúa la sentencia asentando: “vulnerar la actividad administrativa por un tribunal arbitral, sin la debida participación del contencioso administrativo, determina y consolida lesión por demás abusiva del ordenamiento jurídico y del orden público, que por demás debieron proteger y resguardar dentro de su competencia, en base a una prejudicialidad administrativa y judicial que impedía la competencia del tribunal arbitral hasta la solución definitiva de la voluntad del Estado, reflejada en el acto administrativo con carácter de cosa juzgada administrativa, ya sea por agotamiento de los recursos o por aceptación del propio acto administrativo”.

Agrega la sentencia: “Ciertamente que el tribunal arbitral está determinado a establecer su propia competencia por el principio de competencia-competencia, pero eso no determina la consolidación de una jurisdicción capaz de juzgar sin la determinación del propio objeto de la controversia, más aún cuando la administración pública determinó mediante un acto capaz de impedir cualquier juzgamiento hasta los resultados finales de dicho acto administrativo. La materia y el objeto pretendido en la demanda intentada ante el tribunal arbitral, al estar penetrada de forma directa por la providencia administrativa que suspendió cualquier pago pendiente en el contrato objeto de la pretensión resolutoria, se reviste del orden público que hace susceptible al presente laudo de nulidad por estar inficionado de ilegalidad y haber contrariado el orden público dentro de una normativa legalmente establecida.”

Concluye la sentencia: “Ahora bien, la inconsistencia jurídica del laudo arbitral de fecha 9 de septiembre de 2013, es tan grave, que resuelve el contrato objeto de la pretensión, existiendo providencia administrativa N° DEC-06-00250-2013 DEL 26 DE AGOSTO DE 2013, dictada por Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), que le otorga validez y ordena a la parte accionante de la pretensión resolutoria el recálculo de las cantidades percibidas y el reintegro si hubiere lugar a ello, lo que crea una decisión arbitral arbitraria y contraria al orden público y al ordenamiento jurídico nacional vigente.”

Contra esta sentencia la parte actora en el arbitraje solicitó revisión constitucional, que fue declarada sin lugar por la SC en sentencia del 30-11-2017. Sostuvo la SC que el Tribunal Superior no desconoció, como lo alegó la solicitante de la revisión constitucional, el criterio sostenido en la sentencia de la Sala del 17-10-2008 (caso Hildegard Rondón de Sansó y otros) por cuanto el sentenciador verificó que el asunto sometido a su conocimiento estaba inmerso en el literal f) del artículo 44 de la LAC (arbitrabilidad objetiva de la controversia), en virtud de estar involucrado el orden público al existir providencias administrativas del extinto INDEPABIS mediante las cuales se dictaron medidas preventivas de prohibición de venta del inmueble y suspensión de pago de las cuotas, así como la presunta existencia de usura genérica. Asentó la Sala que no puede pretenderse que la revisión constitucional sustituya ningún medio ordinario o extraordinario, incluso el amparo, por cuanto mediante esta facultad discrecional de la Sala, no procede de manera directa la protección y garantía de derechos constitucionales supuestamente infringidos sino que por el contrario busca de manera general, objetiva y abstracta, la obtención de criterios unificados de interpretación constitucional y no el resguardo de derechos e intereses subjetivos y particularizados de la solicitante. Según la Sala, el Juzgado Superior no incurrió en errores grotescos en la interpretación del texto constitucional y tampoco inobservó el criterio vinculante de la Sala que amerite el ejercicio de la facultad de revisión constitucional, por lo que no encontró razones suficientes que hicieran procedente la nulidad del fallo objeto de revisión, ya que lo pretendido no corresponde con la finalidad que persigue la solicitud de revisión.

En este caso, a pesar de tratarse de una controversia derivada de un contrato de clara naturaleza mercantil, que contenía una cláusula o acuerdo arbitral para someter la solución de controversias a arbitraje, con base en la cual el laudo arbitral resolvió la controversia, involucraba un asunto sometido a la vez al conocimiento del un órgano administrativo como lo es el INDEPABIS, y el criterio de prejudicialidad administrativa privó para que el juez de anulación considerase que el laudo arbitral no podía decidir el asunto sin que se resolviese lo planteado en la jurisdicción administrativa, independientemente de que el órgano administrativo tuviese facultad o no para inmiscuirse en los temas

contractuales entre las partes y se hubiere extralimitado en las funciones de supervisión, control y sanción conferidas por la legislación de protección al consumidor.

V. Conclusión

En definitiva, puede concluirse que en Venezuela han sido muy pocos los casos en que se ha recurrido la nulidad del laudo arbitral por contravención al orden público, habiéndose desechado el argumento, sobre todo por pretender que el juez de anulación entrase en la revisión de fondo o mérito del asunto como si se tratase de una apelación, y sólo en un caso se anuló el laudo, esencialmente al considerarse que, al no respetarse la prejudicialidad administrativa, se contravino el orden público.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

Manuel Alejandro Romero Zapata

Sumario

- I. Introducción
- II. El terrorismo y sus acepciones jurídicas
 - A. El terrorismo a nivel de Derecho Internacional Público
 - B. El terrorismo a nivel de legislaciones de competencia nacional
 - i. Colombia
 - ii. Argentina
- III. El delito de terrorismo en la legislación venezolana: caso comparativo con España
 - A. El delito de terrorismo en el Artículo 573 del Código Penal de España
 - B. El terrorismo a nivel de legislaciones de competencia nacional
- IV. Las problemáticas de técnica legislativa del delito de terrorismo en la legislación venezolana y sus consecuencias legales
 - A. Sobre el Principio de Legalidad en el marco normativo venezolano
 - B. Sobre el “tipo penal en blanco” y el Artículo 52 LOCDFT
- V. Conclusiones

I. Introducción

El Terrorismo, como problemática de amplia envergadura en los tiempos modernos, representa desde la óptica jurídica un desafío en cuanto a su estudio, análisis y comprensión. Es por ello que, partiendo de la característica paradigmática del derecho, surge la necesidad de definir, regular y sancionar este tipo de conducta delictiva, con motivo a crear un ordenamiento jurídico equiparable a la magnitud y alcance de la misma.

De acuerdo a FEAL¹, el fenómeno delictual referido predominante en tiempos modernos ha tenido un nacimiento antiguo, mencionándose que “*Los primeros actos terroristas registrados en la Historia fueron los ejecutados en el año 69 d. de C. por la banda de los sicarii, una secta religiosa que actuó en Palestina en contra de la administración romana en la lucha de los zelotes*”. Aún con ello, el término “terrorismo” no existía para identificar aquellos movimientos como actos de tal naturaleza, problemática terminológica que se ve resuelta cuando se acuña, en medio de la Revolución Francesa, la referida

¹ Javier Feal, *Terrorismo Internacional* (Logroño: Dialnet – Universidad de la Rioja, 2002), edición en PDF.

palabra. Autores como STEPP² reseñan lo mencionado en los siguientes términos:

El origen del término «terrorismo» (del francés *terrorisme*) es más obvio que el origen de la táctica. Acuñado durante el «Reinado del Terror» de Francia –el reinado sangriento del «terrorismo de estado» de Maximilien Robespierre que siguió a la ejecución de Luis XVI–, este término describe las acciones de un régimen que se consideró a sí mismo con el imperativo de aterrorizar. Se estima que en poco menos de un año. Robespierre y sus revolucionarios mataron entre dieciséis mil y cuarenta mil personas en nombre de la justicia, un fin que aparentemente justificaba cualesquiera medios que escogieran para ello, por horrendos que fueran. «El terror –declaró Robespierre durante un discurso en 1794– no es más que la justicia, rápida, severa, inflexible... Subyugad por el terror a los enemigos de la libertad y tendréis razón como fundadores de la República».

Pero, no es sino a finales del Siglo XIX que el terrorismo como amenaza global adquiere un alcance e interés de la comunidad internacional, presentándose un sin número de movimientos y situaciones (que a los efectos del presente estudios no serán desglosadas, debido a la amplitud que implicaría) que obligaron a la legislación internacional, y más en específico, a la Organización de las Naciones Unidas a empezar a adoptar medidas en contra de los acontecimientos que buscaban desestabilizar las civilizaciones del mundo moderno; La primera de estas, que trata en específico un hecho que tiene cabida dentro del terrorismo, es el “Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves”, mejor conocido como Convenio de Tokio, el cual fue realizado por la OACI³ y ratificado por los estados partes (en aquel momento, 186) en el año 1963.

El precedente mencionado dio el camino a seguir a una larga lista de instrumentos legislativos de carácter internacional reguladores de la materia, de los cuales se encuentran el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves⁴ de 1970, Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección⁵ de 1991, o el Convenio Internacional para la

² Gina Stepp, «Cuando reina el Terror» *Visión España*, 13 de Agosto de 2016, acceso el 15 de Septiembre de 2020, <https://www.vision.org/es/node/4748>

³ Organización de Aviación Civil Internacional, agencia perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas.

⁴ Adoptada por la Conferencia de la Haya el 16 de Diciembre de 1970, entrando en vigencia el 14 de Octubre de 1971, y realizado por la OACI.

⁵ Adoptada por la Conferencia internacional del derecho aéreo el 13 de Marzo de 1991, realizado por la OACI.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas⁶ de 1997, por referir algunos de los ejemplos más simbólicos.

Estos mismos convenios, en conjunto con el incremento de la delincuencia organizada como hecho a nivel global, hicieron que la Organización de las Naciones Unidas en el año 2000, en la localidad de Palermo, Italia, adoptase la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁷; Instrumento jurídico que exhortó a los estados miembros participantes de la misma a la promulgación de cuerpos normativos que contuviesen tipos penales ligados al área, encontrándose entre los mismos el terrorismo.

En el caso del país Venezuela, el mismo suscribe la convención el 14 de Diciembre del año 2000, y ratifica su adhesión al mismo el 19 de Abril de 2005. Por motivo de su adhesión el mismo año el poder legislativo atiende al exhorto contenido en el convenio y el clamor social producto de un conjunto de fenómenos delictivos organizados, y termina publicándose en Gaceta Oficial N° 5.789 (Extraordinaria) de fecha 26 de octubre del 2005 la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, siendo este el punto de partida de la tipificación del delito de terrorismo en la legislación venezolana. El mismo se estipuló de la siguiente manera:

Artículo 7. Terrorismo: Quien pertenezca, actúe o colabore con bandas armadas o grupos de delincuencia organizada con el propósito de causar estragos, catástrofes, incendios o hacer estallar minas, bombas u otros aparatos explosivos o subvertir el orden constitucional y las instituciones democráticas o alterar gravemente la paz pública, será castigado con prisión de diez a quince años.

Como puede evidenciarse, la redacción del tipo penal en su momento resultó ser suscita, aun tratándose un supuesto de hecho evidentemente amplio; ello puede explicarse en el sentido de que Venezuela se encuentra ubicada en Latinoamérica; un continente el cual tiene poca experiencia en cuanto al fenómeno delictivo del terrorismo, provocando consecuentemente que la tipificación del delito resultase a prima facie un tanto vaga. Sin embargo, la situación normativa en cuanto al delito de terrorismo ha sido transformada mediante la reforma de la ley anteriormente mencionada, quedando esta como Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (en lo sucesivo, LOCDOT), y publicándose la misma en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.912 de fecha 30 de abril

⁶ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 15 de Diciembre de 1997.

⁷ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 15 de Noviembre del año 2000.

de 2012, en razón de dar un mayor marco legislativo a los delitos referidos a la delincuencia organizada y sus conexos.

Pudiera pensarse que, tras pasar por una revisión normativa, el delito de terrorismo aún vigente resultase ser de mayor aceptación desde la vista jurídica, existen opiniones como las del ex-diputado Gómez Sigala, reseñadas por el diario “Noticiero Digital”, en donde se manifiesta lo siguiente en cuanto a la norma: “*Confunde los términos delincuencia organizada y terrorismo, utilizando a los Convenios Internacionales, pero con interpretaciones a medias. Es un instrumento cuyo fin último es acabar con la disidencia e intimidar a la población, es un instrumento para perseguir al ciudadano...*”⁸.

La anterior opinión se concatena a su vez como la manejada por los autores Piva, Trina y Granadillo⁹, quienes establecen que “A nuestro modo de ver este artículo es inconstitucional, ya que el mismo no define una conducta propia sino que por el contrario es de un tipo penal en blanco, ya que no estatuye cual es el tipo penal que protege, se limita a decir con gran amplitud Uno o varios actos terroristas”, violentándose de acuerdo a su criterio el artículo 49 numeral sexto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Pero ¿cuál es la *ratio essendi* de estas aseveraciones? Y más importante, ¿cómo es que realmente debe de encontrarse tipificado el delito del terrorismo en una legislación penal? Ambas interrogantes plantean una serie de desafíos debido a la ausencia de literatura nacional en torno a la materia, motivo por el cual es necesario ahondar sobre puntos clave como lo es la definición propia del terrorismo y la forma en que ha sido regulado a nivel de derecho comparado para, consecuentemente, entrar de lleno en la revisión a la luz de la teoría penal del delito la tipificación del mismo en el contexto venezolano, a los fines de dictaminar si las anteriores opiniones se encuentran sustentadas o no en criterios científicos y objetivos, propios y necesarios de las ciencias jurídicas.

II. El terrorismo y sus acepciones jurídicas

A. El terrorismo a nivel de Derecho Internacional Público

Como punto de partida, es necesario hacer un particular hincapié en cuanto a la problemática que implica dar una definición exacta de lo que vendría

⁸ Anónimo, «Gómez Sigala: Reforma a la Ley Contra Delincuencia Organizada es un instrumento para el terrorismo de Estado», *Noticiero Digital*, 31 de Enero de 2012, acceso el 15 de septiembre de 2020, <https://htr.noticierodigital.com/2012/01/gomez-sigala-reforma-a-la-ley-contra-delincuencia-organizada-es-un-instrumento-para-el-terrorismo-de-estado/>

⁹ Gianni Piva, Trina Pinto y Alfonso Granadillo, *Ley Orgánica contra la delincuencia organizada* (Caracas: Editorial Álvaro Nora, 2013). 239-240.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

comportando el terrorismo, producto de las distintas formas en las cuales este hecho punible puede ser cometido por un particular o conjunto de particulares debidamente organizados, y el criterio evaluativo a nivel de tipificación legislativa que le otorga cada estado; Tal problemática es sintetizada por Villegas¹⁰ de la siguiente manera:

Quienes estiman que el terrorismo se define por la naturaleza de los medios empleados (definiciones objetivas), en cuyo caso el terrorismo solo protegería bienes jurídicos individuales (vida, libertad, integridad, salud, etc.), y quienes estiman que el terrorismo se define por la presencia de elementos subjetivos en el tipo penal, los que se identificarían: a) con los efectos o resultados de alarma pública o de temor que puedan ocasionar los delitos; o b) con la finalidad política en el autor, en cuyo caso hay un bien jurídico colectivo y bienes jurídicos individuales.

Es por ello que, entre tratar de definir qué tiene prioridad dentro de la definición del Terrorismo, ya sean los medios de comisión con los cuales este se realiza o la subjetividad con fines políticos intrínseca al hecho, no ha sido sino con la llegada del siglo XXI que se ha empezado a refinar más una aproximación a lo que eventualmente podría considerarse un consenso mundial en cuanto al tipo penal y su definición terminológica. Las primeras bases que permitieron el avance en cuanto a la definición provinieron de la doctrina, de la cual podría destacarse la perspectiva de Schimid y Jongman¹¹, aceptada y reconocida por la Organización de las Naciones Unidas, los cuales en conjunto definían el Terrorismo como:

Un método de reiterada acción violenta inspirado en la angustia, utilizado por personas, grupos, o Estados, de forma (semi) clandestina, por razones idiosincrásicas, criminales o políticas, por medio de los cuales –a diferencia del asesinato– el objetivo inmediato de la violencia no es el objetivo final. Las víctimas humanas de la violencia son elegidas entre la población al azar (blancos de oportunidad) o de forma selectiva (blancos simbólicos o representativos) y se utilizan como generadores del mensaje terrorista. El proceso comunicativo entre el terrorista (u organización terrorista), víctimas (o amenazados) y objetivos principales,

¹⁰ Myrna Villegas, *Elementos para un concepto jurídico del Terrorismo* (Bogotá: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2016), Edición en PDF. 1-2.

¹¹ Alex Schmidt, Albert Jongman, et al, *Terrorismo Político: Una nueva guía para autores, conceptos, base de datos, teorías y literatura* (Londres: Routledge CO). Edición en PDF. 35-36.

basados en la violencia o amenaza de violencia, es utilizado para manipular a esos objetivos principales (audiencia) y convertirlos en blancos del terror, de las exigencias terroristas o de atención, dependiendo de si se busca la intimidación, la coacción o la propaganda.

De la definición mencionada, es importante destacar que en consecuencia el terrorismo comprende una serie de elementos que son generalmente compartidos, que de acuerdo a los citados autores vendrían siendo:

1. Violencia y fuerza como principales características de las acciones ejecutadas, evidenciándose una tendencia agresiva dentro de las conductas que encuadra el terrorismo;
2. Razones políticas, ideológicas, religiosas o idiosincrásicas que resultan ser el principal móvil o razón por la cual se realizan los actos, dejándose de un lado el móvil económico o de violencia en un segundo plano (a pesar, claro está, de usar la violencia como medio);
3. Victimarios que pueden ser personas escogidas de forma específica y premeditada, con fines de causar un alto impacto en la opinión pública o en la escena política, o pueden ser personas aleatorias que se encontraban al momento de realizarse los actos;
4. Los Victimarios son usados como una herramienta para transmitir un mensaje, en adelante denominado mensaje terrorista, que se conecta proporcionalmente con el fin político, ideológico, religioso o idiosincrásico, y;
5. Una población, que vendría siendo el objetivo principal o target a llegar con el mensaje terrorista, el cual se busca intimidar, aterrorizar, desarticular o controlar.

Tomando en cuenta entonces que el Terrorismo conglomeraba la violencia, el mensaje terrorista, los fines políticos y blancos específicos u ocasionales, se puede empezar a detallar un patrón o líneas a seguir dentro de los distintos instrumentos internacionales existentes con fines de regular la materia del Terrorismo, los cuales terminan diferenciándose en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos que traen consigo las respectivas disposiciones legales. El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo¹² de 1999 resulta ser uno de los mayores antecedentes internacionales en cuanto al intento de buscar una definición jurídica del Terrorismo e efectos de los sujetos

¹² Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

de derecho público internacional, el cual en su artículo 2 establece los siguientes aspectos en cuanto al terrorismo:

Artículo 2.

(omissis)...

1. b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o 3 contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

(omissis)...

Se puede ver como el citado Convenio considera que debe de existir el animus de lesionar al bien jurídico tutelado de la persona mediante la muerte o lesiones corporales, en conjunto de un fin intimidatorio y político, para considerarse un hecho como terrorismo, destacándose en consecuencia una aproximación jurídica al Terrorismo que podría considerarse restrictiva al momento de ser aplicado el tipo penal en sí, ya que se verá a continuación como el resto de las definiciones jurídicas del Terrorismo no restringen a que se pueda considerar únicamente como Terrorismo aquello que ocasione lesiones físicas o muerte a una persona o un conjunto de personas.

Y es que, tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de New York, Estados Unidos, se puede decir que el paradigma jurídico en cuanto al terrorismo cambió de forma circunstancial. Ello incitó a que las distintas organizaciones intergubernamentales empezasen a abordar la temática (y a su vez, problemática por las dificultades legislativas que representa) del terrorismo.

En lo que respecta a la ONU, sus aportes empezaron a raíz del mencionado evento con la Resolución 55/158¹³, que en años posteriores sirvió como fundamentación para la Resolución A/RES/60/43¹⁴ titulada “Medidas para eliminar el Terrorismo Internacional”, que a los efectos del presente estudio resulta de mayor interés que su fuente de origen, ya que la misma contempla una definición que asienta de forma más cercana las bases comunes jurídicas del delito del terrorismo a nivel mundial:

(Omissis)...

¹³ Aprobada por la Asamblea General en fecha 12 de diciembre de 2000.

¹⁴ Aprobada por la Asamblea General en fecha 08 de Diciembre de 2005.

Habiendo examinado el informe del Secretario General, el informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/2107, y el informe del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión establecido en virtud de la resolución 59/468,

(Omissis)...

2. Reitera que los actos criminales con fines políticos realizados con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas son injustificables en toda circunstancia, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos;

Como primer elemento a destacar de la anterior disposición segunda citada, la cual evidentemente hace referencia al terrorismo, es que se integra el “acto criminal” dentro de su desglosado de definición; esto se traduce a otras palabras a la conducta antijurídica, típica, culpable e imputable, que acarrea consigo una sanción o pena; y tal conducta cual se verá enmarcada en un “fin político”, este como segundo elemento a tomar en cuenta para clasificarse un hecho como terrorismo. Adicionalmente, las acciones pueden estar dirigidas a provocar un estado de terror en un conjunto de personas indeterminadas o un determinado grupo de personas, destacándose por consiguiente que no solamente se puede tratar de un colectivo conformado por la sociedad misma, sino un grupo o comunidad de la misma de acuerdo con los fines políticos que se estén manejando dentro de la organización criminal.

Y, en lo que respecta a la Unión Europea, organización intergubernamental cuyos países miembros llevaban sufriendo las consecuencias y secuelas del terrorismo desde hace muchos años más que los países del continente americano, a través de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra el Terrorismo¹⁵ de 2002 trae consigo importantes avances destinados al marco jurídico enfocado a la lucha, represión y campo de actuación contra el fenómeno terrorismo dentro del seno de la Comunidad Europea, los cuales pueden considerarse más relevantes que los contenidos en las Resoluciones de la ONU producto de que se define por primera vez de forma extensiva dentro de un cuerpo normativo internacional el terrorismo, disponiéndose en su artículo 1 que:

Artículo 1

¹⁵ Adoptado por el Consejo de la U.E. en fecha 13 de Junio de 2002.

Delitos de terrorismo y derechos y principios fundamentales

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

–intimidar gravemente a una población,

–obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

–o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;

b) atentados graves contra la integridad física de una persona;

c) secuestro o toma de rehenes;

d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;

e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;

f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;

g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).

(Omissis)...

Esta tipificación, desde la óptica de la teoría del delito, trae consigo las siguientes características y elementos:

1. Comprende necesariamente un acto de acción necesario para la consumación del delito (“Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a...”), estableciéndose en primera instancia un delito de Dolo directo el cual no tiene cabida la posibilidad de Culpa, debido a lo incongruente que vendría siendo un terrorismo sin intencionalidad, cuando el mismo contempla como uno de sus requisitos básicos el animus de un fin político.
2. El sujeto activo es determinado, a diferencia del pasivo el cual no se especifica alguno más allá de la población en general, ya que contempla que será considerado delitos del terrorismo todo aquel que sea cometido por alguien que tenga un fin que puede comprender:
 - a. “Intimidar gravemente a una población”: Entendiéndose por esto como la posibilidad de que un terrorista o un grupo terrorista mediante sus acciones pueda cohibir de acción a una sociedad, pudiendo inclusive desaparecer la sensación de “seguridad”.
 - b. “Obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”: Esto en el sentido de que se puede obtener mediante amenazas o acciones la actividad o inactividad de los organismos o poderes públicos, en una forma de constreñimiento.
 - c. “Desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”: Esto es por la ratio essendi política que lleva consigo el Terrorismo, el cual busca implantar nuevos órdenes y regímenes en la sociedad frente al status quo establecido y consolidado.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

3. Los medios de comisión son amplios, ya que esta acción se puede consumir con el empleo de la amenaza, violencia, armas de múltiples índoles (encontrándose desde armas de fuego, hasta armas nucleares), uso de bienes públicos en el caso de apoderamiento, entre otros.
4. Es un delito pluriofensivo, que de acuerdo con Goscilo¹⁶ los delitos pueden considerarse pluriofensivos cuando "...es amplia la gama de intereses individuales y sociales, simultánea o singularmente protegidos.", ya que por la cantidad de escenarios que se pueden reunir dentro del delito o los delitos del terrorismo (dependiendo de la legislación que se esté tratando), no solamente se está atentando en contra de un único bien jurídico tutelado, si no varios, como lo vendría siendo la vida, la libertad, el Estado, la seguridad de la nación, orden público, seguridad común, y otros.
5. Se puede consumir tanto con la realización de cualquiera de los actos tipificados desde el literal A al H, como también con la mera difusión de información que dé a entender que existe la posibilidad de cometer algunos de los actos señalados con el ánimo político descrito anteriormente.

Estos aportes inéditos se vieron seguidos después, en 2008, con la Decisión Marco 2008/919/JAI¹⁷, que trajo consigo modificaciones al articulado manejado previamente sobre la obligación de tipificación de delitos de terrorismo, ampliándose con miras a tratar las nuevas tendencias del Terrorismo que se estaban comenzando a ver con la evolución de la tecnología y los medios de comunicación:

(Omissis)...

Delitos ligados a actividades terroristas

A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por:

a) "provocación a la comisión de un delito de terrorismo". la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de

¹⁶ Antonieta Goscilo, «Los bienes jurídicos penalmente protegidos» Revista Lecciones y Ensayos Jurídicos – Temas de Derecho Penal II (1981), 29-30, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0046-1.pdf

¹⁷ Aprobada por el Consejo de la U.E. en fecha 08 de Noviembre de 2008.

terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos;

b) “captación de terroristas”: la petición a otra persona de que cometa cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), o en el artículo 2, apartado 2;

c) “adiestramiento de terroristas”: impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines.

(Omissis)...

Esta Decisión que modifica a la anteriormente citada fue interpretada por el informe “Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo”, suscrito por el aquel entonces Secretario General de la ONU Kofi Annan, de fecha 27 de abril de 2006. En el mismo, se indica que las nuevas disposiciones acerca del delito de terrorismo en cuanto a la distribución y esparcimiento de información sobre la materia no buscaba reprimir la divulgación de noticias, artículos académicos e información científica; sino que más bien buscaba castigar este esparcimiento de información doloso, es decir, con la intención real de captar personas y no simplemente informarles y advertirles sobre la amenaza o posibilidad de inseguridad que trae consigo del terrorismo dentro de un país o en la comunidad internacional.

Es por ello que, desde una perspectiva jurídica penal, hay que ver la captación de terroristas, adiestramiento de terroristas y la provocación a la comisión de un delito de terrorismo como hechos dolosos directos, los cuales se concatenan con el fin superior político y de orden que se ha venido desglosando en las anteriores líneas del presente estudio.

B. El terrorismo a nivel de legislaciones de competencia nacional

i. Colombia

Yéndose a lo que vendría siendo las legislaciones de países vecinos del continente latinoamericano, en las mismas puede observarse igualmente una presencia de los elementos constitutivos del delito de terrorismo que se han venido ya reiterando.

Colombia en su caso particular incluye el delito del Terrorismo en dos artículos de su Código Penal, publicado en el Diario Oficial de Colombia No.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

44097 del 24 de agosto del año 2000, primeramente, en el artículo 144 concerniente a los “Actos de Terrorismo”, y posteriormente en el artículo 434, en donde se contempla el tipo penal del terrorismo per sé. En cuanto a este último, se dispone de acuerdo con los siguientes términos:

Artículo 343. Terrorismo.

El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se señala en el artículo citado como sujeto activo al que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, estableciéndose un sujeto activo indeterminado, teniendo unos medios de comisión relativamente amplios al establecerse que serán aquellos actos que “*pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices*”.

Adicionalmente, se atenúa la pena en caso de que el delito sea cometido mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo (quedándose por fuera en su tipificación los medios electrónicos digitales como la internet), pudiendo agravarse esta pena, al igual que el delito en sí del terrorismo, mediante los supuestos contemplados en el artículo 344¹⁸ del mismo Código.

¹⁸ Artículo 344. Circunstancias de agravación punitiva: Las penas señaladas en el inciso primero del artículo anterior, serán de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6.666.66) a cuarenta y cinco mil (45.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando: 1. Se hiciere copartícipe en la comisión del delito a menor de dieciocho (18) años; 2. Se asalten o se tomen instalaciones de la Fuerza Pública, de los cuerpos de

También hay que revisar el artículo 144 ya mencionado, intrínsecamente conectado con el delito del terrorismo:

Artículo 144. Actos de terrorismo.

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

En contraste con las tipificaciones anteriormente citadas a nivel de legislación internacional, este artículo por disponer un tipo penal similar en cuanto a su denominación con el delito del terrorismo, pero distinto en cuanto a su contenido, trae consigo elementos un tanto específicos que no necesariamente son incluidos en los anteriores articulados; ejemplo de ello tenemos que el acto terrorista debe de tener un contexto de conflicto armado necesariamente para subsistir, al indicar “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado...*”, pero por el otro lado nuevamente se reúne dentro de una tipificación del delito del terrorismo un ánimo político en forma de “*Terror*” (que si bien no se menciona de forma expresa el aspecto político, se presume las razones por las cuales se busca lograr dicha aterrorización del colectivo), como también el hecho de que el terrorismo no solamente es consumado mediante la realización o tentativa de los actos señalados o delitos cometidos con fines terroristas, sino además la amenaza como forma en la que puede consumarse el terrorismo dentro de la legislación colombiana.

ii. Argentina

Otro escenario jurídico de interés del continente latinoamericano en cuanto al terrorismo se encuentra en la legislación de Argentina, ya que, en su Código Penal de la Nación, el cual desde su sanción en 1921 ha tenido 900 modificaciones parciales, contempla el terrorismo en su artículo 41 de una forma

seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares; 3. La conducta se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos; 4. El autor o partícipe sea miembro de la Fuerza Pública o de organismo de seguridad del Estado; 5. Cuando la conducta recaiga sobre persona internacionalmente protegida diferente de las señaladas en el título II de este Libro, o agentes diplomáticos de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, o se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

particular que difiere con los anteriores ejemplos, ya que en el siguiente caso nos encontramos es más bien con una agravante, y no un delito en sí:

Artículo 41 quinquies: Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.” “Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

En cuanto a las observaciones que pudieren realizarse sobre el artículo, destaca sobre el resto el aspecto ya adelantado de que nos encontramos en el caso *in concreto* una agravante genérica aplicable para todos los delitos contemplados tanto en el Código Penal argentino, como en las demás leyes especiales del cuerpo normativo punitivo de dicha nación. Lo mismo representa una ambigüedad, que Durrieu¹⁹ manifiesta con una gran precisión y terminología adecuada en las siguientes líneas:

Puesto en otros términos, la amplia y ambigua redacción del agravante genérico del primer párrafo habilita su aplicación a “cualquier delito penal”, tenga o no que ver, en principio, con los delitos de sangre o de amenaza de ataque terrorista a los que se refiere la definición (específica y genérica) del delito internacional de ‘acto terrorista’ contenida en las fuentes internacionales del derecho penal (esto es, Tratados Internacionales de las Naciones Unidas y de la OEA y la Resolución 1372 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas). Y, a su vez, la aclaración del segundo párrafo resulta ser un agregado superfluo e innecesario que no termina de restringir en forma clara y precisa las ‘dobles o múltiples interpretaciones’ que pueden surgir del agravante genérico del primer párrafo.

¹⁹ Roberto Durrieu, *Ley anti-antiterrorismo: una muestra más de la expansión injustificada y abusiva del derecho punitivo* (Buenos Aires: Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 2013), edición en PDF, 18-19. [http://www2.congreso.gov.pe/si-cr/cendocbib/con4_uibd.nsf/957E5552B8E8965D05257AC50073F648/\\$FILE/la-ley-anti-terrorismo.pdf](http://www2.congreso.gov.pe/si-cr/cendocbib/con4_uibd.nsf/957E5552B8E8965D05257AC50073F648/$FILE/la-ley-anti-terrorismo.pdf)

Dicha desconexión que pudiera suscitarse entre los tantos tipos penales contemplados en el Código Penal y demás leyes especiales de la legislación argentina con esta agravante se asemeja en demasía con la problemática que implica el artículo que contempla el terrorismo en la legislación venezolana; pero este último punto será ahondado con su debida profundidad en los próximos apéndices restantes al presente estudio.

III. *El delito de terrorismo en la legislación venezolana: caso comparativo con España*

A partir de las definiciones y tipos penales vistos en párrafos anteriores, podemos tener entonces al terrorismo como aquel acto o conjunto de actos violentos, cometidos por una persona o conjunto de personas que persiguen una meta o fin político ulterior de imponer una nueva base, ideología u orden, y que emplean como medios la amenaza, el terror y la realización de distintos hechos punibles con miras a reprimir y atemorizar a una determinada sociedad o colectivo. A partir de la síntesis realizada, y teniendo una vista más clara de este fenómeno delictual a la luz del derecho, es ahora pertinente entrar a realizar un análisis minucioso al tipo penal objeto del presente estudio, y sus tipos penales directamente correlacionados, tanto en la legislación venezolana (específicamente, LOCDOFT), como en la legislación del país de España, miembro integrante de la Unión Europea y país escogido para la realización del análisis de Derecho Comparado.

La selección del país España a los efectos de analizarlo bajo el método del Derecho Comparado en conjunto con el caso Venezuela se debe a que el mismo es uno de los países de habla hispana que, por excelencia jurídica manifestada, trae consigo un cuerpo normativo competente y extensivo en cuanto al terrorismo; cuestión que se concatena de acuerdo por Pagazaurtundúa²⁰ con el hecho de que este país hasta el año 2017 “...la cantidad de muertos (por terrorismo) ascendía a 253”, según la data manejada por el autor, y que ha obligado a la nación europea a ir actualizando de forma constante una normativa con miras a reprimir y prevenir esta conducta que se ha venido presentando de forma notoria en el continente europeo, tal como se ha mencionado previamente.

Es por ello que resulta factible traer del derecho comparado a la legislación española en cuanto al delito del terrorismo y compararle con la legislación venezolana, ya que permite discernir de mejor forma la tipología penal terrorista entre un país con una legislación desarrollada a partir de la experiencia y múltiples enmiendas modificatorias, y un país el cual le ha sido

²⁰ Maite Pagazaurtundúa, *Libro blanco y negro del Terrorismo de Europa* (Madrid: Editorial Alianza de los demócratas y liberales por Europa, 2017), Edición en PDF, 32-33, https://iugm.es/wp-content/uploads/2017/06/Libro_Blanco_Negro.pdf

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

incorporado de forma relativamente reciente la tipificación penal de dicha conducta punible.

Los delitos del terrorismo, en el contexto jurídico español, aparecen recogidos de acuerdo a Villacampa²¹ por primera vez en el Código Penal con su reforma del año 1995, cuerpo normativo sustantivo base del sistema penal en el país, tratándose estos delitos como determinadas infracciones que atentaban contra el “orden público”, siendo este el bien jurídico tutelado. Antes de esta regulación, la legislación antiterrorista era de carácter de ley especial y no venía recogida en los códigos penales. Esto comienza a cambiar a partir de la Ley Orgánica 82/1978, de 28 de diciembre de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, y la posterior Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo a la cual sigue la LO 3/1988 de reforma del Código Penal, que dio con lugar a la sección referida a los delitos de terrorismo (que se sigue conservando), y que rompe de este modo con el carácter de ley especial de los delitos del terrorismo.

La ley orgánica 2/2015, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 30 de marzo de 2015 y que es la cual aún se mantiene vigente a la fecha de realización de la presente investigación, modifica los artículos concernientes a los delitos de terrorismo que son del 571 al 580 del Código Penal. En total, entre las reformas del año 2003, como las del 2010, así como también las actuales, suman 27 modificaciones que ha sufrido el Código Penal de España en cuanto a la materia del Terrorismo, cuestión que deja evidencia de la constante actualización y extensión de análisis que goza el Terrorismo dentro del escenario jurídico.

A. El delito de terrorismo en el Artículo 573 del Código Penal de España

Dentro de dicho Código Penal de España, del cual se ha descrito de forma sucinta su evolución, se contempla actualmente el delito de terrorismo en el Capítulo VII titulado “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, específicamente como se mencionó en su Artículo 573:

Artículo 573.

1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y

²¹ Francisco Villacampa, *La Legislación Europea ante el fenómeno Yihadista* (Barcelona: Universitat Abat Oliba CEU, 2017), Edición en PDF. <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/457434/Tfvm.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.

Debido a la extensión del artículo, y el ánimo de realizar un estudio comparativo detallado entre el delito de terrorismo en España y el de Venezuela, el mismo a la luz de la teoría del delito contiene los siguientes elementos cruciales para el presente estudio:

En cuanto al acto contenido en el delito, es una acción que en cuanto a su comisión podrá ser realizada por la siguiente amplitud de medios incluidos:

1. Acciones en contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública y la corona;
2. Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías;

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

3. Las acciones contenidas en los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis²² (acceso indebido de sistema informático e interceptación indebida de redes y comunicaciones), 197 ter²³ (facilitación de software o herramientas para accesos indebidos a sistemas informáticos) y 264 a 264 quater (sabotaje de sistemas, sabotaje de redes y comunicaciones y facilitación de software o herramientas de sabotaje informático), todos del mismo Código, y;
4. El resto de los actos contenidos en los delitos tipificados en el capítulo VII citado, como la capacitación, adiestramiento, colaboración y difusión terrorista, entre otros, comprendiéndose entonces una notable cantidad de medios de comisión.

Tal amplitud de medios de comisión del delito de Terrorismo deben ser cometidos con los cuatro fines señalados en el artículo 573, los cuales son:

1. Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
2. Alterar gravemente la paz pública.
3. Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
4. Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.
5. Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las

²² Artículo 197 bis: 1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. 2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

²³ Artículo 197 ter: Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

En cada una de estas, el fin político se encuentra plasmado, ya que cada uno de los fines mencionados desencadena como consecuencia resultados políticos y sociales. Resulta menester destacar en cuanto a los fines señalados que algunos son evidentemente extraídos de los tratados y cuerpos normativos internacionales previamente citados, como vendría siendo la coerción a un poder público de acción o abstención, así como también la subversión del orden constitucional.

También es preciso resaltar que el delito citado es de carácter netamente doloso, pudiendo ser este tanto directo como indirecto debido a la amplitud de medios por los cuales puede ser cometido el Terrorismo. Por ejemplo, el homicidio individual de una figura de gran importancia pública, con fines de alterar el orden constitucional, es un delito del terrorismo con una característica dolosa directa. En cambio, cuando el asesinato es realizado mediante el empleo de algún artefacto explosivo, la ocasión de las muertes conexas con la explosión, aun cuando el objetivo específico sea uno solo, hace que el hecho terrorista contenga un dolo indirecto, al verse afectado un conjunto de personas que el sujeto activo aceptó que podrían verse afectadas, sin ser estos el objetivo específico de la acción.

Es por ello que, por su dolo directo, nos encontramos con un tipo penal de resultado, que de acuerdo a Modolell²⁴ se considerará delito de resultado aquel que “*se compone de la conducta positiva (acción) y una modificación espacio-tiempo separada de la misma (resultado material), ambas unidas por una relación de causalidad*”. Debido a que la gran mayoría (por no decir todos) de los tipos penales contra los bienes jurídicos tutelados amparados por el artículo y las acciones descritas son de resultado, ya que modifican al mundo externo, los escenarios que se pudiera hablar de la comisión del terrorismo como un delito de mera conducta vendrían siendo muy contados; podría traerse como ejemplo el artículo referente a la organización o grupo terrorista²⁵.

En lo que respecta a los sujetos, tanto el sujeto activo como el pasivo son indeterminados, en el sentido de que no se otorgan mayores especificaciones sobre el sujeto que comete el acto, y en el que se manifiesta las consecuencias

²⁴ Juan Modolell, *Derecho Penal – Teoría del Delito* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014), 75-76.

²⁵ El Artículo 572 ejusdem establece penas de ocho a 15 años de prisión a aquellas personas promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista; como a su vez penas de seis a doce años de prisión para aquellos que participen o formen parte activa de los mismos. Esto pudiera equipararse con otro tipo penal de mera conducta en la legislación venezolana, como lo es la “asociación para delinquir”, contemplado en el Artículo 37 LOCODFT.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

de dicho acto. Podría mencionarse dado caso que, en adición al sujeto activo que este puede ser tanto un sujeto actuando por su cuenta, como un sujeto que sea integrante de una organización o grupo terrorista, ya que el artículo no especifica este aspecto subjetivo del delito.

También hay que señalar que, al igual que en los cuerpos normativos internacionales, nos encontramos con un delito pluriofensivo que de forma expresa indica tal naturaleza al decir que “*se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio...*”. Por una sola comisión del supuesto de hecho punible del terrorismo, por consiguiente, se puede llegar a ofender jurídicamente hablando a distintos bienes jurídicos tutelados por el código penal español.

Y, finalmente, en cuanto al objeto, como el resto de los elementos del delito, puede variar mucho dependiendo de la acción realizada con los fines ya citados. El objeto material, por ejemplo, pudiese ser generalmente las personas, como en escenarios de atentados con explosivos y ocupación ilícita de aeronaves, ambos contenidos en los medios de comisión del delito; en cambio, el objeto jurídico al ser un delito pluriofensivo puede ser cualquiera de los señalados por el mismo artículo, variando de acuerdo con el escenario que se plantee.

Por ello es que, en cuanto al delito del Terrorismo en España, se puede decir que aun teniendo una notable extensión y cuerpo normativo que refuerza al mismo (Artículos siguientes como el 575²⁶, que castiga todo lo concerniente

²⁶ Artículo 575:

1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior. Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

a la capacitación para integrarse en un grupo terrorista, o el 577²⁷ en el que se castiga la colaboración con grupos u organizaciones terroristas, entre otros), la interpretación, imputación y aplicación de pena del mismo artículo trae ciertas dificultades en cuanto al extensivo análisis requerido, debido a la cantidad de medios de comisión posibles que contiene el delito, siendo este quizás el que más medios contiene en un mismo articulado dentro de toda la legislación penal española.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero.

²⁷ Artículo 577.

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior. Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. Asimismo se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello. Las penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos.

3. Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

B. El delito de terrorismo en el Artículo 52 LOCDOFT

Teniendo entonces el análisis jurídico del delito de terrorismo en España, es preciso ponerlo en comparación con el contexto jurídico venezolano. La LOCDOFT en su articulado contempla el terrorismo de la siguiente forma en su artículo 52:

Artículo 52. El o la terrorista individual o quienes asociados mediante una organización terrorista, realice o trate de realizar uno o varios actos terroristas, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años.

De una breve lectura del artículo se puede dejar en evidencia la fundamentación de la opinión por parte de los autores Piva, Trina y Granadillo, previamente citados. No se otorga definición alguna sobre lo que es un terrorista individual, organización terrorista y actos terroristas; elementos prácticamente fundamentales que traen consigo la real definición del delito del terrorismo, y que permitirían la necesaria comprensión lectora para comprender la norma. En cambio, la definición de tales términos es ubicada por el legislador en el Artículo 4 ejusdem, referido a las “Definiciones” a aplicar en el presente cuerpo normativo penal especial:

Artículo 2: A los efectos de esta Ley, se entiende por:

1. Acto terrorista: es aquel acto intencionado que por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el ordenamiento jurídico venezolano, cometido con el fin de intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Serán considerados actos terroristas los que se realicen o ejecuten a través de los siguientes medios:

a. atentados contra la vida de una persona que puedan causar la muerte;

b. atentados contra la integridad física de una persona;

c. secuestro o toma de rehenes;

d. causar destrucciones masivas a un gobierno o a instalaciones públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información,

plataformas fijas o flotantes emplazadas en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;

e. apoderamiento de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo, o de mercancías;

f. fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro, desarrollo o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas;

g. liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

h. perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas.

(Omissis)...

17. Organización terrorista: grupo de tres o más personas asociadas con el propósito común de llevar a cabo, de modo concurrente o alternativo, el diseño, la preparación, la organización, el financiamiento o la ejecución de uno o varios actos terroristas.

(Omissis)...

22. Terrorista individual: persona natural que sin pertenecer a una organización o grupo terrorista, diseñe, prepare, organice, financie y ejecute uno o varios actos terroristas.

Ubicándose entonces los elementos faltantes del artículo 52, contenidos en el artículo 4, el delito del terrorismo en la legislación venezolana puede verse bajo los siguientes términos, de acuerdo con la teoría del delito (sin entrar, por los momentos, en el análisis sobre la peculiar decisión de técnica legislativa) y en contraste con el artículo 573 del Código Penal Español:

Inicialmente hay que indicar que el delito contenido en el artículo 52 no define propiamente los actos ni los medios de comisión, al encontrarse estos en el Artículo 4 de la misma ley. Se establece primeramente que dicha acción puede ser cualquier acto “*tipificado como delito según el ordenamiento jurídico venezolano*”, estableciéndose una amplitud muy grande en cuanto a los actos que puede abarcar en este delito, al punto de abarcar prácticamente todo el marco

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

legislativo penal de acuerdo con la tipificación citada; adicionalmente, se indica que dicha acción comprende a su vez la serie de actos descritos desde el literal A al H:

- A. *Atentados contra la vida de una persona que pueda causar la muerte: Se especifica que el atentado tiene que ser realizado en contra de la vida, ya que los atentados pueden ser también dirigidos en contra de bienes materiales o la moral, entre otros.*
- B. *Atentados contra la integridad física de una persona que puedan causar la muerte: Este literal puede considerarse como redundante, ya que la vida como bien jurídico tutelado trae consigo la integridad física de las personas.*
- C. *Secuestro o toma de rehenes: El secuestro y la toma de rehenes son hechos punibles contemplados y debidamente descritos no solamente en el Código Penal sino también en la Ley Contra el Secuestro y la Extorsión, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria 39194 de fecha 05/06/2009.*
- D. *Causar destrucciones masivas a un gobierno o a instalaciones públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información, plataformas fijas o flotantes emplazadas en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico: La alteración, afectación y destrucción de bienes de dominio público y privado también entra como un medio de comisión del Terrorismo, incluyéndose entonces una amplitud de conductas destinadas a afectar determinadas infraestructuras vitales.*
- E. *Apoderamiento de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías: El apoderamiento de dichos vehículos está igualmente incluido, siendo este punto particularmente similar al de los cuerpos normativos internacionales, incluyendo también al Código Penal Español.*
- F. *Fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro, desarrollo o utilización de armas de fuego,*

explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas: Aquí entran medios de comisión que son descritos debidamente en los delitos recogidos tanto en el Código Penal, la propia LOCDOT y la Ley para el Desarme, Control de Armas y Municiones.

- G. *Liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas.*
- H. *Perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas.*

Puede detallarse cómo los medios de comisión no distan mucho de los contentivos en el Código Penal de España, pudiéndose exceptuar que el literal H respecto a los servicios públicos no entra dentro de los supuestos contentivos en el contexto jurídico español; aun con ello, la LOCDOT adolece de la falta de castigo por las conductas de adiestramiento, adoctrinamiento, capacitación y esparcimiento de información de capacitación terrorista, como sí ocurre en el escenario jurídico español, dejándose a un lado sin ninguna razón evidente estas conductas.

Otro aspecto de estos medios de comisión, y la acción en sí incluida del delito del terrorismo, es que como en el caso español existe un fin político ulterior, el cual proviene de los fines contenidos en el artículo que son compartidos tanto de los cuerpos normativos internacionales como del propio Código Penal de España:

1. Intimidar gravemente a una población;
2. Obligar indebidamente a los gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo y;
3. Desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Al igual que el delito del Terrorismo en España, este es de carácter doloso, pudiendo ser nuevamente directo o indirecto ya que se reúnen diversas conductas y medios de comisión que pueden traer consigo diversos tipos dolosos; Adicionalmente, también es igualmente de resultado inmediato, con la distinción que la LOCDOT no contempla el castigo a la pertenencia e integración en una organización terrorista, cuestión ya comentada en líneas anteriores.

En cuanto a los sujetos del delito, existe una clara diferencia en cuanto al contexto jurídico español, ya que aquí el sujeto activo sí es determinado, al

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

indicar que la acción será realizada por “*El o la /terrorista individual o quienes asociados mediante una organización terrorista...*”. En cuanto al “terrorista individual”, que es definido por el artículo 4 LOCODFT como “*persona natural que sin pertenecer a una organización o grupo terrorista, diseñe, prepare, organice, financie y ejecute uno o varios actos terroristas*”, a consideración de la presente investigación se estima como una innecesaria calificación determinada del sujeto activo, ya que la misma definición del mismo no dista en lo absoluto de si se hubiera dejado sin especificar el sujeto activo dentro del delito, cayendo en consecuencia la normativa venezolana en una severa redundancia legislativa. Por parte del sujeto pasivo, el mismo no es determinado en contraste con el activo, al igual que en la legislación española.

También, al igual que en el caso España como también en el caso internacional general, nos encontramos en la LOCDOFT con un delito pluriofensivo, debido a la variedad de atentados que pueden realizarse mediante los medios de comisión, en contra los distintos bienes jurídicos tutelados existentes; la diferencia radicaría, en comparación con el Código Penal de España, en que estos bienes jurídicos tutelados no son mencionados de la misma forma textual y expresa, si no que se presumen mediante el análisis de los medios de comisión contenidos. Y, en cuanto al objeto, tanto el material como jurídico contentivos dentro del delito del artículo 52 LOCODFT no se diferencian del caso español, al verse que ambos pueden variar dependiendo del medio de comisión; Aunque se mantiene que la regla general vendría siendo que el bien material sea las personas o los bienes o propiedades que sean afectados por la comisión de los actos terroristas antes señalados.

Como punto final puede destacarse, resultante del análisis del artículo citado, que contiene la peculiaridad del castigo de “*uno o varios actos terroristas*”, pudiendo darse a entender que el delito del terrorismo castigará independientemente de la cantidad de actos terroristas cometidos con 25 a 30 años de prisión al terrorista perteneciente a una organización terrorista, como a su vez al terrorista individual. También, en cuanto a la punibilidad, puede comentarse que el límite superior e inferior de la pena encuadra dentro del máximo de años a cumplir en prisión de acuerdo con el Código Penal venezolano²⁸ y la CRBV, y que se aplicará sin distinción de jerarquía o rango de la persona dentro de la organización terrorista.

Habiéndose entonces analizado tanto el artículo del delito del Terrorismo español y venezolano, puede llegarse que a prima facie ambos contemplan disposiciones similares, lo cual trae consigo en cuanto al caso Venezuela el mismo problema de la enorme amplitud del delito del Terrorismo que contiene el caso

²⁸ Código Penal (G.O. Extraordinaria No. 5.949 del 20 de Octubre de 2000).

España, cuestión que evidentemente causa una difícil y extensiva aplicación del tipo penal por los diversos medios de comisión.

Aún con ello, resulta más destacable no solamente las redundancias legislativas realizadas en el artículo 52 LOCDFT, previamente indicadas, si no la peculiar forma de redacción tan sucinta que realiza la legislación penal especial venezolana en cuanto al terrorismo, decidiendo agrupar conceptos vitales para la comprensión del artículo dentro de otro artículo. Pero, las posibles consecuencias jurídicas que trae consigo la forma de redacción del artículo 52 al realizar dicha remisión a otra norma de la misma ley orgánica, y la importancia de dichas consecuencias, son los próximos aspectos a analizar en detalle.

IV. Las problemáticas de técnica legislativa del delito de terrorismo en la legislación venezolana y sus consecuencias legales

Habiéndose determinado ut supra una definición concreta de lo que comporta el terrorismo dentro de la rama jurídica penalista, el cómo se maneja este delito dentro de los cuerpos normativos internacionales, ciertas legislaciones de países de la comunidad internacional y analizado a su vez el delito de terrorismo en la legislación nacional, en contraste con la forma en la que se encuentra tipificado en la legislación española, es finalmente posible entrar a la *ratio essendi* del presente estudio: Lograr determinar si el artículo 52 de la LOCDFT incurre en ser un tipo penal en blanco, y si esto comporta o no una clara violación del principio de legalidad contenido en la CRBV.

A. Sobre el Principio de Legalidad en el marco normativo venezolano

Partiendo que el principio de legalidad es aquel fundamento básico de derecho constitucional que exige que la materia penal pueda ser únicamente regulada mediante la ley, y los aspectos previamente indicados en cuanto al artículo 52 de la LOCDFT, es menester primeramente analizar la disposición contenida en la CRBV en cuanto al tema, con fines de lograr disuadir la interrogante en cuanto a si es violatorio o no dicho artículo mencionado de este principio constitucional.

A los efectos de la doctrina nacional según Guillermo²⁹ el principio de legalidad penal como garantía constitucional se instituye desde "*el primer instante del ser, de la existencia de la vida, razón, fundamento, origen*". De esta forma, el autor afirma bajo los mismos términos que dicho principio es la máxima jurídica en donde se consagra la legitimidad y legalidad del Derecho

²⁹ Guillermo Iván, «Tema 2: LA FUENTE DEL DERECHO PENAL» *Lecciones de Derecho Penal - Vi veritatis et iustitiae*, 11 de Enero de 2012, acceso el 16 de Septiembre de 2020, <https://derecho-penal.jimdo.com/penal-i/tema-2/>

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

Penal, y que su contenido está representado en el aforismo latino “*Nullum crimen, nula poena sine praevia lege*”, ampliamente usado y citado dentro de diversos trabajos penalistas doctrinarios, al igual que en decisiones judiciales.

El Principio de Legalidad por consecuencia obliga a que el delito se encuentre expresamente previsto en una Ley Formal, previo, descrito con contornos precisos, que de acuerdo con Gómez³⁰ resulta una forma “*de manera de garantizar la seguridad del ciudadano, quien debe saber exactamente cuál es la conducta prohibida*”, como a su vez “*cuáles son las consecuencias de la trasgresión o las penalidades que siguen a su conducta lesiva a los bienes protegidos por la norma penal*”.

Dicho principio resulta prácticamente sine qua non dentro de las legislaciones actuales, ya que de acuerdo con los términos manejados por Carrasquilla³¹ “*Es absolutamente indispensable que la ley describa el hecho punible de manera inequívoca*”. Ergo, no es solamente establecer dentro de un cuerpo normativo la norma o sanción penal; es también establecerlo bajo una serie de condiciones, que satisfagan la suficiente claridad de redacción necesaria de la norma penal para evitar complicaciones al momento de su interpretación, análisis y aplicación, la cual no puede contener errores y formalismos que obstruyen la comprensión de la misma.

Ahora, a efectos del marco jurídico venezolano penal, y para la presente investigación, la Sentencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Exp. N° 07-0800, de fecha 03 de Agosto de 2007³², trae consigo una extensiva definición del principio de legalidad, y más importante, una descripción más expresa de la necesidad de una clara y adecuada redacción de los tipos penales dentro de la legislación venezolana.

Inicialmente, la Sala realiza una aproximación previa de lo que se podría definir como Principio de Legalidad de acuerdo a lo contenido en el Artículo 49 de la CRBV:

(Omissis)...

...el PRINCIPIO DE LEGALIDAD funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho penal, por lo cual tal principio se vincula con el imperio de la ley como

³⁰ Nola Gómez, *Análisis de los principios del Derecho Penal* (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013). Edición en PDF, 12-13.

³¹ Fernando Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental - Tomo I* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 1955), 78.

³² <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1676-030807-07-0800.HTM>

presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

Sucesivamente, la Sala dispone la fuente de la cual deben de emerger dichos cuerpos normativos contentivos de las normas penales sustantivas, tanto del cuerpo legal base (Código Penal) como del resto de las leyes penales especiales contentivas de la legislación venezolana, con miras a desarrollar el resto de los hechos punibles no incluidos dentro del código mencionado:

(Omissis)...

La formulación de este principio se traduce, básicamente, en que todo el régimen de los delitos y las penas debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

Una vez habiendo descrito la fuente de la cual proviene la ley penal, de acuerdo al artículo mencionado, se desglosa que el Principio de Legalidad de la CRBV comprende a su vez cuatro garantías estructurales, siendo la primera enunciada la de mayor importancia a los efectos del estudio que hemos venido realizando:

(Omissis)...

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía formal se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (nullum crimen sine lege); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (nulla poena sine lege); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

Esta Garantía Criminal, desarrollada en el artículo 1 del Código Penal³³ y que viene con el aforismo latino ya citado anteriormente, está en paralelo de una garantía genérica de acuerdo al criterio vinculante de la Sala Constitucional, la cual versa bajo los siguientes términos:

(Omissis)...

...una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores exigencias deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (lex praevia), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (lex scripta), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (lex stricta o lex certa), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

De lo anteriormente citado, se extraen los siguientes aspectos a destacar: Primero, que la normativa penal no puede contemplar la retroactividad en el sentido punitivo, a menos que favorezca el reo (cuestión universal no solamente en nuestra legislación si no en el conglomerado de cuerpos normativos penales internacionales); segundo, que la normativa penal no puede acudir a la analogía como las ramas del derecho civil, administrativo, laboral u otras diversas, sino que debe de ser necesariamente escrita y explícita; y tercero, el punto definitivamente más importante, que se describa un supuesto de hecho determinado.

En cuanto a este supuesto de hecho determinado, bajo los lineamientos citados, se debe de describir de una forma clara, con facilidad para el lector, “...las características del hecho punible”, cuestión que se liga con el aforismo latino lex stricta el cual contempla la ley penal como una ley estricta de la cual no debe de contenerse mayores interpretaciones más allá de lo que se encuentra plasmado. Adicionalmente, de acuerdo al aspecto desarrollado, se desliga el principio también presente dentro del Principio de Legalidad del principio de taxatividad, el cual viene a evitar las descripciones indeterminadas, vagas o ambiguas, que permitan divagaciones o interpretaciones subjetivas por parte del

³³ Artículo 1: Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas.

poder judicial en cuanto a las normas, y la confusión por parte de los ciudadanos y demás actores del sistema penal y su respectivo proceso penal.

Tal es la exigencia de la descripción de la conducta de forma precisa y determinada, que la Sala establece que el contenido del principio de legalidad “...se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa e inequívoca”, de aquello que conocemos como conducta, que se encuentra contenida dentro de la norma, y que “cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo”.

Arteaga³⁴ destaca que la Tipicidad ha venido evolucionando de acuerdo con el principio paradigmático del derecho, pasando de ser simplemente la exigencia de que la norma estuviese contemplada de forma escrita en un cuerpo normativo, a que dicha exigencia escrita tuviese una serie de requisitos y cualidades, cuestión que se conecta con la decisión citada de la Sala Constitucional:

(Omissis)...

...Y en cuanto a la función de la tipicidad en la teoría del delito, asimismo, se han operado algunos importantes cambios, desde una concepción meramente descriptiva, objetiva y neutra del tipo hacia una concepción que reconoce elementos normativos y subjetivos en el tipo y que vincula la tipicidad con la antijuricidad.

Esta evolución, evidentemente, puede ligarse entonces con lo que se ha venido demostrando; que no basta con que solamente la norma sea escrita, que haya sido publicada previo a la comisión del hecho y que en la misma se establezca un supuesto de hecho del cual se desprende la aplicabilidad o no de la norma penal de acuerdo al escenario que se maneje; si no que también se debe de satisfacer una conexión lógica entre el hecho, el resultado y la causalidad que se maneje; que no se debe de dejar en el aire los elementos de tipo, y que de describa realmente lo que es el acto, los sujetos y demás aspectos teóricos y jurídicos necesarios para que una norma o tipo penal sea lo suficiente ante la legislación y las normas constitucionales, en este caso, artículo 49 numeral 6 CRBV y artículo 1 del Código Penal.

B. Sobre el “tipo penal en blanco” y el Artículo 52 LOCDOFT

Entonces, teniendo una clara precisión sobre el principio de legalidad, las garantías estructurales que ese contempla y su intrínseca conexión con la

³⁴ Alberto Arteaga Sánchez, *Derecho Penal Venezolano* (Caracas: Editorial Álvaro Nora, 2012), 234-235.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

tipicidad como uno de los elementos fundamentales y también indispensables de la Teoría del Delito, es posible entonces precisar que es una idea general aceptada y reiterada dentro del escenario jurídico venezolano que las normas y tipos penales contienen unas exigencias en cuanto a su redacción, y que el poder legislativo (y en casos excepcionales, el presidente) deben de satisfacerlas con miras a respetar una garantía de rango constitucional.

Pero, ¿Qué puede considerarse contrario al principio de la legalidad?; más allá de la ausencia de tipicidad, o de una tipicidad que adolece errores de tipo, los doctrinarios lo definen como Tipo Penal en Blanco. Este concepto, del cual deriva la ausencia de tipicidad como elemento negativo de la Tipicidad, correspondiente a la teoría del delito, es definido por Arteaga³⁵ como “*normas en las que se determina en forma precisa la sanción, pero no el precepto, el cual se completa con un Reglamento o con otra orden de autoridad*”. A su vez, autores de España como Muñoz y García³⁶ lo define como el delito que “*cuyo supuesto de hecho se integra por remisión que hace la ley penal a otra norma*”.

El autor colombiano Sandoval³⁷, por su parte, destaca el conflicto que generalmente representa el tipo penal en blanco ante las garantías normativas y constitucionales, refiriéndose en específico al caso de la legislación colombiana:

(Omissis)...

...La mayoría de la doctrina reconoce que estas remisiones afectan importantes principios y garantías o las ponen en peligro, aunque luego, un sector importante de dicha doctrina, al sopesar el efectivismo de las normas que estiman necesarias en esta materia y las garantías del derecho penal se deciden por lo primero, lo hacen "conciliable"

Por desgracia, dentro de la jurisprudencia venezolana poco se ha pronunciado las salas integrantes del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al tipo penal en blanco; ausencia jurisprudencial la cual parece no tener explicación alguna, siendo que en Venezuela pudiesen llegar a existir determinados casos de tipos penales en blanco. Esto ha ocasionado que la definición manejada del tipo penal en blanco sea meramente doctrinaria.

Con todo lo mencionado, es preciso indicar la conexión existente entre los términos manejados (principio de legalidad penal y tipo penal en blanco) con

³⁵ Arteaga, *Derecho Penal Venezolano*, 242.

³⁶ Francisco Muñoz y Mercedes García, *Derecho Penal – Parte General* (Valencia: Editorial Titan lo Branch, 1993), 35.

³⁷ Jaime Fernández, «Límites materiales de los tipos penales en blanco: Una visión garantista» *Revista Nuevo Foro Penal No. 61* (1999), 118. <http://www.scie-lo.org.co/pdf/inno/v14n23/v14n23a11.pdf>

el Artículo 52 de la LOCDOFT, punto del cual se partirá mediante la opinión expresada por Piva, Trina y Granadillo³⁸, previamente citada en el presente escrito pero que nuevamente será traída a los efectos de facilitar la siguiente lectura:

A nuestro modo de ver este artículo es inconstitucional, ya que el mismo no define una conducta propia si no por el contrario es de un tipo penal en blanco, ya que no estatuye cual es el tipo penal que protege, se limita a decir con una gran amplitud uno o varios actos terroristas, cuestión que violenta el Art. 49 numeral 6 del CRBV, el cual en su literalidad reza...

(Omissis)...

Como se puede ver, la opinión del autor apunta a que el artículo entra en conflicto con una garantía constitucional. Ciertamente, como se mencionó anteriormente, uno de los aspectos que más resalta de la particular redacción del artículo 52 LOCDOFT, referido al terrorismo, es la falta de definición dentro de sí del terrorista individual, organización terrorista y más importante lo que es el acto terrorista, el supuesto de hecho per sé.

Dicho supuesto de hecho, si se aplica lo anteriormente citado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debe de verse conectado con otros elementos del delito, existir en sí una relación de causalidad y adicionalmente satisfacer una redacción lo suficientemente clara, concisa y precisa sobre la conducta la cual se considerará punible. En consecuencia de ello, es válido preguntarse como primer planteamiento el por qué la norma decide obviar la definición entera de lo que es un acto terrorista, siendo este un concepto el cual implica muchísimas aspectos como se ha venido demostrando.

Dicha pregunta, desde determinada perspectiva, podría responderse porque la LOCDOFT indica en su artículo 4 que a los efectos de la ley se entenderán las definiciones incluidas en el desglose articulado contentivo de la norma señalada. Pero eso trae en consecuencia otra pregunta, sobre si aquello no entra entonces en conflicto con la Tipicidad, que exige de forma expresa que el supuesto de hecho sea descrito dentro de la misma norma, y no que sea necesario acudir a otro artículo, o en algunos casos, a otro cuerpo normativo para entender la norma en sí.

Y es que, aun aplicándose la postura de que es válido la remisión del artículo 52 a las definiciones contentivas del artículo 4, cuestión que es evidentemente obtuso al momento de la interpretación y aplicación del artículo por parte de los actores del proceso penal venezolano, en la misma definición de

³⁸ Piva y Granadillo, *Ley orgánica contra la delincuencia organizada*, 240.

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

lo que es principalmente “acto terrorista” no se describe con claridad todo lo que contempla los medios de comisión y los delitos que se reúnen dentro de este mismo acto.

Se indica, por ejemplo, que el acto terrorista puede manifestarse mediante la realización de un secuestro o toma de rehenes, pero no se aclara qué significa exactamente el secuestro o toma de rehenes, cuestión tan compleja que la misma legislación venezolana reconoce al realizar un cuerpo normativo especial únicamente enfocado en esta conducta delictiva; y aún con la aplicación de los artículos de la Ley contra la Extorsión y Secuestro³⁹, podría entrarse en una dificultad de aplicación en concatenación con el artículo 52, porque los tipos penales del Secuestro en la ley mencionada indican en forma expresa que se aplicarán cuando exista un ánimo generalmente lucrativo, o de una realización de acción u omisión particularmente beneficiosa para los sujetos activos; cuestión que podría decirse que discrepa con los fines que maneja el Terrorismo.

Tomando otro ejemplo podría acudir al atentar contra la vida de otra persona; El homicidio es uno de los delitos por excelencia definidos y articulados dentro de la normativa penal⁴⁰, del cual se desprende un sinfín de cualidades y elementos a tomar en cuenta a la luz de la teoría del delito y que harán variar los escenarios en los cuales podrán ser aplicados los tipos penales respectivos. En el artículo 2 no se define dentro del “acto terrorista” qué tipo de características reúne el medio de comisión, encontrándonos nuevamente con la problemática que se viene manejando con el caso del secuestro.

Y así, podría seguirse con los ejemplos que demuestran un evidente conflicto normativo que trae consigo un tipo penal que, para empezar, trae consigo una remisión a otra norma del mismo cuerpo normativo especial; posteriormente, la falta de definición de los medios de comisión del Acto Terrorista hacen que el Principio de Legalidad contenido en el artículo 49 numeral 6 CRBV quede fuera de lugar, ya que se conglomeran de forma poco precisa una enorme cantidad de supuestos de hecho, cada uno los cuales ameritaría un análisis particular e individual en cuanto a la teoría del delito; y finalmente, redundancias ya mencionadas, como el integrar sujetos activos en un artículo el cual no lo amerita, por tomar un ejemplo. Cabe destacar que el artículo 1 del Código Penal, quien desarrolla este principio, establece que:

Artículo 1. Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley (resaltado nuestro), ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.

³⁹ Ley Contra la Extorsión y Secuestro (G.O. Ordinaria No. 39.194 del 05 de Junio de 2009).

⁴⁰ Artículos 407 y siguientes del Código Penal.

Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas.

Tomándose entonces el hecho de que ninguna persona natural podrá ser castigada por un hecho que no estuviese descrito de forma expresa, queda entonces en una clara duda respecto a si resultaría legítimo la imputabilidad, acusabilidad y punibilidad de una persona mediante el artículo 52 de la LOCDOFT. Pareciera ser que la evidente problemática, demostrada plenamente con la información citada y desglosada, podría explicar la notable ausencia de jurisprudencia vinculante por parte de la Sala de Casación Penal y Sala Constitucional en cuanto al Artículo 52 del terrorismo, como a su vez doctrina manejada de forma interna por parte del Ministerio Público; Dicha ausencia es plenamente verificable al momento de realizarse una investigación como la presente en cuanto al terrorismo en Venezuela.

V. Conclusiones

Tras haber conseguido una aproximación que trae consigo un mejor entendimiento de lo que es el Terrorismo en el derecho penal, la revisión de la normativa internacional, y la realización de un análisis comparativo tomando el derecho comparado de España en contraste con el derecho penal nacional en cuanto a la materia de la presente investigación, tomando a su vez el análisis objetivo realizado en cuanto al principio de legalidad, la tipicidad y los tipos penales en blanco, a los efectos de la presente redacción se puede decir con certeza de que el artículo 52, contemplado en la LOCDOFT y referido al delito del terrorismo, sí incurre de forma evidente y clara en la violación del principio de legalidad contemplado en el artículo 49 numeral 6 de la CRBV, y desglosado de forma exacta dentro del artículo 1 del Código Penal.

Tal aseveración se realiza tomando en cuenta ciertos puntos que han quedado evidenciados con el estudio realizado. El primero de estos es que el artículo evidencia una notable falta de técnica legislativa que puede explicarse por una multiplicidad de razones, como vendría siendo su nacimiento extraordinario (por tratarse de un decreto-ley) ajeno al poder legislativo ordinario, la falta de experiencia por parte del país venezolano en cuanto a este fenómeno delictivo, la falta de interés por parte del Ejecutivo en cuanto a la realización de políticas reales en contra del verdadero Terrorismo y la presencia de errores que fácilmente pudieron haberse evitado, como la redundancia innecesaria de ciertos elementos tipológicos dentro del delito.

El segundo punto destacable obtenido es que, dicha falta de técnica legislativa acarrea dificultades en cuanto a la lectura y comprensión del artículo. La decisión dudosa de remitir definiciones elementales del supuesto de hecho (más específicos, “acto terrorista”) al artículo 4 de la misma ley y la ausencia contradictoria de elementos que sí deberían estar claramente definidos, como el castigo a la pertenencia de una organización terrorista, o la dirección,

La problemática jurídica del delito de terrorismo en el marco normativo venezolano y su transgresión al principio de legalidad

propaganda y asistimiento a la misma evidencian también una clara falta de dirección por parte del legislador el cuanto a qué debería cubrirse jurídicamente hablando en cuanto al Terrorismo.

Todo ello conlleva al punto definitivamente más importante, y es que el artículo definitivamente no satisface el principio de legalidad constitucional, ya que si estamos hablando de un artículo que no solamente redirige a otra norma sin necesidad real, sino que además dicho artículo al cual es remitido trae consigo tantos medios de comisión posibles, cada uno con sus respectivas particularidades y análisis jurídicos necesarios, se hace entonces muy difícil poder hablar de una aplicación del artículo 52 de la LOCDOFT con razón o motivo de tales complejidades en cuanto a la interpretación, análisis y aplicación que podría tener este tipo penal.

Aún con ello, las demostradas carencias del artículo parecen no ser debidamente corregidas por parte del poder legislativo, las facultades legislativas extraordinarias del poder ejecutivo y el poder judicial mediante sus sentencias y criterios vinculantes emanados de las distintas salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia. Estamos hablando de un tipo penal que, aún a pesar de la amplia cantidad de características y factores a tomar en cuenta para su interpretación, no ha sido atendido debidamente por todo aquel poder relacionado con la legislación venezolana.

Es por ello que no solamente se concluye que existe una falta de adecuación del artículo con el principio de legalidad (tal como ya se mencionó *ut supra*), y una clara inclusión del mismo dentro de lo que la doctrina ha definido como tipo penal en blanco (aspecto que también ha sido ignorado por parte de los poderes del Estado venezolano, y que crea una problemática que ameritaría una investigación aparte), sino que también se concluye que en definitiva el Estado venezolano no ha tenido interés alguno en atender jurídicamente la problemática que trae consigo el artículo del Terrorismo.

Tras las conclusiones enunciadas queda entonces la interrogante final del por qué el Estado Venezolano ha decidido optar por tal postura. ¿Esto quiere decir que existe una clara falla de técnica legislativa por parte del poder ejecutivo, quien no debería ostentar de forma extraordinaria la capacidad de dictar decretos-ley? O, ¿Resulta ser una carencia evidente la ausencia de material en cuanto a este delito en el país venezolano, o una medida posiblemente motivada, con miras a crear un escenario difuso el cual podría permitir la aplicación de un artículo evidentemente tan amplio, en escenarios que van en contra de los intereses políticos del Estado?

Todas estas preguntas y las demás que podrían realizarse caen en la deducción subjetiva, cuestión que no es necesariamente acorde al interés científico y comprobable de la presente investigación; pero siguen siendo preguntas válidas, que ocasionan la necesidad de seguir realizando

investigaciones como la presente para indagar en la realidad de los hechos. Resulta necesario a consideración de quienes realizaron la investigación presente de que se ahonde y se analice más minuciosamente la labor legislativa penal venezolana, con miras a evidenciar si realmente existe un grave problema premeditado en cuanto a la técnica legislativa y la forma en que se promulgan las leyes.

Un análisis de la teoría de las nulidades con la vía de hecho

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Sumario

- I. Introducción
- II. Nulidad Absoluta de pleno derecho en los actos administrativos formales y sus efectos
 - A. La Evidenztheorie
 - B. El Efecto fundamental de la nulidad: la ineficacia *Ab-Initio*
- III. Importancia de la teoría de las nulidades en los actos administrativos como herramienta cuasi-punitiva y de perfeccionamiento de la gestión pública
- IV. Los cimientos de la presunción de legitimidad como basamento dogmático de la gestión administrativa
- V. La incidencia de la ilegitimidad del acto administrativo sobre la autotutela y especialmente sobre la legitimidad de la actuación material
- VI. La vía de hecho como vicio invalidatorio dentro de la teoría general del acto administrativo
- VII. Conclusiones

I. Introducción

En el Estado de Derecho, la nulidad de pleno derecho de los actos estatales viene a determinar notoriamente el origen del deber del ciudadano a los actos administrativos emanados de las autoridades estatales. Dentro de la doctrina jurídica más calificada de la materia, los catedráticos concluyeron, que resulta imposible deslindar del sistema de nulidades de los actos administrativos los caracteres que delimitan su consuntiva vida dentro de los sistemas jurídicos modernos. Y ello es debido, inevitablemente, porque la teoría de las nulidades de los actos administrativos marca el excepcional, el supuesto límite infranqueable de la imperatividad de los actos emanados por los órganos administrativos en el ejercicio de sus potestades. Y que será demostrado como esta legitimidad infranqueable de los actos administrativos no puede ser así en la alineación de la vía de hecho.

La necesidad de cumplir con el espinoso objetivo planteado - respetándose la natural función de conferir una seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas- viene determinada por lo establecido por el legislador, que constituye la esencia misma del acto administrativo, quien funda potestades cuyo ejercicio confiere nacimiento jurídico a los actos administrativos.

Lo anterior impone insoslayablemente, la reserva legislativa de las causales de nulidad de pleno derecho mejor conocidas por causas de nulidad

absoluta, o *ipso iure*, con la finalidad de suspender la arbitrariedad y el abuso de la confianza conferida por la Asamblea Nacional a los órganos administrativos en la gestión de todos los intereses generales para todas aquellas infracciones del ordenamiento jurídico, que se definan por su especial gravedad y su carácter evidente (*La Evidenztheorie Alemana*). Y ello se debe a una muy especial razón, de que, en nuestro sistema jurídico, como también ocurre con el sistema jurídico español, que se parten de los mismísimos principios técnicos constitucionales del sistema alemán.

Así pues, la determinación de los supuestos de nulidad absoluta debe hacerse teniendo en cuenta todos los postulados de la teoría de la evidencia como técnicas, o herramientas de redacción legal en la tipificación de las infracciones jurídicas con mayores repercusiones en el ordenamiento, y de sus respectivos efectos sobre la esfera de los administrados involucrados y de los intereses envueltos dentro de la acción administrativa

En estos términos, la exigencia de que dicha infracción jurídica causante de la nulidad sea especialmente grave se consumará, cuando el acto administrativo infrinja cualquiera de los principios fundamentales del sistema constitucional¹, pero más allá de aquéllos dos supuestos que la Constitución Nacional configure en una concreta situación jurídica (artículo 25, indeterminada, y artículo 138 determinada); pero además por la definición, las causales de nulidad absoluta aparecen estipuladas por los requerimientos de una real garantía de seguridad jurídica, que constriñen a una reinterpretación de todos los supuestos de nulidad, limitándolos a tan sólo a aquéllos en que una persona media pueda estimar, apreciar, o valorar la gravedad de la infracción cometida por el acto contra el ordenamiento.

Lo cual plantea un serio problema metodológico que todavía en el presente subsiste, pero especialmente con éste último carácter, ante lo marcadamente subjetivo y poco depurado del criterio en la procura de un *numerus clausus* de supuestos de la nulidad absoluta, como desdichadamente no acontece aquí con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)² y 250 del Código Orgánico Tributario (COT)³, especialmente conforme a varios criterios judiciales que plantean las garantías esenciales del procedimiento⁴. Obligándonos a plantear: Qué puede creerse

¹ Cfr. García Luengo, J. (2002) *Los Supuestos de Nulidad de Pleno Derecho Establecidos al Margen de la Ley de Procedimiento Común*. Revista de la Administración Pública Núm. 159. Septiembre-Diciembre. Pág. 138.

² Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial 2818. Extraordinaria de Fecha del 01 de Julio de 1981.

³ Gaceta Oficial N° 6.152 (Extraordinario) del 18 de Diciembre de 2014. Decreto-Código Orgánico Tributario de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴ SPA-TSJ. Sentencia N02128 del 21 de Abril de 2005. Caso Godofredo Orsini González. Magistrado Ponente. Yolanda J. Guerrero.

como esencial en un procedimiento administrativo de primer grado, que depende, del tipo procedimental en referencia –si el inspeccionarial-sancionador, el expropiatorio, el concursal– de las contrataciones públicas, el funcional, el concesionario, en fin

La teoría de las nulidades de los actos descansa sobre el siguiente razonamiento: los actos administrativos esperados por el ordenamiento jurídico convienen ser válidos, legítimos, eficaces y perfectos. En otras palabras, un acto cabalmente apegado al bloque de la legalidad.

En cambio, los actos nulos son inválidos, ilegítimos e ineficaces, porque así lo dispone indisputablemente el ordenamiento jurídico, al considerarlos como unos actos administrativos irregulares; en cambio, los actos administrativos anulables son también inválidos, pero éstos son actos administrativos legítimos, y todavía eficaces, mientras las autoridades correspondientes no dispongan lo contrario, pues poseen vicios *menudos* que los convierten en actos administrativos regulares. Lo cual supone en el primer caso, que el acto administrativo es ineficaz por sí mismo, y sin necesidad de intervención alguna de autoridad judicial. Lo contrario acontece con la mera anulabilidad, que es eficaz por sí misma al establecerlo a *contrario sensu* el ordenamiento jurídico (Art. 20 LOPA)⁵, trayendo como resultado, que las actuaciones materiales del acto puedan ser consideradas como legítimas sobre la base del principio: *favor acti o pro actionis*.

No ocurre así con los actos administrativos nulos, ya que de existir la posibilidad de llevar al terreno de los hechos a un acto administrativo que adolece de un vicio de nulidad absoluta, nos encontraríamos con una vía de hecho, cuando la sustancialidad de la actuación material yace en la ejecución de un acto administrativo formal ineficaz jurídicamente con la finalidad de conferirle eficacia material al contenido regulador del acto administrativo formal previo. Careciendo entonces el acto administrativo formal, de un efecto regulador como elemento de eficacia⁶, la actuación material no podrá cumplir con su función, pues debe ejecutar solo un acto administrativo jurídicamente eficaz, y nunca un acto administrativo ineficaz, pues estaría desviándose de su marco, espíritu, propósito o razón.

El acto administrativo formal nulo, no puede poseer ninguna virtualidad jurídica por ser ineficaz jurídicamente *ab-initio* por disponerlo expresamente así el legislador. Sin embargo, el acto administrativo formal nulo, no debe ser excluido del concepto de acto administrativo, ya que lo que se requiere es que el

⁵ *Idem*.

⁶ Bocanegra Sierra, R. (2004) Lecciones Sobre el Acto Administrativo, Editorial Thomson-Civitas. Madrid, España. Pág. 31.

acto unilateral haya sido dictado para la regulación, y no que efectivamente pueda regular, para ser considerado como tal⁷.

II. Nulidad Absoluta de pleno derecho en los actos administrativos formales y sus efectos

A. La Evidenztheorie

Laband afirmaba en sus ensayos que la ausencia de una base jurídica hace al acto administrativo ineficaz y no obligatorio, incluso cuando el mismo es conforme con los fines estatales, o lo que es lo mismo, que carece de eficacia y de un carácter vinculante. Y ello, dentro de la misma línea orientadora de pensamiento de autores como Kormann, Mayer, y especialmente de Kelsen: los autores más preeminentes del siglo pasado en la determinación de los límites materiales existentes entre la teoría de la nulidad y la anulabilidad de los actos administrativos. Kormann planteaba como regla general, la anulabilidad, y como excepción, a la nulidad. Kelsen sostenía lo contrario. Kelsen refutaba una ausencia de suficiencia en la justificación de la postura de Kormann. Lo que parece ser, la construcción de una legalidad dura: Artículo 19 LOPA; y de una legalidad dúctil: Artículo 20 LOPA, con la que debe contar el acto jurídico para que adquiera una mínima apariencia de derecho que no pueda ser colmada sólo con elementos formales, y obstaculice más de lo debido el funcionamiento estatal.

La nulidad absoluta es el grado máximo de invalidez de un acto administrativo, distinto de la anulabilidad que es el grado mínimo de invalidez del acto administrativo. La primera supone que el acto administrativo es intrínseca y extrínsecamente ineficaz, y que además, comporta una cadena de consecuencias jurídicas que se producen *ab-initio* de modo: 1) *ipso iure*, 2) *inmediato*, 3) *erga omnes*, 4) *insubsanable e imperennemente*.

Lo primero equivale afirmar, a que el vicio invalidatorio del acto administrativo se reconozca sin necesidad de autoridad judicial alguna; lo segundo equivale a que la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad, sea comprobada desde su emisión; la tercera que produce unos efectos generales cabiendo oponerla, o tenerla en cuenta, y en contra, y en favor de cualquiera persona; y en cuarto lugar, que versando sobre un vicio invalidatorio de gran trascendencia

⁷ Erbguth, B. (1999) *Der gerichtsschutz gegen die Aufhebungbegünstigender Verwaltungsakte. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des § 43 VwVfg (Wirksamkeit und Umwirkbarkeit von Verwaltungsakten)* Nomos, Baden-Baden. Pág. 83. Citado por Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. Editorial Thomson-Civitas. Pág. 44.

para el ordenamiento jurídico, no puede ser nunca subsanable, sino reconocido únicamente como positivamente contrario al ordenamiento jurídico.

La anulabilidad supone lo contrario a la nulidad absoluta, en tanto que la primera implica fundamentalmente: 1) el libre arbitrio del afectado por investigar la invalidez del acto administrativo; y 2) el principio de la seguridad jurídica que encontrando en este marco su verdadero juego, éste resulta manifestado en la posibilidad de que el acto anulable pueda convalidarse con el transcurso de los plazos establecidos para atacar las irregularidades que lo logren invalidar parcialmente. Hallándonos así entonces, con un gran primer condicionante constitucional para la configuración de toda la teoría de las nulidades, consistente en que los mandatos orientados al gobernado surtirán eficacia en la medida en que puedan identificarse como manifestaciones de un poder legítimo; un argumento sobre el cual provienen los dos elementos fundamentales sobre los cuales descansa la *Evidenztheorie* formulada por los estudiosos alemanes para el régimen de las nulidades: *la gravedad y la evidencia*.

La *gravedad* constituye el criterio jurídico que tiene mayor raigambre en la dogmática administrativa de la teoría de las nulidades en los actos administrativos, y fue formulada por Kormann siguiendo a Otto Mayer conforme con: si la nulidad es la excepción en el ámbito de los actos administrativos, entonces parece razonable que, dicha excepción lógica, se base en el carácter insoportable para el propio ordenamiento jurídico de la irregularidad contenida en el acto jurídico, pero cuyos problemas prácticos empiezan al querer precisar, que anomalías pueden ser incuestionablemente graves, y cuales merecen solamente “*la cuasi-sanción*” de la anulabilidad.

La *evidencia* como requisito constituye el criterio jurídico mayormente utilizado a la problemática de la delimitación entre la nulidad y la anulabilidad en el seno del Derecho Administrativo Moderno⁸. El francés De Soto expone:

⁸ De Soto: «Reste alors à définir le critérium auquel nous nous arrêtons pour caractériser l'absence d'un acte administratif. Ce critérium nous paraît être l'apparence: tout acte qui a l'apparence d'un acte administratif doit provisoirement être considéré comme tel: dans le cas contraire, les intéressés n'ont pas à le prendre en considération. L'apparence constitue une des notions fondamentales du droit. Elle s'applique en droit civil dans les domaines classiques (Théorie de l'héritier ou du propriétaire apparent), elle explique en partie des institutions comme la prescription. Elle remplit une grande partie du droit commercial, droit pratique par excellence. Le droit administratif qui, comme le droit commercial, est dominé par des considérations pratiques, doit donc admettre des critères formels d'apparence pour donner aux administrés l'usage des voies normales de droit et également pour ne pas élever l'action des administrations publiques. De même que le chèque se reconnaît à ce qu'il est nommé et rédigé suivant certaines formes, de même l'acte administratif doit être facilement reconnaissable et, si l'on doit le considérer comme

un acto es inexistente cuando está afectado por una irregularidad grosera, bien pueda dicha irregularidad ser apreciada sólo por su destinatario o por un círculo reducido de personas (*L'Inexistence Relative*)⁹, o bien que la irregularidad pueda ser apreciada por cualquiera (*L'Inexistence Absolute*)¹⁰.

Así, las distintas posturas doctrinales ofrecen criterios técnicos abarrotadamente abstractos, y que derivan en serias imprecisiones sobre un número considerable de casos para la búsqueda satisfactoria de una solución posible. Lo único más o menos claro al respecto con relación a las anulabilidades, es el criterio residual para su configuración. Lo que sí es indudable, es que, se parta, para la definición jurídica de la gravedad de la irregularidad como un criterio de nulidad, a la noción de orden público, como aquello indisponible, intocable, aquello que por principio no pueda admitir discusión como una conquista histórica, lo que convertiría en muy graves e intolerables, esas infracciones jurídicas, motivando una reacción particularmente enérgica del ordenamiento.

De hecho, Gunter Erbel: que los límites de la eficacia del acto administrativo ilegal, así como de su justificación teórica, no deben buscarse necesariamente en las previsiones de la legislación, sino directamente en las prescripciones constitucionales determinativas de los límites del Estado de Derecho, y muy especialmente en los derechos fundamentales del ciudadano, porque estos imponen (limitaciones) a la acción administrativa¹¹.

En el razonamiento jurídico así desarrollado se encuentran los dos elementos de la *Evidenztheorie*: la Gravedad y la Evidencia. La Gravedad como carácter, queda definida como la profunda magnitud del vicio invalidatorio vulnerador de los principios fundamentales del Estado de Derecho, que por razones de hecho, lógicas, jurídicas o éticas, se aparta enteramente de los presupuestos de reconocimiento mínimos de un Estado de Derecho, tanto formal como material. En cambio, la Evidencia es el carácter demostrativo del vicio invalidatorio del acto administrativo formal, que vislumbra a la notable

tel, toutes les consequences qui decoulent du caractère administratif de l'acte doivent s'appliquer.»

⁹ Cfr. De Soto, M. J. *Contribution à la Théorie des Nullités des Actes Administratifs Unilatéraux*, Bernard, París. 1941. Págs. 62 y ss. Citado por Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno de Derecho de los Actos Administrativos*. Pág. 112.

¹⁰ Cfr. De Soto, M. J. *Contribution à la Théorie des Nullités des Actes Administratifs Unilatéraux*, Bernard, París. 1941. Págs. 63-64. Citado por Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno de Derecho de los Actos Administrativos*. Pág. 112.

¹¹ Cfr. Guther Erbel (1972) *Die Unmöglichkeit Von Verwaltungsakten: ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt mit Besonderer Berücksichtigung des polizei- und Ordnungsrechts, speziell auch des baugewer-berechts*. 107 y ss. Citado por Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. Pág. 118.

contrariedad al ordenamiento constitucional. Como puede verse, ambos están conectados, y no pueden escindirarse.

Existen dos posturas explicativas del anterior paradigma Evidenztheorie: el método lógico-formalista y el teleológico. El primero parte de la premisa lógica de Kormann en sus discusiones con Fortshoff, que plantea la necesidad de determinar con ayuda de las fórmulas legales vigentes en su momento, de los supuestos más graves de las infracciones jurídicas, que darían lugar a un grado máximo de ineficacia, dejando consecucionalmente al restante grupo de irregularidades, como unas meras causas de anulabilidad, y dotando de un fuerte mecanismo de reforzamiento *a posteriori* de la institucionalidad democrático-administrativa configurativa de una formidable seguridad jurídica.

El problema de la postura de Kormann caía en la gran ausencia de un criterio general que pudiese facilitar su subsunción práctica, la amplia enumeración casuística de causales y la ausencia de una auténtica proporcionalidad en la configuración de las causales de nulidad por una equivocación en la política-legislativa empleada; contradiciéndose en la práctica, ya que se parecería más a la posición de Kelsen. La postura doctrinal concluía en la necesidad de un sistema de lista muy bien estructurado y delimitado materialmente, que impidiese en la práctica, un posible vaciamiento sustancial de los vicios invalidatorios.

El segundo método fue formulado por Von Hippel partiendo de las numerosas críticas a la postura de Kormann, argumentando como la anterior postura era artificiosa y contraria a la naturaleza del acto administrativo. El método no puede ser *apriorístico*, sino empírico decía Von Hippel, basándose su nulidad *a posteriori*, cuando se tomaba como orientación el fin perseguido por la norma implicada. Von Hippel partía de la situación particular para sopesar las circunstancias fácticas implicadas para buscar mediante la interpretación jurídico-práctica, la solución adecuada al valor situacional dominante en ese supuesto concreto, suprimiéndose la *aprioridad* con la despositivización de las causales de nulidad, y con ello entonces de la seguridad jurídica. El método sencillamente era retrogrado en opinión de la amplia mayoría de los catedráticos, pues es propia de una fase de inicio de una institución, con anterioridad de una fase consolidadora y cristalizadora.

La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos formales, así como su anulabilidad, han sido categorías jurídicas cuya existencia nunca ha sido discutida. Tanto es así, que a ellas han acudido a todos los ordenamientos para explicar el régimen de invalidez de los actos y negocios jurídicos. Sin embargo, como muy bien indicaría (Beladiéz Rojo, 1994): su sentido y funcionalidad no es ni mucho menos claro. Y ello se debe fundamentalmente a dos razones: por un lado, el hecho de haber basado la construcción teórica de las categorías en antiguos dogmas que hace mucho tiempo que perdieron su sentido;

y por el otro, el haber extrapolado unas categorías propias del Derecho Privado a las diferentes ramas del derecho sin antes adecuarlas al sector del ordenamiento al que van a ser aplicadas¹².

A pesar de que la mayor parte de los rasgos distintivos de estas dos figuras jurídicas provienen del denominado Derecho Histórico, principalmente del Derecho Romano, no es conveniente detenerse en ello, porque ello escaparía de la finalidad de la presente investigación. No obstante, si conviene señalar que la mayor parte de sus notas diferenciadoras responden a arcaicos tópicos, que si bien en su momento histórico, tuvieron su razón de ser, ya desaparecidas las circunstancias que la motivaron, carecen por completo en el presente, de real significación. Santamaría Pastor dice: una errónea interpretación de los textos romanos fue consolidando una teoría general de las nulidades cada vez más alejada de su significado originario¹³. Lo cual acarreó durante la primera mitad del siglo XX a una profunda investigación dogmática de los elementos nucleares fundantes de las nulidades que finalmente, terminaron cristalizándose en la *Evidenztheorie*, como mecanismo institucional protector del Estado de Derecho en una democracia moderna contra los abusos de los órganos y entes administrativos.

En lo que respecta a la *evidencia* como criterio configurativo *sine qua non* de la teoría de las nulidades, la práctica francesa la denomina: *la inexistencia* (como concepto en desuso) de los actos administrativos, y ella es fundada por el Consejo de Estado de forma casuística. Con ello resulta, que por supuesto, sea muy difícil lograr cualquier construcción teórica uniforme. No obstante, la doctrina calificada en la materia sigue insistiendo en la necesidad de que se conozca de infracciones graves y flagrantes en el ámbito propio de *la inexistencia jurídica*.

En el seno de la doctrina germana, la formulación original de la evidencia descansa en un autor Alemán llamado Julius Hatschek quien la expone en 1919 con una fórmula bastante simple: El acto estatal irregular no sólo es anulable, sino nulo, cuando trae la infracción de la normativa sobre la organización escrita en la frente¹⁴. Sin embargo, la fórmula doctrinal de la evidencia fue superada años después, debido a la no-coincidencia de esa postura doctrinal con la *Evidenztheorie* alemana, cuando dicha posición requiere de la necesidad de que

¹² Cfr. Margarita Beladiéz Rojo (1994) *La Nulidad y la Anulabilidad: Su Alcance y Significados*. Revista de Administración Pública Nº 133, Madrid, España. Pág. 157.

¹³ Santamaría Pastor, J.A. Citado por Margarita Beladiéz Rojo (1994) *La Nulidad y la Anulabilidad: Su Alcance y Significados*. Revista de Administración Pública Nº 133, Madrid, España. Pág. 157.

¹⁴ Cfr. Hatschek J. *Institutionen des deutschen unpressischen Verwaltungsrecht, Deichert, Leipzig*. 1919. Pág. 115. Citado por Javier García L. (2002) *Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. Editorial Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 114.

la infracción al ordenamiento no sólo sea evidente, o notoria, sino también especialmente grave. Concepto que plantearía luego un Danés llamado Poul Andersen en 1927¹⁵. Él decía: para poder calificar como indudable a la ineficacia (criterio técnico jurídico, que el autor rotula como muy necesario para determinar casos de nulidad de pleno derecho) se debe de haber determinado, en primer lugar, que la infracción en cuestión es por sí misma, tan esencial, que puede producir la ineficacia¹⁶.

B. El Efecto fundamental de la nulidad: la ineficacia *Ab-Initio*

La ineficacia del acto administrativo formal nulo debe necesariamente matizarse, porque la ineficacia no supone considerar al acto administrativo nulo como inexistente, como afirma la doctrina, pues la ineficacia del acto administrativo no supone tratarlo como si no tuviere existencia física, sino sencillamente negarle los efectos propios de cuya apariencia tiene ese acto formal estatal nulo, ya que la invalidez es una calificación puramente teórica derivada de una constatación negativa de un desajuste lógico entre la estructura real del acto administrativo y la estructura del tipo-normativo bosquejada normativamente; mientras la ineficacia es un dato exclusivamente empírico, derivado de la evidencia de que el acto administrativo no produce efectos, con independencia del origen de la circunstancia. La nulidad como ineficacia es: la calificación unguada por el ordenamiento jurídico contra los actos administrativos más peligrosamente viciados, considerando anulables a los demás actos jurídicos que incurren en una infracción lo suficientemente grave como para determinar su invalidez.¹⁷

Santamaría Pastor¹⁸ expone que en el Derecho Administrativo no existe pues, una correlación automática, ontológicamente necesaria entre validez y eficacia de un lado, y entre invalidez e ineficacia por el otro, ya que en armonía con la Teoría de las Nulidades, ello implicaría aseverar la existencia de actos validos y eficaces, inválidos e ineficaces (nulos), e inválidos y eficaces (anulables), ya que la tenue distinción de que un acto nulo no produce en ningún momento los efectos jurídicos, mientras que un acto anulable si puede producirlos a plenitud, no tiene un reflejo posible en la realidad de los hechos.

¹⁵ Poul Andersen (1927) *Ungültlidge Verwalstungakte mit besonder Berücksichtigung der Ungültigkeits gründe*. Nesheimer. Mannheim-Berlin-Leipzig, 1927. Citado por Javier García (2002) La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos. Editorial Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 114.

¹⁶ Cfr. Javier García Luengo (2002) La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos. Editorial Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 115.

¹⁷ Margarita Beladiez Rojo (1994) *La Nulidad y la Anulabilidad: Su Alcance y Significados*. Revista de Administración Pública N° 133, Madrid, España. Pág. 166.

¹⁸ Juan Alfonso Santamaría Pastor (2002) *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Verdaderamente, no existe del todo, un dogma de completa incondicional causalidad entre la invalidez y la ineficacia según él.

Para entender lo anterior, surge indubitadamente la necesidad de definir la eficacia, y la eficacia equivale como noción a la plasmación del contenido empotrado en el acto sobre la base de un reconocimiento de imperatividad revestido de una legalidad mínima calificada de legitimidad, como condicionamiento jurídico previo a su principal contenido regulador. No podemos desligar a la eficacia jurídica como principio, a cuya definición queda circunscrita en la producción de efectos jurídicos con la ejecutividad, originándose un vínculo jurídico natural y consecuencial entre la legitimidad jurídica, y la eficacia formal-material, o la ejecutividad, que se acomodan como unos presupuestos prelativos, y además, concatenados de la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Los actos administrativos producirán efectos reguladores desde el instante en que sean dictados, salvo que en la normativa especial se disponga lo contrario. Ello no obsta de la mera realización física del acto, pero el concepto de la eficacia solo puede manejarse en torno a la obligatoriedad del contenido del acto administrativo formal, siendo un potencial y posible presupuesto suyo para la ejecución forzosa, pero que dependerá del contenido del acto jurídico, en donde su eficacia jurídica, o ejecutividad, se extingue con su mera emisión: el acto mero-declarativo; o con su realización física, o eficacia práctica, o ejecutividad-ejecutoriedad: acto constitutivo.

En este sentido, el acto nulo nunca podrá ser ejecutivo ni ejecutorio, y por tanto, no podrá procederse a la práctica lícitamente, aunque todavía exista la posibilidad de procederse físicamente para su imposición por los medios de ejecución forzosa, y con las consecuencias jurídicas correspondientes compaginantes con la vía de hecho, pues resulta ser una realización física del acto administrativo nulo, contrario a derecho *per se*. Y así, lo establece el artículo 78 de la LOPA en Venezuela¹⁹ y 93.1 de la Ley Procedimientos Común Española²⁰, pues el fundamento de la mencionada postura se puede encontrar en la ausencia de un título jurídico, ejecutivo y suficiente que legitime un procedimiento ejecutivo, ya que al ser el acto nulo, éste será sustancialmente ineficaz *ab-initio*; razón suficiente para que el acto pierda su obligatoriedad, y por consiguiente su exigibilidad, de ser el caso.

Por tanto, si la eficacia de un acto administrativo es un presupuesto innegable de su ejecutoriedad, y ésta última consiste entonces en la herramienta gestional fundante de la potestad ejecutiva forzosa de lo contenido en el acto

¹⁹ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial 2818. Extraordinaria de Fecha del 01 de Julio de 1981.

²⁰ Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España (Ley 30/1992 del 26 de Noviembre)

administrativo. Lo normal será aseverar, que la ausencia de dicha eficacia no podrá nunca significar la realización física de lo encerrado dentro del acto administrativo formal, pues la finalidad básica de la eficacia es asimilable a la noción de la vigencia de las leyes, y la ausencia de eficacia en el acto administrativo nulo implica una inejecutividad, y por consecuencia, en una inejecutoriedad.

Con el acto administrativo válido, legítimo y eficaz devendría una obligatoriedad tanto para la propia administración como para los administrados. En cambio, con el acto nulo, no sobrevienen efectos jurídicos obligatorios de ningún tipo. Distinto ocurriría en el plano de la realización o no en el terreno de los hechos, que implica una cosa distinta, pero la actuación material no produce efectos jurídicos en la realidad, sino que sencillamente el funcionario y/o empleado público posee la potestad administrativa y decide clandestinamente, contrariando al entero bloque de la legalidad, darle cabida a la materialización de un acto nulo. Las actuaciones materiales no pueden producir efectos jurídicos, ya que son *a-jurídicos*.

De pretenderse, la ejecución del acto nulo por los funcionarios públicos se puede incurrir en la responsabilidad penal, civil y disciplinaria conforme con el artículo 25 de la Constitución, y con diferencia de los actos administrativos formales anulables, pues la presunción de legitimidad del acto administrativo debe tener un límite en el Estado de Derecho, y ese límite jurídico es, precisamente, la excepcional nulidad absoluta del acto administrativo, tanto en beneficio del administrado, como para el mismo funcionario público (artículos 79 y 86.4 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP))²¹.

En efecto, no puede pretenderse que todos los ciudadanos consigan encontrarse obligados al cumplimiento de cualquier decisión administrativa estatal por más notoria y grave que sea la irregularidad jurídica que les perturba, puesto que esa pretensión sería contraria al concepto de la dignidad de la persona y de cualquier sistema democrático. También es importante subrayar, que tampoco cabe, que el responsable administrativo de la ejecución de un acto administrativo formal, se vea obligado a aprovecharla con independencia de la manifiesta y grave anti-juridicidad ensamblada en su contenido regulador.

Aunque, no obstante, y con carácter excepcional, los actos que adolezcan de una irregularidad cuya gravedad jurídica sea tan evidente, que no pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico, deben ser excepcionalmente considerados carentes de cualquier resultado vinculante, incluso provisional. Esta excepción tiene la finalidad de preservar un equilibrio entre las dos exigencias fundamentales, aunque a veces contrapuestas que debe satisfacer un

²¹ Ley del Estatuto de la Función Pública. Gaceta Oficial N° 37522. Ordinaria de Fecha del 06 de Septiembre de 2002.

ordenamiento jurídico: la estabilidad de las relaciones jurídicas y el respeto de la legalidad.

III. *Importancia de la teoría de las nulidades en los actos administrativos como herramienta cuasi-punitiva y de perfeccionamiento de la gestión pública*

El ordenamiento establece justificadamente una presunción de legitimidad de la actividad administrativa casi de manera ilimitada por el interés que representa: el interés legítimo, valga la acotación. Generalmente, el acto administrativo formal anulable no es harto suficiente para justificar una presunción de legitimidad jurídica bastante amplia, que pudiese comprender también el acto formal nulo, en tanto que no engendren consiguientemente una transformación de las conductas administrativas de los componentes orgánicos-funcionales integrados dentro de la administración pública, pero además, porque ellos no consiguen producir efectos jurídicos según interpretación *a contrario sensu* del artículo 20 de la LOPA²² por las razones ya expuestas, y que terminaremos de ahondar más adelante.

La existencia de este principio jurídico se debe también a la suma imposibilidad de los funcionarios de cumplir con el difícil quehacer cotidiano de tomar decisiones, colmando con todos los extremos exigidos por el ordenamiento. Lo importante debe ser, que ellos puedan cumplir con todos los elementos, cuya inobservancia no generen los obstáculos, que acarreen las consecuencias jurídicas de su subsunción en los artículos 19 LOPA²³ y 250 COT²⁴ en los actos administrativos formales, aunque no alcancen obedecer ocasionalmente a los restantes elementos creadores de irregularidades no-invalidantes, que no quitan validez, ni legitimidad a los actos jurídicos, y que pueden ser subsanados en cualquier momento.

En efecto, no siempre pueden ser respetadas todas las garantías procedimentales, ni siquiera, incluso, los mismos derechos fundamentales involucrados, así como las más elementales normas competenciales, que pueden afectar entonces *apriorísticamente* a la expresión del acto administrativo formal que fundadamente puedan afligir los derechos de los administrados, por mucho que terminen los funcionarios esforzándose. Siempre ocurre un descuido. Y esto obedece entonces, a puras necesidades de carácter práctico que flexibilizan y acomodan el buen funcionamiento de la administración pública.

La actividad administrativa estatal genera una cantidad gigantesca de actos administrativos que hacen imposible la revisión constante de la

²² *Ídem.*

²³ *Ídem.*

²⁴ *Ídem.*

administración de sus propias decisiones, y que impone además, una necesidad objetiva de que, transcurrido un precedero período, los actos administrativos formales inválidos, pero, legítimos y eficaces, resulten ser convalidados, consiguiendo así adquirir firmeza, y con ello, plena seguridad jurídica, indistintamente, que se trate de los derechos de los administrados o de los órganos o entes públicos, como conclusión de un procedimiento formalizado de determinación del derecho aplicable en el caso concreto.

La función de la firmeza como herramienta garantística de la seguridad jurídica, y por ende, de la referida “política general de la presunción de legitimidad,”²⁵ o de la anulabilidad, ha sido destacada partiendo de los mismos presupuestos constitucionales que presiden en el ordenamiento alemán y español. El fundamento cardinal sobre el cual descansa la presunción de legitimidad como política jurídica, apunta inicialmente, como la cuasi-sanción aplicable para las infracciones menos significativas del ordenamiento jurídico.

Tenemos entonces, que los órganos administrativos no siempre fundamentan el acto de forma suficientemente profunda en los hechos y en el derecho aplicable al caso concreto. Sencillamente, el ordenamiento jurídico considera tácitamente, que un grupo mayoritario de los vicios invalidatorios que alcanzan a afectar incisivamente a los actos jurídico-administrativos puedan ser controlables con posterioridad a la emisión del acto jurídico mediante variadas modalidades: la revocación unilateral, la revocación rogada, la motivación tardía de la decisión administrativa, la defensa del administrado en los tribunales competentes, entre otras.

De tal manera, que nos topamos con una apreciación más o menos considerable de la magnitud de los vicios del acto administrativo, con base a criterios cualitativos y cuantitativos determinados por la misma naturaleza del vicio invalidatorio incorporado en la enumeración de las causales establecidas por el ordenamiento jurídico, y que será determinante para distinguir entre la mera anulabilidad y la nulidad del acto definitivo emitido. Tal distinción se realiza legislativamente en sumo beneficio del acto dictado: *principio pro acti*; distinto será con los casos de nulidad del acto administrativo formal definitivo que serán menos, y a su vez, mucho menos defendibles, con la finalidad de imposibilitar una rápida, oportuna y efectiva respuesta de los tribunales en la solución de los problemas diarios y habituales de la colectividad.

²⁵ Cfr. Serviliano Abache Carvajal (2012) *La Atipicidad de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario*. Colección Estudios Jurídicos N° 93. EJV-FUNEDA. Pág. 103 y ss. En la obra citada, el autor manifiesta la peculiaridad de la presunción de legitimidad de los actos administrativos en el Sistema Jurídico venezolano, pues toda presunción debe ser expresa, y esta no se encuentra recogida en ninguna parte.

En este sentido, el principio de legitimidad del acto administrativo formal solo puede aceptarse de manera limitada, pero no puede hacerse también con aquéllos actos que tengan dentro de su plena existencia jurídica, unos vicios invalidatorios que puedan importunar gravemente los intereses objetivos de la administración cuando se encuentra al servicio de los ciudadanos.

Esa afirmación lapidaria de que los actos administrativos se presumen legítimos por ser sólo tales, debe ser radicalmente abandonada por recurrir con una definición tautológica justificativa de la legitimidad de los actos administrativos. Estos actos no pueden ser legítimos porque si, sino con ocasión de un reconocimiento legislativo posterior del marcado interés general que representa la actividad administrativa para la colectividad, y que alcanzará a ser desconocido *apriorísticamente* a su revisión jurídica, y de un modo muy excepcional, cuando éstos actos jurídicos estatales carezcan de los elementos configurativos taxativamente señalados por nuestro sistema jurídico como causales de nulidad, atendiendo a diversas razones de conveniencia, cuya razonabilidad deberían ponderarse según criterios de sana política legislativa en la configuración de los actos administrativos formales, porque técnicamente, todo aquello que está señalado en el artículo 19 LOPA, son elementos configurativos de la principal manifestación de la actuación jurídica unilateral de corte concretizador de la administración pública: los actos administrativos.

Pero además, el acto administrativo nulo de pleno derecho procede precisamente de la norma legal dictada para garantizar al administrado unas condiciones mínimas de legalidad: competencia, respeto de derechos adquiridos, posibilidad de cumplimiento, el procedimiento; frente a la imperatividad de sus actuaciones jurídicas, y de una suerte de privilegios adjetivos derivados de una considerable superioridad de la Administración Pública por ser responsable directo del interés general de la colectividad: la legitimidad, la ejecutividad y la ejecutoriedad. Sería contradictorio aseverar entonces, que en función de los basamentos normativos y principistas transgredidos en los supuestos antecitados, que el acto administrativo formal deba suponerse atrevidamente como si fuese legítimo, habiendo total ausencia de esos elementos

La auténtica razón de la presunción de legitimidad de los actos administrativos como principio favorecedor e impulsor de la actividad administrativa, habrá de asumirse entonces en el cumplimiento de lo indicado anteriormente, pero no precisamente en su incumplimiento, porque eso sería increíblemente falso. Una persona afectada por una decisión administrativa ilegítima no puede considerarla entonces como si fuese legítima, conociendo de antemano que no posee los requerimientos mínimos para considerarlo como supeditado íntegramente al ordenamiento.

Además, es importante reconocer que un importante sector de la doctrina de origen Alemán, considera sumamente trascendental señalar, que la entera

legitimidad del accionar estatal debe derivar de la concordancia con el ordenamiento constitucional, todos sus fines y valores fundamentales, especialmente los principios constitucionales formulados en su grafía, e inclusive por el máximo intérprete del texto constitucional vigente. Esto último, es la posición de autores como Kopp, Ramsauer, Meyer y Borj-Maciejewski,²⁶ todos acuciosamente estudiados por el autor García Luengo.

Por supuesto, que especial atención requerirán los principios generales del derecho en el tratamiento de la actividad administrativa, pues ellos no sólo informan el orden jurídico, sino también, que queda reducido a comprimir lagunas o a remendar la descosida trama de las leyes, e incluso *a fundamentar, o a dirigir*, porque los principios generales del derecho son las últimas plataformas del derecho²⁷, y en cuanto tales, éstos condicionan, la elaboración de la totalidad de las normas jurídicas²⁸ incluso, porque no, en nuestra opinión de los actos administrativos con sus actuaciones materiales, pues las normas contentivas de reglas técnicas no son las únicas existentes, sino también las normas contentivas de principios y valores constitucionales.

Careciendo de sentido entonces pues, que dicho afectado deba reputar legítimo un acto administrativo formal nulo conociendo de antemano su estado al margen del ordenamiento jurídico, tras constatar lo contrario subsumiéndolo negativamente en el artículo 19 de la LOPA, aunque su nulidad plena no haya sido declarada. Una confusión grave que se origina con la doctrina jurisprudencial, pues no requiere de su juzgamiento, sino sólo de su posterior reconocimiento administrativo o judicial como tal. Aunque cabe acotar, que esto no siempre deberá ser así, con razón de la prescindencia total del procedimiento legalmente establecido, o cuando sean de imposible ejecución, porque con dichas causales no podremos encontrar verdaderamente el carácter evidente de la irregularidad del acto administrativo formal, quien conoce únicamente el administrado por su condición jurídica personal dentro del caso. Distinto acontece con la manifiesta incompetencia y con algunas contradicciones directas al ordenamiento constitucional, relacionadas con la violación de los derechos fundamentales, que no requieren de un examen posterior ante el notable desapoderamiento normativo existente, o de la expresa contradicción con el sistema de valores constitucionales.

El ordenamiento, sólo debe establecer los lineamientos básicos que deben ser cumplidos para suponer a los actos administrativos como legítimos.

²⁶ Cfr. Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. Editorial Thomson- Civitas. Madrid, España. Pág. 120.

²⁷ Cfr. F. De Castro (1949) *Derecho Civil en España. Parte General*. Madrid, IEP. Pág. 428.

²⁸ Cfr. J.A. Santamaría Pastor (1988) *Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I*. Madrid, CEURA, Pág. 345.

Quedando sólo para los intérpretes (funcionarios-administrados) determinar, si en verdad esa decisión administrativa puede considerarse entonces, de legítima con la contrastación negativa del acto administrativo con el ordenamiento jurídico, y su igual verificación negativa con los artículos 19 LOPA²⁹ y 250 COT³⁰, propósito que busca ciertamente el legislador con la consolidación de las causales de nulidad, como un muro de contención hermético para frenar que la administración pública abuse de la confianza estatal, al considerar, que sus medidas puedan reputarse en todo momento, como legítimas, con presencia de deficiencias jurídicas de cualquier índole, y sin revisión alguna, degenerando entonces en una notable inseguridad jurídica por la ausencia de una entera confianza legítima de los administrados hacia los actos administrativos dictados.

La nulidad de un acto administrativo elimina desde un inicio su imperatividad. Y esa imperatividad aparece *ab initio* por tratarse de un acto concebido con ocasión del ejercicio de una potestad pública, que se presume disponible al servicio objetivo de los ciudadanos. Si el administrado descubre que esa premisa teleológica del ejercicio de las potestades estatales no se satisface minuciosamente, entonces, la consecuencia jurídica esperada por el legislador, a quien se confió la regulación de esa potestad estatal para la consecución de una capital faena de interés general, consistirá en que el acto formal perderá indiscutiblemente su obligatoriedad, y dejará entonces de reputarse, que la decisión administrativa fue dictada en representación del interés general por la misma lógica immanente del ordenamiento.

Concluir lo contrario implicaría, que la administración pública puede maniobrar con completa libertad, y en ausencia de limitaciones formales y materiales delimitadoras de las potestades, que ostentan todos los órganos administrativos para destinarlas al servicio objetivo de los ciudadanos. La Administración sería una descarada si aseverare que una decisión suya pueda menoscabar el derecho fundamental de la vida de una persona, y asimismo considerarla legítima, y completamente apegada al ordenamiento jurídico, e incluso su misma ejecución sin considerarla entonces como una vía de hecho.

Sostener, la ausencia de un sistema de nulidades de los actos administrativos en un sistema jurídico implicaría aceptar, un pensamiento político estatista, arbitrario y autoritario,³¹ que buscaría revestir con meras apariencias de legitimidad, actos que no poseen consonancia alguna con los sistemas modernos de salvaguarda de los derechos humanos incorporados a toda la legislación interna de naciones con auténticos sistemas democráticos, a los fines de humanizar inclusive al mismo ser humano, y especialmente para recordarle a las autoridades

²⁹ *Ídem.*

³⁰ *Ídem.*

³¹ Agustín Gordillo (2002) *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III: El Acto Administrativo*. Primera Edición Venezolana. FUNEDA. Caracas, Venezuela. V-5.

estatales de turno, acerca de la búsqueda de la procura mínima existencial de salvaguarda del disfrute de esos derechos fundamentales, y que posee sencillamente, por este ser un humano. Y es que los derechos y las libertades fundamentales funcionan, y han funcionado, como un instrumento básico del proceso de juridificación del poder³², pues como afirma el experto Rodríguez Arana: el Derecho Administrativo debe orientarse hacia el desarrollo de los derechos fundamentales, elemento clave del Ordenamiento Constitucional³³.

IV. Los cimientos de la presunción de legitimidad como basamento dogmático de la gestión administrativa

Tanto el acto administrativo formal válido como el acto administrativo formal válido-anulable, poseen la naturaleza de ser actos administrativos legítimos por producir los efectos esperados por el Derecho Positivo, en función de que cuentan con los requisitos mínimos de legitimidad requeridos por la totalidad del ordenamiento jurídico. No sobreviene así, entonces, con el acto administrativo nulo, pues resulta considerado ilegítimo.

El principio jurídico de la presunción de legitimidad de los actos administrativos constituye entonces, un límite técnico, y máximo de tolerancia del cuerpo legislativo a la operatividad de un acto anulable por transgresiones graves a la legalidad sobre la base de que, las mismas carencias puedan ser subsanadas debido a la insuficiente gravedad del vicio invalidatorio incurrido. Sin embargo, cuando sea un acto administrativo nulo, el ordenamiento considerará que, entonces, no puede presumirse legítimo, porque la infracción al ordenamiento jurídico resultó ser muy grave. A tal punto, que no sólo se descarta la legitimidad del acto administrativo, sino también de la posibilidad jurídica de que no pueda ser convalidada por la misma gravedad del vicio, pues no debe ser reconocido como jurídicamente existente ante la insuficiencia de cualquier elemento, porque de consentir el vicio invalidatorio del acto jurídico, traería la consecuencia de que protegería y patrocinaría a la arbitrariedad administrativa, facilitando los excesos, y dificultando la efectiva vigencia de los derechos fundamentales del individuo.

En el caso del acto administrativo nulo, no sería posible llegar a esa misma línea de pensamiento, pues éste fomentaría las arbitrariedades y los excesos administrativos, puesto que nos topáramos con un acto administrativo nulo insubsanable por la especial naturaleza de su vicio. Careciendo de sentido

³² De la Cuétara Martínez, J.M. (1983) *Potestades Administrativas y Poderes Constitucionales*. REDA N^o 38. Pág. 416-417.

³³ Rodríguez-Arana, J. (1988) *Los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho y el Derecho Administrativo*, en AA Núm. 35, Pág. 2046.

entonces, cumplirlo, o exigirlo, o en tal caso, de ejecutar, un acto administrativo nulo que jurídicamente debería desaparecer por razones de ilegitimidad.

Ahora bien, la incógnita del riesgo de que una posible merma de la presunción de legitimidad del acto administrativo formal pudiera tener consecuencias tan nefastas y negativas sobre la eficiencia y la continuidad de la actividad administrativa, en general, parece poco probable, ante una posible amenaza de la desobediencia legítima por parte de los administrados.

La desobediencia de los ciudadanos a los efectos ulteriores de una suposición de los actos administrativos nulos, no alteran el punto de vista del orden jurídico, ya que los límites de lo legal o de lo ilegal son establecidos directa y exclusivamente por el derecho positivo con completa independencia de las representaciones de los ciudadanos del orden jurídico mediante la teoría de las nulidades de los actos administrativos. Todo ello supone, la desobediencia objetiva, y nunca subjetiva de un acto administrativo considerado nulo por el ordenamiento.

El administrado sólo concluye en su posición, tras la constatación positiva del acto administrativo con las causales de nulidad creadas por el ordenamiento; distinto es, que tales causales puedan prestarse para abusivas interpretaciones extensivas por la gran ambigüedad con que éstas son formuladas (Artículo 19.4 LOPA³⁴ y 250.4 COT³⁵), con la finalidad de librarse impunemente de la imperatividad de la actividad administrativa. Una idea fundamental de la norma configurativa de la teoría de la nulidad que debería corregirse con prontitud, pues dos de las características que tal norma legal, nuclear, del derecho constitucional, debe poseer, es la claridad sintética y la lógica-rigurosa de sus enunciados limitativos de la actividad administrativa estatal. Las Causales de Nulidad de los actos administrativos deben ser redactadas de manera clara y sencilla. De allí, la necesidad de colocar límites jurídicos precisos al ejercicio de las potestades del Estado.

Así, el prominente autor Alemán Otto Bachof dice: lo relevante no es si el acto, desde un punto de vista externo, muestra la irregularidad, sino el hecho de que un observador medio pudiese apreciarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluyendo, y esto es vital, las propias del procedimiento de elaboración del acto en cuestión, la irregularidad que afecta el mismo³⁶. Éste fenómeno señalado es llamado *la evidencia mediata del vicio invalidatorio en el acto administrativo*. Otra posición doctrinal mucho más rigurosa que la anteriormente mencionada, es la proveniente de otro aclamado autor de origen

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ídem.*

³⁶ Otto Bachof (1951) *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12/2/1951, DOV, 1951, 6.* Págs. 275-276. Citado por Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos.* Editorial Civitas. Pág. 122

alemán: Peter Lercher, quien indica como: el elemento configurativo de la evidencia, debe reposar únicamente en manos de un observador cualificado³⁷.

Por supuesto, todo esto traería unas serias repercusiones sobre el funcionamiento de la administración, pero nada puede hacerse, porque ésta técnica de control, debe conducirse forzosamente ponderando los distintos intereses jurídicos presentes, tanto de la Administración Pública como de los mismos administrados. No se trata de conferir una recompensa al administrado que desobedece el acto administrativo viciado, sino *del legítimo derecho a la resistencia de los actos incontestablemente contrarios al sistema de garantías constitucionales de los administrados afectados en sus derechos*, así como de las condiciones jurídicas que deben intervenir en el asunto para imponerle o no una sanción al administrado, porque ello no puede basarse en el propósito de rendir un homenaje perpetuo a la autoridad, incluso a la abusiva³⁸. De ahí que, jurídicamente podamos afirmar entonces, la cuidadosa existencia de una desobediencia legítima como derecho fundamental del ciudadano, como supuso la criticada desobediencia tributaria del 2003 por parte de los contribuyentes de Caracas en Venezuela³⁹.

Actualmente, cabe destacar, que la norma contenida en el artículo 123 del nuevo Código Orgánico Tributario (COT) tipifica a un novedoso delito tributario llamado: la Instigación a la Desobediencia Tributaria.⁴⁰ Creemos oportuno expresar, seriamente, la profunda necesidad de realizar un Test de Compatibilidad Constitucional a la indicada norma, pues no puede ser que una norma legislativa como la anterior, criminalice, una posición garantista del contribuyente, como la de desobedecer decisiones contrarias al texto constitucional, pues la teoría jurídica de las nulidades de los actos administrativos, es en esencia, la defensa de los Derechos Constitucionales.

Quien realiza una formulación bastante acertada con relación al presente punto, es el estudioso español García Luengo. Él indica: que esa manera inicial de presentar el problema de la determinación del carácter manifiesto del acto administrativo va a ir siendo superada, debido a la misma artificialidad del planteamiento teórico, que exige partir de una ficción que destruye algunas de las mayores virtualidades de la prestigiosa teoría de la evidencia, cual es la

³⁷ Peter Lercher (1953) *Ordentliche Rechtsweg und Wergaltungsrechtsweg*. Pág. 49 Citado por Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. Editorial Civitas. Pág. 122.

³⁸ Hans Kelsen (1975) *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Nacional. Décima Quinta Edición. Traducción Directa del Alemán por Luís Legaz y Lacambra. México D.F. Pág. 159.

³⁹ Belisario Rincón, J.R. (2004) *La Desobediencia Tributaria como Derecho y Garantía de los Contribuyentes Frente a la Administración Tributaria*. VII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Tema II. Facultades de la Administración Tributaria y Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Pág. 201.

⁴⁰ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.152 del 18 de Noviembre de 2014.

inmediatez entre la infracción que afecta el acto administrativo, y la conciencia social de la misma que justifica la excepción a la misma regla de la eficacia. Cosa bastante peligrosa entonces, que la eficacia de la actividad administrativa le pueda ser aplicada la proposición del auditorio universal como plantea el autor Belga *Chaim Perelman*⁴¹ a los fines de invalidar el efecto vinculante de un acto jurídico cualquiera, uno administrativo incluso, reputado como nulo.

Ahora bien, la falta de efecto vinculante del acto nulo tiene una importancia vital en un Estado de Derecho, puesto que supone, que ni el ciudadano, ni los funcionarios o autoridades administrativas tienen la obligación jurídica de obedecer cualquier acto, con independencia de su contenido.

La respuesta frente a la orden administrativa nula puede ser su desobediencia, pero una desobediencia que estará amparada siempre por el derecho. Por supuesto, cabe destacar aquí, y es aconsejable, que el ciudadano impugne y pida la suspensión de los efectos del acto por la propia administración, de manera irónica; suspensión, que debe ser vista como una declaración provisional y general de falta de eficacia justificada por motivos de seguridad. No obstante, es importante destacar, a diferencia de lo que ocurre con el acto administrativo formal anulable, que ni la Administración, ni sus funcionarios y autoridades en general, que están obligados a respetar el acto nulo, irónicamente, aún cuando dicho acto no haya sido todavía objeto de suspensión o de declaración formal de nulidad, como recomendación. La incongruencia más llamativa que nos encontramos con relación al tema de las nulidades.

Como diría brillantemente acerca del tema Nieto: es una situación incongruente que no se tapa fácilmente con el cómodo remiendo teórico de los vicios irrelevantes, o de la convalidación, o de la conservación por prescripción de las acciones impugnatorias, como tampoco por el principio de seguridad jurídica, o de la consideración del carácter subjetivo de los recursos jurídicos⁴². Ni decir además, de la inoperante potestad administrativa revisora de oficio de la administración pública, cuyo fin consiste en revisar la legitimidad jurídica de sus propias decisiones, y de su contraste con el extravagante Recurso de Lesividad ante la justicia administrativa en otras latitudes como la española.

El estudioso García Luengo indica: que esta es la principal crítica de la teoría de la evidencia. Sin embargo, también constituye el punto fuerte de la teoría de la evidencia, que reconocen inclusive sus críticos, y que la hizo tan atractiva en el Derecho Comparado. La relación entre el carácter notorio del acto

⁴¹ Manuel Calvo García (1994) "*Los Fundamentos del Método Jurídico: Una Revisión Crítica*". Editorial Tecno.

⁴² Alejandro Nieto (1997) *Contra las Teorías al Uso: Una Propuesta de Renovación. III Congreso Internacional en Honor a Brewer-Carías. Acto Administrativo*. FUNEDA. Caracas, Venezuela. Pág. 52

y su nulidad puede ser explicada tanto desde una perspectiva cercana a la procesal, referida, por tanto, al sentido del plazo de impugnación y de sus excepciones, como desde una perspectiva que tenga en cuenta, que la nulidad de un acto trae consigo su ineficacia general, esto es, su no obligatoriedad, lo que constituye la principal muestra del carácter no puramente procesal de la figura de la nulidad⁴³.

Pero, además, de tener que considerarse un acto nulo como ineficaz *ab-initio*, si se pretendiere la ejecución de ese acto nulo por parte de los funcionarios o autoridades, éstos pueden incurrir como indica expresamente el ordenamiento constitucional en responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria y civil con los administrados, y órganos y entes públicos afectados. La presunción de legitimidad del acto definitivo debe tener un límite en un estado de derecho, no solo formal, sino material. Y ese límite es, ciertamente la nulidad absoluta del acto administrativo formal definitivo. Afirmar lo contrario implica someter al ciudadano y a los funcionarios de la administración pública a una obediencia ciega, no al ordenamiento jurídico, sino a las personas encargadas de tomar los laudos importantes de la vida del país.

De hecho, Kelsen planteaba que la doctrina alemana (principalmente con De Wolf) desde hace ya bastante tiempo, sostenía como, que el individuo perturbado podía considerarse legitimado por su cuenta y riesgo (Teoría del Riesgo) para la desobediencia de un acto nulo, pues no podría escapar de una sanción administrativa, si el órgano competente no participa a su manera de ver, y tiene el acto administrativo por válido.

Por ello, las consecuencias que se derivan de reconocer al acto administrativo una sana presunción de legitimidad *iuris tantum*, cuando éste cuenta con algunos vicios ostensibles, este no persigue sugestionar la desobediencia de los actos administrativos formales. Si una persona no obedeciera un acto administrativo por considerarlo nulo, entonces la Administración podría ejecutarlo, considerándolo como si fuese un acto administrativo formal válido, pero con sus respectivas consecuencias jurídicas. Y esto es muy poco probable que así sea por el mismo carácter manifiesto del vicio. Y tocará entonces, en última instancia, a los órganos judiciales, pronunciarse acerca de la innegable constitucionalidad e ilegalidad de la actuación material derivada de un acto administrativo reputado como nulo, y que sobrellevará inevitablemente, a una vía de hecho por ser entonces, una actuación material contraria a derecho.

En tal caso, de que fuese demostrado, en definitiva, que el administrado tenía razón, se degradará a sin efecto la sanción, y resultará indemnizado. De

⁴³ Javier García Luengo (2002) *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, España. Pág. 123.

pasar lo contrario, la actuación material contaba con el respaldo jurídico requerido para considerarla como si fuese legítima, pues ejecutaba el interés público de la decisión definitiva, y entonces el administrado termina desobedeciendo indebidamente la decisión. Encontrándonos, una actuación material cónsona con el derecho.

En ningún momento, las nulidades afectan indebidamente la continuidad de la acción administrativa, ni la efectiva guarda de las decisiones válidas, o de las decisiones inválidas, pero igualmente legítimas, ni supedita el cumplimiento jurídico de los actos administrativos a la sola voluntad de los administrados, sino todo lo contrario, pues lo que verdaderamente sobreviene, es que esa decisión formal se supedita a la voluntad legislativa específicamente determinada en las causales de nulidad de un modo taxativo, prohibiendo entonces, toda posibilidad de revestir legitimidad a un acto administrativo estatal formal, que se separe de los postulados esenciales sobre los cuales descansa el entero funcionamiento del ordenamiento en un Estado de Derecho. Así, el principio de legitimidad será una norma o regla general ante su fundamento en el interés general de los ciudadanos, mientras que la nulidad absoluta o plena del acto, es la excepción ante su fundamento específico en los derechos fundamentales de los ciudadanos en el caso concreto, pero ni la actividad estatal se presumirá de manera impérenne como legítima, ni tampoco las pretensiones de los administrados ante la Administración Pública.

Las imbricaciones teóricas del tema dependen del caso concreto, con relación a cada uno de los posibles vicios invalidantes que pudieren atribuírsele al acto jurídico, incluso en relación un determinado tipo de administrado, por ejemplo, un contribuyente que es constreñido a sufragar un determinado tributo no tipificado en un instrumento normativo-legislativo previo, con ocasión a la trasgresión del principio de reserva legal tributario⁴⁴, o que fuere liquidado, contablemente hablando, siguiendo unos criterios contables muy distintos a los previstos en el procedimiento correspondiente, conforme con aquello que la doctrina tributaria denomina: la tipicidad tributaria, y que incluye el procedimiento contable específico para cada tributo, o de cada ramo rentístico propio, trátase de las tasas, las contribuciones parafiscales, incluso de los impuestos, directos, o indirectos⁴⁶,

La teoría de las nulidades está vinculada directamente con la vigencia del estado de derecho por su diseño, como un mecanismo legislativo de delimitación

⁴⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de Marzo de 2000. Artículo 317.

⁴⁵ Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.152 en Fecha de 18 de Noviembre de 2014. Artículos 3.1 y 3.4.

⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del 13 de Enero de 2005. Caso SOFAVEN C.A.

negativo, condensador de los otros vicios jurídicos invalidantes, potenciales de una declaración unilateral emitida por un órgano o ente público con un criterio general, que envuelva en un régimen jurídico uniforme a cada una de esas anomalías jurídico-administrativas. De ahí, la consideración del artículo 19 de la LOPA como un poderoso muro de contención impenetrable, que no puede traspasarse salvo mediante reforma legal, la configuración de la voluntad administrativa estatal según un acabado teórico (principio de juridicidad). Recordemos al Estado de Derecho entonces, como a un engranado sistema de garantías salvaguardador de la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, tanto naturales como jurídicas, tanto nacionales como extranjeras. Y la teoría de las nulidades representa una de esas garantías que tiene el administrado contra el Estado, pues ella involucra la excepción a la justa política general de la imperatividad (la ejecutividad-la ejecutoriedad: Artículo 8 de LOPA) de las decisiones estatales administrativas, cuando éstos no cuenten con todos los requisitos mínimos de legitimidad de un sistema jurídico democrático, vía legal.

Los artículos 19 de Ley Orgánica Procedimiento Administrativos (LOPA) y 250 del Código Orgánico Tributario representan un examen previo: *ex ante*, a uno judicial posterior: *ex post*, como una especie de clausula general de sometimiento al principio de la juridicidad de los actos administrativos sumamente condensado, acerca de cómo no debe estar enmarcada la actividad administrativa unilateral, incluso, la y que, actividad administrativa contractual. Sencillamente, sin el artículo 19 de la LOPA no concretizaríamos uno de los postulados de un estado legal y de derecho, que fije un dogma de incondicional causalidad de los elementos de los actos administrativos con la legalidad, frente la arbitrariedad gubernativa como concepto, que es ya esencia en estos tiempos. En nuestra opinión, sin un artículo 19 o 250 no tendríamos verdaderamente, un estado de derecho. O acaso, ¿pudiéramos imaginar el sistema jurídico sin un artículo 19 LOPA? ¡Ello sería algo para nada racional!

Incluso, una descuidada formulación de las causales de nulidad absoluta puede llegar inclusive a poner en evidencia la anterior afirmación, razón por la cual resultará obligada para impedirse esa situación, una interpretación auténtica, pero ceñida a las cardinales exigencias institucionales de la nulidad de pleno de derecho de los actos administrativos, como pudiera ocurrir entonces, de considerarse al vicio invalidatorio de la desviación de poder de los actos administrativos, como un vicio de nulidad absoluta. Aspecto fundamental, que cabría realizar al reformar con nuevas formulas invalidatorias dentro de un nuevo artículo 19 LOPA, por ejemplo, al incorporar *la reformatio in pejus*.

En palabras mucho más extremas de Agustín Gordillo: la ausencia de un sistema de nulidades bien articulado equivaldría a aseverar que no existe Dios,

ni Justicia, ni valores universales de la sociedad internacional⁴⁷, pues resulta inconcebible dentro de un derecho administrativo ya constitucionalizado, la ejecución forzosa de un acto nulo, pues es un derecho subjetivo reconocido por las naciones civilizadas: el planteamiento de la inejecutividad del acto administrativo carente de legitimidad por contradecir expresamente el ordenamiento constitucional⁴⁸.

Sencillamente, los artículos 19 LOPA y 250 COT enuncian la posible inejecutividad de los actos administrativos formales nulos, cuando éstos carezcan completamente de los requisitos mínimos de legitimidad indicados en sus enunciados normativos. De tal manera, que los ordinales suspenden el contenido regulador de los actos nulos que fueren dictados por órganos o ente públicos incompetentes, o cuando ellos fueren a limitar inconstitucionalmente, la esfera jurídica subjetiva del administrado, como si procediere una medida cautelar suspensiva, pero de naturaleza legislativa.

Todo sería mucho más sencillo entonces, si los funcionarios gozaran de un grado de instrucción más elevado, y además estuvieran dispuestos a sujetarse plenamente a la legalidad y al derecho conforme a los artículos 141 de la Constitución⁴⁹, 15 LEFP⁵⁰ y 8 LOAP⁵¹, pues de conducirse como verdaderos agentes públicos, ellos dictarían actos dentro de la esfera de sus competencias, con un contenido constitucional, con respeto cabal del procedimiento y con la guarda del contenido esencial de los derechos fundamentales.

El anterior enfoque de las nulidades apunta precisamente al impacto que la teoría de las nulidades puede suponer en la potestad de autotutela que los particulares no disponen, pues el órgano administrativo que emite el acto formal nulo puede ejecutarlo inmediatamente por sí mismo, y sin colaboración alguna de todas las autoridades judiciales, y empleando incluso, la amplia gama de medios coactivos administrativos de la potestad de ejecución forzosa, con independencia de que dogmáticamente se pueda reconstruir la norma básica de la ineficacia *ab initio* del acto nulo. Pero es cierto que, *de facto*, si el afectado por un acto administrativo nulo no quiere que la misma realidad refleje el contenido del mismo, deba entonces proceder a impugnarlo irónicamente, solicitando innegablemente la suspensión de sus efectos jurídicos, aunque se presuma *iure et de iure*, ilegítimo.

Ahora bien, teóricamente, la teoría de las nulidades de los actos administrativos no viene planteada así. La teoría de las nulidades posee como dogma

⁴⁷ Agustín Gordillo (2002) *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III: El Acto Administrativo*. Primera Edición Venezolana. FUNEDA. Caracas, Venezuela. V-18.

⁴⁸ George Vedel (1937) *Derecho Administrativo*. Editorial Desconocida. Pág. 69.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ Gaceta Oficial N° 6.147. Extraordinaria de Fecha del 17 de Noviembre de 2014.

incondicional, como norte impedir, que un acto carente de los elementos primordiales de su consuntiva vida jurídica adquiera legitimidad, o reconocimiento, cuando entre en contradicción de manera total con los lineamientos cardinales del ordenamiento constitucional. Carece de sentido entonces, que el acto administrativo formal nulo pueda llegar a obligar, cuando carezca de la obligatoriedad o ejecutividad pretendida por el artículo 8 de la LOPA, y que entonces recaiga en el administrado, la gran carga de impugnar la decisión con la finalidad de impedir, que la administración pueda materializarla físicamente mediante las consecuenciales actuaciones materiales, creando así, un gravamen innecesario para el administrado perturbado, pues nace un absurdo lógico de comprobar algo declarado meridianamente como nulo por el ordenamiento jurídico ante los tribunales.

Todo ello sobreviene, debido al todavía oscurantismo presente en la doctrina con esta garantía constitucional, especialmente de la jurisprudencial, con relación a como debe interpretarse la Teoría de las Nulidades de los Actos Administrativos. Si como una cuestión meramente sustantiva, o como un tema fundamentalmente adjetivo o procesal, como ocurre actualmente en Venezuela, cuando la Ley procesal administrativa indica el lapso de caducidad del recurso contencioso de nulidad contra los actos administrativos, de modo general: nulos y anulables. Lo cual pues, carece de sentido, pues el transcurso de los lapsos de caducidad de la acción de nulidad consagrada en la LOJCA, no podría nunca entonces, procesalmente, convalidar un acto administrativo nulo, cuando dentro de la teoría de las nulidades, es insubsanable e inconvaleable en todos los sentidos.

V. La incidencia de la ilegitimidad del acto administrativo sobre la autotutela y especialmente sobre la legitimidad de la actuación material

De la presencia de legitimidad de los actos se deriva la ejecutividad de los actos, pues ellos cuentan con la cualidad jurídica necesaria para producir los efectos jurídicos. Lo cual acarreará inmediatamente que todos los administrados afectados en calidad de destinatarios tengan el ineludible compromiso de cumplirlo. En caso contrario, de que el administrado considere ilegítimo al acto administrativo, deberá entonces éste alegar y probar su contrariedad a derecho en sede administrativa o judicial, con la finalidad de que sea revocada, o en tal caso sea declarada con posterioridad, su nulidad.

Todos los actos administrativos dictados, salvo aquellos que expresamente la Constitución, la Ley, los Tribunales y la Administración Pública concluyan negando su carácter ejecutivo, son ejecutivos, aunque otro sujeto de derecho público o privado cuestione su legalidad. Esta cualidad jurídica de los actos administrativos se predica originariamente con aquellos que sólo

cumplen con las exigencias mínimas demandadas por el ordenamiento jurídico para surtir efectos satisfactoriamente.

De esa presunción de legitimidad de los actos administrativos se derivan una cadena de consecuencias jurídicas poderosamente importantes como las siguientes: 1) la nueva situación jurídica es instaurada inmediatamente, y 2) la presunción de legalidad del acto administrativo es tipo *iuris tantum*.

Tenemos entonces, que la legitimidad jurídica como regla general, consiste en una técnica, en una herramienta formal para imponer el inmediato cumplimiento de los actos, glorificando entonces una suerte de capacidad de autotutela que la dispensa de la necesidad de obtenerla previamente de las autoridades judiciales. La potestad de autotutela declarativa o ejecutiva es un moderno basamento gestor en la acción de la administración pública, un formidable privilegio adjetivo posicional en sus relaciones con los administrados.

La potestad de la autotutela ejecutiva, o de potestad ejecutiva -que puede ser inclusive administrativa o judicial- se refiere a la ejecución de los actos administrativos cuyo contenido implique crear la actividad conferitiva de eficacia material al contenido regulador incrustado en aquél acto jurídico. A diferencia de la mera potestad de autotutela declarativa, que se manifiesta en una declaración puramente reconocedora de derechos y deberes.

Sin embargo, la actividad material del acto administrativo formal, no implica necesariamente una consecuencia del incumplimiento voluntario del administrado de lo contenido en aquél, sino una actividad material *sui generis*, destinada para un específico acto administrativo. De tal manera, que no todos los actos administrativos formales pueden ser sujetos a ejecución, sólo los actos administrativos constitutivos consiguen ser sujetos a ejecución material. Sin embargo, dentro de la misma categoría de los actos administrativos constitutivos nos toparemos con regímenes jurídicos diferentes unos de otros. No es igual, una Resolución Culminatoria de un Departamento de Fiscalizaciones del SENIAT, de una Resolución Culminatoria Ordenando la Demolición de una Obra que no cumple las variables Urbanas, de un Decreto Expropiatorio.

Por supuesto, la ejecución de los actos administrativos formales no descarta el juicio de las autoridades judiciales (26 y 259 Constitucional)⁵² de la correspondiente validez y de la legitimidad del acto administrativo, como de la legitimidad jurídica de la actuación material ejecutiva del contenido regulador del acto administrativo formal, valga el afincamiento; planteándose la posibilidad de afirmar entonces la peripecia de una presunción de legalidad de las ejecuciones administrativas, o de su misma actividad material, o de sus

⁵² *Idem*.

actuaciones materiales con el mismo carácter expuesto con los actos administrativos.⁵³

Y ello sobre la base de tratarse de actuaciones que material, y por tanto, formal, y verticalmente, están sujetas a lo dispuesto en los actos, en tanto que las actuaciones materiales son el producto del ejercicio de una potestad ejecutiva, o de la autotutela ejecutiva, cuyo objeto consiste en conferirle eficacia material al acto, esto es, la potestad ejecutiva manobra como un título jurídico potestativo preponderantemente ejecutivo del contenido regulador del acto, a diferencia de la potestad administrativa formal, o de autotutela declarativa, cuyo ejercicio trae consigo una declaración unilateral de índole administrativa cuya mera finalidad consiste en resolver solicitudes privadas o públicas tendentes a la producción de actos jurídicos reguladores.

Así, la potestad de la autotutela declarativa: es el poder de creación e imposición unilateral de obligaciones y derechos, la potestad que tiene la administración pública de dictar actos administrativos ejecutivos y ejecutorios para satisfacer de manera directa e inmediata algún interés público general, o más o menos general, cuando la ley así lo prescriba;⁵⁴ ambas potestades públicas como 2 potestades administrativas –declarativa y ejecutiva- con finalidades establecidas y atribuidas por el ordenamiento dentro de un determinado sistema jurídico a los fines de sostener una relación jurídico-administrativa en la fase de ejecución del acto, y que todavía puede juridificarse mediante su adecuada procedimentalización.

Nos encontramos con dos potestades administrativas estatales, entrelazadas, la primera: la formalizante o de autotutela declarativa, que será esencialmente el objeto ejecutivo decisor de la segunda, y la ejecutiva o de autotutela ejecutiva, que tiene por objeto materializar a la primera. Y ambas potestades se configuran como una actividad administrativa concretizadora.

La primera potestad inicia con una solicitud. La segunda con la existencia de una virtualidad jurídica en el acto administrativo formal como producto de una actividad administrativa. La primera distinguida como la potestad de la autotutela declarativa. La segunda conocida entonces, como la potestad de la autotutela ejecutiva. No se puede evitar o prohibir que la Administración dicte un acto administrativo regulador de una situación jurídica concreta, ni que el órgano ejecutivo de la administración produzca una actuación material, pues cuando se produce el presupuesto fáctico contenido en la norma legal, la Administración está obligada a ejercitar la mencionada potestad con la finalidad

⁵³ García De Enterría, E y Fernández, T. (2000) *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y Tomo II*, ed. 10ª Edición. Editorial Thomson-Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 506.

⁵⁴ Herrera Orellana, L.A.(2008) *La Potestad de Autotutela Administrativa: Ejecutividad y Ejecutoriedad de los Actos y Contratos Administrativos*. Serie Cuadernos, Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

de cumplir el interés general encomendado. Enunciado en forma positiva con relación a la potestad de autotutela ejecutiva. Únicamente, la Administración Pública podrá intervenir cuando la autotutela declarativa esté ya producida⁵⁵.

En otras palabras, cuando nos encontremos con un acto administrativo formal previo, definitivo y regulador, es que será posible ejercitar la autotutela ejecutiva por la Administración Pública, o los Tribunales, como acontece en nuestro sistema jurídico con la materia tributaria en el cobro de sumas de dinero adeudadas por el contribuyente.

En este sentido, podemos considerar a las actuaciones materiales como un nuevo elemento integrador de los actos administrativos formales, por ser necesarios para que lo contenido en el acto administrativo pueda obtener alguna significancia jurídica dentro del orden fáctico. De donde, la actuación material se encuentra sujeta sustancial, teleológica y procedimentalmente, al acto constitutivo expresado en función del que maniobran conjuntamente. Sin la actuación material, el acto administrativo constitutivo formal, no conseguiría ser perfecto, debiendo incluirse la anterior aseveración dentro de la teoría general del acto administrativo.

La correspondiente actuación material acabará siendo aplicada en bloque con el acto administrativo conforme con un principio jurídico que pudiéramos denominar: el principio de la unidad de acción de la actuación material. En virtud de que, el acto constitutivo previo y la actuación material son expresiones ejecutantes del ordenamiento jurídico de manera simultánea, en función de que constituyen potestades administrativas consecuenciales. La una sobreviene a la otra potestad. De allí, que entonces, tengamos a la potestad administrativa formal incorporada con una potestad administrativa ejecutiva en la conquista de los cometidos estatales, trascienda como una potestad administrativa concretizadora.

Así, el principio de la unidad de acción de la actuación material significa, que la actuación material no puede contradecir ni directa ni indirectamente el contenido regulador del acto administrativo, sino que la actuación material debe acondicionarse, ensamblándose, rectilíneamente con el contenido regulador alojado dentro del acto formal con el propósito de que acudan en una correspondencia singular. De lo contrario, la actuación material quedaría convertida como una acción material contraria a derecho, por ésta ser generada de un ejercicio desbocado de una competencia, cuando se dan las circunstancias previstas en el texto: el cumplimiento de la condición, o del término incorporado dentro del acto administrativo, de la carga o el gravamen, o del transcurso integral de los lapsos impugnatorios.

⁵⁵ García De Entería, E y Fernández, T. (2000) *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y Tomo II*, ed. 10ª Edición. Editorial Thomson Civitas S.A. Madrid, España.

El principio jurídico vendría siendo en las posible palabras de Karl Larenz: los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible...indican la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar⁵⁶.

En este sentido, el principio sería muy útil, pues éste expresa un valor material básico de un ordenamiento jurídico, aquéllos sobre los cuales éste, se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad⁵⁷.

Ahora bien, que la potestad administrativa se ejerza en interés de una persona distinta de su titular es fácil de comprender, puesto que existe otra figura para identificar la protección jurídica de los intereses propios como el derecho subjetivo, pero más importante aún, que lo que acaba de señalarse, es la necesidad de que la potestad tenga como todo poder jurídico, un pleno título justificativo, algo en que pueda apoyarse para reconocerse su razón de ser como una concretización estándar del ordenamiento jurídico, algo que indique, como se configura la vía de hecho: la actuación material contraria a derecho sucedida del ejercicio de una potestad de autotutela ejecutiva; y la forma en que éste poder se integra en el ordenamiento que lo autoriza, puesto que la configuración general de la potestad como un concepto jurídico, no incorpora sólo a una peripecia de actuación legítima, sino también de la imperativa obligación de conducirse en función de las circunstancias establecidas en la norma con el presupuesto fáctico que termina justificándola: la ejecución de un acto administrativo constitutivo definitivo y previo⁵⁸.

En vista de lo anterior, los poderes más matizados de los órganos administrativos según la legislación moderna son la autotutela, la revocación, la corrección, la anulación y la convalidación. Todas potestades productoras de actos administrativos formales, y que trabajan a los actos administrativos, porque las potestades anteriormente acotadas poseen por objeto, a un acto administrativo formal, y como tales, los actos adquieren un contenido regulador administrativo, proveniente de una suerte de superposición de los órganos administrativos sobre los administrados, por ser la Administración Pública la vicaria de los intereses públicos generales, y que deben prevalecer sobre los derechos subjetivos encerrados sobre la base de la mínima legalidad, o de la legalidad dura, o de la legitimidad, en que se deben cimentar tales actos jurídicos como formas medidoras del orden institucional envuelto dentro del sistema administrativo venezolano.

⁵⁶ Karl Larenz. *Derecho Justo. Fundamentos de la Ética Jurídica*. Civitas. Trad. L. Diez-Picazo. Madrid, España. Págs. 32-33.

⁵⁷ García De Enterría, E y Fernández, T. (2000) *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, ed. 10ª Edición. Editorial Thompson Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 75.

⁵⁸ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial 2818. Extraordinaria de Fecha del 01 de Julio de 1981. Artículo 78.

VI. *La vía de hecho como vicio invalidatorio dentro de la teoría general del acto administrativo*

Ahora bien, el concepto jurídico de la vía de hecho es tradicionalmente una vieja construcción jurisprudencial y doctrinal del Derecho Administrativo con el Consejo de Estado Francés sin texto expreso, y que viene reconociendo históricamente una dual simplificación de los vicios de las actuaciones materiales como unas actuaciones *no-jurídicas* ulteriores de los actos administrativos formales que conforman el inseparable binomio jurídico-funcional: acto administrativo constitutivo-actuación material.

La primera modalidad de la vía de hecho consiste, en el ejercicio de un poder ejecutivo del cual legalmente se carece por ausencia del título ejecutivo que lo sustenta, mejor llamado como: *manque de droit o ausencia de derecho*; la segunda modalidad de la vía de hecho consiste en el clandestino ejercicio de una potestad ejecutiva con que legalmente se cuenta, pero con ausencia plena del procedimiento ejecutivo legalmente establecido para ello: *manque du procedure, o ausencia de procedimiento ejecutivo, o ausencia de derecho suficiente*.

En este sentido, la vía de hecho son todas aquéllas irregularidades de las actuaciones materiales cometidas por la administración en el ejercicio de sus potestades ejecutivas, cuando procede a la realización de una acción material careciendo de un acto previo en que se fundamente a su actividad material sustantiva, o adjetivamente, que la Administración Pública proceda a la realización material de un acto administrativo que jurídicamente “no existe”, o que existiendo el apuntado acto administrativo previo, la Administración Pública proceda materialmente, pero desconociendo el procedimiento ejecutivo legalmente establecido para ello.

La primera modalidad reposa sobre *la base de la exigencia general del acto previo*⁵⁹ conocido en Venezuela como *el principio proscriptivo de la vía de hecho* Artículo 78 LOPA⁶⁰, lo que quiere decir, que cualquier actuación material será pues, contraria a derecho, cuando en éste no exista un acto administrativo previo en que se fundamente, según el viejo aforismo jurídico: *nulla executio, sine praevio título*.

⁵⁹ García De Enterría, E y Fernández, T. (2000) *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y Tomo II*, ed. 10ª Edición. Editorial Thompson Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 765.

⁶⁰ Brewer-Carías, A.R. (2002) *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*. Legis: Literatura Jurídica. Bogotá, Colombia. Pág. 240.

⁶¹ Brewer-Carías, A.R. (1998) *Los Principios de la Legalidad y de la Eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos en América latina: IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”*. *La Relación Jurídico-Administrativa y el Procedimiento Administrativo*. Caracas-Venezuela. Pág. 47

De la primera modalidad puede desglosarse a su vez dos modalidades de vías de hecho. A) Una actuación material con ausencia de un acto administrativo formal previo, B) y una actuación material con la existencia de un acto administrativo formal previo, pero que carece de la debida suficiencia exigida por el ordenamiento para conferirle legitimidad a la actuación material, como producto del ejercicio de la potestad ejecutiva.

De la actuación material con ausencia de un acto administrativo previo pueden derivarse 11 maneras claramente distinguidas:

1. Una actuación material con ausencia de procedimiento y acto administrativo previo.
2. Una actuación material con existencia de un procedimiento, pero con la ausencia de un acto administrativo previo.
3. Una actuación material con la existencia de un procedimiento administrativo y de un acto administrativo previo, pero con ausencia de notificación, o con la existencia de una notificación, pero siendo ésta defectuosa.
4. Una actuación material con la existencia de un procedimiento y acto administrativo notificado, pero revocado éste con posterioridad a la realización de la actuación material, sin modificar la situación jurídica generada por la realización material del acto (vía de hecho sobrevenida).
5. Una actuación material con procedimiento y acto administrativo perfecto, pero que terminó decayendo en sus efectos, bien porque el supuesto fáctico desapareció, o bien porque el supuesto jurídico más tarde se desapareció por una derogación (Legal-Reglamentaria), o anulación (Sentencia de SC-TSJ o SPA-TSJ), o una abrogación normativa (Voluntad Popular Manifestada por Referéndum).
6. Una actuación material realizada con procedimiento y acto administrativo perfecto, pero suspendido por medida cautelar judicial o administrativa suspensiva.
7. Una, o las actuaciones materiales realizadas fuera de la vigencia del lapso temporal de un acto administrativo.
8. Una actuación material está supeditada al transcurso del tiempo, pero aún así, ésta se mantiene consumada pese al transcurso del tiempo indicado en el contenido regulador del acto administrativo. Por ejemplo, una Resolución Culminatoria emanada del SENIAT ordena la Clausura Temporal del Establecimiento Comercial por un lapso de 3 días. Suceden los días y el Local sigue clausurado. En nuestra opinión, éste caso es una vía de hecho omisiva.

9. Una actuación material de un acto administrativo invalidado por la *reformatio in pejus*.
10. Una actuación material realizada con procedimiento y acto perfecto, pero suspendido constitucionalmente de manera *ope constitutionen* - normas 49.2⁶² y 115⁶³. Todo acorde con una interpretación muy precisa de la regla 6.
11. Además, cabe mencionar un importante caso, como la desproporcionalidad de la actuación material con relación al acto administrativo formal previo dentro de la actividad administrativa inspeccionarial.

De la actuación material con la existencia de un acto administrativo formal previo, pero que carece de la suficiencia requerida por el ordenamiento - actos nulos-, no existe en nuestro entender una doctrina del todo consolidada, debido a las imprecisiones que existen dentro de los conceptos jurídicos sobre los que la figura descansa para diferenciarse de las demás vías de hecho.

En este sentido, la vía de hecho puede subdividirse conforme con la carencia de los actos administrativos de: 1) requisitos mínimos de legitimidad requeridos por el ordenamiento jurídico en la formación de actos administrativos válidos, legítimos y eficaces; 2) la publicidad requerida para un acto administrativo formal de surtir efectos (notificación-publicación); 3) la aprobación consiguiente de un órgano administrativo superior, o 4) de la firmeza derivada del mero transcurso de los lapsos impugnatorios. Si en todos los casos mencionados, los órganos administrativos efectúan una actuación material careciendo el acto administrativo formal de esas condiciones, o estando en esas condiciones, nos encontraríamos con una indiscutible vía de hecho.

Tenemos entonces, la existencia de 3 componentes inexcusables para su efectiva configuración. En primer lugar, de que debe tratarse inexcusablemente de una actuación material; en segundo lugar, que esa equivalente actuación material cuente con algunas de las irregularidades anteriormente delineadas (ausencia del título ejecutivo suficiente); y en tercer lugar, que la referida

⁶² Cfr. Alberto Blanco-Urbe Q. (2002) *Eliminación de los Efectos Suspensivos de los Recursos Tributarios. Una Inconstitucionalidad. Estudios Sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*. Asociación Venezolana de Derecho tributario (AVDT) Livrosca. Pág. 701.

⁶³ Cfr. Antonio Canova González, Luis Alfonso Herrera Orellana (2009) *¿Expropiaciones o Vías de Hecho? La Degradación Continuada del Derecho Fundamental de Propiedad en la Venezuela Actual*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA-UCAB. Pág. 45.

actuación material como habrá de ser obvio, deba ser imputada a la administración pública⁶⁴.

Sin embargo, todo esto, no resulta suficiente, pues se requiere necesariamente de la trasgresión *objetiva* de un derecho subjetivo cualquiera, pero que sea predominante la transgresión de un derecho fundamental del ciudadano⁶⁵ como indican los autores principales en la materia; indistintamente del consentimiento del administrado afectado, pues no se requiere de su resistencia y de la consecuente violación del derecho constitucional⁷² para encontrar configurada la vía de hecho como un vicio invalidatorio de las actuaciones materiales. La vía de hecho es, entonces, una violación objetiva, pura, del ordenamiento jurídico.

Es por ese oscurantismo doctrinario que existe acerca de la figura invalidatoria, que en el fondo todavía subsisten problemas con la defensa frente a las vías de hecho, debido a la poca precisión del concepto, como también de las dudas que se suscitaban con la elección de la articulación procesal idónea para reaccionar efectivamente en contra de ella. Y todo ello ocasionado, porque el concepto de la vía de hecho, era una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera que ha derivado de una interpretación *contrario sensu* de la misma providencia prohibitiva de los interdictos en contra de la administración pública en materia de expropiaciones por causa de una utilidad

⁶⁴ Cfr. Hernández González, J.I. (2006) *La Pretensión Procesal Administrativa Frente a las Vías de Hecho*. Libro Homenaje al Profesor Luis Henríque Farías Mata: Derecho Contencioso Administrativo. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, Estado Lara. Pág. 238.

⁶⁵ De Laubadere, A. (1990). *Traité de Droit Administratif*. Tomo I. París L.G.D.J. 1990. Pág. 417.

⁶⁶ Vedel, G. (1937) *Derecho Administrativo*. Editorial Desconocida. Pág. 54.

⁶⁷ Rivero, J. y Waline, J. (1994). *Derecho Administrativo*. Editorial Dalloz. Pág. 197.

⁶⁸ García De Enterría, E y Fernández, T. (2000) *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y Tomo II*, ed. 10ª Edición. Editorial Thomson Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 513.

⁶⁹ Canova González, A. (1998) *Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso-Administrativo Venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1.998. Colección Del Contencioso-Administrativo N° 1. Pág. 57

⁷⁰ Rachadell, M. (1996) *La Defensa del Ciudadano Frente a las Vías de Hecho de la Administración*. I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (Derecho Procesal Administrativo) en Honor a Brewer-Carías. Tomo II. Pág. 651.

⁷¹ Hernández González, J.I. (2009) *Vía de Hecho y Contencioso Administrativo*. Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 Autores en Homenaje al Post-Grado de Derecho Administrativo de la UCAB. Caracas, Venezuela. Pág. 242.

⁷² Araujo Juárez, J. (1997) *Los Derechos Fundamentales y los Medios de Protección Procesal: La Teoría de la Vía de Hecho Administrativa*. FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Caracas, Venezuela. Pág. 91.

pública-social⁷³⁷⁴⁷⁵⁷⁶⁷⁷; cabiendo añadir, la insuficiencia normativa de la vía de hecho como una figura invalidatoria exclusiva de todas las actuaciones materiales, que parte de la premisa del requerimiento de un título jurídico ejecutivo previo que acabe autorizando, el debido proceder material concretizador de la voluntad, en consonancia con los canales procedimentales acordes con el contenido del acto administrativo formal en las relaciones de la autotutela ejecutiva de los intereses generales del ciudadano.

La doctrina más calificada explica, que el concepto de vía de hecho constituye: un límite jurídico de la potestad administrativa de coacción, y de la expropiación forzosa⁷⁸; o, como: la desaparición del principio jurídico de ejecutoriedad de la acción administrativa por una grave irregularidad de su actuación material; o por un gravísimo atentado al derecho de propiedad, o a los restantes derechos primordiales de los ciudadanos⁷⁹; o: como una actuación estatal realizada sin competencia, o sin alcanzar concordarse al procedimiento administrativo legalmente establecido para cumplir con esa determinada finalidad⁸⁰.

En estos términos, la vía de hecho viene determinada como una figura jurídica invalidatoria que recoge a una infinidad de contrariedades a derecho que puede acaecer una actuación material aparecida del ejercicio de la potestad ejecutiva cuando ésta se encuentre desvinculada del ordenamiento. No ocurre como en el acto administrativo: la usurpación de competencia, la extralimitación de atribuciones, la inmotivación, el falso supuesto, desviación de poder, entre otros; vicios invalidatorios que no son relevantes para el presente artículo. Relevante para el presente artículo son todas las imbricaciones concernientes con esa contrariedad a derecho, una contrariedad a derecho, autónoma de la

⁷³ García De Enterría, E y Fernández, T. (2000) *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y Tomo II*, ed. 10ª Edición. Editorial Thomson Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 796.

⁷⁴ López Menudo, F. (1988) *Vía de Hecho Administrativa y Justicia Civil*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid, España. Págs. 322-323.

⁷⁵ Sainz Moreno, F. (1989) *La Defensa Frente a la Vía de Hecho. Recurso Contencioso-Administrativo, Acción Interdictal y Amparo*. 1.989. Dialnet. Madrid, España. Pág. 65.

⁷⁶ Rachadell, M. (1996) *La Defensa del Ciudadano Frente a las Vías de Hecho de la Administración*. I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (Derecho Procesal Administrativo) en Honor a Brewer-Carías. Tomo II. Pág. 151.

⁷⁷ Hernández González, J.I. (2009) *Vía de Hecho y Contencioso Administrativo*. Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 Autores en Homenaje al Post-Grado de Derecho Administrativo de la UCAB. Caracas, Venezuela. Pág. 252-253.

⁷⁸ García De Enterría, E y Fernández, T. (2000) *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y Tomo II*, ed. 10ª Edición. Editorial Thompson Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 771.

⁷⁹ González Pérez, J. (1988) *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos Española*. 2ª Ed. Madrid. Dialnet. Madrid, España. Pág. 802.

⁸⁰ López Menudo, F. (1988) *Vía de Hecho Administrativa y Justicia Civil*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid, España. Pág. 149.

actuación material y muy distinta de la del acto administrativo formal definitivo, pero fundamentalmente: ¿Contrariedad contra qué?

La contradicción con el ordenamiento viene aparejada por la desvinculación con el acto administrativo que fundamenta y justifica su existencia dentro del mundo de lo jurídico, pues la actuación material involucra a la ejecución del contenido regulador del acto administrativo. Así pues, la ocupación de la actuación material dentro de la teoría del acto administrativo consiste en ejecutar, en materializar, en consumir concretamente el contenido regulador del acto administrativo incrustado en su cavidad sustancial: la cobranza de una suma pecuniaria, la ejecución de una orden administrativa, la privación forzosa de un derecho real.

En cambio, el acto administrativo encuentra su fundamento directo en el ordenamiento jurídico, por efecto, la actuación material correspondiente encontrará su fundamento en el ordenamiento jurídico, indirectamente. Si la actuación material resulta contraria al acto administrativo, o ambos son conjuntamente contrarios a derecho como una unidad de acción administrativa, entonces son contrarias al ordenamiento jurídico, esto es, que sean contrarios a derecho, y como consecuencia, que la actuación material, constituya una vía de hecho.

De ahí, *que la mera existencia de una decisión contraria a derecho no baste* para configurar una vía de hecho, sino que hace falta que la administración pública haya pasado a la ejecución,⁸¹ o que al menos consiga amenazar con ello;⁸² último concebir, con que modestamente, no nos anotamos, aunque la postura cuente con un respaldo mayoritario de la doctrina jurisprudencial Venezolana al subsumirlo dentro del artículo 19.4 de la LOPA con el Caso Ganadería El Cantón C.A., proceso judicial que versó prácticamente sobre los artículos 19.2 y 19.4 de la LOPA conforme las sentencias del 06-09-1.990 de la Corte Primera de Contencioso Administrativo (CPCA) y Sentencia 08-03-1.991 de la Sala Político-Administrativa de la ya Extinta Corte Suprema de Justicia (SPA-CSJ). Así mismo, acontece con el Caso Gisela Anderson del año 2005 emanado de la SPA-TSJ.

En este sentido, la vía de hecho se vincula estrictamente con la protección de los administrados contra un uso excesivo de las prerrogativas ejecutivas. Ciertamente, que esa actuación material no debería responder a la autotutela ejecutiva, ya que el ejercicio de la referida autotutela como potestad, no solo debe venir en representación del interés general, sino paralelamente apegada con el ordenamiento. En efecto, sustancialmente, las exigencias del accionar administrativo que vienen orientados para la consecución de un resultado acorde con el interés público general, debe imponer sin lugar a dudas, la presunción de

⁸¹ Rivero, J. y Waline, J. (1994). *Derecho Administrativo*. Editorial Dalloz. Pág. 193.

⁸² Rivero, J. y Waline, J. (1994). *Derecho Administrativo*. Editorial Dalloz. Pág. 194.

legitimidad de la actividad administrativa, por medio de la cual se depura negativamente, el fruto final del ejercicio de la potestad administrativa, acotando una serie de supuestos de gravedad máxima según la premisa jurídica de la cobertura del interés público, y que en consecuencia aplica la sanción máxima de la nulidad absoluta.

Careciendo el acto administrativo en que se fundamenta la actuación material de su contenido regulador, la actuación material escasea de justificación jurídica alguna, porque *no existe virtualidad jurídica* alguna que deba materializarse por encuadrar dentro de las causales de nulidad. Y esto acontece especialmente con el vicio de la manifiesta incompetencia, que implica una completa ausencia de apoderamiento para la producción, de un determinado acto administrativo constitutivo en su singular actuación material.

Sencillamente, el ordenamiento estableció claramente que el acto administrativo no alcance a producir contenido regulador alguno, trayendo como consecuencia que se desautorice visiblemente, cualquier posibilidad de proceder ejecutivamente, aunque la actuación material esté en consonancia con el acto administrativo, y pueda representar algún interés general, pues ella está desprovista del presupuesto teórico necesario para fundamentar cualquier posible actividad administrativa material. De ser así, entonces no existiría consonancia plena de las actuaciones materiales con el ordenamiento jurídico.

En palabras conclusivas, esa desautorización de la acción administrativa material está cristalizada de modo genérico en el mencionado artículo 78 LOPA que destierra por completo la existencia de actuaciones materiales desligadas de un título jurídico, ejecutivo y suficiente que las respalde, bien sea la firmeza, o la condición, o el término suspensivo (ejecuciones simples), o la inobservancia voluntaria por el ciudadano de la carga contenida en la decisión (ejecución forzosa), o la ausencia de virtualidad jurídica. No acontece así, cuando el acto cuenta con los requisitos mínimos de legitimidad del ordenamiento jurídico, pues la fundamental presunción de legitimidad esgrime para que la Administración Pública pueda hacer usanza de sus potestades de ejecución, simple o forzosa, paralelamente con la posibilidad del afectado de anular por intermedio de los medios correspondientes, el acto administrativo.

VII. Conclusiones

Primero, la dogmática de los efectos devenidos de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo está sumida en nuestro país en la más absoluta de las confusiones. De una parte, nos encontramos con que los efectos de los actos nulos, quedan desautorizados desde la perspectiva de la teoría general del derecho, cuando la nulidad es configurada como una institución puramente procesal cuyo alcance sería únicamente la posibilidad de enjuiciamiento de oficio, y la falta de un plazo de prescripción para la acción judicial. Y por la otra,

la necesidad de suspender el contenido regulador del acto administrativo mediante una medida cautelar suspensiva por parte de las autoridades, administrativas o judiciales correspondientes. Obteniéndose así, que la institución quedara privada de alguno de sus caracteres esenciales, como la ineficacia *ab-initio*. Por la otra, debe situarse la jurisprudencia sobre los elementos esenciales de la figura de la nulidad desde la perspectiva de la *Evidenztheorie*. En buena medida, la doctrina académica no es responsable de la presente situación de desidia, sino que parte de la falta de preocupación del órgano legislativo por no dotar a la nulidad de pleno derecho de un régimen jurídico claro y riguroso, que se corresponda con la tarea de relevancia constitucional, que la figura de la nulidad tiene en todo el ordenamiento constitucional democrático, que no es otra más, que asentar el margen máximo de obediencia del ciudadano frente a la Administración Pública. Pero también, falta un esfuerzo serio de interpretación y comprensión del fin de una institución tan importante como ésta por parte de las autoridades judiciales. La ineficacia *ab-initio* debe matizarse muchísimo más por los tribunales cuando conoce de los conflictos intersubjetivos de los administrados con los órganos y entes públicos.

Segundo, la vía de hecho es un vicio invalidatorio de carácter autónomo de todas las actuaciones materiales, como un producto contrario a derecho del ejercicio de las potestades ejecutivas, esto es, transgresoras del ordenamiento constitucional, legal, reglamentario o, de su acto administrativo formal constitutivo previo. En tanto que tal actuación, confiere eficacia material al contenido regulador del acto administrativo formal previo y, que conjuntamente con él, conforman una acción concretizadora, donde hallamos al acto administrativo formal y a la actuación material, como un componente funcional de acción unitario aplicado en bloque.

En este sentido, nosotros podríamos ejemplificar en materia de tributos internos que, las Resoluciones Culminatorias de las Fiscalizaciones contentivas de las órdenes de “Clausura Temporal del Establecimiento Comercial del Contribuyente por un Día,” que la actuación material no puede mantener penado temporalmente el establecimiento por un período dado superior – justificadamente de un día- por contravenir directamente, lo indicado en el título ejecutivo previo: *la orden de clausura por un día* y, no una orden de clausura temporal con un periodo superior al indicado, por cuanto ello supone la configuración de una extralimitación de atribuciones por el órgano ejecutivo con su potestad ejecutiva, que implica la iniciación de una clara vía de hecho. Careciendo entonces su proceder material de una conforme, unidad accionarial-procedimental: acto administrativo constitutivo previo y actuación material dentro del procedimiento administrativo ejecutivo conforme con el principio de la unidad de acción.

De tal manera, que el acto administrativo pudo haber sido expresado con completo apoderamiento legal, con su supuesto fáctico-jurídico bien fundamentado; con su contenido material, natural, implícito o eventual muy bien indicado; en total anuencia con el interés general; pero apartándose independientemente de lo incluido en el ordenamiento jurídico, o asimismo, del acto administrativo.

La vía de hecho atiende en primer lugar, a la actuación material de la Administración Pública que entrañará siempre una actividad administrativa cualquiera de índole ejecutiva. Por ello, la vía de hecho quedará equiparada como una actuación material contraria a derecho, con la advertencia de que no toda actuación material terminará siendo contraria a derecho.

En efecto, es también consustancial a la figura invalidatoria de la vía de hecho, que la actuación material del órgano o ente público, sea contraria a derecho, cuando ésta contraría al ordenamiento constitucional, al legal, al reglamentario, a los principios generales del derecho, e inclusive, al acto administrativo constitutivo, conforme con el principio de la juridicidad. Así mismo, como no todas las actuaciones materiales son contrarias a derecho, la infracción termina siendo centrada en la ausencia de un título ejecutivo que resguarde dicha actuación material, sirviéndole de conexión con el ordenamiento jurídico. Necesariamente debe decirse, que la actuación material está anclada en el título ejecutivo previo (acto administrativo). De tal manera, que la referida actuación material como forma de revelación de la voluntad de la administración, no consuma su existencia estando completamente desvinculada *ad integrum* del mundo jurídico.

El artículo 86.4 de la LEFP contiene implícitamente el mandato a los funcionarios públicos de solucionar las situaciones jurídicas diarias según los requisitos mínimos de legitimidad requeridos por el ordenamiento jurídico. Si el órgano o ente resuelve de modo contrario a derecho alguna situación, se materializa la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos con el gravamen de sanciones disciplinarias destitutorias, a los fines de corregir dentro del personal administrativo del órgano o ente, la predisposición a resolver los asuntos de modo errado, y con ello, que el departamento de ejecuciones administrativas, acabe fatalmente enfrentando a la actuación material con el ordenamiento jurídico conforme con el artículo 78 de la LOPA, pues los referidos actos nulos no constituyen un título ejecutivo suficiente del proceder material. Podemos decir lo mismo del artículo 25 constitucional conjuntamente con el artículo 86.4 LEFP, pero esta vez con las actuaciones materiales y con los actos administrativos como un binomio jurídico, pues de descubrirse de manera inequívoca la expresión *las ordenes nulas, que sean ejecutadas...generarán responsabilidad*.

De este modo, la vía de hecho crea responsabilidad penal, civil y disciplinaria en los funcionarios públicos, cuando se configura la figura delictiva del abuso de poder prevista en el Código Penal.

Pero cabe complementar también, la posibilidad anexa de una *determinada actuación material* dentro de los numerosos contenidos de la actividad administrativa (Limitación, Sancionadora, Expropiatoria, Calificadora) sea contraria a derecho, de manera independiente a la declaración unilateral previa como título ejecutivo, pero contando con que, estando la declaración unilateral previa a la actuación material, ésta acabe excediéndose del contenido regulador incrustado en aquél, de modo diferenciado y conteste con el contenido regulador existente dentro de la declaración.

En tercer lugar, la actuación material atiende del mismo modo, a que la actividad administrativa material confiere eficacia material al contenido regulador, y no de una manera distinta, pues la vía de hecho no puede originarse únicamente de un acto administrativo formal manifiestamente ilegal, sino por el contrario, la vía de hecho se origina de la ejecución que la administración pretende hacer con la actuación material de ese acto administrativo nulo; o independientemente de los vicios invalidatorios, que consiguiera transportar el acto administrativo. Nos topáramos con una vía de hecho, cuando la actuación material se exceda de lo contenido en el acto administrativo.

De allí, que sumándonos a un determinado sector doctrinario, entendemos, como termina imponiéndose en primer término, el redimensionamiento del instituto objetivo de la vía de hecho, partiendo necesariamente de que, si se quiere establecer una categoría distinta y claramente deslindada del acto administrativo, habrá de partirse de limitar, la noción de la vía de hecho, a las actuaciones materiales que carecen de cobertura jurídica ante la ausencia de un acto administrativo legitimador, o en el supuesto de que exista un acto administrativo, que el mismo no produzca efectos por carecer de eficacia, o se exceda del contenido incrustado dentro de la declaración. Tal es el sentido exacto, que puede proponerse con esas variables la vía de hecho dentro del derecho público moderno. Es la ejecución de un acto administrativo formal incivilmente contrario a derecho del órgano o ente, lo que constituye una infracción al ordenamiento jurídico. La vía de hecho en sí según Rivero.

De ahí, que debamos corregir el antiguo alcance de la noción de la vía de hecho— incluso en consonancia a la norma 86.6 de la LEFP⁸³- con publicaciones

⁸³ Nos encontramos con dos vías de hecho completamente diferentes. Cada una posee un significado jurídico completamente diferente en nuestro sistema jurídico según los 2 instrumentos normativos. Algo que, a todas luces, es muy contradictorio dentro de un sistema jurídico, especialmente desde la perspectiva de la ciencia jurídica, pues carece de lógica que una misma noción emerja en dos leyes distintas en un mismo sistema jurídico, y poseyendo dos significados distintos. No podemos identificar la noción de la vía de

actualizadas sobre la materia sustantiva, y con una nueva legislación de procedimientos administrativos⁸⁴ –procesal administrativa inclusive, que delinee adecuadamente las potestades invalidatorias del Juez- cónsona con la teorización conseguida de la referida noción jurídica, que imposibilite cualquier estado de indefensión al administrado ante los órganos judiciales de la justicia administrativa según el principio proscriptivo de los estados de indefensión con el Derecho de la Tutela Efectiva señalado por el artículo 24.1 de la Constitución Española –no señalado en nuestro artículo 26 constitucional.

En Cuarto lugar, como un análisis adicional, y además, complementario acerca del tratamiento judicial de la noción de la vía de hecho, debemos necesariamente decir, que la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Venezolana (LOJCA)⁸⁵ acaba enmarañando el tratamiento procesal contra las vías de hecho como actuaciones materiales contrarias a derecho, cuando ella separa el tratamiento procesal de juridicidad de los elementos configurativos de la noción, -acto administrativo constitutivo-actuación material- al ubicarlos en procedimientos distintos siguiendo a la legislación española imperante en materia procesal administrativa. Los dos elementos constituyen un binomio funcional aplicado en bloque. En nuestra opinión, no puede revisarse su juridicidad separadamente.

La copiosa Ley Venezolana estando colmada de muy buenas intenciones, no termina solucionando rigurosamente nada con relación a la figura de la vía de hecho como noción invalidatoria en un sentido sustantivo, así como procesal administrativo con relación a la idoneidad de las articulaciones procesales necesarias para determinar su antijuridicidad, y las inalteradas potestades del Juez competente en la resolución del problema entablado conforme con el lineamiento de la tutela judicial efectiva de las pretensiones de los ciudadanos con proscripción de cualquier estado de indefensión. La solución legislativa procesal correcta con las vías de hecho, consiste en la incorporación dentro del debate procesal de la legitimidad de la actuación administrativa a las 2 nociones: acto administrativo-actuación material. Nuevamente, esta actuación material es la materialización física del acto administrativo formal. Naturalmente, conforme con lo anterior, nos encontramos insoslayablemente con todo un mismo

hecho como un vicio invalidatorio autónomo de las actuaciones materiales contrarias a derecho, a la vez que como infracción disciplinaria sancionable con una destitución, que implica violencia del funcionario contra sus semejantes de la dependencia, o los administrados. Esto debe ser considerado científicamente inaceptable desde la perspectiva del derecho como ciencia. Cada hecho distinto debe tener un nombre científico propio.

⁸⁴ En el último trimestre del año 2003, la Asamblea Nacional anunció una reforma parcial de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que nunca se concretó.

⁸⁵ Gaceta Oficial N° 39.447 de Fecha 16 de Junio de 2010. AN de la República Bolivariana de Venezuela.

fenómeno, y siendo un mismo fenómeno, las caras de una misma moneda, debe tratarse dentro de un mismo proceso judicial con la finalidad impeditiva de decisiones definitivas discordantes de manera yuxtapuesta.

La nueva LOJCA cuenta con una sistemática procesal sumamente incoherente para el ejercicio, la tramitación y la decisión de los recursos contra las vías de hecho al establecer arbitrariamente un procedimiento llamado breve, que ni siquiera termino siendo especial para la vía de hecho, sino que fue formalizado para la totalidad de las pretensiones de carácter no patrimonial y no anulatorio. En otras palabras, y de manera decepcionante: lo consideraron vulgarmente, el resto, diferente de la nulidad, reforzando de esta manera, el rasgo objetivo de la justicia administrativa, pero con un mayor peso.

Realizar un análisis de conjunto de la LOJCA es una experiencia que confirma y amplía, las expresiones dubitativas que la doctrina ha venido vertiendo acerca de los preceptos de la LOPA y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dedicados (LOTSJ)⁸⁶ a la vía de hecho, cuya redacción simplista ofrece todavía un panorama doctrinario muy problemático, como es frecuente que ocurra ya en Venezuela con otras nociones. Verán, el intento de una regulación legislativa de la vía de hecho como noción jurídica, como vicio invalidatorio genéricamente englobante de los vicios invalidatorios del proceder material, ha forjado un efecto jurídico tan notoriamente comprensivo como inequívocamente indeterminado a nivel legislativo. Todavía no se define la noción. No se desarrolla indicativamente, cuando una actuación material instituye una vía de hecho. Solo enuncia la premisa general sobre la cual descansa la noción: que, lo que constituye una vía de hecho, es una actuación material con la ausencia de título justificativo del proceder ejecutivo; una interpretación cabal del artículo 78 de la LOPA. Una única interpretación posible. Y ya vimos conforme con el anterior capítulo, las imbricaciones de todo el proceder ejecutivo frente al título ejecutivo. No existe una única vía de hecho, sino varias, detalladas, pero al fin y al cabo, varias. La vía de hecho entonces, sigue siendo una construcción doctrinal, y en un futuro no muy lejano, ésta seguirá siendo una construcción jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa (SPA-TSJ) juntamente con las Cortes Primera, Segunda, y también Tercera de los Contencioso Administrativo.

En este sentido, Quinto, podemos revelar 2 ideas esenciales y diferenciadoras, además de esclarecedoras con relación a lo anteriormente mencionado, como que: 1) La Ley Orgánica Sobre Amparo de Derechos Y Garantías Constitucionales (LOSADYGC) todavía vigente, menciona en su artículo cinco que: “La Acción de Amparo procede contra todo acto administrativo formal, actuaciones materiales, vías de hecho...” Y la vía de

⁸⁶ Gaceta Oficial N° 39.483 de Fecha 09 de Agosto de 2010. AN de la República Bolivariana de Venezuela.

hecho es una actuación material contraria a derecho. La Ley menciona como objeto de tratamiento procesal primero, a la actuación material misma, estando conteste con el ordenamiento jurídico, luego a la misma actuación material, pero cuando esta es contraria al ordenamiento jurídico. Una regulación indiscutiblemente carente de sentido, puesto que apunta en la conclusión, de que se trata de nociones distintas, cuando emplea a múltiples vocablos para referirse a un mismo fenómeno jurídico. La impugnación de la actuación material acaece cuando ella entra en contradicción con el ordenamiento jurídico, no cuando aparece en su forma pura. Nótese como el artículo 25 de la Ley Ordinaria 29 del 13 de Julio de 1998 de España, reguladora de la justicia administrativa, coincide con la anterior premisa, cuando demuestra como objeto de impugnación de la articulación procesal idónea para ello, a la actuación material constitutiva de vías de hecho. Eso significa, sólo actuaciones materiales contrarias a derecho, no algún otro tipo de actuación material. El legislador tenía sencillamente dos opciones. O colocaba como ámbito de aplicación del control judicial directamente a la vía de hecho como noción, o colocaba a la descomposición de la noción “vía de hecho” como: actuaciones materiales contrarias a derecho.

Debemos decir además, Sexto, con relación a la vía de hecho como noción jurídica, que la Ley del Estatuto de la Función Pública recoge una noción de vía de hecho totalmente distinta a la expuesta dentro del ensayo, la señala como una infracción disciplinaria castigable con una sanción administrativa disciplinaria destitutoria, cuya definición radica en la violencia generada por el funcionario hacia sus allegados de la dependencia o, de los administrados con quienes se relaciona; cosa inaudita, pues carece de lógica que una misma noción jurídica aparezca en 2 leyes distintas, pertenecientes a un mismo sistema jurídico, y disfruten entonces, significados completamente distintos. Esto debe ser considerado científicamente inaceptable desde la perspectiva de la ciencia jurídica. Cada definición con su propio concepto.

Séptimo que la impecable voluntad legislativa de ensanchar todo el perímetro de garantías constitucionales de los administrados encerrados dentro de las situaciones jurídicas con las vías de hecho, terminó traduciéndose de modo paradójico, inadecuado, incoherente e incomprensible, en un régimen legislativo atiborrado de interrogantes y ambigüedades, que, de no ser terminantemente salvadas mediante una interpretación razonable, puede convertir, lo que se ha intentado que fuera un instrumento legislativo procesal de corte privilegiado de control administrativo de la actividad administrativa estatal material, más bien, en una fuente perpetua de indefensiones para administrados supremamente confiados de nuestro sistema judicial, tal como lo advierte acertadamente la estudiosa española Gómez Díaz⁸⁷ en su país: España, pero ésta vez con el

⁸⁷ Cfr. Gómez D., Ana B. (2000) *Recurso Contra Vías de Hecho: Una Regulación Peligrosa y Problemática*. Dialnet. Consultado en Internet.

nuestro, al no definirse con exactitud legislativamente: ¿Qué es finalmente una vía de hecho?

La primera impresión que suscita lectura conjunta de los preceptos legislativos de la LOJCA concerniente con la simple impugnación de las actuaciones materiales contrarias a derecho, es la ausencia de una articulación procesal típica de la justicia administrativa cuya substancia sea conseguir una declaración judicial excepcional de invalidación de las actuaciones materiales contrarias al ordenamiento constitucional, legislativo, reglamentario o, al mismo título formal ejecutivo previo concomitantemente con el reconocimiento de la contrariedad del acto administrativo, como binomio jurídico funcional.

Nos explicamos, un sistema peculiar de pretensiones para la suma de actuaciones administrativas, menos con relación a las actuaciones materiales de modo combinado con el acto administrativo. Hay entonces, una total ausencia unificadora en el tratamiento procesal de la actividad administrativa material singular. Antes bien, el propio legislador venezolano parece haber ambicionado plasmar un agregado de ideas imprecisas de diverso origen doctrinal, cuyo ensamblaje ofrece notorias deficiencias, porque terminó ampliándose el ámbito real de la actividad administrativa impugnabile instituyendo respecto de la noción jurídica, un régimen en parte contrario a derecho, cuando según el ordenamiento constitucional se indicaba como insuperable el objeto tutelador de la justicia administrativa, a la actividad administrativa estatal formal: los actos administrativos de efectos generales y a los actos de efectos particulares, quitando tácitamente a la actividad administrativa material, inclusive en un segundo plano como el legislativo. La antigua LOTSJ del 2004 decía únicamente, las actuaciones materiales contrarias a derecho: *Vías de Hecho* como producto del ejercicio de la potestad de la autotutela ejecutiva.

Hasta aquí, la intención legislativa parece haberse circunscrito a establecer entre otras cosas, un ignorado a profundidad conjunto de articulaciones procesales para la justicia administrativa, o un *ouverture* del proceso contencioso-administrativo francés –tomando prestada así, la expresión del Derecho Administrativo Europeo en tiempos del antiguo Consejo de Estado Francés, con el recurso por exceso de poder. Pero la delineación de la nueva articulación procesal terminó realizándose con una formidable vacilación: por un lado, su objeto, su esencia, su substancia invoca a un concepto jurídico indeterminado como la vía de hecho, que pese a su tradición y empleo habitual, posee contornos sustantivos y adjetivos profundamente indefinidos; y por otro lado, la LOJCA anuda en la noción de la vía de hecho un conjunto de especialidades procesales esparcidas a lo largo de todo su texto, que debiere incorporarse para su tratamiento judicial –el procedimiento de nulidad y procedimiento de las vías de hecho en un sólo texto normativo- y, construidas con un ostensible abandono y, que sobre todo, no permiten formular una conclusión pacífica acerca de si originalmente se pretendió instituir un proceso

judicial particularizado o, si sencillamente, otro aglomerado con el tratamiento judicial de la antijuridicidad de un acto administrativo formal previo contra el ordenamiento jurídico

Sencillamente un proceso autónomo, lo cual comportará naturalmente serias dudas en torno a su concomitancia con el proceso judicial ordinario administrativo de carácter anulatorio, que también puede aprovecharse para cuestionar la validez, o la legitimidad de la actuación material. Pareciere, aunque, debemos recalcar la muy vecina proximidad regulativa con el ibérico país, y que se consumó en Venezuela, el mismo error que la aludida autora apuntó en su Nación.

Derecho Internacional, libre circulación e identidad venezolana

María Gabriela Sarmiento

Sumario

- I. Introducción
- II. Desarrollo
- III. Conclusiones

I. Introducción

El Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería de Venezuela (Saime) es un servicio subordinado al Viceministro de Política Interior y Seguridad Jurídica del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. El mencionado servicio está autorizado para emplear las siglas SAIME para todos los efectos administrativos y jurisdiccionales¹. El Saime ejerce las competencias atribuidas al Ejecutivo Nacional por mandato constitucional en materia de identificación de personas, naturalización, nacionalidad, ciudadanía, extranjería, migración y control de extranjeros². Los venezolanos migrantes sienten las dificultades para obtener la renovación del pasaporte venezolano que debe expedir el Saime desde el año 2012³.

¹ Decreto N° 1.624 de 2015 [Presidencia de la República]. Mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz [Reglamento Orgánico], artículo 67, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela [GO] N° 6.175 Extraordinario [Extr.], 20 de febrero de 2015, reimpresso en GO N° 40.627, 24 de marzo de 2015 (Venezuela) <https://tinyurl.com/y43oojp5>.

² Reglamento Orgánico, art. 68.

³ Esta es una apreciación empírica, resultado de consultas a venezolanos migrantes conocidos a través del movimiento Save My identity que se ocupa del tema de la identidad venezolana. No se descarta que los problemas de los pasaportes venezolanos estén vinculados con las tres (03) olas migratorias descritas por Soline y Castillo. La primera comenzó en el año 2000. La segunda tuvo lugar en 2012, al terminar el auge de las exportaciones latinoamericanas y ser reelegido Hugo Chávez por tercer mandato consecutivo. Para entonces, la economía venezolana ya se estaba debilitando y los segmentos menos privilegiados de la población estaban emigrando. Los países que estaban geográficamente más cerca, como Colombia, Panamá y la República Dominicana, se convirtieron en los principales destinos. La tercera y actual comenzó en el 2015. Luisa Soline Freier & Soledad Castillo Jara, «Die Krise um die Migration aus Venezuela,» *Website Bundeszentrale für Politische Bildung*, 16.04.2020, <https://tinyurl.com/y4rzorkg>.

El Decreto presidencial N° 3.097, mediante el cual se establece que el pasaporte venezolano podrá ser prorrogado por un período de dos (2) años⁴, fue la “gran” solución ofrecida por el Ejecutivo Nacional para, en lugar de expedir nuevos pasaportes con una vigencia de cinco (05) años, imprimir una calcomanía contentiva de una prórroga biométrica con una vigencia de dos (02). Esto trajo como consecuencia, que en lugar de interactuar con las autoridades venezolanas competentes en materia de expedición de pasaportes cada cincuenta y cuatro (54) meses, se haga necesario hacerlo cada dieciocho (18).

Solicitar la renovación de pasaporte, ya sea mediante una prórroga o la expedición de una nueva libreta, implica muchas horas hombre de frustración, improductividad e ira⁵. Sin embargo, para solicitar un Documento de viaje para extranjeros en el país de residencia, es necesario probar que se ha hecho todo lo que está en poder del ciudadano-administrado para obtener la renovación del pasaporte nacional, así como, es a su vez necesario, probar que por razones ajenas a la voluntad del solicitante que escapan a su control, no le ha sido expedido el pasaporte nacional⁶. Por ahora, este debe ser suficiente incentivo para que un venezolano residenciado en país extranjero siga efectuando la solicitud de renovación de pasaporte nacional a través del portal tramites.saime.gov.ve, a pesar del eventual fraude del que pueda ser objeto⁷. Es importante, demostrar ante las autoridades migratorias del país de residencia, que la autoridad competente para expedir pasaporte nacional se abstiene de cumplir con sus deberes y atribuciones legales en violación de los derechos

⁴ Decreto N° 3.097 de 2017 [Presidencia de la República]. Mediante el cual se establece que el pasaporte venezolano podrá ser prorrogado por un período de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su respectiva revalidación, en los términos establecidos en el presente Decreto. GO N° 6.333 Extr. 8 de octubre de 2017 (Venezuela) <https://tinyurl.com/y58ozh44>.

⁵ Guillermo D. Olmo, “Por qué es tan difícil conseguir un pasaporte para salir de Venezuela,” *BBC News*, 29 agosto 2018, <https://bbc.in/3hH6WxY> y Sandro Benini, «Venezolanisches Chaos – Pass bestellt, Geld bezahlt – und dann passiert: nichts,» *Tages Anzeiger*, 26.08.2020, <https://bit.ly/33AVpuV>.

⁶ Esta afirmación es producto de la propia experiencia de la autora de este trabajo, quien, luego de demostrar a las autoridades migratorias suizas, haber hecho todo lo necesario, diligentemente, como buen padre de familia, para tramitar la renovación del pasaporte; por una causa ajena no imputable a la misma, el trámite no había sido exitoso y el pasaporte jamás había llegado. La autora conoce además otros cuatro (04) casos en Suiza y un par en Alemania.

⁷ “Transparencia Venezuela entregó al Saime más de 100 denuncias por irregularidades con el pasaporte,” *Website Transparencia Venezuela*, Septiembre 2018, <https://tinyurl.com/y3tsktgb>; “Transparencia recibió 27 denuncias contra el Saime en el primer semestre de 2019,” *Website Transparencia Venezuela*, 1 de agosto de 2019, <https://tinyurl.com/y27m5g5f> y “Avanza denuncia por corrupción y extorsión en el SAIME,” *Website Transparencia Venezuela*, 4 de agosto de 2020 <https://tinyurl.com/yxk3fxu4>.

humanos fundamentales garantizados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)⁸.

Cuando llega la fecha de vencimiento de un pasaporte nacional⁹, sin que haya sido debidamente reemplazado por uno nuevo, el migrante carece de documento válido que le permita identificarse fuera de su país de origen y, aunque se trate de un migrante regular, no será suficiente mostrar el permiso de residencia para ausentarse temporalmente del país de acogida. Por lo tanto, la libre circulación se ve parcialmente comprometida, por cuanto el inmigrante, si bien podrá circular libremente dentro del territorio del país de residencia, no podrá aventurarse a cruzar la línea fronteriza. En territorios notoriamente pequeños como los de Eslovenia, Luxemburgo o Suiza, esto es un desafío. En algunos casos, el migrante con pasaporte nacional vencido, puede verse en aprietos al momento de intentar abrir una cuenta bancaria, autenticar un documento ante un notario público¹⁰, acceder a servicios sociales de atención médica¹¹, adquirir un certificado digital para asegurar sus transacciones electrónicas o hacer autenticar su identidad por un tercero confiable. Se trata de una situación vulnerable sobrevenida, inesperada e imprevisible. ¿Quién podía prever, que de un

⁸ Los servicios de identificación son de la competencia del Poder Público Nacional. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [CRBV], Enmienda N° 1 de 1999, artículo 156(5), GO N° 5.908 Extr. (19 de febrero de 2009) (Venezuela) <https://tinyurl.com/y5ftdq9f>.

⁹ El Presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela estableció la extensión, en forma automática y de pleno derecho de la vigencia de todos los pasaportes emitidos a la fecha por cinco (05) años contados a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, sin que sea necesario cumplir ningún trámite adicional. Tal plazo comenzará a computarse desde la fecha de expiración del pasaporte. La extensión de la vigencia aplicará incluso a los pasaportes vencidos antes de la publicación del presente Decreto. Lo anterior deja a salvo la aplicación de los estándares internacionales que puedan limitar el lapso máximo de vigencia de los pasaportes. Decreto N° 006 de 2019 [Presidencia Encargada de la República], artículo 4 (21 de mayo de 2019) (Venezuela) <https://tinyurl.com/y27ptylr>. Cabe destacar que Argentina, Brasil, Canadá, República Checa, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Estados Unidos, Finlandia, Honduras, Panamá, Reino Unido y Uruguay han reconocido la validez del Decreto N° 006. MG Sarmiento, Países que aceptan los pasaportes vencidos, *Publicaciones Website Sarmiento Núñez Consulting*, 17 de agosto de 2020, <https://bit.ly/33JgHGV> y Mequiroir.com, “Las nuevas medidas para pasaportes venezolanos vencidos en el exterior,” *Noticias Website Mequiroir.com*, 17 de junio de 2019, <https://bit.ly/2FGLxYS>.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-351/19. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 1 de agosto de 2019. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-351-19.htm>.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-210/18 de 2018, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado; 1 de junio de 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-210-18.htm>.

momento a otro, la autoridad competente de su país de origen, que no se encuentra en guerra, se abstendría de expedir su pasaporte nacional?

El documento de viaje para extranjeros (DVpE) otorgado por la autoridad migratoria del país de residencia permite temporalmente “restituir” a su titular dos (02) derechos humanos fundamentales infringidos reiteradamente por las autoridades competentes de su país de origen: 1) el derecho a la identidad y 2) el derecho a la libre circulación. En el primero de los casos, el DVpE ofrece una nueva identificación válida. Es menester recordar que la CRBV estipula que toda persona tiene derecho a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica¹². Esta disposición de rango constitucional se encuentra complementada por disposiciones legales previstas en la Ley Orgánica de Identificación (LOI)¹³. Según prevé esta ley, el pasaporte es el documento de viaje expedido por el Estado, mediante el cual se identifican los/as venezolanos/nas en el extranjero¹⁴, quienes tendrán derecho a tramitar la renovación del pasaporte, por motivo de vencimiento, pérdida o deterioro¹⁵.

En el segundo de los casos, el DVpE permite recuperar la movilidad, la libre circulación dentro y fuera del país de residencia, cuando el pasaporte nacional haya vencido y no existan señales de que el mismo será renovado en mediano o largo plazo. El DVpE ofrece al migrante el goce de su derecho humano a la libre circulación del cual ha sido privado en forma injustificada por su país de origen, al abstenerse de expedir, en tiempo oportuno, el nuevo pasaporte o prórroga contratado/a *online*¹⁶. El derecho a la libre circulación se encuentra promovido y garantizado por diversidad de instrumentos jurídicos internacionales. Entre ellos podemos mencionar la Declaración Universal de los

¹² Crbv, art. 56.

¹³ Decreto N° 1.412 de 2014 [con Rango, Valor y Fuerza de Ley], por medio del cual se reforma la Ley Orgánica de Identificación [LOI]. GO N° 6.155 Extr. (19 de noviembre de 2014) (Venezuela) <https://tinyurl.com/y286a6d3>. Véase igualmente: Decreto N° 611 de 1974, mediante el cual se dicta el Reglamento de Pasaportes [Reglamento de Pasaportes], GO N° 30.634 (28 de febrero de 1975) (Venezuela) <https://tinyurl.com/yttt6x5a> y El derecho que tiene todo niño a obtener los documentos que comprueben su identidad. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA), 8 de junio de 2015, artículo 22, GO n°. 6.185 Extr. de fecha 8 de junio de 2015.

¹⁴ Loi, art. 26.

¹⁵ Loi, art. 37.

¹⁶ Al realizarse el trámite de solicitud de pasaporte o prórroga se genera un contrato de adhesión, en el que el solicitante se adhiere a las condiciones de contratación estipuladas por el Saime. Hasta mediados de 2019, el contrato incluía entre las partes del contrato a un tercero. Dicho tercero era la empresa que gestiona o gestionaba el punto de pago *online* de la plataforma del Saime. En este contrato, la duración del trámite es de máximo seis (06) meses.

Derechos Humanos¹⁷; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁸; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰. Aunado a lo anterior, el derecho humano a la libre circulación en Venezuela tiene rango constitucional²¹.

II. Desarrollo

Según la enciclopedia Wikipedia:

un documento de viaje es un documento de identidad expedido por un gobierno o una organización de tratados internacionales para facilitar el movimiento de personas a través de las fronteras internacionales, de conformidad con acuerdos internacionales. Los documentos de viaje suelen asegurar a otros gobiernos que su portador puede regresar al país emisor, y a menudo se expiden en forma de cuadernillo para permitir a otros gobiernos colocar en ellos visados y sellos de entrada y salida²².

El Documento de viaje para extranjeros (DVpE) tiene sus orígenes en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o Convención de Ginebra de

¹⁷ Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 A (III), artículo 13 (10 de diciembre de 1948), <https://tinyurl.com/t8brwzp>.

¹⁸ Council of Europe. European Court of Human Rights. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [Convenio Europeo de Derechos Humanos], Protocolo N° 4, artículo 2 (16 de septiembre de 1963), Modificado por el Protocolo n°14 (STCE n°194), <https://tinyurl.com/y5hr835f>.

¹⁹ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), artículo 12 (16 de diciembre de 1966), <https://tinyurl.com/y6cbkad9>.

²⁰ Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos [Pacto de san José de Costa Rica], artículo 22 (22 de noviembre de 1969), <https://tinyurl.com/y58p5j3f>.

²¹ Crbv, art. 50. El derecho a la libre circulación se encuentra igualmente garantizado en leyes orgánicas venezolanas. Los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho al libre tránsito sin más restricciones que las establecidas en la ley y las derivadas de las facultades legales que correspondan a sus padres, madres, representantes o responsables. Este derecho comprende la libertad de: a. Circular en el territorio nacional, b. Permanecer, salir e ingresar al territorio nacional, c. Cambiar de domicilio o residencia en el territorio nacional, d. Permanecer en los espacios públicos comunitarios. LOPNA, artículo 39.

²² Wikipedia Library, "Travel Document," *Website Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Travel_document.

1951²³. Los Estados contratantes expedirán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de estos, como a cualquier otro refugiado, documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio. El documento podrá ser expedido por uno (01) o dos (02) años²⁴. Los visados podrán ser agregados al documento de viaje²⁵. El documento emitido por el país de residencia no tendrá incidencias en la nacionalidad de su titular²⁶.

Tres (03) años más tardes, el Documento de viaje para extranjeros fue igualmente incorporado en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas o Convención de Nueva York de 1954²⁷, el cual establece que los Estados contratantes expedirán a los apátridas que se encuentren - legalmente o no - en su territorio, documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional o de orden público. Los Estados contratantes examinarán el caso de los apátridas que, encontrándose en el territorio de tales Estados, no puedan obtener un documento de viaje del país en que tengan su residencia legal. En estos DVpE, se indicará que su titular es un apátrida²⁸. El documento será válido para el mayor número de países, su validez deberá ser reconocida por los Estados contratantes²⁹, no tendrá una duración inferior a tres (03) meses ni mayor a dos (02) años, en él podrán agregarse las visas que sean necesarias y conferirá al titular, salvo indicación en contrario, el derecho de regresar al territorio del Estado que lo expidió³⁰.

¿Es entonces necesario ser refugiado o apátrida para solicitar al país de residencia un Documento de viaje para extranjeros?

En aras de aclarar cualquier duda que pueda existir sobre las definiciones de refugiado y apátrida, hemos optado por reproducir aquí las contenidas en el Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), del cual se desprenden tres (03) tipos de refugiados, a saber:

1. Refugiado por mandato es quien reúne las características requeridas para recibir la protección proporcionada por el Estatuto y

²³ Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [Convención de Ginebra de 1951, artículo 28, Serie Tratados de Naciones Unidas [S.T.N.U.], Vol. 189, p. 137 (28 de julio de 1951), <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.

²⁴ *Ibid.*, Anexo, párrafo [§] 5.

²⁵ *Ibid.*, Anexo, § 8.

²⁶ *Ibid.*, Anexo, § 15.

²⁷ Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas [Convención de Nueva York de 1954], artículo 28, S.T.N.U., Vol. 360, p. 117 (28 de septiembre de 1954) <https://tinyurl.com/yd5zfj9>.

²⁸ *Ibid.*, Anexo, § 1.

²⁹ *Ibid.*, Anexo, § 4 y 7.

³⁰ *Ibid.*, Anexo, § 5, 10 y 13.

resoluciones posteriores de la Asamblea General del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En este caso, es irrelevante que el país de acogida haya ratificado la Convención de Ginebra de 1951 antes identificado, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados o Protocolo de Nueva York de 1967³¹ o cualquier instrumento regional, como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados³²; como tampoco es relevante que el país de acogida haya considerado a la persona como beneficiaria del estatuto de refugiado³³.

En marzo de 2018, el ACNUR publicó una Nota Orientativa sobre el éxodo de los venezolanos. En ella estipuló que las consideraciones relativas a la protección internacional se han hecho evidentes para una proporción muy significativa de venezolanos, por lo tanto, los venezolanos que se encuentran fuera de su país de origen deben ser objeto de protección por mandato del ACNUR³⁴. El Alto Comisionado expresó a su vez que la protección internacional representa un acto humanitario mas no político y que debe garantizarse a los venezolanos el no-retorno y derechos fundamentales mínimos, como la libre circulación. Sin embargo, el ACNUR publicó una Nota Orientativa en mayo de 2019³⁵ que expresamente sustituyó la de 2018, sugiriéndose otras soluciones que veremos más adelante.

2. Refugiado prima facie. En determinados casos se puede declarar como refugiados a un grupo de personas desplazadas debido a las circunstancias en el país de origen. En ausencia de evidencia que pruebe lo contrario; cada individuo que integra el grupo puede ser declarado por parte de un Estado o por el ACNUR como refugiado

³¹ Naciones Unidas, Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados [Protocolo de Nueva York de 1967], S.T.N.U., Vol. 606, p. 267 (31 de enero de 1967), <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>.

³² Instrumentos Regionales sobre Refugiados y temas relacionados, Declaración de Cartagena sobre Refugiados [Declaración de Cartagena de 1984], adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios,” (22 de noviembre de 1984), <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>.

³³ Alice Sironi, Céline Bauloz & Milen Emmanuel (Eds.), “Glossary on Migration,” [IOM Glossary], International Organization for Migration [IOM] UN Migration, International Migration Law, N° 34, 170 (2019) <https://tinyurl.com/y94hzv6b>.

³⁴ United Nations High Commissioner for Refugees [Unhcr], “Guidance Note on the Out-flow of Venezuelans,” 1 (March 2018), <https://tinyurl.com/y2zj95rx>.

³⁵ Unhcr, “Guidance Note on International Protection Considerations for Venezuelans,” Update I, 1 (May 2019), <https://tinyurl.com/y2xcxh5c>.

prima facie, sobre la base de criterios objetivos relacionados con las circunstancias de su país de origen, que justifican la presunción de que cumplen los criterios de la definición de refugiado, salvo prueba en contrario³⁶.

3. Refugiado (Convención de Ginebra de 1951) es quien, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de ese país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país de su anterior residencia habitual a consecuencia de tales acontecimientos, no pueda o no quiera regresar a él por temor a represalias³⁷.

Como hemos visto anteriormente, el ACNUR, declaró a los venezolanos refugiados por mandato (caso 1) en marzo de 2018. Posteriormente en mayo de 2019, el ACNUR sugirió que los Estados declarasen a los venezolanos como refugiados *prima facie* (caso 2) y/o como refugiados (Convención de Viena de 1951) (caso 3) para aquellos individuos que cumplieran con los criterios necesarios. En este sentido, ACNUR invitó a los Estados que reciben a venezolanos a dar acceso a su territorio, asegurar acceso a procedimientos de asilo o a acuerdos de protección basados en grupos – refugiados *prima facie* - y garantizar su libre circulación. La Nota Orientativa reprodujo tres (03) de los cuatro (04) estándares mínimos a los que se hizo referencia en el 2018, que deben ser garantizados, excluyendo la garantía de no-retorno. Según esta Nota Orientativa, los Estados deben asegurar que los venezolanos no serán deportados, expulsados o de alguna otra manera forzados a regresar a Venezuela³⁸.

Aclaradas las distintas definiciones de refugiado, es menester reproducir textualmente la definición de apátrida contenida en el referido Glosario de la OIM sobre migración. Apátrida es una persona que no es considerada como nacional por ningún Estado en virtud de su legislación. La apátrida se produce por varias causas, entre ellas el conflicto de leyes de nacionalidad, la sucesión de Estados³⁹, las prácticas administrativas, la discriminación, la falta de registro

³⁶ IOM Glossary, 171.

³⁷ IOM Glossary, 171-172.

³⁸ Unhr, Guidance Note on the International Protection.

³⁹ Esto puede ocurrir entre otros eventos, cuando el Estado que ocupaba a otro deja de ocupar; cuando un Estado se sustituye en otro; cuando un Estado se independiza de otro o cuando un Estado se divide en dos o más Estados. Naciones Unidas, Primer informe sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/708 (31 de mayo de 2017), <https://tinyurl.com/y3vvxkvs>.

de nacimiento, la privación arbitraria de la nacionalidad, la renuncia a la nacionalidad, la residencia prolongada en el extranjero⁴⁰ o por herencia de padres apátridas⁴¹. Como se puede apreciar, no es causal de apátrida que el pasaporte nacional haya llegado a su fecha de vencimiento sin haberse recibido uno nuevo⁴².

Según normas de derecho internacional, en el caso de hijos de nacionales venezolanos nacidos en un país donde no existe el derecho de suelo o *Jus soli*, el recién nacido “seguirá” la nacionalidad de sus padres venezolanos y así quedará sentado en los Libros de Registro Civil del país de nacimiento del recién nacido. Esta partida de nacimiento debe ser insertada en los Libros de Registro Civil de la Oficina consular venezolana más cercana al domicilio de la familia del recién nacido, para que Venezuela “se entere” del nacimiento de un nuevo nacional.

Ahora bien, en muchos países no hay Oficina consular venezolana y si no se inserta la partida de nacimiento del recién nacido en el extranjero, este no podrá obtener un pasaporte venezolano. Estaríamos en presencia de la falta de registro de nacimiento – causal de apatridia - en Venezuela, pero no de la falta de registro del nacimiento en el país donde ocurrió el nacimiento.

En este documento se analiza, entre otros temas, la Convención de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados.

⁴⁰ Aunque no es un caso de apatridia *de iure*, es menester recordar que los venezolanos nacidos en el extranjero, cuya partida de nacimiento fue insertada en el registro civil de la oficina consular venezolana correspondiente, puede recibir un pasaporte venezolano. No obstante, cumplidos los nueve (09) años de edad, el menor será privado de la renovación de su pasaporte, a menos que, su representante legal viaje con el menor a Venezuela y solicite la expedición de la Cédula de Identidad. Loi, art. 6. Para obtener el pasaporte ordinario se requiere presentar la Cédula de Identidad vigente, a excepción de los menores no cedulados, quienes obtendrán el pasaporte ordinario previa la solicitud formulada por su representante legal y la presentación de una copia certificada de la partida de nacimiento. Reglamento de Pasaportes, arts. 5 y 6. Sin embargo, en la práctica, esto no es así. ¿Qué pasa en aquellos casos en los que el representante legal ha perdido arraigo con Venezuela, no ha viajado más nunca al país natal, se siente inseguro y teme por la vida del menor de edad, que en el mejor de los casos, habla un español con acento y desconoce por completo la idiosincrasia venezolana y los riesgos que se pueden correr en Venezuela?

⁴¹ Convención de Nueva York de 1954, artículo 1.1 y IOM Glossary, 207-208. Véase también: Naciones Unidas, Convención para Reducir los Casos de Apatridia [Convención de Nueva York de 1961], Serie Documentos de Naciones Unidas A/CONF.9/15 (30 de agosto de 1961), <https://tinyurl.com/y415tr5> que complementa la Convención de Nueva York de 1954.

⁴² Independientemente de nuestro razonamiento, muchos son los abogados y venezolanos que consideran que por el hecho de haberse vencido su pasaporte nacional venezolano se convierten en apátridas de hecho. Maria Gabriela Cárdenas, “El riesgo de los apátridas,” *Website Venpaís Centro de Ideas*, 07/09/2020, <https://bit.ly/3kvAVul>.

Independientemente de que las leyes de este país no otorguen la nacionalidad por nacimiento por *Jus soli* a hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por cuanto solo otorgan la nacionalidad por nacimiento por *Jus sanguini*, las autoridades de ese país registran el nacimiento del hijo de nacionales de un tercer Estado y, expiden una partida de nacimiento. Este caso no parece cubrir los extremos de la apátrida. El que no exista Oficina consular venezolana en el país de nacimiento del hijo de venezolanos, no constituye una privación arbitraria de la nacionalidad venezolana. Si bien es cierto que el pasaporte es un documento probatorio de la nacionalidad venezolana, no es menos cierto que, de conformidad con la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, no es el único elemento probatorio⁴³.

En el caso del nacimiento de un niño en un país que otorgue nacionalidad solo por *Jus sanguini*, de padres venezolanos con estatuto de refugiados o de venezolanos en medio de un proceso de solicitud de asilo, la situación puede ser aún más delicada. Estos refugiados o solicitantes de asilo no podrán o no querrán acercarse a la Oficina consular venezolana para insertar la partida de nacimiento del recién nacido. Venezuela no “entra en conocimiento” del nacimiento de este nuevo nacional y, por lo tanto, no le emitirá pasaporte nacional. Habrá quienes consideren que el recién nacido sea un apátrida *de facto*. No obstante, lo más seguro es que la partida de nacimiento del país de nacimiento indique claramente: “nacido de padres venezolanos” y la Constitución y Leyes Orgánicas venezolanas atribuyen la nacionalidad por nacimiento, tanto por *Jus soli* como por *Jus sanguini*⁴⁴.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra⁴⁵. En el caso de los hijos de venezolanos nacidos en países que atribuyen la nacionalidad por nacimiento *Jus sanguini*, estos tienen derecho a la nacionalidad venezolana, independientemente de las trabas formales que puedan existir para insertar la partida de nacimiento en los Libros de Registro Civil de una Oficina consular venezolana⁴⁶. Podríamos extendernos hacia

⁴³ Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, del 1 de julio de 2004, artículo 11(4), GO N° 37.971. 01 de julio de 2004. <https://www.refworld.org/pdfid/4108c5f24.pdf>.

⁴⁴ Crbv, art. 32.

⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 20(2).

⁴⁶ Cuando los padres venezolanos deben viajar a otro país para insertar la partida de nacimiento en la oficina consular más cercana al país de residencia, pero tienen el pasaporte vencido o con una vigencia inferior a seis (06) meses, la situación se complica. ¿Qué sucede con los hijos nacidos en el extranjero de padres venezolanos, cuando uno de los progenitores ha desertado de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y es solicitante de asilo en el país de acogida, pero todavía no le ha sido reconocido el estatuto de refugiado? Estos son todos problemas prácticos que ocurren con frecuencia entre los seis (6) millones de venezolanos migrantes. Información sobre el número de migrantes venezolanos: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [Acnur], “Venezuela: Crisis de

instrumentos jurídicos adicionales⁴⁷ que persiguen garantizar el derecho humano a la nacionalidad de niños⁴⁸, pero este no es el propósito de este corto ensayo, por lo que aclarada la definición de refugiados, y de apátrida, expuestos los casos concretos de venezolanos nacidos en el extranjero, retomamos la pregunta inicial:

¿Debe gozar del estatuto de refugiado o apátrida, quien solicite un Documento de viaje para extranjeros a su país de residencia?

Un nacional de un tercer país que demuestre que le ha sido imposible obtener la renovación de su pasaporte nacional desde su país de residencia, puede solicitar protección internacional por parte del estado donde reside. Se entiende por protección internacional, el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria⁴⁹. En caso de que una persona no sea beneficiaria del estatuto de refugiado, podrá solicitar protección internacional subsidiaria. Por lo tanto, la respuesta es: no. El solicitante de un DVpE no tiene necesariamente que gozar del estatuto de refugiado o apátrida. Ello dependerá de la legislación interna del país anfitrión.

Sin profundizar sobre si los venezolanos que huyen de su país natal desde hace seis (06) años⁵⁰ deben ser tratados como refugiados, esto no obsta para

Refugiados y Migrantes: El éxodo más grande de la historia reciente de América Latina,” (Comité Español de ACNUR: 2020), <https://tinyurl.com/yxg3bwku>.

⁴⁷ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. Resolución 44/25, artículos 7 y 8 (20 de noviembre de 1989), <https://bit.ly/3mGek0i>; Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño, Principio 3, A.G. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959), <https://bit.ly/2FLNrag>. Todo niño tiene derecho a una nacionalidad. Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24(3), GO N° 2.146 Extr. (28 de enero de 1978) (Venezuela).

⁴⁸ Para mayor información consúltese: Stephanie Lepoutre y Ariel Riva, “Nacionalidad y Apatridia. Rol del ACNUR. Convención de 1954 Sobre el Estatuto de los Apátridas. Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia,” (Buenos Aires: ACNUR, Oficina Regional para el Sur de América Latina, Noviembre de 1998), <https://tinyurl.com/y3e6uqje>.

⁴⁹ Parlamento Europeo y Consejo, Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), artículo 2(a), Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], L 337/9-26 (20 de diciembre de 2011), <https://tinyurl.com/y2wbgvqq>. Véase igualmente: Parlamento Europeo y Consejo, Directiva 2013/32/UE del 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), DOUE, L 180/60-95 (29 de junio de 2013), <https://tinyurl.com/y52erfzv>.

⁵⁰ Desde 2014, al menos tres millones de ciudadanos venezolanos han abandonado su país. Staatssekretariat für Migration [Sem], «Notiz Venezuela, Venezolanische Migration

recordar que la definición de refugiado ha evolucionado con la historia contemporánea mundial y, en nuestro caso, regional. Por ejemplo, la Declaración de Cartagena concluye que teniendo en cuenta las características de la situación existente en la región, debe extenderse el concepto de refugiado; por lo que además de considerar como refugiados a quienes cumplan con las características estipuladas en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, antes identificadas, se considerarán también como refugiados a quienes hayan huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público⁵¹.

A juicio del ACNUR (2019), esta definición con amplios criterios sobre quién es refugiado, debe aplicarse por analogía al caso de Venezuela y de la región suramericana, por cuanto la mayoría de los nacionales venezolanos que residían habitualmente en su país natal, requiere de protección internacional sobre la base de los acontecimientos⁵² que perturban gravemente el orden público en el país caribeño y que amenazan la vida, la seguridad y/o la libertad de sus habitantes⁵³. De acuerdo con el Informe de una misión internacional independiente llevada a cabo en Venezuela, presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en septiembre de 2020, no quedan dudas sobre la veracidad de los gravísimos acontecimientos ocurridos que han perturbado irremediablemente el orden público entre 2014 y 2020 en ese país y que, cito a continuación:

[L]a investigación ha permitido identificar patrones y documentar incidentes específicos que establecen motivos razonables para creer que se han cometido violaciones de las normas internacionales sobre derechos humanos, así

in Lateinamerika: Aktuelle Zahlen und migrationspolitische Lösungsansätze.» (SEM Sektion Analysen, Bern-Wabern: 27 April 2020) 26, 3 <https://preview.tinyurl.com/y4j2cabm>.

⁵¹ Declaración de Cartagena de 1984, Disposición Tercera. Esta Declaración de aplicación facultativa ha sido adoptada por las legislaciones nacionales de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. Unhcr, “Guidance Note on International Protection,” 1.

⁵² Parlement européen 2019-2024, « Résolution sur la situation humanitaire au Venezuela et la crise des migrants et des réfugiés (2019/2952(RSP)), » P9_TA-PROV(2020)0193 (10 juillet 2020), <https://tinyurl.com/y4pr2lyx>.

⁵³ ACNUR pidió a los Estados que garanticen que los nacionales venezolanos que residían habitualmente en Venezuela no serán deportados, expulsados ni obligados de ninguna otra manera a regresar a Venezuela de conformidad con el derecho internacional de los refugiados y las normas de derechos humanos. Esta garantía tendría que estar asegurada en el documento oficial de residencia expedido a los venezolanos o por otros medios eficaces. Unhcr, “Guidance Note on International Protection,” 1, 3.

como crímenes de acuerdo con el derecho penal nacional e internacional. (...) 161. La Misión tiene motivos razonables para creer que en Venezuela se cometieron los siguientes crímenes de lesa humanidad en el periodo que se examina: asesinato, encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, desaparición forzada de personas en el caso Barlovento y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños al cuerpo o a la salud mental o física. Algunas de las mismas conductas pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como se define en el Estatuto de Roma. (...) 164. La Misión tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los delitos documentados en el presente informe, y teniendo la capacidad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas preventivas y represivas⁵⁴.

Así como la región latinoamericana ha ampliado el ámbito de aplicación del estatuto de refugiado y, propiamente su definición, la región europea también ha adoptado criterios particulares, sobre la definición de refugiados y la protección internacional subsidiaria. Los nacionales venezolanos que buscan protección internacional en los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁵ y que no se consideran refugiados en virtud de la Convención de Ginebra de 1951, tienen derecho a la protección subsidiaria en virtud de la Directiva 2011/95/UE⁵⁶ de 2011, si existen razones fundadas para creer que correrían un riesgo real de sufrir daños graves en Venezuela⁵⁷. Según esta Directiva Europea, representan daños graves, entre otros, los tratos inhumanos o degradantes del solicitante de protección internacional en su país de origen perpetrados por el Estado; partidos

⁵⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, A/HRC/45/33, 2, 20 (15 de septiembre de 2020), <https://preview.tinyurl.com/y2bfs7ds>.

⁵⁵ Los sirios, los afganos y los venezolanos, en este orden, fueron los nacionales que más presentaron solicitudes de asilo en el año de 2019. Los venezolanos presentaron 45166 solicitudes. Los nacionales venezolanos presentaron más solicitudes que los nacionales de Irak, Pakistán y Nigeria. European Asylum Support Organization [Easo], “Latest asylum trends - 2019 overview,” EASO’s Situational Awareness Unit [SAU] (26 February 2020), <https://tinyurl.com/y69qk8cv>.

⁵⁶ Directiva 2011/95/UE.

⁵⁷ Unhcr, “Guidance Note on International Protection,” 3.

u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio; y agentes no estatales⁵⁸.

Hechas estas breves acotaciones sobre el estatuto de los refugiados, es necesario explicar por qué se afirma que un venezolano residenciado en el extranjero, no requiere gozar del estatuto de refugiado o apátrida para poder solicitar un documento de viaje para extranjeros al país de residencia, siempre y cuando pueda probar el cumplimiento de las condiciones explicadas *supra*. Existe en efecto otra figura en el derecho internacional que lo permite, esta es, la protección internacional subsidiaria⁵⁹. Basándonos en normas de la Unión Europea, se entiende por estatuto de protección subsidiaria, el reconocimiento por un Estado miembro de un nacional de un tercer país o de un apátrida como persona con derecho a protección subsidiaria⁶⁰, por no reunir los requisitos para ser considerado como refugiado, pero respecto del cual existen motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir algún daño grave⁶¹. Del informe resultante de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre Venezuela presentado al Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2020, se desprenden suficientes elementos probatorios sobre los acontecimientos que pudiesen causar un daño grave, indeleble e irreparable a los habitantes de Venezuela⁶².

Los Estados miembros de la Unión Europea, por ejemplo, expedirán un documento de viaje a los beneficiarios del estatuto de refugiado, así como también a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria que no pueden obtener un pasaporte nacional que les permita viajar fuera de su país de residencia⁶³. En consecuencia, la protección internacional subsidiaria permite que un nacional venezolano con pasaporte vencido, que pruebe que ha realizado todas las gestiones necesarias para obtener la renovación de su pasaporte nacional, pero que, por un motivo ajeno e involuntario, que escapa de su control, no lo ha obtenido, por cuanto el Estado venezolano, en forma deliberada, se abstiene de hacer tal renovación de pasaporte.

⁵⁸ Directiva 2011/95/UE, arts. 6 y 15.

⁵⁹ Para comprender qué es la protección subsidiaria, quién tiene derecho a ella y en qué consiste, se sugiere la lectura de: Acnur Comité Español, “¿Qué relación tienen el derecho de asilo y la protección subsidiaria? Vida de los refugiados,” (agosto 2018), <https://tin-yurl.com/y6oaay27>.

⁶⁰ Directiva 2011/95/UE, arts. 2(g) y 18.

⁶¹ *Ibid.*, art. 2(f).

⁶² Naciones Unidas, A/HRC/45/33.

⁶³ *Ibid.*, art. 25.

La problemática de la renovación de pasaportes no es un tema nuevo para los países miembros de la Unión Europea⁶⁴. Existen incluso países europeos no pertenecientes a la Unión Europea, pero sí al Espacio Económico Europeo y/o al Acuerdo Schengen, que también prevén el documento de viaje para extranjeros en su legislación nacional, como son los casos de Islandia, Liechtenstein, Noruega⁶⁵ y Suiza⁶⁶. Si bien, de conformidad con el Acuerdo Brexit, el periodo de transición llegará a término el 31 de diciembre de 2020, a los efectos de este trabajo, consideramos igualmente al Reino Unido entre los países que no forma parte de la Unión Europea⁶⁷.

⁶⁴ European Commission; European Migration Network, “Ad hoc Query on 2019.46 Venezuelans with expired passports requested by EMN NCP Spain on 26 March 2019, Responses from Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, United Kingdom plus Norway (24 in Total),” <https://tinyurl.com/y2sujr24>.

⁶⁵ En el siguiente documento se encuentra especificado el nombre del documento de viaje para extranjeros, para un apátrida, un refugiado o, simplemente, un extranjero. Incluye información relacionada con Estados miembros y no miembros del Acuerdo Schengen como Islandia, Liechtenstein o Noruega. European Union. “PART II Travel documents issued by Member States, including those issued by the Member States which are not taking part in the adoption of Decision No 1105/2011/EU and by the Member States which do not yet apply the provisions of the Schengen acquis in full (Article 3(3) of the Decision No 1105/2011/EU),” (date?) <https://tinyurl.com/y482tkqn>. Véase también: Parlamento Europeo y del Consejo, Decisión No 1105/2011/UE del 25 de octubre de 2011 sobre la lista de documentos de viaje que permiten el cruce de las fronteras exteriores y en los que puede estamparse un visado, y sobre la creación de un mecanismo para elaborar esta lista, artículo 3(3)a, DOUE, L 287/9-12 (1 de noviembre de 2011), <https://tinyurl.com/yxkogosw>.

⁶⁶ El documento de viaje para extranjeros es llamado Schweizerische Reisedokumente für ausländische, Documents de voyage pour étrangers o documento di viaggio per stranieri. Tiene un costo de 120 francos suizos. Conseil fédéral suisse, Ordonnance sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers [ODV], 14 novembre 2012, RS 143.5, (Suiza), <https://tinyurl.com/y2r8zfqg>. La Ordenanza establece que el mismo se entrega por el mismo tiempo de duración del permiso de residencia o por cinco (05) años, a excepción, de aquellos casos en los que la Secretaria de Estado para las Migraciones decida expedirlo por doce (12) meses.

⁶⁷ El Reino Unido se retiró del Tratado de la Unión Europea el 31 de enero de 2020, fecha en la cual se dio inicio al periodo de transición que culminará el 31 de diciembre de 2020 y durante el cual se le sigue aplicando la legislación de la Unión Europea. Comisión Europea [CE], “El Brexit en pocas palabras,” *Website oficial de la CE*, <https://bit.ly/35NNLai>. Existen cuatro (04) tipos de documento de viaje, uno de ellos es para residentes extranjeros en el Reino Unido a quienes el pasaporte nacional ha sido negado por las autoridades de su país de origen. Nombre del documento: Home Office Travel Document. Costo: 280 pounds. Government of United Kingdom, “Apply for a Home Office Travel Document,” *Website Gov.uk*, (Reino Unido) <https://tinyurl.com/y786cfkt>.

En Latinoamérica se ha podido conocer la existencia del DVpE en: Argentina, Chile, Colombia, México y Perú⁶⁸. En el caso de Argentina, la Dirección Nacional de Registro Nacional de las Personas expedirá el Pasaporte Excepcional para Extranjeros Residentes en la Argentina que acrediten cuestiones humanitarias o de fuerza mayor debidamente fundadas y presenten Documento Nacional de Identidad expedido por la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas (art. 6)⁶⁹.

Las autoridades chilenas emiten un título de viaje para extranjeros válido únicamente para salir del país, a extranjeros cuyo país de origen no tenga Representación consular en Chile, así como también emite un documento de viaje para extranjeros a apátridas, refugiados y a los hijos de extranjeros transeúntes que sean menores de veintidós (22) años⁷⁰. En el caso de Colombia, el documento de viaje es expedido a los apátridas, solicitantes de asilo, refugiados y a los extranjeros que se encuentran en Colombia que no tengan Representación diplomática o consular en el país y a los demás extranjeros, que, a juicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, comprueben la imposibilidad de obtener pasaporte de su país de origen. Un nacional venezolano en Colombia que se ha quedado sin pasaporte vigente, podría solicitar el documento de viaje para extranjeros por imposibilidad de obtener un nuevo pasaporte y por la no existencia de Oficina consular venezolana en Colombia⁷¹. Es un hecho notorio que no existe representación consular venezolana en Colombia debido a que ambos países han roto relaciones diplomáticas⁷². En México el Documento de identidad y viaje es expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores para permitir la salida de su territorio al extranjero que carezca de un pasaporte vigente y se ubique en alguno de los siguientes supuestos: que se encuentre en México y hubiere perdido su nacionalidad y que, sea considerado de

⁶⁸ “Decreto Supremo N° 007-2017-IN que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones y aprueban nuevas calidades migratorias: Publican Anexo del Reglamento de Migraciones,” (PWC Tax & Legal Report: Lima, 29 de marzo de 2017), (Perú), <https://tinyurl.com/y4h3wakq>.

⁶⁹ “Nuevo reglamento para obtener el pasaporte: La normativa clarifica las condiciones de emisión del pasaporte argentino. Qué pasa con los refugiados y apátridas,” *Agenciafe*, 04 de noviembre de 2019, (Argentina), <https://tinyurl.com/y4j7ysky>.

⁷⁰ Decreto N° 1010 del 5 de septiembre de 1989, que aprueba Reglamento de Pasaportes Ordinarios, de Documentos de Viaje y Títulos de Viaje para Extranjeros, deroga Decreto N° 676 de 1966 y modifica el artículo 56 del Reglamento Consular, artículo 11, 17 de noviembre de 1989. Última modificación de fecha 02 de mayo de 2002 (Decreto N° 415), (Chile), <https://tinyurl.com/y5rvh3n6>; Servicio de Registro Civil e Identificación, Solicitud de título de viaje o documentos de viajes para extranjero, *Website ChileAtiende*, 28 de julio, 2020, (Chile), <https://bit.ly/32I0dzA>.

⁷¹ Cancillería de Colombia, “Documento,” *Website oficial de la Cancillería*, (Colombia), <https://tinyurl.com/y5o75f3l>.

⁷² “Video: consulado de Venezuela en Bogotá fue vandalizado y saqueado,” *Revista Semana*, 28 de julio de 2020, <https://tinyurl.com/y38gcdq2>.

nacionalidad indefinida, o no tenga Representante diplomático ni consular que le expida pasaporte en México, o que demuestre que no tiene posibilidad alguna de que su Representante diplomático o consular le expida pasaporte⁷³.

Los DVpE no prejuzgan sobre la nacionalidad de su titular o no dan prueba de su nacionalidad. En algunos países es otorgado para realizar un único viaje, en otros es otorgado por un (01) año, mientras que en otros países es otorgado por el tiempo de duración del permiso de residencia, hasta por cinco (05) años. Algunos países rechazan expresamente el ingreso de personas a su territorio portadoras de este documento de viaje. Ciertos países exigen que el titular de un DVpE solicite una visa antes de viajar a su destino. Los DVpE no se renuevan automáticamente, pues deben llenarse nuevamente los requisitos y condiciones para su obtención. No pareciera que es un documento válido para ingresar en territorio del país de origen de su titular, pues nada garantiza que permitan a su titular salir nuevamente del país.

Tal y como hemos venido repitiendo a lo largo de este trabajo, la obtención de un documento de viaje para extranjeros en el país de residencia puede constituir un alivio y una restitución temporal de los derechos fundamentales a la identidad y a la libre circulación. Sin restar importancia a la solución antes expuesta, debemos forzosamente enfocarnos en el origen del problema. Las autoridades venezolanas competentes para expedir el pasaporte se abstienen de hacerlo por algún motivo desconocido, ajeno y no imputable al solicitante, violando en forma reiterada y continua normas venezolanas de carácter constitucional y legal, así como instrumentos jurídicos internacionales, ratificados o no por el gobierno venezolano. Esta situación debe cesar. Para que exista una solución permanente al problema de la violación de los derechos a la identificación y a la libre circulación de los nacionales venezolanos, se hace necesario un cambio político, un cambio de régimen político. Debe operar un cambio radical en el manejo de la administración pública nacional y para ello, es imprescindible, un cambio de gobierno.

La identidad e identificación de los venezolanos no debe convertirse en una herramienta de manipulación política del gobierno al mando, para chantajear, boicotear y deliberadamente causar daños y perjuicios a la población venezolana dentro y fuera de la República⁷⁴. Cuando la gestión de un Estado es controlada por sujetos no apegados a valores democráticos, vacíos de moral y

⁷³ Secretaría de Relaciones Exteriores, “Conoce los requisitos para el trámite de documentos de identidad y viaje,” *Website del Gobierno de México*, 11 de octubre de 2016, (México), <https://tinyurl.com/y5tw8p85>.

⁷⁴ Efecto Cocuyo, “Más de 30.000 personas firman petición para exigir pasaportes al Saime,” *Periódico digital Efecto Cocuyo*, 1 de septiembre de 2020, <https://bit.ly/3iOpihO>; El Estímulo, “Migrantes sin pasaporte: el Saime complica la vida de los venezolanos,” *Website El Estímulo*, 16 de julio de 2020, <https://bit.ly/2FJOZBv>.

ética, al punto de perturbar fuertemente el orden público, el estado de derecho⁷⁵, desestabilizar las instituciones democráticas y paralizar los servicios de la administración pública⁷⁶, es el momento de pensar en alternativas no estatales. El gobierno oprimente no aportará la solución permanente al problema de identificación del venezolano. Esta debe tener su génesis en la sociedad civil en su conjunto, con apoyo de la comunidad internacional, incluidas las organizaciones regionales e internacionales. Las normas de seguridad y defensa nacionales e internacionales establecen que es competencia del Estado identificar a sus nacionales. Todo documento de viaje es expedido por un Estado. El DVpE es expedido por el país de residencia del solicitante. Sin embargo, el nuevo sistema de gestión de la identidad venezolana deberá caracterizarse por ser autónomo e independiente del Estado, del Poder Ejecutivo y de todos los demás poderes del Estado⁷⁷. La historia es cíclica. Los regímenes políticos vuelven y no podemos permitir que un grupo se apodere nuevamente de la identidad e identificación del venezolano. Esta solución no fue objeto de desarrollo en el presente trabajo sobre identidad e identificación, sin embargo, nos gustaría dejar constancia de la idea para favorecer futuras discusiones académicas. La sociedad civil venezolana con el apoyo conjunto de ACNUR⁷⁸ y

⁷⁵ Material sobre la necesidad de recobrar el estado de derecho en Venezuela: “EU institutions have consistently communicated concerns over the deterioration of the human rights and rule of law situation in Venezuela.” Par Engstrom & Giulia Bonacquisti, “Rule of law and human rights in Cuba and Venezuela and EU engagement,” European Parliament’s Subcommittee on Human Rights (DROI) (26 November 2018) 54, doi:10.2861/488910; “Calls on the EU and other international actors to mobilise a response from the international community that contributes to the urgent restoration of democracy and the rule of law in Venezuela.” European Parliament 2019-2024, “Humanitarian situation in Venezuela and migration and refugee crisis: European Parliament Resolution of 10 July 2020 on the humanitarian situation in Venezuela and the migration and refugees crisis (2019/2952(RSP)),” P9_TA-PROV(2020)0193 (10 July 2020), § 10.

⁷⁶ Artículos sobre el estado fallido venezolano: Moisés Naim and Francisco Toro, “Venezuela’s Problem Isn’t Socialism Maduro’s Mess Has Little to Do With Ideology,” *Foreign Affairs*, January 27, 2020, <https://fam.ag/3cbd1QK>; Kenneth Rapoza, “Meanwhile, In The Failed State Of Venezuela, Another ‘Coup,’” *Forbes*, Jan 7, 2020, <https://bit.ly/3iJYUFR>.

⁷⁷ En estados como el venezolano, donde la separación de los poderes públicos es inexistente, no debe confiarse el sistema de identificación a ninguno de estos. Benedicte Bull & Antulio Rosales, “The crisis in Venezuela: Drivers, transitions, and pathways,” *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, No. 109 (2020): January-June, 1-20, 4-5.

⁷⁸ Consciente del problema de los venezolanos que no logran obtener pasaporte y habiendo identificado las características propias de un estado fallido en el Estado venezolano, ACNUR debería apoyar el nuevo sistema de identificación, inclusive celebrando convenios con la Organización Internacional de la Aviación Civil [OACI] para lograr el reconocimiento del nuevo documento de identidad venezolano entre sus

la Organización Internacional para las Migraciones [OIM] debería estructurar – hasta su concreción– un nuevo sistema venezolano de identificación digital descentralizado⁷⁹ válido para viajar fuera de Venezuela, avalado por un tercero de confianza (ACNUR-OIM) y creado en base a tecnología *open source* blockchain o cualquiera otra que la supere en seguridad⁸⁰.

III. Conclusiones

Desde hace aproximadamente ocho (08) años, los venezolanos tienen problemas para obtener su pasaporte ordinario nacional. Tanto la Presidencia de la República Bolivariana como la Presidencia Encargada han ofrecido soluciones parciales infructuosas al problema de la identificación de los venezolanos en el extranjero. Aunque el problema de la expedición de estos pasaportes debe ser resuelto por el Estado venezolano, sus nacionales se han visto constreñidos a solventar su situación migratoria y de identidad empleando recursos propios del derecho internacional. En vista de la particular situación de vulnerabilidad de los migrantes venezolanos, algunos países han accedido a darles entrega de un Documento de viaje para extranjeros con el objeto de restituirles su derecho a la identidad y a la libre circulación. Un nacional de un tercer país que demuestre que le ha sido imposible obtener la renovación de su pasaporte nacional desde su país de residencia, puede solicitar protección internacional por parte del estado donde reside. Incluso, aquellos venezolanos

193 estados miembros. OACI, “Estados Miembros,” *Website oficial OACI*, <https://bit.ly/33JiRWO>.

⁷⁹ La idea se inspira, entre otros, en proyectos de la Unión Europea. Tom Lyons, Ludovic Courcelas, Ken Timsit, “Blockchain and Digital Identity,” *The European Union Blockchain, Observatory and Forum*, May 2019, <https://bit.ly/2FP9NYi>; European Commission, “Horizon 2020. Decentralized Citizens Owned Data Ecosystem,” Servicio de Información Comunitario sobre Investigación y Desarrollo [CORDIS] resultados de la investigación de la UE, <https://cordis.europa.eu/project/id/732546/es>.

⁸⁰ Se sugiere el empleo de una infraestructura blockchain o permissioned blockchain software e inteligencia artificial, resistente al jaqueo, con servicio de time-stamping, repositorios híbridos localizados en diferentes lugares, servicio de certificación digital (PKI) y perfecta trazabilidad de cada una de las operaciones que se realicen de bloque en bloque. Se aspira beneficiar de un sistema de identificación auténtico, íntegro, validado y no repudiable. Estas características fueron el resultado de una idea desarrollada por la autora de este trabajo y el físico venezolano Dr. José Ali Vivas, quien aseveró que se podría crear además una nueva moneda venezolana. Después de proponer la idea en nombre de Save My Identity en una sesión de la Comisión de Política Exterior, Soberanía e Integridad de la Asamblea Nacional Venezolana que tuvo lugar el 29 de julio de 2020, tuvimos conocimiento de una propuesta similar titulada Nación-Venezuela ofrecida por la Start-up Citizenz. Dw Español, “Economía creativa - Blockchain: protección de datos e identidades,” *DW Español*, 16 de enero de 2019, <https://p.dw.com/p/3AWqP>.

que no gozan del estatuto de refugiado o que no son apátridas son hoy titulares de un DVpE.

Los diferentes instrumentos regionales e internacionales en materia de refugiados han ampliado significativamente la definición de refugiados, adaptándola a situaciones contemporáneas regionales. De los informes y notas orientativas de ACNUR sobre el éxodo venezolano y el trato que el país de acogida debe ofrecerles, se desprende claramente que los venezolanos deberían ser beneficiarios del estatuto de refugiados y que, en todo caso, debería garantizárseles acceso al procedimiento de asilo y la no deportación a Venezuela, donde pueden muy potencialmente sufrir un daño grave real. Se espera que hayan quedado disipadas todas las dudas remanentes sobre el peligro real inminente que viven los venezolanos en su país de origen en virtud del informe de la misión internacional independiente presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en septiembre de 2020.

De conformidad con normas europeas, los países miembros de la Unión Europea pueden emitir DVpE tanto a refugiados como a personas que beneficien de protección subsidiaria que no pueden obtener un pasaporte nacional que les permita identificarse adecuadamente y viajar fuera de su país de residencia. Muchos países en Europa, dentro y fuera de la Unión Europea, han previsto el documento de viaje para extranjeros en su legislación nacional. Lo mismo ocurre en países latinoamericanos.

Una persona es apátrida cuando ningún Estado la considera como su nacional en virtud de su legislación. La legislación venezolana considera como sus nacionales a toda persona nacida de padres venezolanos dentro o fuera de su territorio. En consecuencia, mal puede afirmarse que una persona nacida de padres venezolanos en país extranjero que no confiere nacionalidad por *Jus soli*, carezca de nacionalidad conforme a la legislación venezolana. El recién nacido podrá eventualmente carecer de un pasaporte ordinario venezolano que lo identifique como tal, así como de la inserción en los Libros de Registro Civil venezolanos, de su partida de nacimiento emitida por el estado de acogida de sus padres. La situación puede agravarse cuando la situación migratoria de los padres del recién nacido no es regular, cuando son solicitantes de asilo, cuando gozan del estatuto de refugiados, cuando se trata de personas que desertaron del servicio militar venezolano, cuando son refugiados políticos y/o cuando no hay Oficina consular venezolana en el país anfitrión de los migrantes venezolanos. Un nacional venezolano cuyo pasaporte ha superado la fecha de vencimiento sin haber obtenido su prórroga o un nuevo pasaporte ordinario, tampoco es apátrida por el simple hecho de ser titular de un pasaporte vencido.

Resumiendo, en caso de que un migrante venezolano titular de un pasaporte nacional venezolano, residente en un país extranjero se encuentre en uno de los siguientes supuestos:

- si el estado venezolano no renueva su pasaporte nacional en flagrante violación a normas venezolanas constitucionales y legales, dejando de garantizar así los derechos humanos fundamentales a la identificación y a la libre circulación del venezolano; y,
- si el país de residencia del venezolano no reconoce la validez del Decreto N° 006 de la Presidencia (E) de mayo de 2019 sobre la extensión automática de los pasaportes,

podrá solicitar un documento de viaje para extranjeros en el país de su residencia. No se requiere beneficiar del estatuto de refugiado, ni de apátrida para ello. Haciéndose valer de la protección internacional subsidiaria, tanto en Europa como en Latinoamérica, un/a venezolano/a con pasaporte vencido que llene ciertos requisitos formales podrá solicitar un documento de viaje para extranjeros a su país de residencia. Los requisitos, los supuestos en los cuales se otorga, el procedimiento, la duración y el costo dependen de la ley nacional de cada país. En líneas generales, el solicitante debe ser residente, inmigrante regular, el documento es válido para viajar, se pueden agregar visas en él, puede tener una vigencia de tres (03) meses a cinco (05) años, no tiene ninguna incidencia sobre la nacionalidad de su titular, en algunos países no tiene limitaciones en cuanto al número de países-destino que lo reconocen, salvo algunas excepciones y tiene un costo promedio aproximado de doscientos cincuenta dólares americanos. No existe un único criterio para la expedición de tal documento, como tampoco hay un criterio homogéneo sobre las características de este tipo de documentos. El mismo puede ser autorizado para un único viaje, como también puede ser autorizado para múltiples viajes.

Para culminar, creemos que si bien la solución temporal antes descrita es un alivio para quien se sienta indocumentado en el extranjero, y sin posibilidades de desplazarse libremente dentro y fuera de su país de residencia; debe proponerse una solución permanente al problema de expedición de pasaportes ordinarios venezolanos. En opinión de la autora de este trabajo, la solución permanente, que eliminaría de raíz “el problema” está, en un cambio político radical que abra las puertas de una transición hacia la democracia o en la adopción de un nuevo sistema de identificación descentralizado autónomo e independiente del Estado venezolano creado sobre infraestructura blockchain *open source* avalado por un tercero de confianza, como el dúo ACNUR-OIM. Un nuevo sistema de gestión de la identificación venezolana que permita generar una cédula de identidad y un pasaporte digitales y en el que deberá profundizarse en un próximo trabajo de investigación.

El tráfico ilícito de bienes culturales en sistema legal venezolano

Erna Sellhorn Nett

Sumario

- I. Introducción
- II. Definición de patrimonio cultural en el sistema legal venezolano
 - A. Definición de bienes culturales
 - B. Marco legal venezolano para reconocer a los bienes como bienes de propiedad cultural
 - C. Patrimonio Cultural del Estado
 - D. Algunas consideraciones sobre la Herencia Cultural Indígena
- III. Definición de tráfico ilícito de bienes culturales en el sistema legal venezolano
- IV. Medidas legales para recuperar y restituir bienes culturales ilícitamente comercializados
 - A. Medidas legales para abordar los casos de tráfico ilícito
 - B. Procedimientos para la repatriación o recuperación de bienes culturales
- V. Conclusiones

I. Introducción

El robo, el tráfico y el comercio ilícito de bienes culturales, objetos arqueológicos o de antigüedades es un problema a nivel mundial. Sería un error pensar que es un asunto que se limita a una zona geográfica, como Norte América, Europa o el Medio Oriente, o a un período de tiempo determinado, como la Segunda Guerra Mundial o la Zona de Conflicto en Siria, por ejemplo. La verdad es más compleja, fue un problema durante todo el siglo XX y sigue siendo un problema en el siglo XXI, cuya presencia silente incluye América Latina.

“Antes de la conquista española, todo Estado latinoamericano moderno había albergado complejas civilizaciones que produjeron bienes culturales, los cuales han sido saqueados, traficados y vendidos en el mercado internacional. El foco principal del comercio ilícito de América Latina ha sido objetos arqueológicos de las formidables civilizaciones de los Andes centrales y

septentrionales, Mesoamérica y las culturas conectadas con Costa Rica y Panamá.”¹

De acuerdo con los resultados de diversos análisis del mercado de arte, “algunas clases de bienes creados en América Latina han sido históricamente bienes demandados y probablemente aún lo sean.”²

“En América, al menos 80 % de los museos y asentamientos arqueológicos latinoamericanos han sufrido expolio severo y, dado que el patrimonio histórico es un bien no renovable, el daño causado a la identidad y acervo no tiene modo de ser resarcido.”³

“En Europa y Estados Unidos, como era de esperarse, reside 70 % de las piezas robadas, bien en instituciones reconocidas que se niegan a devolverlas o bien en colecciones que en la mayor parte de los casos se desconocen.”⁴

En relación con nuestro país, ha expresado el investigador Fernando Báez:

Raras veces se comenta el caso de Venezuela, donde el comercio de objetos arqueológicos ha sido descartado debido al poco interés que ha despertado el tema en el público. Durante casi todo el siglo XX, los traficantes se aprovecharon de la negativa oficial de protección a las comunidades indígenas, y numerosos objetos de las tribus guajiras, yanomamis y de casi todas fueron llevados a Estados Unidos y hoy forman parte de colecciones institucionales “honorables”. Posteriormente, en las iglesias comenzaron a desaparecer, como fue el caso del Estado Trujillo, las imágenes sacras sin dejar rastro y los

¹ Yates, Donna, “Illicit Cultural Property from Latin America: Looting, Trafficking and Sale,” in *Countering Illicit Traffic in Cultural Goods: The Global Challenge of Protecting the World’s Heritage*, ed. France Desmarais (2015), 33.

² Yates, “Illicit Cultural,” 33

³ Báez, Fernando, *El Saqueo Cultural de América Latina: de la Conquista a la Colonización* (Venezuela: Editorial Melvin, C.A., 2007), 179

⁴ Báez, *El Saqueo Cultural de América Latina: de la Conquista a la Colonización*, 180

⁵ En el año 2011 salió a la luz pública la existencia de una extensa colección privada de piezas arqueológicas principalmente pertenecientes a Costa Rica. Se trata del caso Manill-D’Empaire que coleccionó alrededor de 800 piezas precolombinas en su mayoría ilícitamente exportadas de su país de origen.

*cuerpos policiales no han indagado en las causas de estos delitos.*⁶

No obstante, tal situación ha tomado un giro que podríamos calificar de positivo. Desde principios del presente siglo e incluso antes de tener eficacia en el país de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la exportación, importación y transferencias de propiedad ilícitas de bienes culturales⁷, Venezuela ha jugado un rol activo en lo que se refiere a implementar los lineamientos de la referida Convención. En efecto, la UNESCO ha reconocido los esfuerzos realizados por Venezuela en la materia para prevenir y proteger su herencia cultural. Igualmente, ha reconocido nueve bienes entre culturales, naturales, materiales e inmateriales como bienes del Patrimonio de la Humanidad⁸.

Sin embargo, parece que estos logros aún no han brindado suficiente terreno para plantear y sustentar la incorporación de una manera seria y responsable de abordar el tema en el ordenamiento jurídico venezolano.

El Consejo Nacional contra el Tráfico Ilícito del Instituto de Patrimonio Cultural no se creó hasta el año 2005. Alessia Martínez, directora del Instituto de Patrimonio Cultural, Archivos y Coordinador Técnico del Consejo Nacional contra el Tráfico Ilícito, explicó en una entrevista que en la actualidad la defensa, prevención, protección de los bienes culturales se logra con la aplicación en otros instrumentos legales en virtud de la ausencia que existe en el país de un instrumento jurídico sobre la materia. El proyecto de reforma de Ley sobre la materia, en la cual expresamente se incluyen medidas especiales y expresas para sancionar casos sobre comercio ilegal, tráfico ilícito, robo, vandalismo, entre otros tipos de ilícito contra bienes culturales, ya existe, aunque no hay una fecha cierta de cuando podría ser promulgada.

Entre tanto, los casos sobre tráficos ilícitos sobre bienes culturales siguen llegando al Instituto de Patrimonio Cultural y son resueltos a través de otros instrumentos legales buscando dar respuesta a los casos relacionados con delitos contra bienes culturales, restitución, y en algunas instancias, repatriación. Aún cuando podríamos decir que muchos de estos casos sobre tráfico ilícito han sido exitosamente resueltos en lo que se refiere a la recuperación de los bienes y

⁶ Báez, El Saqueo Cultural de América Latina: de la Conquista a la Colonización, 195

⁷ Vigente en nuestro país a partir del 21 de marzo de 2005.

⁸ Los nueve patrimonios de la humanidad de Venezuela son los siguientes: Coro y su puerto, la Ciudad Universitaria de Caracas, el Parque Nacional Canaima, cantos de trabajo del llano venezolano y colombiano, los diablos danzantes, la parranda de San Pedro, el carnaval de El Callao, conocimientos y técnicas tradicionales vinculadas al cultivo y procesamiento de la curagua, la tradición oral mapoyo y sus referentes simbólicos en el territorio ancestral.

restitución a sus países de origen, queda en evidencia que no suele haber un culpable por el delito causado.

Suele afirmarse que el motivo de estos crímenes o delitos relacionados contra el tráfico ilícito de bienes culturales es precisamente la percepción del infractor en que no recibirá ninguna sanción administrativa, civil o penal, lo cual desinhibe al perpetrador del delito para ejecutar el robo de un bien cultural, su falsificación, realizar excavaciones ilegales, entre otros.

El presente trabajo analizará el marco legal en Venezuela para luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales. El capítulo II, estudia las nociones generales sobre bienes culturales a la luz del sistema legal venezolano, con especial mención de la herencia cultural indígena. El capítulo III, proporciona una descripción general sobre el tráfico ilícito de bienes culturales en Venezuela, analizando las diferentes categorías bajo el sistema público internacional sobre tráfico ilícito de bienes culturales y bajo el sistema legal venezolano. El capítulo IV, analiza algunas soluciones legales vigentes en el sistema legal venezolano para restitución y repatriación de bienes culturales. Finalmente, se presenta algunas conclusiones sobre el sistema legal venezolano para luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales en Venezuela.

II. Definición de patrimonio cultural a la luz del sistema legal venezolano

A. Definición de bienes culturales

Los bienes culturales se entienden como aquellas cosas, objetos, elementos o manifestaciones, materiales o inmateriales, cuyo valor cultural les ha sido reconocido por la importancia que tienen para una determinada comunidad, un país o para la humanidad.

Un conjunto de diferentes bienes culturales forma el Patrimonio Cultural de un Estado o el Patrimonio de la Humanidad.

La doctrina ha coincidido en señalar que el “Patrimonio Cultural” es un concepto amplio, ya que incluye bienes muebles o inmuebles, independientemente de su origen, el lugar donde se encuentran o donde han sido descubiertos, e incluso algunos aún no descubiertos, que estén en el fondo del mar, en poder de particulares o de instituciones públicas. Igualmente incluyen bienes inmateriales.

Como lo define la UNESCO, el Patrimonio Cultural “es el legado que recibimos del pasado, que vivimos en el presente y que transmitiremos a las generaciones futuras.”⁹

La definición sobre qué es un bien cultural se sostiene entre una tesis maximalista y otra minimalista. La primera argumenta que todo elemento que tiene un cierto valor cultural debería ser considerado por ese simple hecho un bien cultural, mientras que la segunda teoría interpreta que un bien cultural será sólo aquel que legalmente es identificado como de valor cultural por parte del Estado, en otras palabras, precede del “reconocimiento expreso de su valor cultural”.

Otros métodos han surgido con la finalidad de definir a los bienes como bienes con valor cultural. Ejemplo de estos métodos son los conocidos como el método de enumeración, clasificación y categorización.

El método de enumeración exige enumerar todos los elementos considerados bienes de valor cultural trayendo como consecuencia que aquellos que no figuren en la lista quedan sin protección que otorga el estatus de “Patrimonio Cultural del Estado”.

Por su parte, el método de clasificación, adoptado principalmente en Francia y países con influencia del Código Civil francés, llama a proteger solo aquellos bienes que hayan sido reconocidos de valor cultural por el Estado mediante resolución emitida por la autoridad competente. En consecuencia, “si el objeto o artefacto no ha sido designado como cultural para el Estado, esto implica que no goza de la protección que goza el Patrimonio Cultural.”¹⁰

Finalmente, en cuanto al método de categorización se ha señalado que:

*consiste en que el Estado u organismos de carácter no gubernamental, consideran como objetos de valor cultural aquellos que se ajusten a una descripción general enunciada previamente. Este método es seguido por la Convención de UNIDROIT sobre Robo y Exportación Ilícita de Bienes Culturales que considera, por ejemplo, un bien cultural todas aquellas antigüedades con más de 100 años*¹¹.

⁹ Unesco. “Cultural Heritage”. Acceso septiembre 23, 2020. <https://whc.unesco.org/en/about/>

¹⁰ Reichelt, Gerte, “International Protection of Cultural Property,” *Reveu de Droit Uniforme I, Semestrielle-Biannual, Rome* (1985): 69

¹¹ Reichelt, “International Protection of,” 70

B. Marco legal venezolano para reconocer a los bienes como bienes de propiedad cultural

En los primeros instrumentos legales promulgados en Venezuela sobre el tema cultural, la definición de bienes culturales estuvo vinculada a la noción del carácter “histórico” y “artístico” del objeto en cuestión. Esto fue principalmente el resultado de la primera normativa legal sobre esta materia, sancionada en 1945 con el nombre de Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y Obras Artísticas de la Nación. El artículo 1 establece que:

el patrimonio histórico y artístico de la Nación está constituido por los monumentos históricos y artísticos y demás obras de arte correlacionadas o no con la Historia Nacional, que se encuentren en el Territorio de la República o que ingresen a él, quien quiera que sea su propietario¹².

Este instrumento legal fue posteriormente sustituido por la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, promulgada el 3 de septiembre de 1993.

A diferencia de la Ley anterior, no se incluyó una definición específica de bien cultural.

No obstante, a partir del artículo 6, podemos afirmar que, a los efectos de la Ley, son bienes culturales aquellos bienes muebles o inmuebles, documental y bibliográfico, incluidos los sitios de población, el patrimonio vivo, sus costumbres y tradición cultural, creados por el hombre o de origen natural, el medio ambiente o paisajístico y el patrimonio arqueológico y paleontológico del país, que se encuentre en el territorio de la República, y que por su valor cultural constituye elementos fundamentales de nuestra “identidad nacional”.

El concepto de “identidad nacional” responde al valor mismo de los bienes culturales, materiales o inmateriales, en un sentido histórico, artístico, arquitectónico, social, arqueológico y paleontológico.

Para un análisis completo de la Ley de 1993, es necesario tener en cuenta todos los convenios internacionales que Venezuela ha suscrito sobre la materia. Nos referimos a Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1954); Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencias de propiedad ilícita de bienes culturales (1970); Convención de para la protección del patrimonio cultural y natural mundial (1972).

¹² Artículo 1 de la Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y Obras Artísticas de la Nación, promulgada en 1945.

En este sentido, podríamos concluir que en el marco legal venezolano serán considerados bienes culturales aquellas obras, conjuntos o lugares creados por el hombre o de origen natural, que se encuentren en el territorio de la República, y que sean declarados por la autoridad competente como monumento nacional¹³ o bien de interés cultural¹⁴ con carácter histórico, artístico, social o, valor arqueológico¹⁵. Se incluyen los bienes que constituyan patrimonio arqueológico, paleontológico y prehistórico que sean descubiertos en cualquier área de tierra o subsuelo nacional, incluyendo las áreas subacuáticas¹⁶.

En el año 2004, el Instituto de Patrimonio Cultural comenzó la creación de una base de datos para incluir los bienes culturales que han sido declarados monumentos nacionales o de interés cultural. Según la “Guía para el llenado de la ficha de registro del Patrimonio Cultural (RPC-Venezuela)”, el registro del Patrimonio Cultural se compone de una base de datos digital que recoge en un archivo la identificación, ubicación y condiciones de mantenimiento del bien cultural.

C. Patrimonio Cultural del Estado

Cuando un bien es declarado monumento nacional o bien de interés cultural, y forma parte del Patrimonio Cultural de Venezuela, surgen algunas consecuencias legales.

La ley aplicable para proteger y defender el Patrimonio Cultural es de Ley de 1993. Este instrumento legal establece controles y pautas para la importación y exportación de bienes culturales, así como sobre la venta y enajenación a terceros, lo que significa que el propietario conserva los derechos de propiedad sobre el bien declarado.

En el caso de las piezas u objetos carácter arqueológico o paleontológico, a partir de 1993, cualquier nuevo descubrimiento de un bien pasa a formar parte del Patrimonio Cultural de la Nación. Aquellos objetos arqueológicos y paleontológicos que hayan sido descubiertos antes de la Ley de 1993 pueden mantenerse en manos privadas como custodios de los bienes, pero no pueden venderse ni exportarse. Expresamente, se prohíbe toda exportación salvo para fines de conservación, restauración o análisis de dichos bienes.

¹³ Corresponden al Presidente de la República la declaración de los monumentos nacionales, artículo 13 de la Ley de 1993.

¹⁴ Corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural la declaración de bienes de interés cultural, artículo 13 de la Ley de 1993.

¹⁵ Parágrafo Único del artículo 13 de la Ley de 1993.

¹⁶ Artículo 35 de la Ley de 1993.

D. Algunas consideraciones sobre la Herencia Cultural Indígena

Queremos hacer particular referencia a los bienes culturales, tangibles e intangibles, pertenecientes a las áreas indígenas, que a su vez constituyen el Patrimonio Cultural de cada comunidad indígena. Estos bienes pueden llegar a gozar de una doble protección: como patrimonio cultural indígena y, en ocasiones, como bienes de interés cultural declarados por el Estado venezolano. Dos conjuntos diferentes de regulaciones legales está activos en la protección del patrimonio cultural indígena. El reconocimiento de las comunidades indígenas y su patrimonio cultural se basa en una serie de convenciones internacionales en las que la comunidad internacional, junto con los grupos indígenas, han levantado los cimientos para la declaración e los derechos de los pueblos indígenas. En Venezuela, hay aproximadamente 920 elementos registrados en la base de datos de “Registro de Patrimonio Cultural” para pueblos indígenas.¹⁷

Hablar de la Herencia Cultural Indígena implica, por un lado, conocer que Venezuela ha suscrito los siguientes instrumentos internacionales relacionados con los pueblos indígenas:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Es el documento más importante que establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben ser protegidos universalmente, estableciendo: “Toda personal tiene derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad, para disfrutar de las artes”¹⁸.
2. El Convenio de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, establecido por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas y tribales a disfrutar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación, incluido, por ejemplo, el derecho a ser previamente “consultados siempre que se estén considerando medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente”¹⁹.
3. La Declaración de Mataatua sobre los Derechos de Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas, aprobada en 1993, realizada en la Primera conferencia Internacional sobre los Derechos de Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos

¹⁷ En entrevista con la Sra. Dinorah Helena Cruz, Presidenta del Instituto de Patrimonio Cultural, 26 de octubre de 2019.

¹⁸ Artículo 27 (a) Declaración universal de los derechos humanos de 1948.

¹⁹ Artículo 6(a) Convención sobre pueblos indígenas y tribales.

Indígenas. Es una recomendación no vinculante que busca mejorar los derechos de los pueblos indígenas, específicamente en las áreas cultural e intelectual, entre otras.

4. La Convención de 2007 de la declaración de derechos indígenas de las Naciones Unidas, que establece un marco universal de normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo, y desarrolla las normas de derechos humanos y las libertades fundamentales existentes que se aplican a la situación específica de los pueblos indígenas.

Todos estos convenios y recomendaciones antes mencionados, junto con la Ley nacional de pueblos y comunidades indígenas, reconocen, respetan y protegen los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que viven en el país. De ahí que estos instrumentos permitan al Estado atender las solicitudes de estos pueblos con fines de proteger áreas, objetos de importancia cultural, en la forma establecida en el marco legal. En este sentido, el Instituto de Patrimonio Cultural, con el apoyo del Comité de Protección de Patrimonio Cultural Indígena, podría declarar bienes materiales o inmateriales pertenecientes a tribus indígenas como de interés cultural, creando un marco de protección a ese patrimonio.

Por otro lado, entender la importancia y significado de la “libre determinación de las personas”, concepto que suele estar presente en torno a este tema y es el núcleo para comprender el por qué de la protección a los pueblos indígenas y su legado. Este principio comienza a materializarse en el contexto de la descolonización.

La Declaración de los derechos indígenas de las Naciones Unidas (2007) menciona es su preámbulo que

“La carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, han desarrollado este término, y afirman la importancia fundamental del derecho a la libre determinación de todos los pueblos, en virtud del cual determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”²⁰.

²⁰ “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,” Acceso 1 de octubre 2020, https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRI-PS_es.pdf

Reconoce el derecho de todos los pueblos a determinar libremente su futuro político, económico y social, “que hasta ahora ha sido subyugado por los estados”, y el derecho de los pueblos indígenas a la “herencia indígena colectiva”, lo que significa que los grupos indígenas determinan por sí mismos qué es la “herencia”, qué forma su “cultural”. Esto implica que ellos también tienen derecho a decidir si compartirlo o no con otras personas.

Las definiciones sobre el patrimonio indígena son inclusivas e incluyen no solo objetos y lugares, sino también costumbres, prácticas, relaciones, historias, canciones y diseños. Esto se transmite de generación en generación y contribuyen a la identidad, la historia, la cosmovisión y el bienestar de una persona o grupo²¹.

Hoy en día, los pueblos indígenas pueden gestionar su propio patrimonio y están dispuestos a compartirlo con toda la humanidad, siempre que se reconozca y protejan sus derechos fundamentales. No obstante, es un hecho que los pueblos indígenas en el mundo han sido objeto de grandes expoliaciones por lo que en la actualidad enfrentan la ardua tarea de lograr la restitución y repatriación de su cultural a sus países de origen.

III. Definición de tráfico ilícito de bienes culturales en el sistema legal venezolano

El comercio ilícito de objetos culturales se nutre de objetos de importancia estética, arqueológica o espiritual, removidos de su contexto original o de sus verdaderos propietarios, que luego son transferidos a manos de colecciones privadas o públicas.

Por lo general, los objetos culturales son robados o saqueados de instituciones o sitios arqueológicos u otros sitios culturales (como museos) en países en desarrollo (fuente) y recolectados en países desarrollados (destino) en el Occidente del mundo²². Por lo tanto, el comercio suele ser transnacional, aunque también puede ser internacional cuando los objetos son robados por

²¹ George Nicholas, “Protecting heritage is a human right,” *The Conversation*, September 9th, 2018 <https://theconversation.com/protecting-heritage-is-a-human-right-99501>

²² Este fenómeno no se reduce a países de Occidente, sino que es una cuestión de poder (país dominante sobre dominado), ya que, sin dudas grandes dominantes como China, Rusia, Arabia Saudita o Japón, que no están en Occidente, han operado de la misma manera a lo largo de la historia e incluso a nuestros días. Ejemplos como la relación entre China y Tíbet, por ejemplo, de Japón con Corea, de Arabia Saudita con Yemén, de Rusia con medio continente más. Igualmente nos preguntamos la historia que hubo en las tribus en Australia y en Nueva Zelanda.

ejemplo a comunidades indígenas u otras minorías dentro de un país y recibidos por la comunidad más grande y políticamente dominante²³.

Los bienes culturales suelen gozar de protección legal como propiedad pública o privada, por lo que su posesión no autorizada constituye un “robo” y su posterior comercio “ilegal”. Sin embargo, es una práctica aceptada en el mercado de destino comerciar y adquirir objetos culturales sin “procedencia”, es decir, sin antecedentes documentados de propiedad previa. Como resultado, los objetos robados y comercializados ilegalmente se mezclan con los legítimos como “sin procedencia” en un mercado “gris” y, por lo general, los organismos de aduanas y las autoridades, no pueden distinguir entre objetos ilícitos y objetos que hayan ingresado al mercado por medios legales²⁴.

No es un mito que retirar objetos de su contexto original conlleva la posterior destrucción de evidencias de la historia de una cultura, provocando un daño irreparable a la identidad cultural de un país. Se ha señalado que las consecuencias del robo, destrucción y comercio ilegal de bienes culturales impactan desde el conocimiento arqueológico a las identidades culturales, a la mala interpretación cultural, y aspectos como la soberanía, la criminalidad o la economía.

La definición de tráfico ilícito incluye una amplia variedad de categorías.

Venezuela, desde el 9 de mayo de 1970, es Estado Parte de la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su primer protocolo.

También es parte de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, desde el 21 de marzo de 2005.

El objetivo principal de ambas convenciones es la protección de los bienes culturales y la implementación de medidas para evitar el tráfico ilícito.

En el ámbito interno, la Ley de 1933 fue promulgada antes de que Venezuela ratificara la Convención de la UNESCO de 1970, lo que quizás explique por qué no contiene un capítulo sobre medidas para combatir el comercio ilícito de bienes culturales. Sin embargo, la inclusión de algunas normas sobre la materia permite, junto con el objetivo y fin de las convenciones internacionales especializadas, determinar las categorías de tráfico ilícito de bienes culturales en

²³ Brodie, Neil, “Congenial Bedfellows? The Academy and The Antiquities Trade,” *Journal of Contemporary Criminal Justice* (2001 27:408), 408

²⁴ Brodie, “Congenial Bedfellows,” 409

el sistema legal nacional, por lo que podemos afirmar que en nuestro país son categorías de tráfico ilícito los siguientes actos:

1. Exportación de bienes culturales en violación del ordenamiento jurídico venezolano. Una vez que un bien cultural ha sido clasificado como Patrimonio Cultural de Venezuela, se imponen restricciones legales a la exportación. Cualquier monumento nacional u objeto de interés cultural solo se puede exportar con el correspondiente permiso de exportación. El procedimiento de permiso de exportación se establece en el “Manual de normas y procedimientos para solicitar la exportación temporal o definitiva de bienes culturales”. La carga de la prueba recae en el propietario del objeto.

Si un objeto privado se clasifica como Patrimonio Cultural (monumento nacional o interés cultural), los derechos del propietario se ven afectados, en este sentido se requiere de un permiso de exportación para poder cruzar las fronteras de nuestro país.

En la práctica, el Instituto de Patrimonio Cultural interpreta que las normas para la exportación de bienes culturales protegidos se aplican por extensión a los bienes culturales, aunque éstos no sean del patrimonio cultural del Estado, en consecuencia, el propietario del bien debe también cumplir con esta formalidad. La institución afirma que este procedimiento ayuda a los propietarios a comprender el estatus real del objeto y despejar cualquier posibilidad de considerarlo como un objeto robado o falsificado.

No obstante, la realidad es que no existe una norma específica que obligue a los propietarios a cumplir con esta formalidad, pero siempre quedará a discreción del propietario obtener o no dicha autorización de exportación.

2. La venta de bienes culturales en violación del ordenamiento jurídico venezolano. En Venezuela, el comercio legítimo de bienes culturales no está prohibido por la Ley de 1993, pero sí sujeto a limitaciones establecidas en ella, cuyo incumplimiento conlleva a considerarlo como una transferencia ilícita de propiedad. Ejemplo de ello es el “derecho de preferencia de compra” a favor del gobierno venezolano sobre monumentos nacionales y bienes culturales que sean exportados para su venta en el exterior. Igualmente, la venta de un bien arqueológico descubierto después de la entrada en vigencia de la Ley de 1993. La venta de un bien cultural que haya sido robado. En definitiva, todos aquellos casos de bienes culturales

donde haya mediado algún ilícito o ilegalidad y luego pretenda ser enajenados a terceros, entran dentro de esta categoría.

3. Excavación ilegal. Desde la sanción de la Ley de 1993, todo patrimonio arqueológico, paleontológico y prehistórico descubierto en cualquier área de tierra o subsuelo nacional, incluidas las áreas submarinas es propiedad del Estado venezolano. El Instituto de Patrimonio Cultural es la entidad autorizada para permitir cualquier exploración o excavación del sitio arqueológico o paleontológico.
4. Robo de bienes culturales. No se menciona el robo de bienes culturales en la Ley de 1993 aunque la mayor parte de las actividades ilícitas incluyen esta categoría. Por su parte, la Convención de la UNESCO de 1970 lo menciona en su preámbulo como causa de la destrucción del patrimonio cultural de un país²⁵. Sin embargo, otras disposiciones legales en el ordenamiento jurídico consideran el robo de bienes como delito o actividad ilegal, por lo que se pueden incluir también los culturales.
5. Falsificaciones. Las obras falsas son obras u objetos en los que falta o no se cumple alguna de las características sobre el origen o la creación que se les atribuye, por ejemplo: “no son obras de la autoría del artista al que se achacan; la fecha de realización no es real; no pertenece a una edición limitada. Por estas razones, una obra falsa es siempre una obra que no es auténtica.”²⁶ Es necesario para considerar esta categoría que el infractor o falsificador haya creado la obra con la intención de engañar a un posible comprador.
6. Daños y vandalismo. La protección de lo bienes culturales empieza con su conservación, restauración y mantenimiento de manera que perdure en el tiempo para las generaciones futuras. Los bienes culturales que forman el Patrimonio Cultural ya sea se encuentren en manos de particulares o del Estado, deben ser conservado y notificar cualquier restauración, modificación que los mismos puedan llegar a sufrir. Los actos de vandalismos para causar daños a los bienes de carácter cultural son un ilícito.

²⁵ “Considerando que incumbe a todo Estado proteger los bienes culturales existentes en su territorio contra los peligros de robo, excavación clandestina y exportación ilícita”.

²⁶ Peñuelas I Reixach, Lluís, “Las obras de arte falsas,” en Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte, Poligrafía, Barcelona (2013), 102

IV. Medidas legales para la recuperación y restitución de bienes culturales

A. Medidas legales para abordar los casos de tráfico ilícito

En el año 2004, mediante decreto ministerial, se creó el Consejo Nacional contra el Tráfico Ilícito del Instituto de Patrimonio Cultural²⁷. Este consejo está integrado por diferentes organismos nacionales e internacionales: el Instituto de Patrimonio Cultural, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Procuraduría General de la República, el Cuerpo de Policía Científica y Criminal, la Comandancia General de la Guardia Nacional, la Administración General de Aduanas, la delegación venezolana del Consejo Internacional de Museos (ICOM), la delegación venezolana de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), así como la Agencia Internacional de Policía (INTERPOL)²⁸. Posteriormente, en el año 2005 se incorporó el Ministerio de Pueblos Indígenas. La Providencia de creación establece el marco legal para la adecuada coordinación entre las autoridades mencionadas con el fin de sistematizar los esfuerzos conjuntos y permanentes para la recuperación de los bienes culturales protegidos a través de talleres de sensibilización y capacitación, coordinación interinstitucional y firma de convenios internacionales para promover la cooperación en la prevención y control del tráfico ilícito de bienes culturales.

A partir del 21 de marzo de 2005, la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prevenir y prohibir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales entra en vigencia en Venezuela, la cual junto con la Ley de 1993, forman el marco legal especial para esta materia.

La ley de 1993 no incluye ningún capítulo especial que aborde el tráfico ilícito del patrimonio cultural. Sin embargo, algunas disposiciones en él, junto con la aplicación de otros instrumentos legales, han ayudado a adecuar y dar respuesta a estos casos, así como establecer los castigos y multas para aquellos que cometan delitos contra la propiedad cultural. Estos instrumentos principalmente son: Ley sobre el delito de contrabando, Ley penal del ambiente, Ley de los espacios acuáticos, Código penal.

A continuación, presentamos algunas medidas legales para abordar los casos de tráfico ilícito en Venezuela:

²⁷ Providencia de fecha 25 de octubre de 2004 mediante el cual se crea el Comité técnico del consejo nacional del tráfico ilícito de bienes culturales.

²⁸ Artículo 2 de la Providencia de creación del Comité técnico del consejo nacional del tráfico ilícito de bienes culturales.

1. La exportación ilícita. De acuerdo con el artículo 41 de la Ley de 1993, la exportación de bienes del Patrimonio Cultural sin autorización del Instituto de Patrimonio Cultural será considerado delito de contrabando y sancionado de acuerdo con la legislación nacional, obligando su retorno al territorio de la República. De acuerdo con el artículo 20 de la Ley sobre el delito de contrabando, el que sustraiga del territorio nacional bienes del patrimonio cultural, de interés cultural o catalogados como tales por el órgano cuya competencia corresponda, o aquel que ingrese al país bienes culturales de otro país sin la autorización de exportación correspondiente, podría enfrentarse a una pena de prisión de 6 a 10 años.
2. Excavaciones arqueológicas. La Ley de 1993 prohíbe expresamente las excavaciones clandestinas, es decir, aquellas que sin mediar autorizaciones expresas por el Instituto de Patrimonio Cultural se lleven a cabo en cualquier parte del territorio nacional. Recordemos que a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, todo bien arqueológico o paleontológico, que se descubra o no, es propiedad del Estado y pasa automáticamente a formar parte del Patrimonio Cultural de la Nación. El artículo 46 de la Ley establece una pena de 1 a 2 años para aquellos que realicen excavaciones ilegales. Sin embargo, nada se establece si la excavación se lleva a cabo y, de suceder el caso, son sustraídos los objetos arqueológicos encontrados. En la derogada Ley penal del medio ambiente eran sancionados con pena de prisión y pago de una multa los daños, degradación y destrucción de yacimientos arqueológicos e incluso su apropiación. Sin embargo, la entrada en vigencia de la nueva ley modificó la redacción del artículo quedando desamparado, al menos a través de esa vía, casos como estos. Teniendo entonces que recurrir al código penal para poder sancionar la apropiación de bienes arqueológicos bajo el delito de robo.
3. Hurto o robo de bienes culturales. Los casos en los que medie el hurto de un bien cultural, o el robo, será penado de acuerdo con las circunstancias establecidas para los delitos contra la propiedad del Código Penal.
4. Falsificaciones. En los casos de obras de arte falsas el infractor se enfrenta al delito de estafa establecido en los artículos 462 al 465 del Código Penal.
5. Daños y vandalismo. De acuerdo con la Ley de 1993, el que destruya, deteriore o dañe intencionalmente bienes culturales será

sancionado con pena de 2 a 4 años, en caso que los daños hayan sido por imprudencia o negligencia se sancionará con pena de 1 a 2 años. Para los casos de destrucción o daños de valor paisajístico, turístico, ambiental o ecológico el artículo 41 de la Ley Penal del Ambiente establece una pena de prisión de 2 meses a 1 año o multa de 200 a 1.000 unidades tributarias.

6. La venta de bienes culturales. La venta de bienes culturales constituye un ilícito en esta materia al incumplirse los lineamientos de protección de los bienes culturales de su país de origen. Muchos han sido los casos de ventas de objetos de arte en casa de subastas de renombrado prestigio que se ven opacadas porque el objeto no tienen la documentación legal necesaria (autorización de exportación, documentación falsa) o porque su origen no es claro (piezas robadas, piezas arqueológicas producto de excavaciones ilegales) o por que su atribución es falsa (falsificación), entre otra variedad de casos. En tal sentido, dependiendo del caso concreto, diferentes instrumentos legales podrán ayudar a resolver este ilícito enfrentándose el infractor a la modalidades que hemos hecho referencia en los puntos anteriores.

B. Procedimientos para la repatriación o recuperación de bienes culturales

Todo procedimiento para la repatriación o recuperación de bienes culturales tiene dos fases, una destinada a la recuperación y restitución del bien y otra destinada a la determinación del ilícito y posterior pena al infractor del delito.

El Consejo Nacional contra el Tráfico Ilícito del Instituto de Patrimonio Cultural y el propio Instituto tienen facultades para iniciar el procedimiento de recuperación, restitución e incluso solicitar la incautación y custodia los bienes culturales, mediante las correspondientes denuncias ante el Ministerio Público. La repatriación de bienes culturales pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación pero ubicados en el extranjero y la repatriación de bienes culturales ubicados en territorio venezolano pero pertenecientes al patrimonio cultural de otro Estado son procedimientos que lleva a cabo el Instituto de Patrimonio Cultural con apoyo a otras instituciones como el Ministerio Público y el Ministerio de Relaciones exteriores. A continuación, y con ejemplos ilustrativos en cada caso desdibujaremos el proceso.

1. Para los casos sobre repatriación de bienes culturales pertenecientes al Patrimonio Cultural de Venezuela, pero ubicados en el exterior, el correspondiente proceso penal podrá ser iniciado por el interesado o por el Instituto de Patrimonio Cultural, mediante denuncia penal ante el Ministerio

Público, o a través del consulado correspondiente donde no exista convención o tratado internacional entre Venezuela y las partes involucradas. Dichas entidades remitirán al Ministerio de Relaciones Exteriores una solicitud de asistencia legal internacional para la repatriación de la pieza, la cual será remitida por el Ministerio a la oficina consular o diplomática correspondiente y, posteriormente, a la autoridad judicial extranjera correspondiente.

El procedimiento tiene cuatro etapas: una etapa administrativo-legal, donde intervienen el Instituto de Patrimonio Cultural, el Ministerio Público y los organismos de investigación con el fin de hacer las investigaciones correspondientes para la causa penal. Una etapa técnica donde intervienen el Instituto de Patrimonio Cultural y expertos en el área cultural (arqueólogos, especialistas en arte) para analizar los objetos. Una para canalizar las gestiones diplomáticas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores o del Ministerio Público, para la búsqueda y decomiso del objeto. Y finalmente, una etapa de repatriación que constituyen los trámites para que el objeto regrese al país.

En los casos de repatriación de bienes culturales, la Administración General de Aduanas también puede participar en la detección de la entrada y salida de bienes culturales que pretendan ser exportados / importados ilegalmente, en cuyo caso, dicha Administración notifica al Instituto de Patrimonio Cultural, quien tiene autoridad legal para ordenar la incautación y custodia del cualquier bien cultural hasta que se demuestre su procedencia y propiedad. Si se determina alguna infracción, la investigación por parte del Ministerio Público se inicia de oficio.

Un ejemplo ilustrativo de estos casos es el caso de la “Odalisca con pantalón rojo” de Henri Matisse.

El 17 de julio de 2014, la Oficina Federal de Inteligencia de los Estados Unidos de América (FBI, por sus siglas en inglés) devolvió al gobierno de Venezuela el cuadro de Henri Matisse que 14 años antes había desaparecido el Museo de Arte Contemporáneo de Caracas. El cuadro fue robado de los depósitos del Museo y reemplazado por una copia. Como la pieza no formaba parte de la exposición permanente del Museo, las autoridades no se dieron cuenta del robo inmediatamente. Finalmente, el Instituto de Patrimonio Cultural inició una denuncia penal por robo y fraude ante la Fiscalía. La experiencia sobre el caso de la “Odalisca con pantalón rojo” demostró que la pieza bajo custodia era una falsificación. Cuando Venezuela se enteró que la obra había sido localizada en el exterior, las autoridades enviaron una carta rogatoria al Ministerio Público del Estado de Florida, Estados Unidos de América para asistencia legal internacional en la búsqueda, rescate y repatriación de la obra. La pintura fue devuelta, pero el proceso penal por robo y fraude iniciado por el Instituto de Patrimonio Cultural aún está pendiente de ser resuelto, sin que a la fecha se haya determinado el culpable o los culpables del robo y falsificación de la pieza. En

contraste, el Tribunal Federal de Florida declaró culpables a quienes intentaron vender la pieza dentro de los Estados Unidos²⁹.

Ejemplo mas reciente es el caso de la repatriación de la piedra “Kueka”, también conocida como la piedra “Abuela-Kueka” pertenece a la tribu indígena Pemón. Se trata de una piedra arenisca, tipo roraima que pesa aproximadamente 30 toneladas, tiene un volumen de 12 metros cúbicos, es de color rojiza y su forma se asemeja a una ballena. La piedra “Abuela-Kueka” se encontraba originalmente en el área del arroyo Kako Parú (también llamado arroyo Jasper) al oeste del parque nacional Canaima, declarado Patrimonio Natural de la Humanidad por la UNESCO en 1994. La piedra “Abuela-Kueka” es considerada un símbolo sagrado de la tribu indígena Pemón, que representa sus antepasados y la sabiduría, tiene la habilidad mágica de atraer la pesca y la caza³⁰.

En julio de 1998, la piedra fue donada por el Instituto de Parques a la República Federal de Alemania para el proyecto “Global Stone Project” y fue exportada en diciembre de 1998. Pese a la aparente legalidad en la donación de la piedra, tanto la tribu Pemón como la Procuraduría General de la República manifestaron la ilegalidad e ilicitud de la apropiación de la piedra, así como su salida de Venezuela.

En el año 2000 el Instituto de Patrimonio Cultural envió comunicación a la Embajada de la República Federal de Alemania en Caracas sobre la ilegalidad de la extracción de la piedra, así como una comunicación a la Embajada de Venezuela en Berlín para que inicie trámites de repatriación. Por su parte, la Procuraduría General de la República envió una comunicación al Ministerio de Relaciones Exteriores formalizando la solicitud de repatriación de la piedra Kueka ante las autoridades alemanas.³¹ Luego, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela remitió otra comunicación al embajador de la República Federal de Alemania, solicitando su intervención para la devolución de la piedra Kueka³².

²⁹ Glexi Moreno, “La Odalisca con Pantalón Rojo llegó a Venezuela,” *Analítica*, 30 de septiembre de 2020. <https://www.analitica.com/entretenimiento/la-odalisca-con-pantalon-rojo-llego-a-venezuela/>

³⁰ “Devolución de la Piedra de Jaspe por parte del gobierno de la República Federal de Alemania al gobierno de la República Bolivariana de Venezuela”, documento oficial de la Dirección General de Asuntos Culturales del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela: 1

³¹ Documento Oficial del la Procuraduría General de la Nación No. D.G.S.P.J.2 No. 01241 de fecha 12 de julio de 2000.

³² Documento Oficial del Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela No. 000814 de fecha 23 de agosto de 2000.

En el año 2010, doce años después, cuando el Instituto de Patrimonio Cultural solicitó a la Fiscalía General de Venezuela la investigación y determinación de responsabilidades penales en el caso³³.

Pasaron 22 años para el retorno de la piedra. Pero, la denuncia ante el Ministerio Público sigue abierta y aún no se han establecido ninguna penal a los responsables.

2. Para los casos de repatriación de bienes culturales ubicados en territorio venezolano pero pertenecientes al patrimonio cultural de otro Estado, el país interesado deberá presentar una solicitud de asistencia legal internacional ante la oficina diplomática del país correspondiente, la cual remitirá su solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio Público para iniciar la investigación. También, el Instituto de Patrimonio Cultural tiene facultades para iniciar de oficio el rescate y custodia de los bienes culturales ubicados en Venezuela e iniciar, mediante denuncia penal ante el Ministerio Público, el procedimiento que determine la responsabilidad penal o civil de los involucrados.

Un ejemplo ilustrativo de estos casos es el caso denominado “Mannil D’Empaire” relacionado con piezas arqueológicas ubicadas en Venezuela. En el año 2011, el instituto de Patrimonio Cultural ordenó la incautación y custodia de 56 piezas arqueológicas que serían exportada a la ciudad de Nueva York para ser subastadas.

Estas piezas eran parte de una colección mayor del señor Mannil D’Empaire, que comprendía más de 800 piezas arqueológicas de diferentes lugares de América Latina, las cuales habían sido ilícitamente extraídas e ilegalmente exportadas de sus países de origen³⁴. Durante el trámite se determinó que las piezas incautadas pertenecían a Costa Rica y habían sido exportadas ilegalmente en contravención del ordenamiento jurídico de ese país.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela se comunicó con el Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica con el fin de notificar la incautación y verificar la procedencia de las piezas. Siete años después, en 2018, Venezuela repatrió a su país de origen las piezas arqueológicas. No obstante, el procedimiento penal aún sigue pendiente sin que haya un culpable sobre este delito.

3. Venezuela, como parte de la Convención de la UNESCO de 1970, asumió la obligación de cooperar con las naciones extranjeras para facilitar la restitución lo antes posible de los bienes culturales exportados ilícitamente a su

³³ Documento oficial del Instituto de Patrimonio Cultural de fecha 20 de octubre de 2011.

³⁴ Katherine Pennacchio “El Mecenaz que coleccionaba ilícitos sin castigo,” *Armando.info*, January 8th, 2017 <https://armando.info/Reportajes/Details/190>

propietario legítimo. Se trata de bienes u objetos culturales que no forman parte del Patrimonio Cultural del Estado sino de instituciones o personas privadas. Para estos casos, por no existir una convención especializada sobre la materia como sería la Convención de la UNIDROIT de 1995, la cual se enfoca especialmente en la restitución de bienes robados y exportados ilícitamente, la normativa nacional pasaría a ser la aplicable. Bajo el Código Civil venezolano el propietario de un bien cultural, mediante acción judicial, solicitaría la reivindicación de la cosa. Debido a la falta de regulación especializada en nuestro sistema, las soluciones a estos reclamos podrían favorecer al poseedor frente al propietario a pesar de tratarse de casos de bienes adquiridos ilícitamente (exportación sin autorización, robo de la pieza, entre otros). Por otro lado, las reglas relativas a la prescripción de la propiedad suelen ser una defensa que bloquean la posibilidad del propietario original de obtener la restitución de la cosa.

V. Conclusiones

El sistema legal venezolano para proteger los bienes culturales y combatir su tráfico ilícito debe responder a las metas propuesta por la Convención de la UNESCO sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia ilícita de propiedad de bienes culturales. A partir del 21 de marzo de 2005 dicha Convención forma parte de nuestro sistema legal.

La Ley para la defensa y protección de bienes culturales data de 1993, requiriéndose una actualización en especial a lo que se refiere al tráfico ilícito de bienes culturales. Categorización de casos y sus penas a los infractores, incluyendo los procedimientos. Mejores resultados podrán obtenerse en la medida en que se cuente con un sistema de protección cuyas bases estén sustentadas en un único instrumento legal y especial que proporcione respuestas acordes a los casos sobre bienes culturales.

No hay garantía de éxito en la reducción de los delitos contra los bienes culturales mediante la promulgación de una ley especializada, pero tampoco eso es lo que se está buscando con una nueva Ley. Se trata de la efectividad para la resolución de estos casos. En los ejemplos estudiados pudimos constatar que es posible la recuperación o repatriación de los objetos culturales. Sin embargo, también fuimos testigos de una total ineficiencia en la determinación de las sanciones a los infractores.

Venezuela ya cuenta con el Consejo Nacional contra el Tráfico Ilícito del Instituto de Patrimonio Cultural. También vimos como en Venezuela existe la protección a la herencia cultural indígena. La tendencia mundial es la creación de especialistas en el área para atender los ilícitos contra bienes culturales en

sedes especializadas, por lo que cabría preguntarse la necesidad de que existan fiscales calificados para atender estos casos.

Medicamentos y complementos alimenticios: estudio de derecho comparado de los criterios de distinción entre España y Venezuela

Alfredo Ignacio Silva Loynaz

Sumario

- I. Introducción
- II. ¿Cuál es el régimen jurídico de los medicamentos? Requisitos para su comercialización
 - A. España
 - B. Venezuela
- C. Función y finalidad terapéutica de los medicamentos
- III. ¿Qué son los complementos alimenticios y qué finalidad tienen?
 - A. España
 - B. Venezuela
- IV. Frontera entre medicamentos y complementos alimenticios ¿Qué criterios ha aplicado la jurisprudencia para distinguirlos?
 - A. Frontera entre medicamentos y alimentos
 - B. Criterios de distinción
- V. Conclusiones

I. Introducción

Hace algunos años, la diferencia entre un medicamento y un alimento era bastante clara y notoria, incluso ambas industrias se repartían el mercado sin que hubiera prácticamente interacción entre ellas. Esto en la actualidad ha cambiado, ya que, gracias a nuevos avances científicos, la frontera entre estos productos ya no es tan marcada. Además, entran en el mercado los complementos alimenticios, los cuales son productos de difícil categorización jurídica y científica.

Asimismo, la globalización de estas industrias es cada vez más evidente, ya que estos productos son comercializados en distintos países. Sin embargo, pueden existir diferencias de criterio entre los distintos ordenamientos jurídicos al momento de calificarlos. Por ejemplo, las leyes de un país pueden considerar tal producto como medicamento y otro como alimento. Lo que pudiera generar conflictos al momento de la importación y exportación de estos bienes.

En el presente artículo se ha realizado un estudio comparado de las legislaciones española (incluyendo la normativa de la Unión Europea) y venezolana, no sólo en los textos legales sino en la jurisprudencia, sobre que son los medicamentos y los complementos alimenticios, sus características, y que criterios son aplicados para distinguirlos.

También, se desarrollará todo lo relacionado con la frontera entre un medicamento y un alimento, en particular los complementos alimenticios. Además, es importante destacar que, debido a las características de éstos, existe la posibilidad de que en país un producto específico sea considerado medicamento; mientras que, en otro producto alimenticio. Para ello se analizarán los criterios de distinción aplicables en España y en Venezuela, e igualmente cómo determinar las diferencias entre ambos países que pueda ocasionar conflictos al momento de la comercialización entre ellos.

II. ¿Cuál es el régimen jurídico de los medicamentos? Requisitos para su comercialización

El medicamento es toda sustancia o conjunto de ellas que presenta propiedades para curar, diagnosticar o prevenir enfermedades humanas. Asimismo, modifica las funciones fisiológicas del hombre mediante una acción farmacológica, inmunológica y metabólica o establece un diagnóstico médico.

De la definición anterior, se pueden obtener los siguientes elementos esenciales de un medicamento:

1. Compuesto por una sustancia o combinaciones de sustancias, llamada principio activo.
2. Puede tener como función o finalidad el tratar, curar, prevenir o diagnosticar enfermedades.
3. O restaurar, corregir, controlar o modificar las funciones o estados fisiológicos.

Asimismo, se debe definir principio activo, lo cual es toda sustancia o mezcla de ellas que ejerce una acción farmacológica en el organismo. Es la sustancia que se convierte en un componente activo y permite que el medicamento pueda ejercer su función.

Es importante destacar una clara diferencia entre la legislación europea y la venezolana. En la normativa europea y española se incluye que los medicamentos ejercen una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, lo cual no es señalado en la legislación venezolana. Esto será importante cuando se analicen los criterios de distinción entre los medicamentos y los complementos alimenticios de ambos países.

Además, es importante señalar que tanto en la Unión Europea como en Venezuela para la comercialización de un medicamento es necesario una autorización previa por parte de las autoridades sanitarias competentes. A nivel comunitario es la Agencia Europea de Medicamentos (EMA por sus siglas en inglés), en España, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) y en Venezuela, el Instituto Nacional de Higiene “Rafael

Rangel (INHRR) y el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria (SACS). La comercialización sin dicha autorización es considerada ilegal, que derivaría en sanciones administrativas y penales, ya que en ambas jurisdicciones se tipifica dicho delito.

A. España

Como norma marco dentro de la Unión Europea, está la Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, y así se definen:

A efectos de la presente Directiva se entenderá por medicamento: toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos, o toda sustancia o combinación de sustancias que pueda usarse en, o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico.¹

Una vez establecida esta norma dentro de la Unión Europea, cada Estado miembro debe trasponer dentro de su ordenamiento jurídico las disposiciones establecidas en la mencionada Directiva.

En España, se dictó el Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio, texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en adelante la LGURMPS), la cual copia la definición de medicamento de la Directiva 2011/83/CE². Así pues, tanto la Directiva 2011/83/CE como la LGURMPS distinguen dos clasificaciones de medicamento: por su presentación y por su función.

Es medicamento por su presentación si se presenta como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades; mientras que es medicamento por su función si tiene como fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica. Esta distinción será de importancia para establecer los criterios de distinción entre los medicamentos y complementos alimenticios.

¹ Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano (Unión Europea, 2001). Artículo 1 2.

² Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio, por el que se aprueba texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios de España (Reino de España: Boletín Oficial del Estado núm. 177, 2015) Artículo 2. a).

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fija como criterio para definir un medicamento el efecto beneficioso que este debe producir en la salud humana. Por lo tanto, solamente deben incluirse como tales “las sustancias aptas para producir un efecto beneficioso en el funcionamiento del organismo humano y, consiguientemente, en la salud humana.”³

Ahora bien, en la Unión Europea existen cuatro procedimientos de autorización de comercialización de un medicamento:

1. Procedimiento nacional.
2. Los procedimientos comunitarios de autorización nacional:
 - a. Reconocimiento mutuo.
 - b. Descentralizado.
3. Procedimiento centralizado.

B. Venezuela

En la Ley de Medicamentos dictada por la Comisión Legislativa Nacional el día 20 de julio de 2000 y publicada en la Gaceta Oficial No. 37.006, de fecha 03 de agosto de 2000 de Venezuela (en adelante Ley de Medicamentos venezolana) se establece la definición de medicamento⁴.

En adición a lo anterior, la Ley de Medicamentos venezolana hace una distinción entre medicamento y producto farmacéutico, ya que serán estos los que sean autorizados y puedan ser dispensados al público⁵.

Ahora bien, el Tribunal Supremo de Justicia mantiene como criterio jurisprudencial, y así ha sido dictado en varias sentencias, que los productos farmacéuticos son medicamentos. Y al ser clasificados así por la autoridad sanitaria, ninguna otra autoridad administrativa, tal como las autoridades aduaneras, puede reclasificar dichos productos⁶.

³ Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), *Sentencia que versa sobre las peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Alemania) mediante resoluciones de 28 de mayo de 2013 y de 8 de abril de 2014, recibidas en el Tribunal de Justicia respectivamente el 27 de junio de 2013 y el 14 de abril de 2014, Referencia ECLI:EU:C:2014:2060* (Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2014).

⁴ Ley de Medicamentos (República Bolivariana de Venezuela: Gaceta Oficial No. 37.006, 2000) Artículo 3°.

⁵ Ley de Medicamentos venezolana, 2000. Artículo 4.2

⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia No. 1846 (Caso; Laboratorios Leti, C.A.)*, Ponencia de Francisco Antonio Carrasquero López (República Bolivariana de Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2007).

También se debe definir lo que son las especialidades farmacéuticas, las cuales serán autorizadas para su expendio al público. Son considerados como los medicamentos industrializados⁷.

En el caso de Venezuela, para la comercialización de un medicamento hay que tramitar el Registro Sanitario de Especialidades Farmacéuticas. Dicho trámite debe ser realizado por un farmacéutico patrocinante. Una vez autorizados los medicamentos, dicha autorización será publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela⁸.

Asimismo, el ente competente para la autorización de medicamentos es el Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel” (INHRR), adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud, y se encargará de la “evaluación integral de todos los medicamentos introducidos a trámite de Registro Sanitario, así como los análisis de control de los productos farmacéuticos aprobados y comercializados.”⁹

Además, la Junta Revisora de los Productos Farmacéuticos tendrá como competencia la efectiva y constante vigilancia del registro, promoción, prescripción, sustitución, dispensación, expendio, farmacovigilancia y ensayos clínicos de los medicamentos.

C. Función y finalidad terapéutica de los medicamentos

Como se explicó previamente, en la UE se distingue entre medicamento por su presentación y medicamento por su función. Dicha distinción no existe en Venezuela, aunque puede inferirse por la definición establecida en la ley.

Los medicamentos por su presentación se refieren a los productos que se presentan como poseedores de propiedades para tratar o prevenir enfermedades. Es por ello, que “la consideración como medicamento de los productos que se presentan como tal, con independencia de que tenga o no efectos terapéuticos, tiene por finalidad proteger a los consumidores.”¹⁰ Por lo tanto, estos productos entran en el régimen de los medicamentos, aunque no posean tales propiedades¹¹.

⁷ Ley de Medicamentos venezolana, 2000. Artículo 5.3.

⁸ Ley del Medicamento venezolana, 2000. Artículo 18

⁹ Ley del Medicamento venezolana, 2000. Artículo 19.

¹⁰ Mario García Vidal, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ahonda en la interpretación del concepto de medicamento por su función (Comentario a la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2014)* (Análisis Farmacéutico Gómez, Acebo & Pombo, septiembre, 2014).

<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/el-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-ahonda-en-la-interpretacion-del-concepto-de-medicamento-por-su-funcion.pdf>

¹¹ García Vidal Mario, Comentario a la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2014.

La definición legal de medicamento por su presentación puede resultar confusa, “pues identifica al medicamento no tanto por lo que es sino por lo que pretende ser, considerando como tal a sustancias o combinaciones a las que se atribuyen propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos.”¹²

Existen muchos productos a los que se le atribuyen propiedades curativas, pero que carecen de tales propiedades. Por lo que es necesario explicar algunas pautas para considerar producto como medicamento por su presentación.

En primer lugar, tales productos pueden estar destinados a estados físicos no considerados como enfermedades, “de esta manera nos podemos encontrar productos que se destinan no tanto para la prevención o tratamiento de enfermedades sino para el alivio de determinados síntomas (fatiga, ardor) que no tengan un origen patológico.”¹³ Sin embargo, es criterio reiterado de la jurisprudencia del TJUE que si el producto se presenta con tales propiedades al consumidor medio, éste se considerará como medicamento por su presentación¹⁴.

Luego, para clasificar un producto como medicamento se deben tomar en cuenta la forma de la presentación del producto, siendo una percepción subjetiva del consumidor.

Para que una sustancia sea clasificada como medicamento por su presentación no es necesario que se haga referencia directa y expresa a su capacidad para prevenir o tratar enfermedades, sino que ésta puede derivarse del modo, del contenido o del contexto en que tiene lugar la presentación. Así, se trata más de una percepción subjetiva del destinatario y no tanto de que exista una forma objetiva de declaración expresa de las propiedades preventivas o terapéuticas o la negación de dichas propiedades o de su condición de medicamento¹⁵.

Por último, es criterio jurisprudencial que se deben analizar todas y cada una de las características del producto: forma externa del producto (píldoras,

¹² Dalmacio Martín Castro, “La definición de los medicamentos y su distinción de otros productos para la salud” en *Tratado de Derecho Farmacéutico*, coords. Jordi Faus Santasusana y José Vida Fernández (Cizur Menor: Ed. Thompson Reuters-Aranzadi. 1ª edición. 2017), 172

¹³ Dalmacio Martín Castro, “La definición de los medicamentos y su distinción de otros productos para la salud”, 172

¹⁴ Dalmacio Martín Castro, “La definición de los medicamentos y su distinción de otros productos para la salud”, 172

¹⁵ Dalmacio Martín Castro, “La definición de los medicamentos y su distinción de otros productos para la salud”, 173

cápsulas, polvos, tabletas, etc.), etiquetado, la publicidad y la percepción del consumidor¹⁶.

En adición a lo anterior, es importante destacar que cualquier producto que no tenga autorización de comercialización como medicamento, no puede presentarse como tal, atribuyéndole propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades.

Ahora bien, se considera medicamento por su función si tiene como fin, restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas mediante una acción farmacológica, inmunológica o metabólica.

Si la sustancia posee estas propiedades, es indiferente que no se presente como tal medicamento, pues, aunque el producto no responde al concepto de medicamento por la presentación sería un medicamento por la función. Además, y como ya se ha destacado, existiendo tales efectos, también es irrelevante que la sustancia o el producto encaje también en la definición normativa de otro tipo de productos, como los cosméticos o los productos alimenticios¹⁷.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido criterio reiterado que los medicamentos por su función “engloban todos los productos destinados a restablecer, corregir o modificar las funciones del organismo y que, por ello, pueden tener consecuencias sobre la salud en general.”¹⁸ También, los medicamentos pueden alterar las funciones fisiológicas sin que exista enfermedad: tal es el caso de los medicamentos anticonceptivos.

Por otro lado, el TJUE entiende que los medicamentos establecen diagnóstico médico cuando tienen como fin descubrir posibles enfermedades y así poder ser tratadas oportunamente. En cuanto a “restaurar” y “corregir” las funciones fisiológicas, se refieren al efecto beneficioso que debe tener el medicamento para el funcionamiento del organismo y para la salud.

Quedan excluidas las sustancias (...) cuyos efectos se limitan a una mera modificación de las funciones fisiológicas, sin ser aptas para producir efectos beneficiosos, mediatos o inmediatos, sobre la salud humana, y que se consumen únicamente con el fin de generar un

¹⁶ Dalmacio Martín Castro, “La definición de los medicamentos y su distinción de otros productos para la salud”, 173

¹⁷ García Vidal Mario, Comentario a la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2014.

¹⁸ Tribunal de Justicia (Sala Quinta) *Sentencia que versa sobre una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Hoge Raad der Nederlanden, Referencia C-112/89* (Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1991)

*estado de embriaguez, resultando nocivas para la salud humana*¹⁹.

Un elemento esencial, lo constituye también el criterio de idoneidad, por lo que deben excluirse aquellos productos que no tienen un efecto fisiológico significativo. Este criterio toma en cuenta las condiciones normales de uso y la concentración del principio activo para que haya una incidencia significativa en el organismo.

*Las sustancias deben usarse para prevenir y/o tratar enfermedades, por lo que habrá que excluir cosméticos, complementos alimenticios o incluso alimentos, debiendo sumarse la idoneidad que lleva a excluir de la condición de medicamento por su función aquellos productos que si bien tienen cierta influencia en el cuerpo humano, carecen de efecto fisiológico significativo y, por tanto, no modifican en sentido estricto sus condiciones de funcionamiento*²⁰.

Por otro lado, las autoridades administrativas deben considerar las propiedades farmacológicas del producto, según los conocimientos científicos que se tengan al momento de autorizarlo, tomando en cuenta la capacidad del principio activo y la dosis del mismo, para determinar las “propiedades potenciales del producto para administrarse en humanos con el fin de establecer un diagnóstico médico o de restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas.”²¹

III. *¿Qué son los complementos alimenticios y qué finalidad tienen?*

Un complemento alimenticio es aquel producto alimenticio, compuesto principalmente por fuentes concentradas de vitaminas y minerales en forma dosificada, y cuya función es complementar o completar la dieta normal de las personas.

De la definición anterior, se establecen las siguientes características de los complementos alimenticios:

1. Son productos alimenticios por su naturaleza.
2. Tienen como fin el complementar o completar la dieta normal.

¹⁹ Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), *ECLI:EU:C:2014:2060*.

²⁰ Dalmacio Martín Castro, “La definición de los medicamentos y su distinción de otros productos para la salud”, 175

²¹ Dalmacio Martín Castro, “La definición de los medicamentos y su distinción de otros productos para la salud”, 176.

3. Están compuestos por fuentes concentradas de vitaminas y minerales, solas o combinadas, aunque ya se permiten la fabricación de complementos alimenticios con otras sustancias.
4. Se comercializan en forma dosificada, tales como tabletas, polvos, jarabes, entre otros.

Se debe aclarar entonces, que los complementos alimenticios son considerados alimentos (pese algunos criterios jurisprudenciales) y tienen como fin complementar la dieta normal de las personas. Por lo tanto, no se le pueden atribuir propiedades para curar y/o prevenir enfermedades, ni que corrijan, restauren ni modifiquen las funciones fisiológicas del organismo, mediante una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, ya que esas propiedades o fines sólo pueden atribuírsele a los medicamentos.

Otra característica de los complementos alimenticios es la forma dosificada, la cual comparten con los medicamentos. Por lo tanto, este criterio es de suma importancia para establecer las diferencias entre uno y otro. Principalmente están compuestos por fuentes concentradas de vitaminas, minerales y otras sustancias, como especies vegetales²².

En la Unión Europea siempre se ha mantenido el criterio de que los complementos alimenticios son alimentos, y están regidos por la legislación alimentaria. En cambio en Venezuela, la jurisprudencia no ha sido constante, incluso ha sido contradictoria, ya que algunos productos considerados como complementos alimenticios han sido clasificados en algunos casos como medicamentos y en otros como alimentos.

Por lo tanto, existen diferencias entre España y Venezuela con respecto a la clasificación de los complementos alimenticios como alimentos o como medicamentos. Esto ocasiona un conflicto para determinar los criterios, así como una disparidad práctica si se llegase a producir comercialización entre ambos países.

A. España

Al igual que en la regulación de medicamentos, existe armonización en la Unión Europea con respecto a los complementos alimenticios. En el año 2002 se aprobó la Directiva 2002/46/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios, la cual ha servido de base para que los Estados miembros aprueben dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, las normas respectivas. En España se aprobó el Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, relativo a los complementos

²² José Vida Fernández, *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*. 127.

alimenticios. Este Real Decreto copia la definición de la Directiva 2002/46 sobre los complementos alimenticios²³.

En adición a lo anterior, de acuerdo con lo establecido a nivel comunitario como en el Real Decreto 1487/2009, sólo podrán utilizarse las vitaminas, los minerales y las sustancias permitidas, en la forma y concentración establecidas²⁴. En la Directiva 2002/46/CE están los Anexos I y II que indican las sustancias permitidas y bajo qué forma pueden utilizarse. Dichos anexos fueron modificados por el Reglamento 1170/2009.

Ahora bien, dado que en España los complementos alimenticios son considerados alimentos, hay que establecer una definición de estos. En España es aplicable el Reglamento 178/2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, donde se define qué es un alimento²⁵.

Se destaca del Reglamento 178/2002 que los alimentos están destinados para ser ingeridos por el ser humano. Aunque, “la UE ha omitido en su Reglamento 178/2002 (...) cualquier referencia a la finalidad última de los alimentos (nutrir, alimentar, saciar, etc.)”²⁶. Sin embargo, el Código Alimentario Español señala que uno de los fines de los alimentos es la normal nutrición humana. Y es importante aclarar que este Código es del año 1967, por tanto el Reglamento 172/2002 tiene mayor jerarquía como fuente normativa en la Unión Europea²⁷.

Los complementos alimenticios no necesitan autorización de comercialización. Sin embargo, sí es obligatorio que el responsable de la

²³ Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de junio de 2002 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios. (Unión Europea, 2002). Artículo 2.a).

Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, relativo a los complementos alimenticios. (Reino de España: Boletín Oficial del Estado núm. 244, 2009). Artículo 2.1.

²⁴ Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, relativo a los complementos alimenticios. Artículo 3.

Norma Venezolana 3863:2005. Artículo 5.

²⁵ Reglamento (CE) No 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (Unión Europea, 2002). Artículo 2.

²⁶ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, *Unión Europea Aranzadi*, Vol. 35, Nº 7. (2008): 6.

²⁷ Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el texto del Código Alimentario Español (Reino de España: Boletín Oficial del Estado núm. 248, 1967). Artículo 1.02.01.

comercialización notifique a la autoridad competente, sea a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) o la comunidad autónoma competente, según el caso, la puesta en el mercado del producto. Esta notificación se debe hacer con carácter previo o simultáneo a la primera puesta en el mercado. Además, los operadores de empresas alimentarias deben estar inscritos en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos (RGSEAA)²⁸.

Ahora bien, tal como se explicó previamente, en España los complementos alimenticios sólo pueden contener las sustancias permitidas y en la cantidad máxima fijada, lo que trae unas consecuencias jurídicas a tomar en cuenta²⁹. Igualmente, en el Artículo 5 de la Directiva 2002/46/CE se establecen los factores que deben tenerse en consideración para fijar las cantidades máximas de vitaminas y minerales presentes en los complementos alimenticios³⁰.

En un primer momento, para la fabricación de los complementos alimenticios sólo se podían utilizar las vitaminas y minerales enumeradas en el Anexo I y bajo las formas señaladas en el Anexo II del Reglamento 1170/2009³¹.

Sin embargo, dado lo establecido en el artículo 2 a) de la Directiva 2002/46, es posible que existan complementos alimenticios que añadan o estén compuestos solamente de otras sustancias, como es el caso de los aminoácidos.

Asimismo, los Estados miembros pueden aprobar el uso y forma de vitaminas y minerales distintos a lo señalado en los Anexos I y II del Reglamento 1170/2009³². Así también, estos pueden adoptar normas con respecto a las cantidades máximas de vitaminas y minerales, lo que ocasiona que no haya total armonía de criterios. Aunque el TJUE ha establecido ciertos principios para poder entender cuáles son las limitaciones que tienen los Estados miembros cuando haya discrepancias entre ellos con respecto al uso y forma de vitaminas y minerales, así como la prohibición de comercialización de complementos alimenticios legalmente fabricados o comercializados en otro Estado miembro.

Dado que la Comisión no ha aprobado las cantidades máximas de nutrientes que pueden ser utilizadas para la fabricación de complementos alimenticios, los Estados miembros pueden adoptar normas relativas a tales cantidades. Sin embargo, el TJUE señala que estos deben siempre respetar los

²⁸ Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, relativo a los complementos alimenticios. Artículo 9.

²⁹ Directiva 2002/46/CE. Artículo 4.

³⁰ Directiva 2002/46/CE. Artículo 5.

³¹ José Vida Fernández, *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*. 128.

³² Directiva 2002/46/CE. Artículo 4: 6.

artículos 34 y 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al momento de implementar alguna medida³³.

Los Estados miembros pueden establecer normas que prohíban la comercialización, en sus respectivos territorios, de complementos alimenticios cuyo contenido en nutrientes supere las cantidades máximas fijadas por ellos mismos. Dicha prohibición puede estar justificada como medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁴.

Asimismo, la norma que establezca cada Estado miembro debe prever un procedimiento que permita a los operadores económicos obtener la autorización de comercialización. Además, este debe ser accesible y debe concluirse en un plazo razonable.

Por último, una medida de prohibición de comercialización puede adoptarse si se alega un riesgo real para la salud pública, suficientemente acreditado sobre la base de los datos científicos más recientes disponibles en la fecha de adopción de tal medida.

En España, en virtud del Real Decreto 130/2018, el cual modifica al Real Decreto 1487/2009, ya se permite el uso de otras sustancias. En el Anexo de dicho Real Decreto, se aprobó la lista de otras sustancias con efecto nutricional o fisiológico que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios.

Del mismo modo, en el Real Decreto 130/2018 se permite imponer medidas de restricción de comercialización de productos que contengan nutrientes no incluidos o en las formas no establecidas en el Anexo del Reglamento 1170/2009. Sin embargo, también debe aplicarse el principio de reconocimiento mutuo³⁵.

Asimismo, la Unión Europea sólo tiene armonizadas las vitaminas y minerales para la fabricación de complementos alimenticios. Sin embargo, cada Estado miembro ha aprobado otras sustancias, tales como plantas medicinales y aminoácidos. Esto ha ocasionado que no haya una total armonización en la Unión Europea. Pese a que se preveía una ampliación a nivel europeo, no se ha producido, lo que ocasiona falta de armonización entre los Estados miembros frente a estas sustancias³⁶.

³³ (Sala Primera) de 27 de abril de 2017, *Sentencia que versa sobre la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Grande Instance de Perpignan, Francia, Referencia ECLI:EU:C:2017:310* (Unión Europea, Tribunal de Justicia: 2017).

³⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Unión Europea, 1957). Artículo 36

³⁵ Real Decreto 130/2018. Disposición final primera. Disposición adicional única.

³⁶ José Vida Fernández, *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*. 128

Además, en el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la utilización de sustancias distintas de las vitaminas y los minerales en los complementos alimenticios, se concluye que “no está justificado establecer normas específicas aplicables a las sustancias distintas de las vitaminas o los minerales utilizados en los complementos alimenticios.”³⁷

Antes de la aprobación del Real Decreto 130/2018, las autoridades sanitarias habían rechazado la posibilidad de introducir otras sustancias a la legislación española. Por ello, el Tribunal Supremo de España se pronunció “expresamente a favor de una interpretación conforme al artículo 2 a) de la Directiva 2002/46 en la que admite la posibilidad de incorporar otros ingredientes que no sean vitaminas o minerales.”³⁸³⁹

En adición a lo anterior, la aprobación del Real Decreto 130/2018 supuso un cambio importante para España, ya que antes sólo podían comercializarse en dicho país complementos alimenticios que incorporaran esas otras sustancias mediante el principio de reconocimiento mutuo.

Sin embargo, la Asociación Española de Fabricantes de Preparados Alimenticios Especiales Dietéticos y Plantas Medicinales (AFEPADI) presentó un recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto No. 130/2018. AFEPADI alegaba que este infringió el principio de jerarquía normativa por lesión de la Directiva 2002/46/CE y el Reglamento de Ejecución de la Unión Europea No. 2017/2470, de 20 de diciembre de 2017, por el que se establece la lista de la Unión de nuevos alimentos, de conformidad con el Reglamento No. 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los nuevos alimentos. Además, alegó que también vulnera la libertad de empresa.

Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia desestimó dicho recurso y dictaminó la total validez del Real Decreto 130/2018⁴⁰. Del mismo modo, el Tribunal Supremo señala que en las normativas de complementos alimenticios sólo están armonizadas las vitaminas y minerales, por tanto los Estados miembros tienen total libertad de regular en sus ordenamientos jurídicos internos otras sustancias distintas, aplicándose el principio de reconocimiento mutuo.

³⁷ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la utilización de sustancias distintas de las vitaminas y los minerales en los complementos alimenticios. SEC (2008)2976 SEC (2008)2977. (Unión Europea: Comisión, 2008).

³⁸ José Vida Fernández, *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*. 129.

³⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), *Sentencia de 30 de noviembre de 2011*. Ponente D. Segundo Menéndez Pérez. Referencia STS 9035/2011 (Reino de España: Tribunal Supremo, 2011)

⁴⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), *Sentencia del 09 de octubre de 2019*. Ponente María del Pilar Teso Gamella. Referencia STS 3149/2019 (Reino de España: Tribunal Supremo, 2019).

Pese a la falta de armonización y las dificultades que esto conlleva, los Estados miembros no han podido consensuar la armonización de estas otras sustancias⁴¹.

Además, se debe aclarar que también es posible el uso de nuevos alimentos en complementos alimenticios, ya que estos también se encuentran armonizados. Habría que revisar si en las normativas de nuevos alimentos, este se encuentra autorizado para los complementos alimenticios.

En adición a lo anterior, en España actualmente no está regulado el uso de plantas en los complementos alimenticios, como sí ocurre en otros Estados miembros. Es por ello, que productos que las contengan en sus ingredientes podrán ser comercializados por el principio de reconocimiento mutuo.

Sobre este tema, hay que mencionar la sentencia del TJUE de fecha 5 de marzo de 2009, mediante la cual se sancionó a España por haber retirado del mercado productos elaborados a base de plantas medicinales legalmente fabricados o comercializados en otro Estado miembro⁴².

Algunos productos a base de plantas medicinales, legalmente fabricados o comercializados como complementos alimenticios en otro Estado miembro, fueron retirados del mercado español por carecer de autorización de comercialización, por ser considerados medicamentos por su función.

Actualmente, no existe armonización entre los Estados miembros sobre la clasificación de los productos a base de plantas medicinales como medicamentos o como productos alimenticios.

Además, hay que señalar que también se permite el uso de aditivos alimentarios para la fabricación de complementos alimenticios. Las normas aplicables son el Reglamento (CE) No 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre aditivos alimentarios, el Reglamento (UE) No. 1129/2011 de la Comisión de 11 de noviembre de 2011 por el que se modifica el anexo II del Reglamento (CE) no 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer una lista de aditivos alimentarios de la Unión, y el

⁴¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), *Referencia STS 3149/2019*.

⁴² Tribunal de Justicia (Sala Primera), *Sentencia que versa sobre Recurso de Incumplimiento contra el Reino de España. Artículos 28 CE y 30 CE – Libre circulación de mercancías – Directiva 2001/83/CE – Productos a base de plantas medicinales – Productos clasificados como medicamentos – Productos legalmente fabricados o comercializados como complementos alimenticios o productos dietéticos en otros Estados miembros – Concepto de “medicamento” – Autorización de comercialización – Obstáculo – Justificación – Salud pública – Protección de los consumidores – Proporcionalidad – Decisión nº 3052/95/CE – Procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad, Referencia ECLI:EU:C:2009:123* (Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2009).

Reglamento (UE) No. 2018/1497 de la Comisión, de 8 de octubre de 2018, por el que se modifica el anexo II del Reglamento (CE) No. 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la categoría de alimentos 17 y la utilización de aditivos alimentarios en complementos alimenticios.

B. Venezuela

En el caso de Venezuela, se aplican las Directrices para Complementos Alimentarios de Vitaminas y/o Minerales del Codex Alimentarius, así como lo establecido en la Norma Venezolana FONDONORMA No. 3863:2005 de Complementos Alimenticios de Vitaminas y Minerales⁴³.

Sin embargo, en Venezuela la jurisprudencia ha sido bastante contradictoria cuando se trata de clasificar los productos como medicamentos o complementos alimenticios. En primer lugar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolvió una demanda por intereses colectivos y difusos respecto a la clasificación de los complementos alimenticios, destinados a mujeres en estado de gravidez o período postpartum, o como alimentos o como especialidades farmacéuticas. Es importante aclarar que, si bien el objeto de la sentencia versa exclusivamente sobre los mencionados productos, por el contenido contradictorio de las consideraciones para decidir, se puede inferir su aplicación a todos los complementos alimenticios.

La Sala Constitucional hace una afirmación categórica y sin distinción que los complementos alimenticios “entran propiamente dentro de la categoría de Especialidades Farmacéuticas y no como alimentos, debido al nivel de concentración de elementos que presentan para el consumo humano.”⁴⁴

De igual forma, considera que los productos que consumen las mujeres en estado de gravidez o período de postpartum, por ser especialidades farmacéuticas deben ser prescritos por un médico. Esta afirmación sí es correcta, ya que dichos productos no están destinados a complementar la dieta sino a prevenir situaciones fisiopatológicas que pueden presentarse durante un embarazo. Pero, otros productos catalogados en esta categoría pueden ser comercializados sin prescripción facultativa. La Sala Político-Administrativa

⁴³ Directrices para Complementos Alimentarios de Vitaminas y/o Minerales (FAO. Codex Alimentarius: 2005) Artículo 2.1.

Norma Venezolana FONDONORMA No. 3863:2005 de Complementos Alimenticios de Vitaminas y Minerales (Venezuela: 2005). Artículo 3.1

⁴⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia No. 435*, Ponencia de Carmen Zuleta de Merchán (República Bolivariana de Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2012).

(SPA) del Tribunal Supremo de Justicia señala que al calificarse un producto se toman en cuenta razones de salubridad, seguridad y protección⁴⁵.

En segundo lugar, la SPA resolvió sobre la clasificación arancelaria de unos productos considerados como suplementos dietéticos que cumplen funciones, tales como energizantes para deportistas, y mezclas en polvo para las preparaciones a base de proteínas, carbohidratos, vitaminas y minerales para ganar peso. En este caso, el Tribunal los clasificó como alimentos y no como medicamentos, tal como se le había otorgado el Registro Sanitario de Alimentos por el SACS⁴⁶.

La Sala Constitucional afirmó que todos los productos que contengan vitaminas y minerales deben cumplir con los niveles establecidos en la Norma Venezolana 3863:2005. Según dicha norma, los productos deben cumplir con el contenido de vitaminas y minerales establecidos en la Tabla 2 de dicha Norma, el cual no debe superar el 100% del valor diario ni debe ser menor del 10% de la ingestión recomendada diaria. Por lo tanto, los productos con vitaminas y minerales deben cumplir ese rango. Entonces si la Sala Constitucional afirma que los productos para mujeres embarazadas o estados de postpartum, aun cumpliendo con dicho rango, son considerados especialidades farmacéuticas, se debe entender que los demás complementos alimenticios, por entrar dentro de ese rango, también lo serían. Además, dice que no necesariamente un producto que contenga vitaminas y minerales debe ser considerado alimento, por cumplir con los requisitos de dicha norma. Esto dice la Sala Constitucional al respecto⁴⁷.

Se observa entonces, que existe contradicción de criterio para poder clasificar estos productos, y los tribunales venezolanos no han establecido un criterio uniforme para distinguir un medicamento, un complemento alimenticio y un alimento.

Pero en Venezuela, tanto los medicamentos como los alimentos necesitan Registro Sanitario. Y en el caso particular de los complementos alimenticios, al haber esta disparidad de criterio, puede haber complementos alimenticios con Registro Sanitario de Especialidades Farmacéuticas o con el de Alimentos.

En el caso de Venezuela, para que se otorgue el Registro Sanitario, el producto debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Norma Venezolana 3863:2005⁴⁸. Sobre este aspecto hay que señalar que existe

⁴⁵ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia No. 1673*, Ponencia de Trina Omaira Zurita (República Bolivariana de Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2011).

⁴⁶ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia No. 00032 (Caso: Representaciones Vitamin Gnc, C.A.)*, Ponencia de María Carolina Ameliach Villaroel (República Bolivariana de Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2017)

⁴⁷ Sentencia No. 435 de la Sala Constitucional del TSJ.

⁴⁸ Norma Venezolana 3863:2005. Artículo 5.

contradicción respecto a esta norma y la interpretación de la Sala Constitucional. La Norma Venezolana 3863:2005 remite expresamente a normas propias de la legislación alimentaria y, aun así, en la sentencia estos productos, pese a que cumplan con dicha norma, fueron clasificados como especialidades farmacéuticas.

En el caso de Venezuela, hay mayor rigurosidad y restricción en el uso de vitaminas y minerales en complementos alimenticios. Aunque, al igual que en la Unión Europea sólo podrán utilizarse las sustancias permitidas y bajo las formas establecidas.

Igualmente, en el Boletín No. 30 de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos del Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel” publicado en julio de 1999, establece las fórmulas permitidas para el uso de vitaminas y minerales en complementos alimenticios (en el Boletín se les denomina suplementos dietéticos). También, señala los límites aceptados en el análisis cuantitativo de vitaminas, en productos terapéuticos y en suplementos dietéticos.

Con respecto a Venezuela, sólo se permiten utilizar las vitaminas y minerales establecidas en la Norma Venezolana 3863:2005. Respecto al uso de plantas, cualquier producto que las contenga entraría dentro de la categoría de producto natural, por lo tanto sería considerado como medicamento. Así lo afirma la Sala Político-Administrativa, al resolver sobre la clasificación de un producto que contenía *Panax ginseng*⁴⁹.

Aunque sí es posible el uso de aditivos en los complementos alimenticios, los cuales se encuentran regulados en la Norma Venezolana COVENIN 910:2000 Norma general para aditivos alimentarios. Asimismo, en Venezuela no existe una norma particular para el uso de aditivos alimentarios en complementos alimenticios por lo que debe aplicarse esta norma y lo establecido en el Codex Alimentarius.

IV. Frontera entre medicamentos y complementos alimenticios ¿Qué criterios ha aplicado la jurisprudencia para distinguirlos?

A. Frontera entre medicamentos y alimentos

Como se explicó previamente, las definiciones jurídicas de medicamento, alimento y complemento alimenticio son bastante precisas, y, en teoría, no deberían presentar problemas prácticos al momento de determinar cuándo un producto pertenece a una categoría u otra. A los medicamentos se les atribuye la finalidad de dar un diagnóstico médico, prevenir, tratar o curar enfermedades, o restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas, por una acción

⁴⁹ Sentencia No. 1846 de la Sala Político-Administrativa del TSJ

farmacológica, inmunológica o metabólica. El alimento tiene como función nutrir al organismo y mantener la homeostasis, mejorando una función o reduciendo un factor de riesgo de enfermedad. Por último, los complementos alimenticios complementan la dieta normal.

En la definición de complemento alimenticio de la Directiva 2002/46/CE como del Real Decreto 1487/2009, se señala que es un producto alimenticio. Además, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como en el venezolano, expresamente se excluyen los medicamentos de la definición de alimentos, y en ninguna circunstancia se podrá considerar como tal.

Sin embargo, en la práctica esto no es tan sencillo, ya que muchos productos, dadas sus características, pueden ser considerados tanto medicamentos como alimentos, o como complementos alimenticios. “La aparición de los alimentos funcionales, así como los denominados «productos frontera» y la utilización exponencial de unas nuevas declaraciones alimentarias, han provocado que muchos autores se cuestionen dónde acaba el alimento y empieza el medicamento.”⁵⁰

Este cuestionamiento no es un mero debate teórico entre los doctrinarios, ya que la clasificación de un producto dentro de una categoría jurídica tiene consecuencias jurídicas importantes. Dependiendo de la categoría que se le aplique, tendrán un régimen legal distinto y autorizaciones de comercialización diferentes.

Ahora bien, toca explicar algunos factores que, la doctrina considera, dificultan la diferenciación. Además, esto servirá de base al momento de estudiar los criterios de distinción.

Un primer factor es la forma dosificada. Como bien se señaló, los complementos alimenticios son considerados alimentos, y los medicamentos están excluidos expresamente de esta categoría. Sin embargo, “los científicos no suelen considerar los complementos alimenticios como alimentos, dado que los complementos se comercializan habitualmente en píldoras o cápsulas.”⁵¹

Otro factor son los efectos fisiológicos, el cual es común tanto en los medicamentos y los complementos alimenticios.⁵² Este factor es crucial para valorar los productos, ya que los efectos fisiológicos de los medicamentos y los complementos alimenticios son diferentes.

⁵⁰ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 5.

⁵¹ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 7.

⁵² Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 7.

Además, en el artículo 5 del Reglamento 1924/2006 se señalan las condiciones para ser autorizada una declaración nutricional y/o de propiedades saludables en los productos alimenticios, entre ellas poseer un efecto nutricional o fisiológico. Estas serían las condiciones:⁵³

1. La presencia, ausencia o contenido reducido, en un alimento o una categoría de alimentos, de un nutriente u otra sustancia respecto del cual se efectúa la declaración. El efecto nutricional o fisiológico, considerado benéfico, se establecerán mediante datos científicos generalmente aceptados.
2. El nutriente debe estar contenido en el producto final en una cantidad significativa, estar presente en forma reducida o no estar presente. Además, debe producir el efecto nutricional o fisiológico declarado.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que los efectos fisiológicos no son exclusivos de los medicamentos y también se consideran dentro de los criterios para definir a un complemento alimenticio⁵⁴⁵⁵.

De igual forma, dicha sentencia señala que el efecto beneficioso es tanto de los medicamentos como de los alimentos, ya que ambos actúan sobre las funciones fisiológicas. Por lo tanto, para que un “producto sea calificado como medicamento, no basta con que tenga una cierta influencia beneficiosa sino que debe ejercer una acción farmacológica, inmunológica o metabólica”⁵⁶.

Entonces, ambos criterios son concurrentes para clasificar un producto como medicamento: ejercer una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, y generar un efecto beneficioso para la salud.

⁵³ Reglamento 1924/2006. Artículo 5

⁵⁴ Tribunal de Justicia (Sala Primera), *Sentencia que versa sobre el recurso por incumplimiento – Artículos 28 CE y 30 CE – Directiva 2001/83/CE – Preparado de ajo en cápsulas – Preparado comercializado legalmente como complemento alimenticio en determinados Estados miembros – Preparado clasificado como medicamento en el Estado miembro de importación – Concepto de “medicamento” – Obstáculo a los intercambios – Justificación – Salud pública – Proporcionalidad, Referencia ECLI:EU:C:2007:678* (Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2007).

⁵⁵ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 8

⁵⁶ Nuria Amarilla Mateu. “Categorías de productos regulados por la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios Frontera medicamento-alimento”, en *Derecho Farmacéutico Actual*, coords. Manuel Amarilla Gundín y Antonio Sempere Navarro (Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters – Aranzadi. 2009).

Un tercer factor es la utilización de sustancias idénticas, sólo que en el caso de los medicamentos tienen finalidad terapéutica y en los complementos alimenticios, finalidad de suplemento de la dieta⁵⁷. En este caso, la dosis terapéutica efectiva es crucial para clasificar un producto en una categoría u otra.

Un ejemplo concreto son los productos a base de plantas medicinales, que según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son definidas como “especies vegetales que, precisamente a causa de sus propiedades y efectos fisiológicos, pueden utilizarse como ingredientes en los medicamentos o en otro tipo de productos, en particular en los complementos alimenticios.”⁵⁸

Finalmente, otro factor a considerar es contraposición entre la reducción de un riesgo y la prevención de enfermedad. Jurídicamente se ha entendido que los alimentos no previenen enfermedades, como sí lo hacen los medicamentos, aunque sí se le puede atribuir las propiedades de reducir múltiples factores riesgo de contraer una enfermedad. De hecho, como se explicó previamente, gracias al Reglamento No. 1924/2006 se pueden utilizar declaraciones relativas a la reducción de riesgo, siempre y cuando se encuentren autorizadas. Sin embargo, “en el ámbito científico esta cuestión se considera un tanto vana, fruto de una exclusiva apreciación jurídica. Tal es así, que muchos científicos utilizan la «prevención» como sinónimo de la «reducción» incluso en el ámbito alimentario.”⁵⁹

Luego de explicar estos factores, es importante mencionar dos reglas, aplicables en la Unión Europea, que facilitan el análisis para distinguir un medicamento y un complemento alimenticio, en el ordenamiento jurídico español: son la regla para el caso de duda y la regla “caso por caso”.

La regla para el caso de dudas se encuentra regulada en el artículo 2.2 de la Directiva 27/2004/CE y señala que, en caso de duda, cuando, considerando todas las características de un producto, éste pueda responder a la definición de medicamento y a la definición de producto contemplada por otras normas comunitarias, se aplicarán las normas relacionadas con los medicamentos.

En contraposición de lo anterior, la regla “caso por caso” es un criterio jurisprudencial del TJUE, ya que ha decidido no aplicar la regla para el caso de duda. Por lo tanto, señala el Tribunal que “deberán analizarse cuidadosamente no sólo las connotaciones intrínsecas del producto, sino también aquellos aspectos externos (etiquetado, presentación, declaraciones, conocimientos del

⁵⁷ Silvia Bañares Vilella, “Los alimentos, los medicamentos y los complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 9.

⁵⁸ Sentencia Tribunal de Justicia (Sala Primera), Referencia ECLI:EU:C:2009:123.

⁵⁹ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 10.

consumidor, uso real del producto, etc.) que puedan contribuir a una adecuada inserción⁶⁰.

El TJUE en su sentencia del 29 de abril de 2004, señala que para categorizar un producto como medicamento o como complemento alimenticio debe hacerse un análisis de cada producto concreto, considerando todas sus características, tales como la composición, propiedades farmacológicas, modo de empleo, amplitud de su difusión, así como la existencia de un riesgo para la salud pública. “Para clasificar un producto como medicamento «por su función», dichas autoridades deben asegurarse de que está destinado a restablecer, corregir o modificar las funciones del organismo y que, por ello, puede tener consecuencias sobre la salud en general.”⁶¹

Este criterio fue reiterado en la sentencia del 9 de junio de 2005. Por lo tanto, deben considerarse todas las características de los productos analizados mediante la regla caso por caso⁶².

En adición a lo expuesto, de conformidad con el artículo 36 del TFUE, los Estados miembros pudieran justificar una medida equivalente a una restricción cuantitativa, alegando la protección de la salud.

Ahora bien, en los casos donde no haya armonización y subsistan dudas en el estado actual de la investigación científica, señala el TJUE que los Estados miembros deben decidir el grado de protección de la salud y la vida de personas, pudiendo exigir o no una autorización previa a la comercialización de los alimentos. Pero, debe siempre considerarse la libre circulación de mercancías dentro de la Unión⁶³.

⁶⁰ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 10.

⁶¹ Tribunal de Justicia (Sala Sexta). *Sentencia que versa sobre el recurso por incumplimiento – Artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28 CE y 30 CE, tras su modificación) – Directiva 65/65/CEE – Preparados alimenticios que contienen el triple de vitaminas que la dosis diaria recomendada – Preparados comercializados legalmente como complementos alimenticios en el Estado miembro de exportación – Preparados clasificados como medicamentos en el Estado miembro de importación – Concepto de “medicamento” – Obstáculo – Justificación – Salud pública – Proporcionalidad – Admisibilidad de la demanda, Referencia ECLI:EU:C:2004:235 (Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2004).*

⁶² Tribunal de Justicia (Sala Primera). *Sentencia que versa sobre los asuntos acumulados C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a C-318/03, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Alemania), Referencia ECLI:EU:C:2005:370 (Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2005).*

⁶³ Sentencia Tribunal de Justicia (Sala Primera), Referencia ECLI:EU:C:2009:123.

Sin embargo, señala el mencionado tribunal que los Estados miembros, al momento de tomar cualquier medida, deben respetar el principio de proporcionalidad, y que no puede derivar en una desviación de poder. Dichas medidas deben limitarse a lo efectivamente necesario para la protección de la salud y la defensa a los consumidores⁶⁴.

Asimismo, es importante analizar el principio de reconocimiento mutuo, fundamental para la libre circulación de mercancías dentro de la Unión Europea, y que se encuentra regulada en el TFUE. Es importante aclarar que este principio es distinto al proceso de autorización de medicamentos.

Este es aplicable en ausencia de armonización de un tema, como por ejemplo el uso de otras sustancias de vitaminas y minerales para la fabricación de complementos alimenticios. Además, si un producto ha sido legalmente fabricado o comercializado en un Estado miembro, por la libre circulación de mercancías, podrá ser comercializado en otro, sin que se le apliquen restricciones. Aunque, se pueden alegar razones de salud pública para la prohibición de comercialización de tal producto, tomando en consideración los criterios del TJUE en su sentencia del 2014.

Ahora bien, en Venezuela, a diferencia de la Unión Europea, no existe una regla específica aplicable. Por lo que, queda de parte de las autoridades sanitarias y de los tribunales aplicar criterios científico-técnicos objetivos y con sustento jurídico para clasificar a un producto dentro de una categoría u otra.

B. Criterios de distinción

Tal como se explicó en el apartado anterior, en España y en toda Europa, se aplica la regla “caso por caso”, la cual permite analizar los productos de acuerdo a sus características. En el caso de Venezuela, no existe una regla fija, lo que ha ocasionado contradicciones importantes en los criterios. Por ejemplo, la Sala Constitucional del TSJ en el año 2012 consideró que los complementos alimenticios a base de vitaminas y minerales entran en la categoría de especialidades farmacéuticas y no alimentos. Sin embargo, este mismo tribunal ha clasificado otros productos con características similares como alimentos.

Dado que la regla “caso por caso” es un criterio jurisprudencial y no normativo, es necesario explicar sobre qué base el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha decidido cuándo un producto es considerado medicamento o producto alimenticio. Con respecto a Venezuela, existen varias sentencias que tratado este tema, algunas de ellas con interpretaciones bastante cuestionables.

Para la mayor comprensión esquemática del tema, se analizarán los criterios sobre la base de la clasificación hecha por Silvia Bañaes Vilella, quien

⁶⁴ Sentencia Tribunal de Justicia (Sala Primera), Referencia ECLI:EU:C:2009:123.

hizo un estudio detallado de las sentencias del TJUE. Estos criterios se analizarán en el caso venezolano, para así determinar su aplicabilidad o no.

La autora engloba en dos grandes grupos cada uno de los criterios, los cuales son los siguientes:

1. Relativos al producto.
 - a. Forma galénica.
 - b. Sustancia o principio activo.
 - c. Modo de utilización.
 - d. Formas de consumo: administrados, usados o ingeridos.
 - e. Prescripción
 - f. Efectos fisiológicos.
 - g. Dosificación.
 - h. El riesgo.
 - i. Conocimiento por parte de los consumidores.
2. Relativos a la presentación.
 - a. Presentación del producto.
 - b. Declaraciones alimentarias.

La forma galénica es el primer criterio para considerar al momento de analizar qué distingue un medicamento de un complemento alimenticio, y como se ha analizado en los capítulos previos, la forma dosificada es común en ambos productos.

El TJUE ha señalado, al respecto, que la forma dosificada no es exclusiva de los medicamentos. Aunque dicha forma puede suponer un indicio de que el producto sea considerado medicamento por su presentación. En la sentencia del 15 de noviembre de 2007 se señala que «la presentación en forma de cápsulas es el único aspecto que puede abogar por la clasificación del producto como medicamento por su presentación.»⁶⁵ Sin embargo, también explica que «la forma exterior de un producto, aunque sea un indicio serio de la intención del vendedor o del fabricante de comercializarlo como medicamento, no puede constituir un indicio exclusivo y determinante.»⁶⁶

En Venezuela, este criterio es clave para la clasificación de los productos, ya que, si se considera los complementos alimenticios como especialidades farmacéuticas y no como alimentos, un producto fabricado en forma dosificada no podría ser autorizado como producto alimenticio. Sin embargo, como ha habido contradicción de criterio entre los tribunales, todo dependerá del Registro Sanitario que se le otorgue a cada producto concreto.

⁶⁵ Tribunal de Justicia, Referencia ECLI:EU:C:2007:678

⁶⁶ Tribunal de Justicia, Referencia ECLI:EU:C:2007:678

El segundo criterio es la sustancia o principio activo utilizado. Tanto en los alimentos como en los medicamentos puede haber sustancias en común, lo que ha dificultado su diferenciación. De hecho, ambas industrias ya utilizan sustancias, que anteriormente eran utilizadas exclusivamente por la otra. Un ejemplo concreto serían los probióticos, comercializados por los laboratorios farmacéuticos como medicamentos. Sin embargo, este criterio no es realmente concluyente, aunque sí pudiera ser importante si una sustancia en particular apunte de forma especial a un medicamento⁶⁷.

En Venezuela, este criterio tampoco sería de utilidad práctica, dada la ambigüedad de los conceptos jurídicos de los productos. En el caso de los alimentos, estos engloban todas las sustancias destinadas a ser ingeridas por el hombre, pero que no sean medicamentos, tal como señala el Reglamento General de Alimentos⁶⁸.

Por lo que, para que algunos productos sean clasificados como productos alimenticios, las autoridades sanitarias no lo pueden considerar como medicamento. Además, según lo analizado en las sentencias venezolanas se observa que prevalece más el criterio de la finalidad terapéutica, el riesgo al consumidor y la dosis de las sustancias.

El tercer criterio es el modo de utilización, criterio que, según el Tribunal de Justicia, no es decisivo, aunque debe ser tomado en cuenta dentro de la valoración final del producto⁶⁹. En el caso venezolano, este no pareciera ser un criterio por sí mismo determinante para la clasificación jurídica, pero sí pudiera ser utilizado y valorado en cualquier análisis pericial como criterio científico, dentro de los límites de la sana crítica.

El siguiente criterio es la forma de consumo, es decir si el producto es administrado, usado o ingerido. De las normativas españolas y europeas, se puede inferir que el término administración y uso es propio de los medicamentos; mientras que ingerir, de los alimentos. Sin embargo, en la definición de probióticos del Codex Alimentarius, se entiende que estos pueden ser administrados. En el caso de Venezuela, como ya se señaló, un alimento puede ser cualquier sustancia destinada a ser ingerida y que no sea considerada medicamento, y dado que, en la definición legal de medicamento no se señala

⁶⁷ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 12

⁶⁸ Decreto No. 525 del 12 de enero de 1959, mediante el cual se aprueba el Reglamento General de Alimentos (República de Venezuela: Gaceta Oficial No. 25684, 1959), Artículo 3.

⁶⁹ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 12

expresamente si es administrado, usado o ingerido, esto sólo sería un debate terminológico.

Otro de los criterios es la prescripción o finalidad con la que se administra el medicamento o el producto alimenticio. Como se ha explicado anteriormente, tanto en España como en Venezuela, los medicamentos tratan, curan o previenen enfermedades. En cambio, los alimentos nutren y no se le pueden atribuir propiedades propias de los medicamentos. Sin embargo, existen algunos casos en los cuales se utilizan algunas sustancias con fines distintos. Tal es el caso de los limones, que puede administrarse para tratar el escorbuto, lo cual sería un medicamento. Además, es un criterio bastante útil al momento de valorarse cada producto. Pero, “se trata de un criterio *ex post* y subjetivo (en determinados casos será imposible que los productores o las respectivas administraciones nacionales sepan si un determinado producto va a ser utilizado por los consumidores con una finalidad nutritiva o curativa.)”⁷⁰.

En Venezuela, este criterio es fundamental, tal como se señaló previamente. La SPA en la Sentencia No. 00032 aplicó el mismo criterio que había establecido el SENIAT para la clasificación arancelaria del producto. Los productos objeto de litigio se clasificaron como alimentos ya que no era utilizados para la prevención o el tratamiento de alguna enfermedad sino para proporcionar la energía a un organismo sano o para el aumento de peso⁷¹.

El sexto criterio es el referente a los efectos fisiológicos, que como se explicó previamente, tanto los medicamentos como los alimentos inciden en ellos. En el caso de los medicamentos, estos deben tener un efecto beneficioso para la salud y restaurar, corregir o modificar los efectos fisiológicos mediante una acción farmacológica, inmunológica o metabólica. Bajo ningún caso, los alimentos pueden ejercer estas tres acciones.

Ahora bien, en Venezuela no existe esta distinción respecto a cómo debe ser la acción ejercida por el medicamento. Sin embargo, esto no es criterio jurídico sino científico. Por lo que las autoridades competentes pueden tomar este criterio como válido para diferenciar un medicamento de un alimento.

Respecto a este criterio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha analizado este criterio en varias de sus decisiones. En este caso, ha dicho que “las funciones del organismo deben verse afectadas de manera extraordinarias, es decir deben tener efectos significativos en el metabolismo. *A sensu contrario*,

⁷⁰ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 13.

⁷¹ Sentencia No. 00032 de la Sala Político-Administrativa del TSJ

si el producto influye en el metabolismo pero carece de tales efectos significativos, podrá ser considerado alimento.”⁷²

De esta manera, el Consejo de Europa propone el modelo homeostático, el cual será un aspecto de utilidad científica para calificar los productos. Se entiende como homeostasis la capacidad de autorregulación, la cual permite mantener la constancia en la composición y propiedades del medio interno de un organismo. Es decir, lo que permite que el cuerpo humano funcione dentro de los parámetros normales⁷³.

En la medida en que una sustancia actúe dentro de estos parámetros homeostáticos o de normalidad manteniéndolos, optimizándolos o sosteniéndolos, estaríamos ante un complemento alimenticio. Y estas propiedades son diferentes a la capacidad de corregir, modificar o restaurar una función corporal que se atribuye a los medicamentos; en efecto, éstos permiten retornar a esa normalidad («restaurar» o «corregir») los parámetros fisiológicos que están fuera de ella (caso de la enfermedad) o bien sacarlos de esa normalidad (como serían los medicamentos que «modifican» esas funciones fisiológicas - por ejemplo, los anticonceptivos-)⁷⁴.

Seguidamente, se explicará el criterio de la dosificación, uno de los más importantes al momento de calificar un producto. Las vitaminas y minerales son consideradas indispensables para la alimentación y el buen funcionamiento del organismo. Por lo tanto, no se consideran medicamentos si se utilizan en pequeñas cantidades. Sin embargo, si las vitaminas se utilizan en fuertes dosis y con fines terapéuticos, entonces el producto sí será considerado medicamento. Esto es lo que se conoce como dosis terapéutica efectiva, la cual es de suma importancia para la valoración de estos productos. Si un producto no tiene este efecto terapéutico no podría ser considerado como medicamento⁷⁵.

Este criterio es el que tiene mayor aplicación en Venezuela. En la Norma Venezolana 3863:2005 se toman como referencia los conceptos de ingestión recomendada diaria, valor diario de complementos alimenticios de vitaminas y minerales, y nivel superior tolerable. Asimismo, dicha norma establece en su

⁷² Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 14.

⁷³ Diccionario de la Real Academia Española. Definición de homeostasis. <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=homeostasis>

⁷⁴ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 14.

⁷⁵ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 15.

Tabla 2 el valor diario de contenido de complementos alimenticios. Además, en el Boletín No. 30 de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos se señalan expresamente los niveles mínimos y máximos de las vitaminas, cuando se usen con fines terapéuticos o con el fin de suplemento dietético.

En adición a lo anterior, este sería el criterio aplicado por la Sala Constitucional del TSJ, ya que, por la concentración de vitaminas y minerales que presentan para consumo, consideró que los complementos alimenticios no pueden ser considerados como alimentos, sino como especialidades farmacéuticas⁷⁶.

Otro criterio sumamente importante es el riesgo que los productos pueden tener para la salud. Este criterio, al igual que el anterior, es aplicado en España y en Venezuela.

El TJUE señala que “el riesgo para la salud pública, mencionado por el órgano jurisdiccional remitente, es un criterio autónomo que las autoridades nacionales competentes también deben tener en cuenta al calificar el citado producto de medicamento por su función.”⁷⁷

La jurisprudencia del TJCE ha señalado reiteradamente que dicho riesgo debe ser cierto, así como los efectos farmacológicos que se hayan podido atribuir al producto. Y todo ello deberá estar basado en sólidos estudios científicos como ha señalado la abogada general en el asunto C-139/05: «Por otra parte, para la clasificación de un producto como medicamento, el Tribunal de Justicia exige que exista una certeza suficiente de que un producto al que se atribuye un determinado efecto farmacológico realmente ese efecto. En consecuencia, es necesario comprobar la existencia tanto de riesgos especiales como de efectos farmacológicos, mediante una información basada en sólidos estudios científicos». En nuestra opinión, el criterio del riesgo es un criterio fundamental. Tal es así que de producirse (bajo los requisitos que acabamos de comentar) podría llegar a operar de forma autónoma (es decir, al margen de otros criterios). Por ello, se trata de un factor que debe ser tenido en especial consideración cuando existan ciertas dudas en cuanto a su correcta tipificación

⁷⁶ Sentencia No. 435 de la Sala Constitucional del TSJ.

⁷⁷ Tribunal de Justicia, Referencia ECLI:EU:C:2005:370.

*como medicamento, complemento alimenticio o, simplemente, alimento*⁷⁸.

En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia ha valorado el riesgo a la salud como un criterio fundamental para la calificación de los productos

*El producto en cuestión no se apegó a la normativa correspondiente como Especialidad Farmacéutica, que permita su venta, lo cual, constituye un riesgo potencial para la colectividad; toda vez que no siguió el procedimiento adecuado para emitir la debida autorización por el organismo técnico competente para aplicar los estudios correspondientes*⁷⁹.

Además, el Tribunal Supremo de Justicia señala que la errada calificación de un producto como especialidad farmacéutica o como alimento, puede suponer un peligro real y auténtico para la población, ya que los primeros deberían ser prescritos por un facultativo.

El último de los criterios relativos al producto es el conocimiento por parte de los consumidores.

En la Unión Europea se analiza de forma reiterada el conocimiento por parte del consumidor medio de ciertos productos. En consecuencia, algunos productos, que *a priori* pueden ser considerados como medicamentos, son calificados como alimentos dado que el consumidor medio no los identifica como medicamento o sin ningún tipo de efecto terapéutico.

Este criterio es completamente inaplicable en el ordenamiento jurídico venezolano, porque tanto en la Constitución venezolana como en la jurisprudencia del máximo Tribunal, se entiende que Venezuela es un Estado Social de Derecho y de Justicia, y que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Por lo que el Estado asume un carácter prestacional en materia de salud pública y debe velar porque a los ciudadanos se les garantice una protección real de la salud⁸⁰.

⁷⁸ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 16.

⁷⁹ Sentencia No. 435 de la Sala Constitucional del TSJ.

⁸⁰ Sentencia No. 435. Sala Constitucional del TSJ. En el marco del sistema de salud pública, además de lo mencionado con respecto a la medicina, también existen el manejo de otras políticas que se encuentran relacionadas con el sector sanitario como mecanismo de policía administrativa destinada al control de todos los productos de consumo humano, estableciendo un marco preventivo, no solo a nivel normativo, sino de políticas de acción que conlleven a un control que sea primero autorizatorio como requerimiento previo para su expendio, para luego mantener una vigilancia irrestricta y constante durante todo el periodo de comercialización. Incluso, de realizar estudios en caso de que ello sea

A continuación, toca explicar los criterios relativos a la presentación. El primero es la presentación en sí del producto.

En la UE existe la clasificación de medicamento por su presentación, por lo que si a un producto alimenticio, se presenta como medicamento, aunque no lo sea, será considerado como tal⁸¹. La forma y la apariencia del producto son fundamentales al momento de clasificarlo.

En el caso de Venezuela, a un alimento no se le pueden atribuir propiedades medicamentosas. Por lo que si un producto se presenta como medicamento, es decir que puede prevenir, diagnosticar, aliviar o curar enfermedades, será calificado como producto farmacéutico. De esta manera, aunque el fabricante alegue que se trata de un alimento, la autoridad sanitaria es quien tiene la potestad para considerar los productos dentro de una clasificación u otra.

El último criterio es el referido a las declaraciones alimentarias. Como se explicó anteriormente, se permiten en el etiquetado de los alimentos incluir declaraciones alimentarias de reducción de un factor de riesgo de enfermedad, y nunca se le podrán atribuir propiedades de prevención, tratamiento o curación⁸².

V. Conclusiones

Se puede concluir que existen bastantes diferencias entre España y Venezuela, a pesar de algunas semejanzas, sobre los criterios de distinción entre un medicamento y un complemento alimenticio, al momento de clasificar los productos.

En relación con los medicamentos, las dos naciones coinciden en sus definiciones, que estos previenen, tratan y curan enfermedades. Asimismo,

necesario, aunque ese insumo haya desaparecido del mercado, cuando se constate por obra de la ciencia, la aparición de efectos perniciosos que, con anterioridad, no se pudieron prever por rebasar el conocimiento técnico existente en su momento y determinar una potencial corresponsabilidad civil. Este marco fundamental debe ser el que infunda al Estado y al colectivo en general en lo que respecta al sector de la salud y sanidad en su sentido más amplio. Dicho deber prestacional es inseparable al concepto del Estado Social de Derecho, en los términos establecidos en la sentencia de esta Sala, relativos a la procura existencial (FORSTHOFF), vinculada a la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos, distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un nivel de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento social de los ciudadanos, en la prestación de bienes y servicios.

⁸¹ Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 17

⁸² Silvia Bañares Vilella, “Los Alimentos, los Medicamentos y los Complementos alimenticios: ¿Una frontera en vías de extinción?”, 17.

restauran, corrigen o modifican las funciones fisiológicas del organismo. Sin embargo, en la Unión Europea se hace la distinción entre medicamento por su presentación y medicamento por su función, y, además, los medicamentos deben alcanzar una acción farmacológica, inmunológica o metabólica.

En adición a lo anterior, para poder comercializar los medicamentos es necesario tramitar una autorización previa de comercialización ante las autoridades sanitarias competentes; en el caso de Venezuela, dicha autorización se le denomina Registro Sanitario de Especialidades Farmacéuticas. Todo producto, que intente dispensarse sin dicha autorización, será considerado ilegal, lo cual implica un delito contra la salud pública, sancionado en ambas jurisdicciones.

Por lo tanto, se puede concluir que el régimen jurídico de los medicamentos de España y Venezuela es bastante similar, y las diferencias que pueden existir, no ocasionan un verdadero conflicto práctico al momento de realizar comercialización de estos productos entre las dos naciones.

Ahora bien, en el caso del régimen legal de los complementos alimenticios, sí existen diferencias sustanciales entre los dos ordenamientos jurídicos.

En España, y en toda la Unión Europea, los complementos alimenticios son considerados como productos alimenticios, por lo que no necesitan una autorización previa de comercialización, así como no se le aplican controles oficiales tan rigurosos como a los medicamentos. Sin embargo, tras la aparición de los llamados «productos frontera», existen diferencias de criterio entre los distintos Estados miembros para clasificar un producto como complemento alimenticio o como medicamento.

En este caso, el TJUE establece que no puede hacerse una clasificación general y toda decisión debe basarse tomando en cuenta todas las características del producto; esto se conoce como la regla caso por caso.

Esto ha ocasionado que el TJUE haya tomado en cuenta distintos criterios para calificar estos productos. Entre estos prevalecen algunos criterios fundamentales, tales como la dosificación, el riesgo, la presentación del producto y el conocimiento por parte de los consumidores. Sin embargo, no existe un criterio único de clasificación y pueden tomarse en cuenta varios de ellos, al momento de hacer el análisis.

Asimismo, en toda la Unión Europea rige el principio del reconocimiento mutuo, el cual permite la libre circulación de mercancías, legalmente fabricadas y/o comercializadas en otro Estado miembro. Esta norma sólo será aplicable cuando no haya armonización entre los Estados miembros, permitiéndose así que pueda comercializarse productos por toda la Unión Europea, si uno de sus miembros lo comercializa y lo autoriza legalmente.

En cambio en Venezuela, el TSJ no ha tenido un criterio armonizado para clasificar a los complementos alimenticios, ya que algunos productos han sido considerados como especialidades farmacéuticas y otros como alimentos. En ambos casos, es necesario el Registro Sanitario para su comercialización.

La Sentencia No. 435 de la Sala Constitucional del TSJ no interpretó en su conjunto la Norma Venezolana 3863:2005, la cual hace remisiones expresas a la legislación alimentaria y no a la legislación farmacéutica. Por lo que se entiende de dicha norma, que los complementos alimenticios son realmente alimentos y no especialidades farmacéuticas. Además, el hecho de que los complementos alimenticios presenten una forma farmacéutica y dosificada, no los hace en sí un producto farmacéutico. El tribunal se contradice al afirmar que para los productos a base de vitaminas y minerales se les debe aplicar la Norma Venezolana 3863:2005 y a la vez ser especialidades farmacéuticas.

El máximo tribunal venezolano aplica el criterio de la dosificación en sus motivaciones. Considera que, por la alta concentración de vitaminas y minerales, los complementos alimenticios deben considerarse como especialidades farmacéuticas y no como alimentos. Sin embargo, esto es una conclusión poco acertada y completamente equivocada.

Los complementos alimenticios se fabrican tomando como base la ingesta diaria recomendada de vitaminas y minerales, y tienen como finalidad complementar la dieta normal de las personas. Además, no deberían, en ningún supuesto, atribírseles propiedades medicamentosas, tal como curar enfermedades (en caso afirmativo, las autoridades sanitarias lo considerarían como un medicamento ilegal). Por lo que, si el producto no excede de la dosis establecida, no se puede considerar que tenga un fin terapéutico; esto es lo que se conoce como la dosis terapéutica efectiva.

No obstante, el TSJ tenía que haber hecho un análisis particular del producto, objeto del litigio, para determinar si éste superaba la dosis, y en el caso afirmativo, considerar solamente ese producto como especialidad farmacéutica. No haber hecho una clasificación general, que poco se apega a los criterios científicos internacionales.

De igual modo, es importante destacar que España realizó una práctica parecida respecto a los productos a base de plantas y fue sancionada por el TJUE por no realizar el análisis caso por caso.

Esto supone entonces, que es práctica común de los países, en aras a la protección de la salud, hacer clasificaciones generales de los productos, sin atender a reales criterios científicos.

Finalmente, las autoridades sanitarias venezolanas deben considerar la finalidad con la que se prescribe un producto para poder calificarlo de forma correcta. Si tiene como finalidad la cura, el tratamiento o la prevención de

enfermedades, debe considerarse medicamento. En cambio, si busca nutrir o mantener la homeostasis, será un alimento.

En atención a lo expuesto previamente, se puede concluir entonces, que entre España y Venezuela existen importantes diferencias de criterios para clasificar estos productos, lo cual ocasiona algunos problemas. La comercialización de medicamentos se puede realizar sin mayores complicaciones, porque, en ambos países, hace falta una autorización previa. Pero, el comercio de los complementos alimenticios se hace cuesta arriba, ya que tienen un régimen diferente, dificultando la exportación de tales productos.

Se recomienda, entonces, que, en el supuesto de una exportación de complementos alimenticios, se haga una investigación exhaustiva con las autoridades sanitarias, para así evitar sanciones jurídicas, por comercializarse de forma ilegal el producto.

Finalmente, pudieran darse acuerdos mercantiles entre empresas para poder facilitar la comercialización de estos productos entre ambos países y así agilizar los trámites de comercialización pertinentes.

La transformación de los procedimientos administrativos tradicionales como consecuencia del riesgo tecnológico

Alejandro Silva Ortiz

Sumario

- I. La función de dirección
 - A. Las normas organizativas de la FDA
 - B. Soft law administrativo en materia de planes y estrategias de gestión y mitigación de riesgos
- II. La función de interlocución entre la Administración y la sociedad
 - A. El Comité Asesor
 - B. El caso de “Talidomida”
- III. Los procedimientos administrativos de gestión del riesgo
 - A. El refuerzo de las obligaciones de colaboración que recaen sobre los solicitantes
 - B. La relevancia de la información
 - C. La importancia de la opinión experta
 - D. El carácter provisional de las decisiones de autorización y la proliferación de medidas provisionales
- IV. Consideraciones finales

Tan solo basta con revisar la base de datos de la *Food and Drug Administration* (FDA) para comprender que no es posible predecir de forma absoluta todos los riesgos asociados a los medicamentos de uso humano o veterinarios, cosméticos o alimentos en el marco de sus procedimientos administrativos de autorización. En efecto, muchos de estos riesgos solo son posibles de identificar y determinar con posterioridad a la entrada de dichos productos al mercado, justificándose la continua revisión del examen riesgo-beneficio de estos productos por parte de la FDA y, por tanto, la eventual modificación, suspensión o revocación de las autorizaciones¹.

El riesgo tecnológico ha transformado la perspectiva regulatoria de la actividad de policía u ordenación, la cual, tradicionalmente, ha estado enfocada en proteger el orden público general mediante la erradicación de los peligros provocados por determinadas actividades y servicios. Ahora bien, el riesgo tecnológico constituye una realidad sustancialmente distinta al peligro, pues, aun cuando también representa una amenaza contra el bienestar general, se encuentra asociado a márgenes de incertidumbre científica que dificultan su identificación, prevención, evaluación, comprensión y gestión. Por tanto, existen ámbitos especiales de regulación que exigen valorar la aceptación de introducir dichos

¹ Véase <https://www.fda.gov/safety/recalls-market-withdrawals-safety-alerts>.

riesgos a la sociedad. La problemática está en conocer la medida de la tolerabilidad social de ese riesgo².

Este trabajo tiene como objeto analizar la transformación de la concepción tradicional del procedimiento administrativo como consecuencia de la regulación de los riesgos tecnológicos, usando como ámbito de referencia los procedimientos de autorización de medicamentos regulados por el *Federal, Food, Drug and Cosmetic Act* (FFDCA) en Estados Unidos de América.

En este sentido, nos proponemos abordar el presente estudio de la siguiente forma:

1. Analizaremos las principales funciones implementadas por el legislador americano y la FDA para la gestión del riesgo tecnológico a través de decisiones administrativas efectivas y eficientes formadas en el marco del procedimiento administrativo de autorización de medicamentos. Este tipo de funciones son, fundamentalmente, la función de dirección y la función de interlocución entre la FDA y la sociedad³. Nos concentraremos en analizar cada una de ellas y las técnicas administrativas a través de las cuales estas son aplicadas;
2. Contrastaremos las características generales de los procedimientos administrativos frente a las técnicas especiales implementadas por la FDA en el marco de los procedimientos de autorización de medicamentos; y
3. Finalmente, identificaremos los principales elementos de transformación de los procedimientos administrativos generales

² Véanse Beck, Ulrich: “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, *Revista de Occidente*, N° 150, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 1993, p. 20 y ss.; Álvarez García, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, p. 249 y ss.; Esteve Pardo, José: “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 119, julio-septiembre, 2003, p. 328 y ss., y “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, en *Documentación Administrativa*, N° 265-266, enero-agosto, 2003, p. 138 y ss.; Schmidt-Assmann, E Eberhard: *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 176 y ss.; y López-Jurado Escribano, F.: “Los procedimientos administrativos de gestión del riesgo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Barnés, Javier (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2008, p. 147 y ss.

³ Para el análisis de estas funciones seguimos el estudio realizado por Schmidt-Assmann, E Eberhard: *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 210 y ss.

como consecuencia de la regulación y gestión del riesgo tecnológico.

I. La función de dirección

En nuestro criterio, el régimen de autorización de medicamentos se enfrenta a tres realidades fundamentales: (i) los medicamentos siempre están asociados a un margen de riesgo e incertidumbre científica; (ii) esto constituye una situación difícil y compleja de identificar, prevenir, evaluar, comprender y gestionar en el marco del procedimiento; y (iii) las decisiones de autorización suponen la introducción de un margen mayor o menor de riesgo en la sociedad.

La FDA ejerce una actividad racional y creativa en el marco de este tipo de procedimientos administrativos con el fin de precisar y completar los conceptos jurídicos indeterminados que condicionan la autorización de comercialización de un medicamento: la *eficacia, seguridad y calidad*⁴. En efecto, no es posible establecer de forma unívoca si un fármaco es indiscutiblemente eficaz, seguro o cualificado. Existe una zona de incertidumbre continuamente vinculada a la evaluación científica de estos productos. Si bien puede considerarse que un medicamento es eficaz o seguro, siempre existirá la posibilidad de que, con ocasión a la información obtenida durante su comercialización, varíe la apreciación sobre tales elementos técnicos.

El Profesor Schmidt-Assmann señala, en este sentido, que la actividad legislativa y la de aplicación de la ley conforman un mismo *circuito directivo* en el que el procedimiento administrativo cumple con la función de compensar la indeterminación de la disposición legal de naturaleza abierta y finalista⁵.

En este orden de ideas, puede sostenerse que, en un primer nivel, el legislador programa la actividad administrativa mediante reglas y criterios generales que aseguren el cumplimiento del fin deseado por la norma. Y, en un segundo nivel, la FDA realiza la ordenación de la información técnica y los criterios especiales que permitan concretar el mandato legal. En otras palabras, las *evidencias sustanciales* requeridas por el legislador para establecer las condiciones de *eficacia, seguridad y calidad* de los fármacos, solo serán conocidas mediante los datos técnicos y los criterios científicos obtenidos, recabados y verificados en el procedimiento administrativo⁶.

⁴ FFDC A § 505(d).

⁵ Schmidt-Assmann, E.: *La teoría general del Derecho Administrativo...*, p. 210.

⁶ *Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 655 (1980); *Statement Regarding the Demonstrations of Effectiveness of Human Drug Products and Devices*, Department of Health and Human Services, Food and Drug Administration, Federal Register, Volumen 60, Número 147, 1 de agosto de 1995, p. 39180 y ss.; Czaban, James N. y Levitt, Geoffrey M.: "Drugs: INDs and full NDAs", en

La FDA se sirve, para ello, de la adopción de normas organizativas y disposiciones de *soft law* que contribuyen a racionalizar la compleja realidad técnica en torno a la autorización de medicamentos en el marco del procedimiento administrativo, las cuales analizaremos a continuación.

A. Las normas organizativas de la FDA

La FDA, en su calidad de agencia dotada de autonomía funcional con potestades normativas y de auto-organización, ha adoptado un conjunto de disposiciones administrativas destinadas a la creación de oficinas y organismos especializados que contribuyen a realizar la evaluación científica de la eficacia, seguridad y calidad de los productos. En este sentido, la organización interna de la FDA se encuentra comprendida por un complejo orgánico con facultades para realizar valoraciones en las distintas clases terapéuticas de los medicamentos (cardiológicos, pulmonares, renales, oncológicos, antimicrobianos, etc.), así como sobre sus distintos elementos técnicos (farmacología, farmacocinética, prognosis, manufactura, riesgos, entre otros). Tales regulaciones especiales permiten, entre otras cosas, que la FDA se adecúe a la realidad técnica del sector. Por ejemplo, la evaluación de un medicamento para el tratamiento del SIDA no es igual a la de un producto destinado a tratar enfermedades dermatológicas leves, pues los estudios preclínicos y clínicos de ambos requieren análisis diferentes y se encuentran asociados a espacios mayores o menores de incertidumbre científica. La FDA se sirve, por tanto, de este tipo de normas para precisar la información más adecuada sobre los distintos tipos de medicamentos, así como para establecer los criterios especiales de evaluación que contribuyan

Food and Drug Law and Regulation, Adams, David G., Cooper, Richard M., Hahn, Martin J. y Kahan, Jonathan S (Eds.), The Food and Drug Law Institute, Washington D.C., 2008, p. 340.; Wiener, Jonathan B.: “Convergence, Divergence, and Complexity in US and European risk regulation”, en *Green Giants? Environmental policies of the United States and the European Union*, VIG, Norman J. y Faure, Michael G. (Eds.), MIT Press, Cambridge, 2004, p. 82 y ss., y “Whose precaution after all? A comment on the comparison and evolution of risk regulatory systems”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, Volumen 13, Duke University School of Law, Durham, 2003, p. 212 y ss.; Vogel, David: “Comparing environmental governance: Risk regulation in the EU and the US”, en *Working Paper Series*, Center for Responsible Business, University of California Berkeley, 9 de enero de 2003, p. 18; Applegate, John S.: “The precautionary preference: An American perspective on the precautionary principle”, en *Human and Ecological Risk Assessment: An international Journal*, Volumen 6, Taylor & Francis, Oxfordshire, mayo, 2000, p. 417; y CRANOR, Carl F.: “Asymmetric information, the precautionary principle, and burdens of proof”, en *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Raffensperger, Carolyn, Tickner, Joel Jackson, Wes (Eds.), Island Press, Covelo, 1999, p. 91.

a concretar y racionalizar el mandato finalista del legislador respecto a la determinación de la eficacia, seguridad y calidad de un producto.

En este sentido, el *Center for Drug Evaluation and Research* (CDER) es el organismo que se encarga en la FDA de dirigir los procedimientos de autorización de comercialización de nuevos medicamentos. Esta labor es realizada en atención a las distintas disciplinas científicas vinculadas al análisis de los fármacos, tales como eficacia, seguridad, calidad, pronóstico, riesgos, farmacodinámica, farmacocinética, etiquetado, entre otros. El CDER se encuentra, así, dividido en un amplio número de oficinas especializadas que participan en el procedimiento de autorización de comercialización de medicamentos, entre las cuales se encuentran: la Oficina de Nuevos Medicamentos; la Oficina de Ciencia Farmacéutica; la Oficina de Ciencia Traslacional; la Oficina de Vigilancia y Epidemiología; y los Comités Asesores⁷.

B. *Soft law* administrativo en materia de planes y estrategias de gestión y mitigación de riesgos

La FDA ha adoptado instrumentos que contemplan técnicas especiales dirigidas a recabar información sobre las distintas manifestaciones de los riesgos asociados a los medicamentos. Para tales fines, la FDA ha publicado las Guías para la Industria sobre Evaluación del Riesgo en fase de Pre-comercialización⁸; Desarrollo y Uso de los Planes de Minimización del Riesgo⁹; y Buenas Prácticas de Farmacovigilancia y de Evaluación Fármaco-Epidemiológica¹⁰, entre otras. Tales provisiones de naturaleza administrativa están orientadas a garantizar y racionalizar la eficacia y seguridad de los medicamentos y, más concretamente, a vigilar la estabilidad de su examen riesgo-beneficio. Se prevén, en este sentido, planes educativos para los médicos, pacientes o la sociedad en general; estudios post-autorización; sistemas de trazabilidad de los productos; recursos de seguridad (estuches diseñados para evitar su alcance por los niños); requerimientos especialísimos que condicionen la obtención de un medicamento (pruebas de embarazo), entre otros.

A través de estas regulaciones administrativas, la FDA crea las condiciones para racionalizar las estrategias post-autorización que operan como cláusulas accesorias a la autorización, manifestadas en técnicas de

⁷ *FDA Staff Manual Guides*, Volumen I, 1260.1, Food and Drug Administration, 7 de agosto de 2.011.

⁸ *Guidance for Industry Premarketing Risk Assessment*, Food and Drug Administration, marzo, 2005.

⁹ *Guidance for Industry Development and Use of Risk Minimization Action Plans*, Food and Drug Administration, marzo, 2005.

¹⁰ *Good Pharmacovigilance Practices and Pharmacoepidemiologic Assessment*, Food and Drug Administration, marzo, 2005.

farmacovigilancia. De esta forma, es posible perfeccionar o concretar los conceptos de eficacia y seguridad de los medicamentos mediante los datos recabados con posterioridad a su autorización. Es posible concluir que la aplicación de estos planes y estrategias de gestión y mitigación de riesgos ha sido ampliamente efectiva, ya que, entre 1997 y 2020, en Estados Unidos se retiraron veintitrés medicamentos del mercado, tomando en cuenta que existen más de ocho mil productos registrados¹¹:

¹¹ En este sentido, véase Fung, Man, Thornton, Anna, Mybeck, Kathy, Hsiao-Hui Wu, Jasmanda, Hornbuckle, Ken y Muniz, Edmundo: “Evaluation of the characteristics of safety withdrawals of prescription drugs from worldwide pharmaceutical markets-1960 to 1999”, en *Drug Information Journal*, Volumen 35, Drug Information Association Inc., 2001, p. 297 y ss.; y *Drug Safety: Most Drugs Withdrawn in Recent Years Had Greater Health Risks for Women*, Report GAO-01-286, U.S. General Accounting Office, 19 de enero de 2001, p. 3; y <https://www.fda.gov/drugs/drug-safety-and-availability/drug-safety-communications>

La transformación de los procedimientos administrativos tradicionales como consecuencia del riesgo tecnológico

Medicamento	Principio Activo	Finalidad terapéutica	Autoriz	Retiro	Efectos Adversos
Pondimin	Fenfluramina	Obesidad	1973	1997	Defectos cardíacos
Redux	Dexfenfluramina	Obesidad	1996	1997	Defectos cardíacos
Seldane	Terfenadina	Antihistamínico	1985	1998	Arritmia grave
Posicor	Mibefradil	Presión sanguínea	1997	1998	Arritmia grave
Duract	Bromfenac	Calmante	1997	1998	Insuficiencia hepática
Hismanal	Astemizole	Antihistamínico	1988	1999	Arritmia grave
Raxar	Grepafloxin	Bronquitis, neumonía	1997	1999	Arritmia grave
Rezulin	Troglitazone	Diabetes	1997	2000	Insuficiencia hepática
Propulsid	Cisapride	Antiácido	1993	2000	Arritmia grave
Lotronex	Alosetron	Diarrea	2000	2000	Cólicos, estreñimiento grave
Baycol	Cerivastatin	Colesterol	1997	2001	Insuficiencia renal
Raplon	Rapacuronium	Anestésico	1999	2001	Dificultad respiratoria grave
Tegosin	Etretinate	Psoriasis	1986	2002	Defectos de nacimiento
Orlaam	Levomethadyl	Dependencia de opiáceos	1993	2003	Arritmia grave
Vioxx	Rofecoxib	Alivio del dolor	1999	2004	Defectos cardíacos graves
Bextra	Valdecoxib	Alivio del dolor	2001	2005	Dermatitis
Cylert	Pemoline	ADHD ¹²	1975	2005	Insuficiencia hepática
Permax	Pergolide	Mal de Parkinson	1988	2007	Defectos cardíacos
Zelnorm	Tegaserod	Diarrea	2002	2007	Defectos cardíacos
Trasylol	Aprotinin	Antifibrinolítico	1993	2008	Daños hepáticos, insuficiencia renal y riesgos cardíacos
Mylotarg	Gemtuzumab	Leucemia	2000	2010	Insuficiencia hepática
Xigris	Drotrecogina alfa (activatado)	Septicemia grave	2001	2011	Problemas de eficacia (examen riesgo-beneficio)
Belviiq / Belvig XR	Lorcaserina	Obesidad	2012	2020	Aumento de riesgo de cáncer

¹² Trastorno por déficit de atención con hiperactividad.

II. La función de interlocución entre la Administración y la sociedad

Existe un elevado flujo de información vinculado al proceso de invención y desarrollo de los medicamentos, manifestado, fundamentalmente, en las fases de estudios *in vitro*, preclínicos y clínicos. Tales datos técnicos se encuentran principalmente en las manos de distintos grupos privados: la industria farmacéutica, la comunidad de científicos y las asociaciones de consumidores y pacientes¹³. La FDA carece del personal y de los recursos suficientes para llevar a cabo tales labores, por lo que resulta necesario que en el procedimiento administrativo participen grupos de expertos y profesionales externos de otras áreas del conocimiento que colaboren en determinar la eficacia, seguridad y calidad de estos productos, así como la tolerabilidad social de sus riesgos.

Todo ello ha exigido diseñar un conjunto de técnicas que suponen una distribución de las tareas regulatorias entre la Administración y la sociedad¹⁴ con el fin de promover el flujo de información sobre las circunstancias políticas, sociales, económicas y científicas en torno a los medicamentos.

Así, en los procedimientos de autorización de comercialización de medicamentos, participan comités multidisciplinares y oficinas que promueven la cooperación e interacción pública y privada. A continuación nos referiremos a la actividad de los comités asesores en Estados Unidos.

A. El Comité Asesor

El FFDCA establece la participación de un Comité Asesor en los procedimientos de autorización de comercialización de medicamentos¹⁵. Este organismo se encuentra integrado por (i) expertos cualificados y con experiencia en la evaluación de la eficacia, seguridad y calidad de medicamentos; (ii) expertos en materia de medicina clínica, farmacia, farmacología, fármaco-economía, biología, física y otras profesiones relacionadas; (iii) representantes de los intereses de los consumidores y de la industria farmacéutica; y (iv) expertos en la enfermedad que el medicamento objeto de la autorización pretenda tratar.

El Comité Asesor posee, asimismo, un lapso de sesenta días para reunirse y elaborar recomendaciones preceptivas y no vinculantes sobre la conveniencia de conceder una autorización administrativa. Tales reuniones del Comité Asesor son abiertas al público, para lo cual éste realiza convocatorias generales¹⁶. De esta forma, su labor contribuye a afectar de aceptabilidad social la evaluación

¹³ López-Jurado Escribano, F.: *Ob. Cit.*, p. 168.

¹⁴ *Ob. Cit.*, p. 168.

¹⁵ FFDCA § 505(d). Véase también, *FDA Staff Manual Guides*, Volumen I, 1267.13, Food and Drug Administration, 3 de febrero de 2010.

¹⁶ Federal Advisory Committee Act (Pub. L. 92-463) § 2.

científica y la decisión adoptada en el procedimiento administrativo de autorización, aportando criterios técnicos, sociales y económicos independientes a los de la FDA¹⁷. Así, por ejemplo, los representantes de los intereses de los consumidores y de la industria farmacéutica pueden aportar elementos sociales y económicos que muchas veces escapan del criterio técnico especializado de las distintas oficinas de la FDA. A los fines de comprender la relevancia de este tipo de información en el marco del procedimiento, veamos el caso de Talidomida que se expondrá a continuación.

B. El caso de “Talidomida”

Talidomida fue un fármaco con efectos calmantes producido por el laboratorio alemán Grünental, destinado al tratamiento de los nervios, la tos, el resfriado y el asma. Asimismo, este medicamento era recetado a las mujeres embarazadas para combatir las náuseas. Desde 1.959, Talidomida fue puesto en el mercado europeo como un producto elevadamente seguro, pues no presentó efectos adversos importantes durante las pruebas realizadas en la etapa de ensayos preclínicos en animales¹⁸.

En 1.961, el laboratorio Richardson-Merck presentó ante la FDA la solicitud de autorización de Talidomida, bajo la denominación comercial de “Kevadon”. Con el objeto de confirmar la seguridad de este medicamento, se distribuyeron gran cantidad de muestras entre miles de científicos en Estados Unidos, para luego ser probadas en pacientes en fase experimental. No obstante, en 1.962, la evaluación científica de Talidomida fue interrumpida debido a numerosos reportes en Europa identificando graves efectos adversos asociados al producto. Debido a ello, una comisión de expertos de la FDA viajó a Inglaterra y Alemania para determinar la magnitud de la crisis, así como para recabar pruebas que permitieran decidir sobre su procedimiento de autorización en Estados Unidos¹⁹. La conclusión de la FDA fue la denegación de su autorización, lo cual representó un importante logro para ésta, al evitar la entrada en el mercado americano de un medicamento con elevados efectos adversos²⁰. El consumo de Talidomida afectó alrededor de diez mil niños en Europa,

¹⁷ *Guidance for Industry. Advisory Committees: Implementing Section 120 of the Food and Drug Administration Modernization Act of 1997*, Food and Drug Administration, octubre, 1998, p. 1.

¹⁸ Association of Schools of Public Health: “Thalidomide”, en *Public Health Reports*, Volumen 77, Association of Schools of Public Health, Washington D.C., noviembre, 1962, p. 946.

¹⁹ Jacobs, S.; Sharon B.: “Crises, Congress, and Cognitive Biases: A critical examination of food and drug legislation in the United States”, en *Food and Drug Law Journal*, Volumen 64, The Food and Drug Law Institute, Washington D.C., 2009, p. 609.

²⁰ Ceccoli, Stephen: *Pill Politics. Drugs and the FDA*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 2004, p. 77.

causándoles, desde su nacimiento, desórdenes neurológicos y deformaciones físicas conocidos como “focomelia”²¹.

Ahora bien, cuarenta años después del anterior incidente, en 2.003, el laboratorio americano Celgene presentó nuevamente la solicitud de autorización de Talidomida ante la FDA. En este nuevo procedimiento administrativo se presentaron pruebas que demostraban la eficacia y seguridad de Talidomida para el tratamiento de la lepra. En efecto, a pesar de que el medicamento aún se encontraba asociado a los mismos riesgos producidos en los años sesenta, se determinó que generaba efectos calmantes a los pacientes²².

Una vez realizadas las apreciaciones técnicas sobre la eficacia y seguridad de Talidomida, la FDA decidió valorar si resultaba socialmente aceptable su introducción en el mercado, pues sus efectos adversos causaron una gran conmoción social en los años sesenta, constituyendo un hito histórico de la regulación de los medicamentos. En atención a ello, la FDA invitó a formar parte del Comité Asesor organizado para la evaluación de Talidomida, a personas que habían sufrido las deformaciones físicas causadas por este fármaco en el pasado. La apreciación de este grupo de personas fue positiva, considerando conveniente su entrada en el mercado, por lo que, posteriormente, la FDA decidió en 2.006 autorizar su comercialización.

La participación de las personas afectadas por Talidomida en el Comité Asesor, aportó criterios muy importantes de aceptabilidad social a la decisión adoptada, elemento que contribuyó a su vez a determinar la tolerabilidad de los riesgos asociados al producto.

III. Los procedimientos administrativos de gestión del riesgo

Las categorías jurídicas correspondientes al Derecho Administrativo general están sometidas a una constante revisión en atención a la evolución y circunstancias particulares referidas a los ámbitos especiales de regulación. Por un lado, el sistema general funciona para determinar y comprender las técnicas aplicadas en la parte especial. Por el otro, estas últimas regulaciones pueden revelar la necesidad de incorporar nuevas categorías jurídicas en el ámbito general. Se trata de una relación de recepción y transmisión, de manera que el

²¹ GILLIS, Leon: “Thalidomide Babies: Management of limbs defects”, en *British Medical Journal*, Volumen 2, BMJ Publishing Group, Londres, 8 de septiembre de 1962, p. 647 y ss.; y Soules, Betty J.: “Thalidomide Victims in a Rehabilitation Center”, en *The American Journal of Nursing*, Volumen 66, Lippincott Williams & Wilkins, Nueva York, septiembre, 1966, p. 2023 y ss.

²² Sobre la autorización de Talidomida, véase Hawthorne, Fran: *Inside the FDA. The business and politics behind the drugs we take and the food we eat*, John Wiley & Sons, Hoboken, 2005, p. 109 y ss.

sistema de principios e instituciones del Derecho Administrativo pueda adaptarse y ponerse a prueba frente a las variables transformaciones de la sociedad²³.

Así, tradicionalmente, el procedimiento administrativo ha cumplido con las siguientes características generales²⁴:

1. Revestir de formalidad las actuaciones de la Administración Pública, asegurando una adecuada aplicación de la ley y tutela de los derechos de los ciudadanos;
2. Gira en torno a la esfera del sujeto de derecho titular de la actividad regulada, tomándose en cuenta, fundamentalmente, sus consideraciones y recursos materiales;
3. Carece de fórmulas suficientes que agilicen la relación entre la Administración y el ciudadano;
4. El acto definitivo constituye su culminación, siendo resultado de una operación bastante mecánica que no deja margen a una mayor racionalización del ejercicio aplicativo de la ley conforme a las circunstancias concretas. Supone, por tanto, en gran medida, una operación de interpretación, subsunción y aplicación relativa a los deberes concretos impuestos al sujeto de derecho directamente interesado;
5. Los modos de acción administrativa otorgan relevancia a la formalidad, estabilidad y rigurosidad de los actos y sus efectos, por lo que los manuales de procedimiento y técnicas informales son reducidos.

Ahora bien, tal modelo tradicional de procedimiento administrativo no explica de forma satisfactoria la realidad jurídico-administrativa descrita en este trabajo relativa al régimen de autorización de los medicamentos. Este ámbito de regulación posee características que lo distancian del anterior modo de entender el procedimiento administrativo, debido a las particularidades exigidas por la

²³ Schmidt-Assmann, Eberhard: *La teoría general del Derecho Administrativo...*, p. 7 y ss., y “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Barnés, Javier (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 74 y ss.

²⁴ Mayer, Otto: *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 20 y ss.; Barnés, Javier: “Sobre el procedimiento administrativo: Evolución y perspectivas”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 275 y ss.; y Tornos Mas, Joaquín: “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, en *Revista de Administración Pública*, N° 151, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 45 y ss.

regulación de los riesgos tecnológicos e incertidumbres asociadas a este tipo de productos²⁵.

El profesor Javier Barnés ha denominado como *procedimientos administrativos de tercera generación* a aquellos que operan en un ambiente de cooperación público-privada e interinstitucional, así como entre las autoridades nacionales y supranacionales, con el objeto de adoptar soluciones no diseñadas por el legislador. Todo ello en atención a las nuevas formas de gobernanza, inspiradas en los principios de participación, colaboración, coordinación, flexibilidad, entre otros. Así, este tipo de procedimientos no están destinados principalmente a afectar posiciones jurídicas subjetivas sustantivas, sino a dirigir la aplicación racional de determinadas políticas, planes y programas generales establecidos en la ley²⁶.

Por otra parte, el Profesor López-Jurado denomina *procedimientos de gestión del riesgo* a aquellos vinculados a la regulación de actividades que entrañan una elevada complejidad e incertidumbre científica por estar asociadas a la aplicación de innovaciones tecnológicas, y cuyo objeto consiste en adoptar la decisión más razonable en atención a los bienes jurídicos afectados²⁷. Este último modelo de procedimiento comparte características muy similares con los procedimientos de tercera generación. Sin embargo, se refieren, de forma más concreta, a la regulación de las actividades asociadas a riesgos tecnológicos. Podría, por ello, concluirse que constituyen una categoría de los procedimientos de tercera generación.

Los rasgos que identifican a los referidos modelos de procedimiento son, entre otros: (i) el refuerzo de las obligaciones de colaboración que recaen sobre los solicitantes; (ii) la especial intensidad de la información; (iii) la importancia de la opinión experta; y (iv) la provisionalidad de las decisiones y la proliferación de medidas provisionales²⁸. Consideramos que las anteriores ideas explican la realidad jurídico-administrativa existente en los procedimientos de autorización de comercialización de medicamentos de acuerdo con las funciones de dirección e interlocución analizadas en la sección primera y segunda de este trabajo. Por ello, con el fin de comprobar su verificación en el ámbito especial de referencia analizado, a continuación, analizaremos cada una de ellas:

²⁵ Barnés, J.: “Towards a third generation of administrative procedure”, en *Comparative Administrative Law*, Rose-Ackerman, Susan y Lindseth, Peter L. (Eds.), Edward Elgar, Cheltenham, 2010, p. 344 y ss.

²⁶ Barnés, J.: *Towards a third generation...*, p. 349 y ss.

²⁷ López-Jurado Escribano, F.: *Ob. Cit.*, p. 162.

²⁸ Tales características son expresadas por el Prof. López-Jurado respecto a los procedimientos de gestión del riesgo (*Ob. Cit.*, p. 167 y ss.). Sin embargo, consideramos que también engloban los rasgos más relevantes de los procedimientos de tercera generación.

La transformación de los procedimientos administrativos tradicionales como consecuencia del riesgo tecnológico

A. El refuerzo de las obligaciones de colaboración que recaen sobre los solicitantes

La industria farmacéutica es probablemente quien mejor conoce los efectos generados por sus medicamentos, pues ostenta de herramientas y personal científico altamente cualificado para analizar sus elementos técnicos en todas las fases de invención y desarrollo. Asimismo, los laboratorios tienen además un verdadero interés en colocar en el mercado productos con adecuadas condiciones de eficacia, seguridad y calidad, pues de lo contrario se vería comprometido su prestigio comercial y eficiencia económica²⁹. En este sentido, en el procedimiento administrativo es necesario promover la colaboración de los sujetos interesados en la labor de identificación, prevención, evaluación, comprensión y gestión de los riesgos. Por ejemplo, mediante la celebración de reuniones y el diseño de planes y estrategias de gestión y mitigación de riesgos. De esta manera, los titulares de la actividad regulada contribuyen a definir la decisión más adecuada, óptima o plausible para el bien común.

B. La relevancia de la información

A través del flujo de información pluridisciplinar es posible reducir el espacio de incertidumbre científica existente en torno a los riesgos tecnológicos. Para ello se requiere de la participación de organismos especializados y expertos independientes que colaboren en tal labor científica. Asimismo, debe considerarse la información relacionada con la aceptación social del riesgo, por ejemplo, como vimos antes, aportada por los comités interdisciplinarios en Estados Unidos, tomando en cuenta que la regulación de este tipo de sectores siempre deberá adoptar decisiones sobre la conveniencia y razonabilidad de introducir determinados riesgos tecnológicos y efectos adversos a la sociedad.

C. La importancia de la opinión experta

El régimen de autorización de nuevos medicamentos se encuentra intensamente tecnificado debido a la elevada complejidad de los elementos asociados a los medicamentos. En este sentido, la opinión experta adquiere una especial relevancia en la regulación de los sectores asociados a riesgos tecnológicos, llegando incluso a resultar marcadamente influyente para la decisión de autorización. El legislador establece, para ello, determinados procesos de elección y designación de expertos, así como disposiciones sobre la

²⁹ Martín Cruz, Natalia: *El marco regulador del medicamento*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, p. 94 y ss.; y Epstein, Richard A.: *Overdose*, Yale University Press, New Heaven, 2006, p. 133 y ss.

vinculación de la Administración a las opiniones y dictámenes técnicos consultados en el procedimiento administrativo³⁰.

Esta característica se manifiesta claramente en la auto-organización administrativa de la FDA, con base a la cual se han creado oficinas ampliamente especializadas en los distintos tratamientos terapéuticos y elementos técnicos de los medicamentos, con poderes para recabar información técnica especializada por medio de agentes externos.

D. El carácter provisional de las decisiones de autorización y la proliferación de medidas provisionales

La estabilidad y permanencia en el tiempo de las decisiones de autorización se ven afectadas por la incertidumbre científica existente sobre los efectos de los productos asociados a riesgos tecnológicos. En efecto, resulta necesario adoptar medidas provisionales de protección con el fin de prevenir cualquier amenaza contra la salud pública, afectándose los derechos adquiridos a través de las autorizaciones administrativas con el fin de reaccionar oportunamente ante cualquier variación del examen riesgo-beneficio de los productos. Esta característica se manifiesta en el procedimiento especial analizado a través de las medidas de farmacovigilancia, las cuales constituyen cláusulas accesorias a la autorización administrativa que condicionan sus efectos al cumplimiento de determinados objetivos regulatorios.

IV. Consideraciones finales

De acuerdo con las anteriores consideraciones, los principales elementos que se verifican en los procedimientos administrativos analizados y que, en nuestro criterio, suponen una transformación de la noción clásica del procedimiento administrativo, pueden resumirse así:

1. El paso de una perspectiva exclusivamente negativa y protectora de los derechos individuales frente al poder público; a una perspectiva de acción frente a las estructuras de poder públicas y privadas que confluyen en la sociedad;
2. De una posición de preponderante atención al interés individual del sujeto de derecho directamente vinculado al procedimiento; a la apreciación de todos los intereses y circunstancias en torno a la regulación del sector (políticas, económicas, sociales y científicas);

³⁰ López-Jurado Escribano, F.: *Ob. Cit.*, p. 172 y ss., y Kluth, Winfried y Nucklet, Jana: “La legislación de procedimiento administrativo y la generación de conocimiento en el ámbito de la Administración Pública”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 494.

La transformación de los procedimientos administrativos tradicionales como consecuencia del riesgo tecnológico

3. De una aplicación bastante mecánica de la norma legal mediante una operación de interpretación y subsunción; a la concreción y racionalización de un programa normativo finalista con un amplio margen de apreciación;
4. De secuencias procedimentales consistentes primordialmente en adoptar actos unilaterales y formalistas; al diseño de actuaciones flexibles e informales caracterizadas por la interlocución entre la Administración y la sociedad, así como por la auto-programación normativa de naturaleza administrativa; y
5. De la centralidad del acto administrativo como culmen del procedimiento con rígidos efectos estabilizadores de las relaciones jurídicas; a la provisionalidad y flexibilidad de la modificación de la decisión administrativa.

Aspectos prácticos del arbitraje internacional: financiamiento por terceros¹

Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes

Sumario

- I. Introducción
- II. Antecedentes
- III. Aspectos generales
 - A. Concepto y características
 - B. Diferencias con mecanismos similares de financiamiento
 - C. Modalidades de financiamiento por terceros
 - D. Ventajas y desventajas
 - i. Ventajas
 - ii. Desventajas
- IV. Conflicto de intereses y revelación del financiamiento por terceros
 - A. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional
 - B. Centros de arbitraje
 - C. Tratados internacionales
 - D. Jurisprudencia arbitral
 - V. Condena en costas y *cautio judicatum solvi*
 - A. Condena en costas
 - B. *Cautio judicatum solvi*
- VI. Conclusiones

I. Introducción

El arbitraje internacional tiene muchas ventajas, sin embargo, es un proceso que implica el desembolso de cantidades significativas de dinero para cubrir el pago de tasas administrativas de instituciones arbitrales, honorarios profesionales de árbitros, abogados y expertos². A ello hay que sumar los costos

¹ Una síntesis de este artículo, junto con otros aspectos del arbitraje internacional, fue presentada en la exposición del autor el 21 de julio de 2020 en el VI Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional “El futuro del arbitraje” organizado por la Asociación Venezolana de Arbitraje.

² En materia de arbitraje comercial internacional, el Informe de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) sobre Costos en el Arbitraje detalla los principales rubros de costos y gastos en los procedimientos arbitrales. En primer lugar, los honorarios de abogados, expertos, y gastos de testigos comprenden en promedio el 83% de los costos de las partes. En segundo lugar, los honorarios de los árbitros representan un 15% de los costos y, por último, los aranceles de gastos administrativos constituyen un 2% de los costos. Al respecto, véase: Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, “Decisions on Costs

de testigos, servicios de traducción, recolección de documentos, preparación de audiencias, entre otros. Por esta razón, no causa sorpresa que los costos promedio en materia de arbitraje comercial internacional alcancen los US\$ 4 millones y en arbitraje de inversiones los US\$ 8 millones³. Además, la parte perdedora puede ser condenada a pagar costas.

Ante estos elevados costos, se comienza a observar el surgimiento y rápido desarrollo del financiamiento de procedimientos arbitrales por terceros o *third-party funding*, como se le conoce en inglés⁴. Este mecanismo se utiliza en mayor medida en materia de arbitrajes de inversiones. No obstante, en los últimos años se ha notado un incremento de su aplicación en arbitrajes comerciales internacionales⁵.

in International Arbitration,” *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2015, No 2 (2015), <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>.

³ El *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) analizó 254 procedimientos arbitrales efectuados entre 1991 y 2010, concluyendo que los demandantes gastan en promedio £1.580.000 (aproximadamente US\$ 2.060.000 a una tasa de cambio reciente) y los demandados gastan en promedio £1.413.000 (aproximadamente US\$ 1.850.000 a una tasa de cambio reciente). Chartered Institute of Arbitrators, “CIArb Costs of International Arbitration Survey 2011” (CIArb, 2011), p. 13. En materia de arbitraje de inversiones, un estudio de 143 laudos efectuado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) evidenció que los costos de ambas partes promediaron US\$ 8 millones y en algunos casos excedieron los US\$ 30 millones. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May – 9 July 2012” (OECD, 2012), p. 18, <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>. A manera de ejemplo, en el célebre caso *Yukos* los costos de los demandantes fueron de aproximadamente US\$ 81,5 millones y los del demandado de US\$ 31,5 millones. *Hulley Enterprises Limited v. Federación Rusa*, CNUDMI (Caso CPA No. AA226), Laudo Final de fecha 18 de julio de 2014, ¶¶ 1856 y 1887, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf>. Para un análisis detallado de los costos del arbitraje de inversiones, véase: Diana Rosert, “The Stakes are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration” (International Institute for Sustainable Development, 2014), <https://www.iisd.org/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration>.

⁴ La doctrina utiliza indistintamente los términos financiamiento por/de terceros, financiación por/de terceros, *third-party funding*, TPF, financista, financiador; en el presente trabajo nos inclinamos por el uso de los vocablos financiamiento por terceros y financista, salvo en caso de citas textuales.

⁵ Este trabajo analiza el financiamiento por terceros en el arbitraje comercial y de inversiones. No obstante, los problemas que suscita el uso de este mecanismo usualmente se discuten en materia de arbitraje de inversiones por ser los Estados (y en definitiva los contribuyentes) quienes deben sufragar los costos del arbitraje. Además, los instrumentos en los que se fundamentan los arbitrajes de inversiones (tratados, contratos o leyes relativas a inversiones) suelen crear derechos a favor del inversionista y obligaciones a cargo de los Estados. De esta forma, en la mayoría de los casos los Estados no tienen la

A la fecha de este artículo, muchas compañías han visto cómo la crisis causada por la pandemia del COVID-19 y las medidas adoptadas por los Estados han afectado seriamente sus ingresos y liquidez. Esta situación de incertidumbre puede repercutir en el inicio y financiamiento de procedimientos arbitrales. Por otro lado, la inestabilidad de los mercados financieros ha llevado a inversionistas a buscar métodos alternativos de generación de capital como el financiamiento de disputas. Estos factores pueden generar, en el corto plazo, un crecimiento aún mayor del uso del financiamiento de arbitrajes por terceros. Por ello, es fundamental entender cómo opera este mecanismo, cuál es la regulación existente y qué implicaciones tiene en la transparencia e integridad del procedimiento.

II. Antecedentes

El financiamiento por terceros no es un mecanismo nuevo en materia judicial, pero sí es relativamente reciente en procedimientos arbitrales. Hoy en día, la figura se ha expandido en jurisdicciones como Australia, Inglaterra, Hong Kong, Estados Unidos, Singapur, Alemania y Suiza. No obstante, durante muchos siglos fue una práctica prohibida civil y penalmente en los países del *common law* bajo las doctrinas de *maintenance*, *champerty* y *barratry*.

A grandes rasgos, un tercero incurre en: (i) *maintenance* si proporciona ayuda financiera a una parte de una disputa sin tener un interés legítimo en el litigio, aun cuando no tenga la expectativa de obtener una participación en el monto recuperado; (ii) *champerty* si financia a una parte sin que le asista ningún interés, pero con la expectativa de recibir una porción de lo recuperado; y (iii) *barratry* si incita frecuentemente el empleo de litigios y controversias⁶. Como se puede apreciar, *champerty* y *barratry* son subespecies del género *maintenance*. En palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “*maintenance* es proporcionar ayuda a un tercero para que prospere su litigio; *champerty* es

posibilidad de reconvenir ni solicitar daños (más allá de recuperar los costos del procedimiento arbitral). Para una discusión más amplia sobre las inquietudes de los Estados con relación al arbitraje de inversiones, véase: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones -Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018-, (6 de noviembre de 2018), ¶ 11, <https://undocs.org/es/A/CN.9/964>.

⁶ Al respecto, véase: Victoria Shannon Sahani, “Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation,” *Cardozo Law Review* 36, No. 2 (febrero 2015), pp. 873-874; Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon, “Ethical Considerations for Third-Party Funding,” en *Third-Party Funding in International Arbitration*, eds. Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon Sahani, 2da ed. (Wolters Kluwer, 2017), pp. 44-48.

proporcionar ayuda a un tercero a cambio de un interés económico en la controversia y *barratry* es la práctica continuada de *maintenance* o *champerty*.⁷

Una vez aclarados estos conceptos, conviene hacer un breve recorrido histórico de la evolución del financiamiento de litigios en el derecho anglosajón. En el Reino Unido era común que los señores feudales proporcionaran ayuda financiera a las partes que litigaban contra sus enemigos⁸. Tal como explica la doctrina, “los conflictos entre barones feudales eran resueltos por una ‘guerra privada.’ Posteriormente estas batallas fueron sustituidas por juicios, cortes, jueces y jurados. El resultado fue un proceso caracterizado por sobornos, intimidación y corrupción.”⁹

Ante estos excesos y con el objeto de depurar la justicia de abusos de poder, el Estatuto de Westminster de 1275 prohibió la práctica de *maintenance* y exigió a los funcionarios no adquirir intereses en litigios ajenos y a los abogados no abusar del proceso judicial¹⁰. Estas prohibiciones fueron desarrolladas y expandidas en no menos de quince leyes, las cuales, a su vez, fueron importadas por los ordenamientos jurídicos de las distintas colonias inglesas¹¹.

Con el desarrollo y fortalecimiento de la independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso judicial, reconocidos autores comenzaron a criticar las prohibiciones contra el financiamiento de controversias ya que, en su criterio, menoscababan el acceso a la justicia de la parte con menos recursos. Así, por ejemplo, en el caso *Alabaster v. Harness*, decidido en 1895, Lord Esher del *Queen’s Bench* cuestionó la prohibición del *maintenance* “al no estar basada en principios generales de lo que es correcto o incorrecto o de derecho natural, sino más bien en consideraciones de política pública” y por no considerar que “exista,

⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, sentencia de fecha 30 de mayo de 1978, caso *In re Primus*, 436 U.S. 412 (1978), n. 15, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/436/412>. *Observación:* Esta cita, al igual que las otras de fragmentos en idiomas extranjeros que recojo en este trabajo, son traducidas por mí en forma libre.

⁸ Jern-Fei Ng, “The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration,” *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 76, No. 2 (2010), pp. 208-2013.

⁹ Nicholas Rowles-Davies, *Third Party Litigation Funding* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 24.

¹⁰ Statute of Westminster I, 1275, 3 Edw. I, capítulos XXV, XXVIII y XXXIII (Reino Unido).

¹¹ En este sentido, Lord David Neuberger, expresidente de la Corte Suprema del Reino Unido cita como ejemplos la *Statute Law Revision Act* de 1863, la *Statute Law Revision and Civil Procedure Act* de 1881; la *Statute Law Revision Act* de 1948, entre otros. David Neuberger, “From Barratry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding” (conferencia por el Primer Congreso Anual de Harbour Litigation Funding, 8 de mayo de 2013), ¶ 15 y n. 27, <https://adam1cor.files.wordpress.com/2013/05/lord-neuberger-harbour-litigation-lecture-8-may-2013.pdf>.

salvo una ley específica sobre la materia, algo necesariamente perjudicial en permitir a una persona asistir a otra en un litigio.”¹²

Ahora bien, no fue sino hasta 1967 que la *Criminal Law Act* del Reino Unido abolió la responsabilidad penal por *maintenance*, *champerty* y *barratry*, pero dejó abierta la posibilidad que un contrato de financiamiento de disputas pudiese ser anulado por ser contrario al orden público¹³. Posteriormente, el Parlamento inglés promulgó la *Courts and Legal Services Act* de 1990, la *Access to Justice Act* de 1999 y la *Legal Aid and Sentencing and Punishment of Offenders Act* de 2012, donde se reconoció la posibilidad de trasladar las costas a la parte perdedora del procedimiento, la contratación de honorarios sujetos al éxito de la controversia y, en definitiva, la legalidad del financiamiento de controversias. Al igual que en materia legislativa, la jurisprudencia progresivamente fue evolucionando y reconociendo la legalidad de dichas prácticas¹⁴.

Paralelamente al desarrollo normativo del Reino Unido, Australia adoptó una serie de medidas que contribuyeron a la consolidación y expansión del financiamiento de disputas. En este sentido, el Parlamento australiano reformó la legislación sobre procedimientos concursales para concederle al síndico amplias facultades para la venta de los bienes que administra y la posibilidad de contratar financiamiento para litigios de la compañía¹⁵. Como bien explica la profesora

¹² David Neuberger, “From Barratry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding,” ¶ 29 citando sentencia en el caso *Alabaster v Harness* 1 QB 339 (1895), p. 342. Asimismo, el reconocido filósofo y abogado inglés Jeremy Bentham señaló: “un temor en los tiempos de la Edad Media frente al cual la legislación era impotente era que un individuo comprase una reclamación débil con la esperanza de que el poder la convirtiese en una fuerte y que un noble con su espada y un conjunto de abogados a su servicio infundiese terror ante el juez. Hoy en día, ¿qué le importa a un juez la espada de cien nobles? El juez actual está preparado para administrar justicia y cumplir con el deber que le asigna la ley...” Jeremy Bentham, “Letter XII: Maintenance and Champerty,” en *Defence of Usury: Shewing the Impolicy of the Present Legal Restraints on the Terms of Pecuniary Bargains...* (New York: Theodore Foster, 1837), <https://www.loc.gov/item/ltf90032766/>.

¹³ *Criminal Law Act*, 1967, capítulo 58, §§ 13, 14 (Reino Unido), https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/pdfs/ukpga_19670058_en.pdf.

¹⁴ Con respecto a la evolución legislativa, véase: Christopher Hodges, John Peysner y Angus Nurse, “Litigation Funding: Status and Issues” (Research Paper, Oxford Legal Studies, 2012), pp. 16-35, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2126506>. Con respecto al desarrollo jurisprudencial, véase: Leslie Perrin, “England and Wales,” en *The Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. Leslie Perrin, 3ra ed. (Londres: Law Business Research Ltd, 2019), pp. 53-62 y las sentencias ahí citadas.

¹⁵ Para un examen de las reformas australianas en materia de insolvencia y su influencia en el financiamiento de litigios, véase: Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon, “Third-Party Funding in Australia,” en *Third-Party Funding in International Arbitration*, eds. Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon Sahani, 2da ed. (Wolters Kluwer, 2017), pp. 77, 92-94.

Shannon Sahani, esta reforma marcó un antes y un después en el financiamiento de controversias: “[a]sí fue como realmente comenzó todo. El nombre original del fondo de litigio más grande y antiguo en Australia era *Insolvency Management Fund Limited*, hoy en día conocido como IMF Bentham (por una fusión).”¹⁶

Aun cuando el financiamiento se expandió a las *class actions*, todavía existía cierta incertidumbre sobre la legalidad de su aplicación fuera de la materia concursal. Las incógnitas fueron resueltas de manera definitiva por la Corte Suprema de Australia en la célebre sentencia *Campbells Cash and Carry Pty. Ltd. v. Fostif Pty. Ltd.* Los hechos del caso guardan relación con un tercero financista (Fostif), que agrupó y ayudó económicamente a pequeños distribuidores de tabaco para que incoaran un litisconsorcio contra el comerciante que se los vendía. El propósito de la demanda era solicitar daños y perjuicios por tarifas pagadas por concepto de una licencia que fue declarada inconstitucional. El financista trabajó activamente en buscar potenciales demandantes y celebrar contratos de financiamiento con ellos. De acuerdo con los contratos de financiamiento, Fostif actuaría como demandante, seleccionaría los abogados, podría transigir sin notificar a sus clientes y sufragaría los costos a cambio de recibir el 33% del monto de la condena más las costas. El demandado se opuso a la participación de Fostif alegando que la misma constituía un abuso del proceso. Tras analizar los contratos de financiamiento, la Corte Suprema de Australia concluyó que los mismos eran perfectamente legales¹⁷. Esta decisión propició la consolidación de la industria del financiamiento por terceros en Australia.

¹⁶ “A Brief History of Litigation Finance: The cases of Australia and the United Kingdom,” *Litigation Finance* 5, No. 6 (Harvard Law School, septiembre-octubre 2019), p. 2.

¹⁷ Corte Suprema de Australia, sentencia de fecha 30 de agosto de 2006, caso *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Limited* (2006), 229 CLR 386, HCA 41, <http://eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2006/HCA/41>. A nuestro modo de ver, otorgar control y poder de decisión absoluto al financista es bastante cuestionable y así lo ha sostenido la jurisprudencia anglosajona. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Reino Unido en *Arkin v. Borchasrd Lines Ltd* concluyó que, si bien el acuerdo de financiamiento es válido y puede promover el acceso a la justicia, el financista no debe tener el control ni el manejo del litigio. Corte de Apelaciones del Reino Unido (Cámara Civil), sentencia de fecha 26 de mayo de 2005, caso *Yeheshkel Arkin v. Borchasrd Lines Ltd et al* (2005), EWCA (Civ) 655, ¶ 40, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>. Tal como indica la doctrina, el ordenamiento jurídico australiano, a diferencia del inglés y el estadounidense, permite que los financistas ejerzan un mayor control sobre el litigio subyacente. Véase: Maya Steinitz, “Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding,” *Minnesota Law Review* 95, No. 4 (2011), pp. 1280-1281, <https://ssrn.com/abstract=1586053>.

Las reformas legislativas y jurisprudenciales de Inglaterra y Australia influyeron en otras jurisdicciones, como Hong Kong y Singapur, donde recientemente se permitió el uso del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional, la mediación y otros procedimientos relacionados¹⁸. Ahora bien, no todos los países del *common law* aceptan este mecanismo. En efecto, la Corte Suprema de Irlanda concluyó en 2017 que las prohibiciones contra *maintenance* y *champerty* continúan vigentes y que, por tanto, el financiamiento por terceros no está permitido¹⁹.

El financiamiento por terceros también ha experimentado un auge en algunos países europeos de derecho civil. En Alemania, por ejemplo, la doctrina explica que los primeros servicios profesionales de financiamiento de disputas en ese país se generaron a finales de 1990. El derecho alemán no contiene regulaciones o prohibiciones específicas sobre la materia. En líneas generales, el financiamiento por terceros está permitido siempre y cuando el retorno del financista no sea excesivamente elevado ya que, en ese caso, podría violar el orden público²⁰. En Suiza inicialmente el marco regulatorio aplicable al financiamiento por terceros era incierto y algunos cantones prohibían el financiamiento comercial de disputas a cambio de una retribución en caso de éxito. Este fue precisamente el caso de la Ley sobre la Profesión del Abogado del Cantón de Zúrich, sin embargo, en 2004 la Corte Federal Suiza (el tribunal de mayor jerarquía) declaró inconstitucional la prohibición de dicha ley por

¹⁸ La reforma legislativa de Hong Kong permitió el uso del financiamiento por terceros en procedimientos de arbitraje y mediación. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance, 2017 (Hong Kong), <https://www.gld.gov.hk/e-gazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>. Para un análisis de la reforma y las áreas donde se permite el financiamiento, véase: Melody Chan, “Hong Kong,” en *The Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. Leslie Perrin, 3ra ed. (Londres: Law Business Research Ltd, 2019), pp. 81-83. Asimismo, Singapur reformó su Código Civil para permitir el uso del financiamiento por terceros en materia de arbitraje internacional, mediación y procedimientos relacionados. Civil Law Act, 2017 (Singapur), <https://sso.agc.gov.sg/Acts-supp/2-2017>. En ciertas áreas el financiamiento todavía continúa prohibido por razones de orden público, aunque las prohibiciones se han ido reduciendo de manera gradual. Para un examen de este tema, véase: Matthew Secomb, Adam Wallin y Gabriella Richmond, “Singapore,” en *The Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. Leslie Perrin, 3ra ed. (Londres: Law Business Research Ltd, 2019), pp. 171-175.

¹⁹ Corte Suprema de Irlanda, sentencia de fecha 23 de mayo de 2017, caso *Persona Digital Telephony Ltd v. Minister for Public Enterprises* (2017), IESC 27, https://www.courts.ie/acc/alfresco/dda7ee34-4a14-4e8f-ad2a28e89212bf8a/2017_IESC_27_1.pdf/pdf#view=fitH.

²⁰ Para una visión panorámica de la evolución y regulación del financiamiento por terceros en Alemania, puede consultarse: Daniel Sharma, “Germany,” en *The Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. Leslie Perrin, 3ra ed. (Londres: Law Business Research Ltd, 2019), pp. 63- 80.

violar el principio de libertad económica consagrado en la Constitución Federal Suiza. De esta forma se reconoció expresamente la validez del financiamiento por terceros, lo que contribuyó significativamente al desarrollo de esta industria, especialmente en materia de litigios locales²¹.

El financiamiento por terceros nació en los procedimientos ventilados ante la justicia ordinaria. En el *common law* fue una práctica prohibida bajo las doctrinas de *maintenance*, *champerty* y *barratry*. Ahora bien, a finales del siglo XX y principios del XXI estas prohibiciones comenzaron a desaparecer y el financiamiento por terceros cobró auge en materia judicial. El desarrollo del financiamiento de litigios, la magnitud de la cuantía de las demandas (especialmente en arbitraje de inversiones) y los costos significativos de los procedimientos de arbitraje internacional trajeron como consecuencia el surgimiento y rápido desarrollo del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional.

III. Aspectos generales

A. Concepto y características

El financiamiento del procedimiento arbitral por terceros es un fenómeno complejo en continua evolución. A grandes rasgos, es un contrato en virtud del cual una parte ajena al arbitraje se compromete a facilitar al actor o al demandado la totalidad o una parte de sus costos en el procedimiento a cambio de una retribución en caso de que la parte financiada sea exitosa. No obstante, existen discrepancias sobre los aspectos comprendidos dentro de esta noción²².

En este sentido, los lineamientos establecidos en las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional acentúan el interés económico directo que, en su criterio, tiene el financista en el laudo arbitral. Así, definen al tercero financista como “cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al

²¹ Para un examen del origen y marco regulatorio de esta figura en Suiza, véase: Urs Hoffmann-Nowotny y Louis Burrus, “Switzerland,” en *The Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. Leslie Perrin, 3ra ed. (Londres: Law Business Research Ltd, 2019), pp. 199-208.

²² Sobre la dificultad para definir el financiamiento por terceros, puede consultarse: Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Nota de la Secretaría sobre posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados -financiación por terceros-,” (24 de enero de 2019), ¶¶ 8-9, <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.157>; Bernardo Cremades Sanz, “Concluding remarks,” en *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)*, Vol. 10, eds. Bernardo Cremades Sanz y Antonias Dimolitsa (ICC, 2013), pp. 153-154.

desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en... el laudo que recaiga en el arbitraje.”²³ Además, las Directrices de la IBA equiparan al financista con la parte financiada al prever: “Los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo y, por tanto, pueden considerarse como equivalentes a la parte.”²⁴

Por el contrario, el Acuerdo Económico y Comercio Global entre Canadá y la Unión Europea proporciona un concepto más amplio, no limitando al interés económico que puede tener el financista en el laudo. De esta forma, se define al financiamiento por terceros como “aquel proporcionado por una persona física o jurídica... ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución que dependa del resultado de la diferencia.”²⁵

Por otro lado, la definición que incluye el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Reformas del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados destaca el retorno que puede recibir el financista como contraprestación a su financiamiento. De acuerdo con el Grupo de Trabajo III, “[I]a remuneración puede adoptar cualquier forma, si bien lo más frecuente es que se trate de una suma que sea un múltiplo del monto que se ha pagado en concepto de financiación, un porcentaje de la cantidad obtenida como resultado del proceso, una cantidad fija o una combinación de las posibilidades anteriores.”²⁶

Por su parte, el Grupo de Trabajo Conjunto del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) y de la Universidad Queen Mary sobre el Financiamiento por Terceros en su nota introductoria sobre el tema hace hincapié en la ausencia de recursos del financista para recuperar su inversión en caso de que el arbitraje no sea exitoso, el señalar que:

Por lo general, este financiamiento se ofrece sin la posibilidad de recobro, es decir, el financista no tiene

²³ International Bar Association, “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014” (IBA 2014), nota explicativa sobre la Norma General 6(b), <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>. Tal como se analiza en la Sección IV.2, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en sus guías prácticas también enfatiza el interés económico directo del financista en el laudo.

²⁴ Directrices IBA (2014), nota explicativa sobre la Norma General 6(b).

²⁵ Acuerdo Económico y Comercio Global entre Canadá y la Unión Europea, suscrito el 14 de septiembre de 2016, artículo 8.1, https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm. El tratado entró en vigor el 21 septiembre 2017.

²⁶ Grupo de Trabajo III de CNUDMI, “Nota de la Secretaría...” (24 de enero de 2019), ¶5.

*ningún recurso contra la parte financiada en la eventualidad de que el caso no sea exitoso. Bajo este modelo, las acciones de reembolso del financista por el capital adelantado e invertido en los procedimientos estarán limitadas al monto recuperado por el reclamo, en caso de haberlos.*²⁷

La propuesta de la Unión Europea para el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP, por sus siglas en inglés) destaca, a su vez, la posibilidad de que exista un financiamiento total o parcial de los costos del arbitraje²⁸.

Como se puede apreciar, los diferentes conceptos parten de la idea básica de que un tercero paga por otro el costo de litigar. Ahora bien, conviene examinar más a fondo algunos aspectos de estas definiciones.

En primer lugar, el tercero financista puede ser una persona natural o jurídica, ajena a las partes. Si bien la mayoría de los financistas son personas jurídicas como instituciones financieras, fondos de inversión, bancos, compañías de seguro; nada impide que una persona natural financie una disputa. Cabe señalar que algunas regulaciones modernas sólo permiten el financiamiento de disputas cuando es efectuado por “un profesional del ramo”, es decir, alguien que ejerza la actividad de forma habitual y se someta a ciertas regulaciones²⁹.

²⁷ ICCA y Universidad Queen Mary, “ICCA-Queen Mary Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration,” *ICCA Report* No. 4 (2018), p. 18, https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. La definición a la que se hace referencia se encuentra en el capítulo introductorio del informe. Posteriormente, el informe examina detalladamente otros conceptos en distintos instrumentos jurídicos y presenta una definición mucho más amplia del financiamiento por terceros. Véase: *ibíd.*, p. 50. No obstante, para propósitos de esta sección nos interesa fundamentalmente destacar el hecho de que el financista carece de recursos en caso de que la parte financiada no tenga éxito en el arbitraje.

²⁸ Propuesta de la Unión Europea sobre la sección de Protección y Resolución de Disputas de Inversiones del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones de fecha 12 de noviembre de 2015, p. 12 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (el financiamiento por terceros es el “proporcionado por una persona física o jurídica que, sin ser parte de la disputa, celebra un acuerdo con una parte contendiente para financiar total o parcialmente el costo del procedimiento a cambio de una remuneración dependiente del resultado de una disputa.”). Estados Unidos y la Unión Europea negociaron por varios años los términos del TTIP sin llegar a un acuerdo.

²⁹ El Reglamento del Código Civil de Singapur requiere que el tercero sea un profesional del ramo. Para calificar como tal, el tercero debe dedicarse a esta actividad de manera habitual, el financiamiento debe ser su principal actividad económica y debe cumplir con determinados requisitos mínimos de capital. Civil Law (Third-Party Funding) Regulations, 2017, artículo 4, (Singapur), <https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017>;

En segundo lugar, el tercero, a pesar de no tener un interés previo en el reclamo, invierte en el procedimiento con la expectativa de lograr una ganancia. En la mayoría de los casos esa ganancia es una remuneración económica como, por ejemplo, un porcentaje del monto obtenido como resultado del arbitraje. Por esta razón, las Directrices de la IBA señalan que el tercero tiene un interés económico directo en el laudo.

No obstante, el tercero financista puede ser una organización sin fines de lucro que no persigue una ganancia o retorno económico, sino la defensa de alguna causa altruista o benéfica. Esto fue precisamente lo que ocurrió en el arbitraje *Philip Morris et al v. Uruguay*, donde subsidiarias de Philip Morris International solicitaron daños y perjuicios supuestamente causados por medidas de restricción del uso de tabaco adoptadas en Uruguay³⁰. La Fundación Bloomberg, bajo su Campaña Niños Libres de Tabaco asistió financieramente a Uruguay en su defensa en el arbitraje³¹. Si se toma la definición de las Directrices de la IBA, la fundación no sería considerada un tercero financista, ya que financió a Uruguay como parte de sus fines filantrópicos (no crematísticos) de ayudar a países menos desarrollados en materia de salud pública. La Campaña Niños Libres de Tabaco no tenía un interés económico en el laudo, sin embargo, no hay duda de que actuó como un tercero financista y pudo haber generado conflictos de intereses en el procedimiento³². Por esta razón, instrumentos internacionales como el Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea han adoptado una definición más amplia del financiamiento por terceros para incluir la posibilidad de un financiamiento por donación o subsidio.

En tercer lugar, existe un acuerdo entre el tercero y la parte financiada. Las partes tienen amplitud para la configuración y estructura del contrato, el cual dependerá de cada caso particular. Entre los términos y condiciones más negociados se encuentran la extensión del financiamiento, mecanismos para

Secomb, Wallin y Richmond, "Singapore," pp. 172-174. Asimismo, en Hong Kong se establecen requisitos mínimos de capital en el Código para el Uso del Financiamiento por Terceros en Arbitrajes. Al respecto, véase: Chan, "Hong Kong," pp. 84-85.

³⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental de Uruguay, CIADI (Caso No. ARB/10/7), Laudo Final de fecha 8 de julio de 2016, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C-1000/DC9012_En.pdf.

³¹ Foley Hoag LLP, "Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overturn Country's Tobacco Regulations" (octubre 2010), <https://foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation> ("La Campaña Niños Libres de Tabaco, una organización filantrópica y de investigación americana de la Fundación Bloomberg, acordó proveer asistencia financiera para la defensa de Uruguay.").

³² Rebeca E. Mosquera y Benjamin I. Malek, "Third Party Funding. Conflicto de intereses y cuestiones de privilegio," *Revista de la Comisión de Arbitraje Conmemorativa a los 100 años de Fundación de la CCI* (Ciudad de Panamá: CCI Panamá, 2019), p. 265.

evaluar la reclamación, estructura de retorno de la inversión, riesgos asumidos, participación del tercero en la estrategia del caso, causales de terminación, posibilidad de transigir, eventuales conflictos de intereses y confidencialidad. Asimismo, es común que el acuerdo de financiamiento venga acompañado de otros contratos de prelación de créditos (*waterfall agreements*) donde se establezca cómo distribuir el eventual monto recuperado³³.

En cuarto lugar, a diferencia de un préstamo ordinario, el tercero no tiene recurso en contra de la parte financiada en caso de que el arbitraje no sea exitoso. Si el procedimiento se pierde, la parte financiada no tiene que reembolsar al tercero su inversión ya que el financista asume el riesgo que la parte financiada no quiere o no puede asumir³⁴.

En quinto lugar, la amplitud de los gastos asumidos y el eventual retorno del financista son variables. Las partes pueden limitar el financiamiento a las tasas administrativas del centro arbitral y/o a los honorarios profesionales de abogados, árbitros y expertos, o extenderlo a todos los gastos del proceso y/o a una eventual condena en costas. Incluso, en ciertos casos, pueden ir más allá y prever la provisión de fondos para gastos no relacionados directamente con el arbitraje³⁵. Lo mismo ocurre con relación al retorno de la inversión el cual puede ser un monto fijo, un múltiplo de los gastos financiados, un porcentaje del monto de la condena o una combinación de estos. Por ejemplo, en el caso *Norscot v. Essar Oilfields* la parte financiada acordó que el retorno del financista sería la suma mayor entre el 35% del monto recuperado en el laudo o tres veces el monto del capital invertido³⁶.

³³ Para un examen de los términos del contrato de financiamiento por terceros, consúltese: Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure* (Holanda: Kluwer Law International, 2016), pp. 28-50; Mick Smith y Antonio Wesolowski, "Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective," en *Third-Party Funding in International Arbitration*, eds. Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon Sahani, 2da ed. (Wolters Kluwer, 2017), pp. 22-38.

³⁴ Segumundo Navarro Jiménez, "Cuestiones relativas al third party funding en arbitraje," *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* VII, No. 2 (2014), p. 803.

³⁵ Enrique Fernández Masía, "La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional = Third Party Funding in International Arbitration," *Cuadernos de Derecho Transnacional* 8, No. 2 (2016), ¶ 8, <https://doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.

³⁶ La estructura del acuerdo de financiamiento se conoció luego de que Essar solicitase la nulidad de un laudo dictado en su contra en el arbitraje *Norscot v. Essar*, CCI (Caso No. 15790). La Corte Comercial del Reino Unido desestimó el recurso de nulidad. Véase: Corte Comercial del Reino Unido, sentencia de fecha 15 de septiembre de 2016, caso *Essar Oilfields Services Limited v Norscot Rig Management PVT Limited* (2016), EWHC 2361 (Comm), <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75760d03e7f57-eab7c1>.

En sexto lugar, generalmente el demandante es la parte financiada, sin embargo, nada impide que lo sea el demandado. Como ejemplos de Estados que recibieron financiamiento para los costos asociados con su defensa, se puede citar a Uruguay en el arbitraje con *Philip Morris* que se mencionó antes y Granada en el caso *RSM v. Granada*³⁷. Además, el financista puede tener interés en financiar una eventual reconvencción del demandado (principalmente en materia de arbitraje comercial). Por supuesto, el financiamiento puede ocurrir antes o después de iniciado el arbitraje.

Por último, al momento de evaluar si proporcionar o no financiamiento el tercero efectúa un detenido análisis del caso, tomando en consideración factores económicos, financieros, legales y prácticos. En este sentido, los financistas analizan, entre otros elementos, las partes involucradas en la controversia, el monto estimado de la inversión, la cuantía de la demanda, el tiempo del procedimiento (incluyendo eventuales defensas jurisdiccionales, de fondo y reconvencciones), las pretensiones y argumentos de las partes, la sede del arbitraje y sus efectos, la legislación aplicable, la posibilidad de ejecución de un eventual laudo favorable o adverso, la eventual condena en costas, el historial crediticio de las partes, etc³⁸.

B. Diferencias con mecanismos similares de financiamiento

Existen diversos mecanismos que le permiten a las partes obtener financiamiento para una controversia como, por ejemplo, seguros de defensa jurídica, pactos de *cuota litis*, préstamos, entre otros. Muchas de estas figuras tienen afinidad con el financiamiento por terceros e incluso podrían subsumirse dentro del mismo si se adopta una definición muy amplia del tercero financista. Aun cuando la brevedad de este trabajo impide analizar en profundidad otras fuentes de financiamiento disponibles en el arbitraje, vale la pena referirse

³⁷ *RSM Production Corporation v. Granada*, CIADI (Caso No. ARB/05/14), Laudo Final de fecha 13 de marzo de 2009. En un arbitraje posterior se alegó que los gastos del procedimiento arbitral de Granada fueron financiados por Global Petroleum. Véase: Miriam Z. Grynberg, *RSM Production Corporation*, Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg v. Granada, CIADI (Caso No. No. ARB/10/6), Laudo Final de fecha 10 de diciembre de 2010, ¶ 5.2.7. Aparentemente el financista asistió a Granada por tener interés en adquirir los derechos que le serían otorgados a RSM de triunfar en el procedimiento. ICCA y Universidad Queen Mary, "ICCA-Queen Mary Task Force Report...", pp. 23-24.

³⁸ Frank J. Garcia y Kirrin Hough, "Third Party Funding in International Investor-State Arbitration," *American Society of International Law Insights* 22, No.16 (2018), p. 2, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=lsfp>; Eric De Brabandere y Julia Lepeltak, "Third Party Funding in International Arbitration" (Working Paper, Grotius Center, 2012), pp. 5-6, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2078358>.

brevemente a algunas diferencias entre el financiamiento por terceros y otros mecanismos similares.

El seguro de defensa jurídica es un tipo de financiamiento frecuentemente utilizado por las partes bajo dos modalidades: (i) seguro preventivo de litigios (BTE, por sus siglas en inglés) y (ii) seguro posterior al surgimiento de disputas (ATE, por sus siglas en inglés). En el primer supuesto, antes de iniciar un procedimiento, la parte contrata una póliza para cubrir los costos de una eventual disputa a cambio de una prima pagada por adelantado. En el segundo supuesto, una vez comenzada la controversia, la parte contrata la póliza para cubrir los costos de la disputa específica a cambio del pago de una prima³⁹. A diferencia del financiamiento por terceros, los contratos de seguros generalmente establecen mecanismos de subrogación entre el asegurado y la compañía de seguros. Además, las pólizas suelen requerir la cesión al asegurador del control de las negociaciones de transacción y de ciertas estrategias y decisiones procesales relevantes. Asimismo, la prima que se compromete a pagar la parte asegurada, por lo general, es mucho menor al retorno promedio de un contrato de financiamiento en caso de éxito. Por último, las empresas aseguradoras no proporcionan financiamiento continuo para cubrir los gastos del procedimiento como sí lo hacen los terceros financistas, sino que la cobertura se concreta en pagos fijos o únicos⁴⁰.

Los pactos de *cuota litis* u honorarios contingentes son acuerdos entre el cliente y el abogado por medio del cual el último se compromete a representar a su cliente y cobrar honorarios solo en la medida en que el procedimiento sea exitoso, en cuyo caso recibirá un porcentaje del monto de la sentencia⁴¹. En los

³⁹ Marco de Morpurgo, "A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding," *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 19 (2011), p. 354. Las partes pueden convenir en sistemas de seguros para los gastos del procedimiento arbitral con diversas particularidades. Así, por ejemplo, existen modalidades de seguros ATE en los cuales la prima está condicionada al éxito del procedimiento. Esta modalidad se asemeja bastante al financiamiento por terceros salvo por el hecho de que la aseguradora no proporciona un financiamiento continuo y la prima suele ser menor al retorno promedio del contrato de financiamiento. Al respecto, véase: ICCA y Universidad Queen Mary, "ICCA-Queen Mary Task Force Report...", p. 35.

⁴⁰ Para un análisis detallado del contrato de seguros y sus diferencias con el financiamiento por terceros, véase: Goeler, *Third-Party Funding*, pp. 53-56; Vienna Messina, "Third Party Funding: The Road to Compatibility in International Arbitration," *Brooklyn Journal of International Law* 45, No. 1 (2019), pp. 439-440, <https://brooklyn-works.brooklaw.edu/bjil/vol45/iss1/10>.

⁴¹ En Venezuela, el pacto de *cuota litis* se encuentra expresamente prohibido por el artículo 1482 del Código Civil, según el cual: "Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas

pactos de *cuota litis* la asistencia financiera la proporciona un sujeto ya involucrado en el proceso (el abogado) y no un sujeto ajeno a la controversia, como en el caso del financiamiento por terceros. Asimismo, el abogado está sujeto a regulaciones de ética profesional y asociaciones gremiales que suelen fijar límites y requisitos a los pactos de *cuota litis*. Por el contrario, los servicios del tercero son considerados servicios financieros y, a la fecha, están sujetos a muy pocas regulaciones y limitaciones⁴².

Por último, en el contrato de préstamo ordinario el prestamista le proporciona una cantidad determinada de dinero a una parte que asume la obligación de restituirla junto con el pago de intereses. El prestamista, a diferencia del tercero financista, tiene recurso en caso de que la parte financiada incumpla sus obligaciones. Una modalidad de contrato de préstamo en materia de controversias es el financiamiento corporativo. En este tipo de contrato, un accionista o empresa afiliada de una de las partes le proporciona los fondos necesarios para afrontar la disputa mediante un crédito inter-compañía. Ahora bien, a diferencia del contrato de financiamiento por terceros, siempre existirá una obligación de restitución del capital proporcionado independientemente del resultado de la disputa⁴³.

C. Modalidades de financiamiento por terceros

Si bien tradicionalmente el financiamiento por terceros fue utilizado por empresas con insuficiencia de fondos para afrontar un arbitraje sin acudir a un financista, actualmente también es empleado por partes que, sin tener dificultades financieras, prefieren trasladar el riesgo y los costos asociados al arbitraje a un tercero para que los mismos no afecten su contabilidad y estados financieros. El desarrollo de esta industria ha generado una expansión de las distintas modalidades que ofrece el financiamiento por terceros.

comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.” Código Civil, Gaceta Oficial N° 2.990 (Extraordinario), publicada el 26 de julio de 1982, artículo 1482.

⁴² Para una comparación del pacto de *cuota litis* con el financiamiento por terceros, véase: Carmen Alonso Cánovas, “Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitraje,” *Revista del Club Español del Arbitraje* 2016, No. 26 (2016), p. 13; Jennifer A. Trusz, “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third Party Funding in International Commercial Arbitration,” *The Georgetown Law Journal* 101, No. 6 (agosto 2013), p. 1656.

⁴³ Para un examen más amplio de los financiamientos entre compañías del mismo grupo, consúltese: Rachel D. Thrasher, “Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform,” *Boston College Law Review* 59, No. 8 (2018), p. 2943, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss8/16>; ICCA y Universidad Queen Mary, “ICCA-Queen Mary Task Force Report...,” pp. 35-36.

Sin ánimo de ser exhaustivos, se puede clasificar este mecanismo según el número de casos financiados y según su extensión. Con respecto al primer grupo existen: (i) *financiamientos individuales* donde, como su nombre lo indica, la asistencia financiera se destina a un caso concreto; y (ii) *portfolio funding* por medio del cual el tercero financia un conjunto de casos con el objeto de diversificar su cartera de inversión, reducir riesgos y aumentar las posibilidades de ganancias⁴⁴. Esta última modalidad se subdivide a su vez en: (a) financiamiento para un conjunto de clientes de un mismo escritorio de abogados, y (b) financiamiento para las múltiples controversias de una misma entidad corporativa (y de sus subsidiarias)⁴⁵.

Con relación a la extensión, retorno y estructura del financiamiento, tal y como se dijo en la Sección III.1, las partes tienen mucha flexibilidad y la modalidad empleada dependerá de las necesidades del caso concreto. En este sentido, el tercero puede financiar la totalidad o parte de los gastos estrictamente relacionados con honorarios profesionales y tasas administrativas hasta una eventual condena en costas. Las partes podrían también acordar el financiamiento de otros costos distintos a los del proceso, como, por ejemplo, el pago de deudas relacionadas o no con el arbitraje⁴⁶. Igualmente, las fórmulas para calcular el retorno del financista en caso de éxito son variadas e incluyen desde un monto fijo predeterminado hasta porcentajes del monto recuperado. Así, vale la pena mencionar el financiamiento por participación (*equity financing*) por medio del cual el financista, en lugar de obtener una retribución económica en efectivo derivada del resultado del litigio, obtiene como forma de pago una retribución en especie como, por ejemplo, una participación accionaria en el capital de la empresa financiada⁴⁷. Por último, tampoco existe un límite en la forma y estructura del financiamiento. Dentro de las distintas estructuras de financiamiento se pueden señalar los instrumentos de deuda, títulos valores, financiamiento con garantías, entre otros⁴⁸.

⁴⁴ Victoria Shannon Sahani, “Reshaping Third-Party Funding,” *Tulane Law Review* 91, No. 3 (febrero 2017), pp. 415-418.

⁴⁵ ICCA y Universidad Queen Mary, “ICCA-Queen Mary Task Force Report...,” p. 38. Por ejemplo, de acuerdo con el informe anual de Burford Capital más de la mitad del capital invertido en el 2018 se destinó a operaciones de *portfolio funding*. Burford Capital, “2018 Annual Report” (2018), pp. 16-34, <https://www.burfordcapital.com/media/15-26/bur-31172-annual-report-2018-web.pdf>.

⁴⁶ Para un examen detenido de la extensión del financiamiento, consúltese: Goeler, *Third-Party Funding*, pp. 28-30.

⁴⁷ Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon, “Introduction to Third Party Funding,” en *Third-Party Funding in International Arbitration*, eds. Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon Sahani, 2da ed. (Wolters Kluwer, 2017), p. 11.

⁴⁸ Mosquera y Malek, “Third Party Funding. Conflicto de intereses...,” p. 263.

D. Ventajas y desventajas

El auge del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional ha incrementado el debate entre sus defensores y detractores desde el punto de vista jurídico y ético.

i. Ventajas

Los partidarios de este mecanismo alegan que facilita el acceso a la justicia. En su opinión, sin la asistencia financiera de un tercero dispuesto a asumir los costos procesales, muchas partes no podrían iniciar un arbitraje o tener una defensa adecuada en el mismo⁴⁹. Este fue precisamente uno de los criterios sostenidos por la Corte Suprema de Australia en el caso *Fostifal* señalar que, de prohibirse el uso del financiamiento por terceros, muchas personas solo tendrían posibilidades teóricas de presentar sus reclamaciones, ya que la falta de fondos les impediría acudir a los tribunales. El financista de litigios, en palabras de la Corte Suprema, “organiza a quienes pretenden hacer valer los derechos para que puedan tener acceso a un tribunal que decidirá, en definitiva, si tienen o no derechos, de acuerdo con la legislación.”⁵⁰ En materia arbitral, los altos costos del procedimiento pueden disuadir a una parte de presentar un reclamo o contratar una defensa legal idónea para evitar colocarse en una situación financiera comprometida. Por ello, cada vez más intentan obtener el auxilio financiero de un tercero que les permita presentar reclamos o defenderse de ellos sin verse económicamente afectadas⁵¹.

Independientemente de su situación de liquidez, el financiamiento por terceros permite a las partes trasladar el riesgo que supone participar en una controversia. Al externalizar este riesgo, la parte evita que la disputa afecte su flujo de caja y le permite utilizar sus recursos en la gestión de su negocio. Si bien

⁴⁹ Para obtener más información sobre las consideraciones del financiamiento por tercero en el acceso a la justicia, consúltese: Christopher P. Bogart, “Overview of Arbitration Finance,” en *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)*, Vol. 10, eds. Bernardo Cremades Sanz y Antonias Dimolitsa (ICC, 2013), pp. 51-53.

⁵⁰ *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Limited* (2006), ¶ 202. Asimismo, la Corte Suprema de Australia concluyó que el financiamiento por terceros contribuye a garantizar el “derecho humano fundamental que todos tengan acceso a cortes y tribunales independientes,” *ibíd.*, ¶ 144. En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones del Reino Unido señaló “es conveniente que los terceros presten asistencia financiera para facilitar el acceso a la justicia.” Corte de Apelaciones del Reino Unido, sentencia de fecha 15 de marzo de 2004, caso *Golf Azov Shipping Co Ltd v. Idisi* (2012), EWCA Civ 292, ¶ 54, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b660d03e7f57eb16cc>.

⁵¹ Susanna Khouri, Kate Hurford y Clive Bowman, “Third-Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration - a Panacea or a Plague? A Discussion of the Risks and Benefits of Third-Party Funding,” *Transnational Dispute Management* 8, No. 4 (octubre 2011).

en caso de éxito tendrá la obligación de pagar una suma significativa del monto recuperado al financista, no es menos cierto que este tipo de financiamiento le genera un ahorro importante durante el curso del procedimiento.

Asimismo, se alega que el financiamiento por terceros reduce demandas temerarias, ya que los financistas valoran extensivamente el caso antes de decidir financiarlo. Para ello, los proponentes de la figura se basan en estadísticas que señalan que la mayoría de las solicitudes de financiamiento son rechazadas y que sólo se financian entre un 5 y 10% de los potenciales casos. De esta forma, concluyen que el financiamiento por terceros actúa como una suerte de catalizador de controversias donde se rechazan las demandas temerarias y únicamente se financian los casos que tienen expectativas reales de éxito. Esto además refuerza la convicción de la parte financiada sobre los méritos de su caso⁵².

Desde el punto de vista del tercero, el financiamiento de arbitrajes representa una alternativa de inversión que puede generar un retorno significativo. Así, el rendimiento promedio del financista es del 20 al 50% y, en algunos casos, mucho mayor⁵³. Por ejemplo, en el arbitraje *Teinver S.A., et al. v. Argentina*, el financista Burford Capital obtuvo un retorno de más del 700%⁵⁴. A su vez, desde el punto de vista de los abogados de la parte financiada, el financiamiento por terceros les brinda la seguridad de que sus honorarios profesionales serán pagados independientemente del resultado del arbitraje.

ii. Desventajas

Si bien los proponentes del financiamiento por terceros se enfocan en sus ventajas, esta figura no está exenta de críticas. Un sector importante de la doctrina considera a los financistas como especuladores de la justicia que provocan un aumento significativo del número de controversias⁵⁵. En su criterio,

⁵² Fernández Masía, “La Financiación por Terceros...,” ¶ 10 y n. 19. En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Texas declaró: “Un tercero financista presumiblemente evalúa los méritos del caso, los riesgos y la probabilidad de retorno de la inversión antes de efectuar su inversión. El financista probablemente no estará dispuesto a invertir los fondos en una demanda temeraria, ya que su única posibilidad de retorno de la inversión depende del éxito de la demanda.” Corte de Apelaciones de Texas, sentencia de fecha 2 de mayo de 2006, caso *Anglo-Dutch Petroleum v. Haskell* (2006), 193 S.W.3d 87, p. 105.

⁵³ Garcia y Hough, “Third Party Funding in International...,” p. 9.

⁵⁴ El tercero financista invirtió aproximadamente US\$ 13 millones en el procedimiento arbitral y luego vendió su participación financiera por US\$ 107 millones, obteniendo una ganancia de US\$ 94 millones. “Burford Sells Teinver Investment for \$107M,” Burford Capital (2018), <https://www.burfordcapital.com/media-room/media-room-container/burford-sells-teinver-investment-for-107-million-a-736-return/>.

⁵⁵ Pia Eberhardt y Cecilia Olivet, *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fueling an investment arbitration boom* (Bruselas -Amsterdam: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012), pp. 58-59; Grupo de Trabajo

los tribunales pasan de ser instrumentos de obtención de justicia para convertirse en mecanismos rentables de generación de ingresos. Tal como expresó el voto salvado de la decisión *Fostif*:

Un litigio no debe brindar una oportunidad de negocio a los terceros, creando y fomentando controversias en las cuales estos no están involucrados y que de no ser por los esfuerzos de los terceros no se habrían iniciado... quienes, al manipular los procedimientos y órdenes de los tribunales, el único objeto que tienen es generar importantes sumas de dinero y no resolver las controversias de manera justa⁵⁶.

Aun cuando se afirma que el financista efectúa auditorías para filtrar los casos que tengan mayores probabilidades de éxito, no es menos cierto que el tercero puede tener el incentivo de tomar mayores riesgos con la expectativa de generar mayores rendimientos⁵⁷. Un inversionista puede invertir sus fondos en un título de deuda del gobierno de Estados Unidos de manera segura, pero con menor retorno; o puede hacerlo en acciones o títulos de deuda de un *start-up*, una inversión más riesgosa pero con mayores probabilidades de retorno. Lo mismo ocurre con el tercero financista quien tiene la posibilidad de invertir en distintos tipos y clases de casos para diversificar sus riesgos y sus potenciales rendimientos⁵⁸. Por ello, en criterio de algunos, el financista al seleccionar una

III de CNUDMI, “Nota de la Secretaría...” (24 de enero de 2019), ¶ 34; Stephen R. Jagusch, “Third Party Funding of International Arbitrations,” en *Leading Arbitrators’ Guide To International Arbitration*, eds. Lawrence W. Newman y Richard D. Hills, 3ra. ed. (JurisNet, 2014).

⁵⁶ Corte Suprema de Australia, voto salvado de los magistrados Callinan y Heydon de fecha 30 de agosto de 2006, caso *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Limited* (2006).

⁵⁷ Miriam Harwood, Simón Batifort y Christina Trahanas, “Third-Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues,” en *The Investment Treaty Arbitration Review*, ed. Barton Legum, 2da ed. (Law Business Research, 2017) pp. 108-109; Kate Brown de Vejar y Chloe Baldwin, “The Economics of Access: Systemic Imbalances in ISDS,” en *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, Vol. 20, eds. Jean Engelmayr Kalicki y Mohamed Abdel Raouf (ICCA y Kluwer Law International, 2019), pp. 541-547.

⁵⁸ Esta situación ha suscitado especial preocupación en materia de arbitraje de inversiones donde los Estados son los únicos demandados y los gastos procesales requeridos para la defensa de sus intereses pueden tener un impacto importante en los países y sus ciudadanos. En este sentido, el Grupo de Trabajo III de CNUDMI concluyó que “en el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se dijo que la práctica de la financiación por terceros planteaba problemas éticos y podía repercutir negativamente en los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Se señaló además que los terceros que aportaban financiación podrían adquirir un grado excesivo de control o influencia en el proceso de arbitraje, lo que podría dar lugar a que se entablaran demandas infundadas y a que se desalentara el arreglo amistoso de las controversias.” Grupo de

controversia no siempre tiene en cuenta las más meritorias sino las de mayor cuantía, independientemente de que las mismas sean temerarias⁵⁹. En estos casos, el financista, en lugar de filtrar y catalizar las controversias, contribuye a su aumento.

Asimismo, el financiamiento por terceros plantea importantes dilemas éticos en las relaciones entre clientes y abogados. Preocupa el hecho de que el tercero pueda menoscabar la autonomía de la parte financiada, afectando la toma de decisiones o la estrategia del caso⁶⁰. En principio, los financistas no deberían tener control sobre el caso ni ser considerados los clientes del abogado, pero no se puede ignorar la influencia práctica que tienen por ser ellos quienes desembolsan los fondos y pagan los honorarios profesionales. Además, el financiamiento por tercero plantea algunos problemas sobre la confidencialidad y el secreto profesional tales como: ¿renuncia la parte al privilegio de confidencialidad si comparte un documento con el financista?, ¿qué ocurre si la parte le envía un documento de su contraparte al tercero y éste no tiene el deber de guardar confidencialidad o de no utilizar dicha información para su propio beneficio?⁶¹ Lógicamente esto puede desencadenar costosas incidencias procesales en el arbitraje.

El surgimiento de diferencias entre el tercero y la parte financiada también puede influir en el curso del procedimiento arbitral subyacente. Por ejemplo, en el caso *S&T Oil v. Rumania* surgió una disputa entre la parte financiada (S&T) y el financista (*Juridica*) sobre supuestas declaraciones falsas de S&T. Ante ello, el financista decidió no continuar financiando el caso, lo que impidió el pago de los anticipos de costos del CIADI y provocó la discontinuación del procedimiento por falta de pago de las tasas respectivas⁶².

Trabajo III de CNUDMI, “Nota de la Secretaría...” (24 de enero de 2019), ¶ 5. Asimismo, en octubre de 2019 el Grupo de Trabajo reiteró su preocupación por la repercusión del financiamiento en “conflictos de intereses... en el aumento del número de casos de inversiones, en las demandas infundadas y en el monto de los daños y perjuicios reclamados” Grupo de Trabajo III de CNUDMI, Informe sobre la labor realizada en su 38° período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2019), ¶ 80, <https://undocs.org/es/A/CN.9/1004>.

⁵⁹ Tara Santosuosso y Randall Scarlett, “Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance,” *Boston College Law Review* 60, No. 9 (2019), pp. 11-16.

⁶⁰ Lisa B. Nieuwveld y Victoria Shannon, “Ethical Considerations...,” pp. 96-102.

⁶¹ Andreas Frischknecht, “Privilege and confidentiality in Third Party Funder Due Diligence...,” *Transnational Dispute Management* 8, No. 4 (octubre 2011); Edouard Bertrand, “The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding,” *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin* (Kluwer Law International, 2011), pp. 611-612.

⁶² Corte Federal para el Distrito Sur de Texas, División de Houston, caso *S&T Oil Equipment & Machinery v. Juridica Investment Limited* (2011), No. H-11-0542. Con respecto a la terminación del procedimiento, véase: *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v.*

Igualmente, hay que tener en cuenta que los financistas muchas veces se reservan la decisión final sobre la aprobación o no de un acuerdo de transacción, lo cual puede ser un obstáculo para que las partes logren una solución negociada de la controversia⁶³.

Por último, quizás el problema más importante es el conflicto de intereses que puede surgir entre un financista y alguno de los árbitros, lo cual afecta la necesaria imparcialidad e independencia de los operadores de justicia y la integridad del procedimiento arbitral. El crecimiento exponencial del financiamiento de procedimientos arbitrales por terceros, el número limitado de financistas y los vínculos entre los terceros, abogados y árbitros son algunos elementos que provocan desconfianza en la utilización de este mecanismo por las situaciones de conflicto de intereses que pueden presentarse⁶⁴. A título de ejemplo, piénsese en una persona que sea accionista de una empresa de financiamiento y que a la vez actúe como árbitro en un procedimiento financiado por dicha empresa, ¿qué ocurre si la otra parte no conoce la existencia de este conflicto y ni el árbitro ni la parte financiada lo revelan? Lógicamente esta situación puede viciar el procedimiento arbitral, desencadenando recusaciones de los árbitros o incluso solicitudes de nulidad de un eventual laudo.

IV. Conflicto de intereses y revelación del financiamiento por terceros

El auge del desarrollo del arbitraje como mecanismo de resolución alternativa de conflictos tiene que ver, en parte, con la búsqueda de un procedimiento voluntario, transparente y expedito que contribuya a dirimir controversias entre las partes. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente durante el procedimiento arbitral⁶⁵. Esto implica que éste no debe tener conflictos con el objeto de la controversia ni con las partes del proceso. Uno de los principales desafíos que enfrenta el arbitraje como resultado del

Rumania, CIADI (Caso No. ARB/07/13), Decisión sobre la Terminación del Procedimiento de fecha 16 de julio de 2010, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0743.pdf>.

⁶³ Grupo de Trabajo III de CNUDMI, “Nota de la Secretaría...” (24 de enero de 2019), ¶ 24.

⁶⁴ William W. Park y Catherine Rogers, “The Arbitration Agreement and Arbitrability, Third-Party Funding in International Arbitration: the ICCA-Queen Mary Task Force,” *Austrian Yearbook on International Arbitration* (2015), p. 119.

⁶⁵ La independencia e imparcialidad de los árbitros es un principio fundamental del arbitraje. Por ejemplo, véase: Reglamento de Arbitraje de la CCI (2017), artículo 11 (“Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”); Directrices IBA (2014), Norma General 1 (“Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.”).

incremento del financiamiento por terceros es precisamente los efectos que éste puede tener en el surgimiento de conflictos de intereses con los árbitros y, en definitiva, en la legitimidad del procedimiento arbitral.

El uso frecuente del financiamiento por terceros ha generado debates en torno a cómo reducir los riesgos asociados con su utilización y la importancia de la revelación de la identidad del tercero financista para permitir a los árbitros velar por la inexistencia de conflictos de intereses⁶⁶. Si bien puede alegarse que la revelación de la existencia de un acuerdo podría motivar a la otra parte al uso de argucias procesales, no puede desconocerse que la presencia de un conflicto de intereses (muchas veces motivada por la falta de información y transparencia) pone en peligro la validez del procedimiento y la firmeza del laudo.

Se han adoptado múltiples directrices y reglas que tienen por objetivo asegurar la transparencia y la integridad del procedimiento arbitral. Ahora bien, no son muchos los instrumentos que regulan, de manera precisa, la existencia o no de un deber de revelar la presencia de un tercero financista que permita, por ejemplo, determinar la existencia de un conflicto y, en su caso, su extensión. A continuación, se analizan algunos de los principales instrumentos que regulan la materia.

A. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional

Las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional proporcionan una guía sobre qué circunstancias podrían atentar contra la imparcialidad e independencia de los árbitros y qué hechos deben ser revelados para garantizar la igualdad entre las partes y la integridad del procedimiento. A pesar de que las Directrices son *soft law* y que las circunstancias a que se refieren no son exhaustivas, son un instrumento muy utilizado en el arbitraje comercial internacional y en el de inversiones.

En el 2014, se modificaron las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional para incorporar el financiamiento por terceros. Al respecto, las Directrices: (i) definen al tercero financista como aquel que contribuye con fondos al desarrollo del proceso y que tiene un interés económico directo en el laudo⁶⁷; (ii) equiparan al financista con la parte

⁶⁶ William Stone, “Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?,” *Asian Dispute Review* 2015, No. 2 (Hong Kong: Hong Kong International Arbitration Centre, 2015), pp. 65-70.

⁶⁷ Directrices IBA (2014), nota explicativa sobre la Norma General 6(b) (“Los términos ‘tercero financiador’ y ‘aseguradora’ se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la

financiada, imponiéndole a la parte financiada el deber de informar a los árbitros cualquier relación directa o indirecta existente entre el árbitro y el tercero financista⁶⁸; e (iii) imponen a los árbitros el deber de realizar averiguaciones razonables para identificar y revelar potenciales conflictos de intereses⁶⁹.

Para facilitar la identificación de potenciales conflictos de intereses, las Directrices incluyen listas de distintos colores que varían según la gravedad de la situación. Primero, la Lista Roja describe las circunstancias que afectan en mayor medida el estándar de independencia e imparcialidad de los árbitros y se divide en Lista Roja Irrenunciable y Lista Roja Renunciable. El primer supuesto contempla situaciones que ineludiblemente suscitan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, en cuyo caso éste no debe aceptar su nombramiento y, en caso de haberlo hecho, debe inhibirse⁷⁰. El segundo supuesto comprende situaciones graves que, en principio, impedirían que la persona ejerza sus funciones de árbitro, sin embargo, por ser circunstancias de menor gravedad que las de la Lista Roja Irrenunciable pueden renunciarse si todas las partes: (i) están informadas del conflicto de intereses y (ii) manifiestan explícitamente su conformidad con que la persona continúe como árbitro a pesar del conflicto⁷¹. Segundo, la Lista Naranja incluye situaciones que pueden poner en entredicho la independencia e imparcialidad del árbitro y, por ello, su revelación es obligatoria⁷². Por último, la Lista Verde abarca situaciones que no comprometen la imparcialidad ni independencia, real o aparente; por lo tanto, no requieren revelación⁷³.

Desde el punto de vista práctico, son muchos los posibles conflictos que pueden surgir entre el financista y los árbitros. Las siguientes hipótesis ilustran el tema: (i) el abogado de una parte financiada en un procedimiento arbitral A

demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje.”).

⁶⁸ Directrices IBA (2014), Parte I, nota explicativa sobre la Norma General 6(b) (“Los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo y, por tanto, pueden considerarse como equivalentes a la parte”) y 7(a) (“Cada parte deberá informar al árbitro... cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo... en el laudo que se emita en el arbitraje. Cada parte informará a iniciativa propia lo antes posible.”).

⁶⁹ Directrices IBA (2014), Parte I, Norma General 2, 3, 4, 7(d).

⁷⁰ Directrices IBA (2014), Parte I, Norma General 2(d) y (4b); *ibíd.*, Parte II, ¶ 2 y Lista Roja Irrenunciable.

⁷¹ Directrices IBA (2014), Parte I, Norma General 4(c); *ibíd.*, Parte II, ¶ 2 y Lista Roja Renunciable.

⁷² Directrices IBA (2014), Parte I, Norma General 3(a); *ibíd.*, Parte II, ¶ 3 y Lista Naranja.

⁷³ Directrices IBA (2014), ¶ 7 y Lista Verde.

actúa como árbitro en el procedimiento B donde el mismo financista interviene⁷⁴; (ii) el abogado es miembro de la junta directiva de un tercero financista y es designado árbitro en un proceso donde ese tercero financia a una de las partes⁷⁵; (iii) el abogado es accionista del tercero financista y es nombrado árbitro en un procedimiento donde el tercero financia a una de las partes⁷⁶; y (iv) el abogado es socio de un despacho que percibe ingresos sustanciales derivados del financiamiento de casos por un tercero y participa como árbitro en un procedimiento donde el tercero financia a una de las partes⁷⁷. Todos estos supuestos encuadran dentro de la Lista Roja Irrenunciable y derivan del principio según el cual nadie puede ser juez y parte a la vez. Por ende, el árbitro no puede aceptar su nombramiento y, en caso de haber sido designado, debe inhibirse aun cuando todas las partes hayan aceptado la situación que origina el conflicto.

Ahora ¿cómo conocer la existencia de un conflicto de intereses? En esta materia la información es crucial. Desconocer un conflicto de intereses puede viciar por completo un procedimiento arbitral. Piénsese en un árbitro que tenga

⁷⁴ Miriam Harwood y Christina Trahanas, “Conflicts of Interest,” en *Handbook on Third Party Funding in International Arbitration*, ed. Nikolaus Pitkowitz (JurisNet, 2018), p. 46. Las autoras subsumen el supuesto en la hipótesis prevista en el numeral 1.1 de la Lista Roja Irrenunciable (“identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es representante legal... de una parte en el arbitraje”), aunque advierten que también puede catalogarse como parte del numeral 2.3.1 de la Lista Roja Renunciable (“[e]l árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes.”).

⁷⁵ Harwood y Trahanas, “Conflicts of Interest,” p. 45. La situación se encuentra prevista en el supuesto 1.2 de la Lista Roja Irrenunciable (“[e]l árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control sobre una de las partes...”).

⁷⁶ Mosquera y Malek, “Third Party Funding. Conflicto de intereses...,” p. 268, subsumiendo la situación en el supuesto de hecho de la Lista Roja Irrenunciable 1.3 (“[e]l árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes...”).

⁷⁷ Mosquera y Malek, “Third Party Funding. Conflicto de intereses...,” p. 269, subsumiendo la hipótesis dentro del supuesto 1.4 de la Lista Roja Irrenunciable (“[e]l árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos.”). Se ha discutido mucho qué se entiende por ingresos significativos y cómo se miden. Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012), pp. 269 – 363. Asimismo, es importante considerar la expansión del financiamiento por terceros bajo la modalidad de *portfolio financing* y los potenciales conflictos de intereses que pueden causar. La doctrina discute si los supuestos de las Directrices IBA son lo suficientemente amplios para abarcar la manera como están estructurados ciertos tipos de *portfolio financing* a bufetes de abogados o a compañías (por ejemplo, un préstamo garantizado con ingresos provenientes de determinados casos). En todo caso, en aras de garantizar la integridad del procedimiento y evitar impugnaciones futuras contra los laudos, los árbitros y las partes deberían revelar este tipo de financiamiento.

una relación económica con un tercero y en las fases finales del procedimiento o peor aún, una vez emitido el laudo, se entere que ese tercero financió a una de las partes de la disputa. Esta situación puede generar que el árbitro se inhíba o sea recusado del procedimiento y, en caso de haberse emitido el laudo, que se solicite su nulidad. Por supuesto, todo esto acarrea retrasos en el proceso y mayores costos para las partes, lo cual repercute en la integridad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Por estas razones, es trascendental que cada parte cumpla con su deber de informar, a la brevedad posible, cualquier relación directa o indirecta que pudiese existir entre el árbitro y el tercero financista⁷⁸.

B. Centros de arbitraje

Con posterioridad a la reforma de las Directrices IBA, un número de instituciones arbitrales han tratado de regular los eventuales conflictos generados por el financiamiento por terceros. Algunos centros de arbitraje han emitido directrices sobre este mecanismo, otros han modificado sus reglamentos para contemplarlo, sin embargo, la gran mayoría todavía no lo han regulado y continúan en el debate sobre cómo regular esta situación. A continuación, nos referiremos de manera sumaria a las instituciones de arbitraje comercial y de inversiones que han adoptado un rol más activo a la hora de orientar la conducta de las partes y la de los árbitros ante la existencia de un acuerdo de financiamiento.

El Reglamento de Arbitraje de la CCI no contiene una regulación sobre el financiamiento por terceros. Sin embargo, la Corte Internacional de la CCI sí ha previsto el financiamiento por tercero en versiones recientes de sus guías prácticas para orientar a las partes y a los tribunales en los procedimientos de arbitraje comercial internacional⁷⁹. Las directrices de la Corte Internacional de la CCI establecen que los árbitros al momento de valorar si corresponde o no

⁷⁸ Se le critica a las Directrices IBA que no imponen una obligación general a la parte financiada de revelar la existencia del acuerdo de financiamiento, sino que condicionan este deber a que exista una relación entre el financista (quien además debe tener un interés económico en el laudo) y uno de los árbitros. Véase: Fernández Masiá, “La Financiación por Terceros...,” p. 211.

⁷⁹ Corte Internacional de la CCI, “Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI” (2019), ¶ 28, https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf; Corte Internacional de la CCI, “Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI” (2016). El financiamiento por terceros también se definió, aunque con ciertas diferencias, en: Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI “ICC Commission Report: Decisions On Costs In International Arbitration,” *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2015, No. 2 (CCI, 2015), n. 44.

efectuar una revelación deberán considerar sus relaciones con entes que tengan un interés económico directo en la controversia. En este sentido conviene resaltar tres aspectos: (i) se adopta implícitamente la definición de tercero financista de las Directrices IBA (un sujeto que tiene un interés económico directo en la disputa)⁸⁰; (ii) no se le impone una obligación específica al árbitro de revelar una relación con un financista ya que se deja al criterio del árbitro evaluar si conviene realizar la divulgación; y (iii) para poder efectuar el análisis, el árbitro debe tener conocimiento de la presencia de un tercero financista lo que implica que la parte financiada debe revelar la existencia del financista.

Asimismo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) publicó en el 2016 algunas recomendaciones sobre cómo actuar ante la existencia de financiamiento por terceros en procedimientos arbitrales. Además de definir qué se entiende por financiamiento por tercero, se reconoce que el financiamiento puede atentar contra la independencia e imparcialidad del procedimiento y, por tanto, se recomienda a las partes divulgar la existencia del financiamiento tan pronto como sea posible para evitar potenciales conflictos de intereses⁸¹.

El Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC, por sus siglas en inglés) dictó la Nota Práctica sobre la Conducta de los Árbitros en Casos que Involucran Financiamiento por Terceros en el 2017⁸²; luego de que Singapur, uno de los centros de arbitraje más importantes del mundo, reformara su Código

⁸⁰ Corte Internacional de la CCI, “Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral...” (2019), ¶ 28 (“Las relaciones entre árbitros, así como las relaciones con cualquier entidad que tenga un interés económico directo en la controversia... deben también tenerse en cuenta según las circunstancias de cada caso.”). Vale acotar que el Informe Sobre Costos en el Arbitraje Comercial de 2015 contiene una definición diferente del financiamiento por tercero. Véase: Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI “ICC Commission Report: Decisions On Costs...,” n. 44 (“Un tercero financiador es un sujeto independiente que proporciona financiamiento total o parcial para los costos de una de las partes del procedimiento (usualmente el demandante), por lo general a cambio de primas de éxito o estímulo en caso de resultar vencedora.”).

⁸¹ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá, Resolución Administrativa 18/26, “Recommendations regarding the existence of third-party funding in arbitrations administered by CAM-CCBC” (2016), artículos 1, 3-5, <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc>.

⁸² SIAC, Nota Práctica PN – 01/17, “Practice Note: On Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding” (2017), <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>. Esta nota es aplicable a los casos administrados bajo el Reglamento de Arbitraje del SIAC de 2016. Los arbitrajes de inversiones administrados por el SIAC se rigen por otro reglamento específico sobre la materia donde también se establecen regulaciones sobre el financiamiento por tercero, el cual se analiza poco más adelante.

Civil para permitir el uso del financiamiento por terceros (antiguamente prohibido por las doctrinas de *champerty* y *maintenance*) en determinadas áreas (como el arbitraje internacional y procedimientos similares) y solo cuando sea suministrado por profesionales del ramo⁸³. Igualmente, las reglas de conducta de la profesión legal imponen a los abogados la obligación de revelar la cuantía del financiamiento que su cliente reciba y aclaran que el deber de lealtad del abogado es con el cliente y no con el financista⁸⁴. Además, la Nota Práctica del SIAC: (i) impone a los árbitros la obligación de revelar cualquier relación directa o indirecta que puedan tener con un tercero financista⁸⁵; (ii) confiere a los árbitros la potestad de requerir a la parte financiada revelar detalles adicionales sobre el acuerdo de financiamiento, incluyendo el interés del financista en el resultado del litigio⁸⁶; (iii) otorga a los árbitros el poder de tomar en consideración cualquier acuerdo de financiamiento a la hora de prorratear los costos del arbitraje⁸⁷; y (iv) señala que la mera existencia del acuerdo de financiamiento no es indicativa *per se* de la situación financiera de la parte financiada para efectos de la *cautio judicatum solvi*⁸⁸.

Por otra parte, algunas instituciones han modificado sus reglamentos para incluir disposiciones sobre el financiamiento por terceros. Por ejemplo, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC, por sus siglas en inglés) en su reciente Reglamento de Arbitraje contiene una regulación bastante completa sobre la materia. Al igual que Singapur, en el 2017 Hong Kong eliminó la prohibición que existía contra el uso del financiamiento por terceros en arbitrajes y procedimientos similares, sujeto a ciertas condiciones y regulaciones⁸⁹. Posteriormente, el HKIAC reformó su Reglamento de Arbitraje en el 2018 para regular dicha figura. Entre las particularidades del Reglamento HKIAC, se destacan: (i) la parte financiada tiene la obligación de revelar la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad del tercero financista desde el inicio

⁸³ Civil Law Act, 2017 (Singapur), <https://sso.agc.gov.sg/Acts-supp/2-2017>; Secomb, Wallin y Richmond, "Singapore," pp. 171-175. Tal como se explicó en la Sección III.1, el Reglamento del Código Civil de Singapur requiere que el tercero sea un profesional del ramo, para ello el tercero debe dedicarse a la actividad de manera habitual, el financiamiento debe ser su principal actividad económica y debe cumplir con los requisitos mínimos de capital establecidos. Civil Law (Third-Party Funding) Regulations, 2017, artículo 4, (Singapur), <https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017>.

⁸⁴ Professional Conduct of the Legal Profession (Singapur), Sección 5A -Reglas Aplicables al Financiamiento por Terceros, §49(A), <https://sso.agc.gov.sg/SL/LPA1966-S706-2015#pr49A->; Secomb, Wallin y Richmond, "Singapore," p. 172.

⁸⁵ SIAC, "Practice Note: On Arbitrator Conduct...", ¶¶ 4, 6 y 8.

⁸⁶ SIAC, "Practice Note: On Arbitrator Conduct...", ¶¶ 5 y 7.

⁸⁷ SIAC, "Practice Note: On Arbitrator Conduct...", ¶¶ 10 y 11.

⁸⁸ SIAC, "Practice Note: On Arbitrator Conduct...", ¶ 9.

⁸⁹ Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance, 2017 (Hong Kong), <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>; Chan, "Hong Kong," pp. 81-85.

del procedimiento (bien sea en la solicitud de arbitraje o en la contestación), o tan pronto como el mismo ocurra (si el acuerdo de financiamiento se celebra después de iniciado el arbitraje)⁹⁰; (ii) la parte financiada debe comunicar cualquier modificación al acuerdo de financiamiento⁹¹; (iii) se prevé y autoriza la posibilidad de que la parte financiada tenga que compartir información confidencial con el financista⁹²; y (iv) se faculta al tribunal para tomar en cuenta el financiamiento por terceros al momento de prorratear los costos del arbitraje⁹³.

Igualmente, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) de 2020 reguló el financiamiento por terceros⁹⁴. Entre las principales regulaciones se incluyen: (i) la obligación de la parte financiada de revelar la existencia del acuerdo e identidad del financista desde el inicio del arbitraje o tan pronto se celebre⁹⁵; (ii) la obligación de los árbitros de revelar cualquier vínculo con los terceros financistas⁹⁶; y (iii) la facultad del tribunal de solicitar a la parte financiada la revelación de información adicional sobre el financiamiento y el tercero financista⁹⁷.

Por último, conviene abordar brevemente el tema desde el ángulo del arbitraje de inversiones donde, como se indicó antes, el financiamiento por terceros es un área que preocupa sobremedida a los Estados por sus repercusiones en el proceso. En este sentido, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI ha señalado que el financiamiento introduce un “desequilibrio estructural” en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados⁹⁸. Ante las inquietudes relacionadas con esta figura, se ha avivado el debate sobre el *statu quo* del financiamiento por tercero y eventuales propuestas de regulación.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) actualmente se encuentra en un proceso de reforma de sus Reglas de Arbitraje con el objeto de lograr una mayor transparencia y eficiencia en la resolución de conflictos. A la fecha se han producido cuatro documentos de

⁹⁰ HKIAC, Reglamento de Arbitraje (2018), https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf, artículos 4.3(i), 5(g), 44.

⁹¹ HKIAC, Reglamento de Arbitraje, artículo 44.3.

⁹² HKIAC, Reglamento de Arbitraje, artículo 45.3(e).

⁹³ HKIAC, Reglamento de Arbitraje, artículo 34.4.

⁹⁴ CIAM, Reglamento de Arbitraje (2020), https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/04/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf.

⁹⁵ CIAM, Reglamento de Arbitraje, artículos 5.2(1) y 23.1.

⁹⁶ CIAM, Reglamento de Arbitraje, artículo 10.2.

⁹⁷ CIAM, Reglamento de Arbitraje, artículos 23.1 y 24.2(n).

⁹⁸ Grupo de Trabajo III de CNUDMI, “Informe del Grupo de Trabajo III...” (6 de noviembre de 2018), ¶ 120.

trabajo⁹⁹. Entre los cambios discutidos se encuentra una reglamentación del financiamiento por terceros ya que la normativa actual no lo regula. Así, el último documento de trabajo: (i) incluye una definición amplia del financiamiento por terceros, reconociendo expresamente que el tercero puede proporcionar fondos por medio de una donación o subsidio y, por tanto, no es necesario que tenga un interés económico directo en el laudo¹⁰⁰; (ii) impone a la parte financiada la obligación de revelar la existencia del acuerdo de financiamiento, el nombre y dirección del financista, así como cualquier modificación al acuerdo¹⁰¹; y (iii) faculta a los árbitros para requerir, en cualquier etapa del procedimiento, información adicional sobre el financiamiento y el financista¹⁰².

Por su parte, el SIAC dictó en 2017 un Reglamento de Arbitraje de Inversiones¹⁰³. Con respecto al financiamiento por terceros, destacan los siguientes aspectos: (i) se reconoce la facultad del tribunal de ordenar que la parte financiada divulgue detalles del acuerdo de financiamiento como la identidad del financista, su interés en el resultado del proceso y si el financiamiento cubre una eventual condena en costas¹⁰⁴; y (ii) se permite que el tribunal tome en consideración cualquier acuerdo de financiamiento a la hora de prorratear los costos del arbitraje¹⁰⁵.

Por otro lado, la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC, por sus siglas en inglés) dictó en el 2017 su

⁹⁹ Para consultar el texto de los cuatro documentos de trabajo, véase: CIADI, “Propuesta de Enmiendas al Reglamento y a las Reglas del CIADI - Documentos De Trabajo,” <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/enmendar-de-la-reglamento-y-el-reglas-del-ciadi-documentos-des-trabajo>.

¹⁰⁰ CIADI, “Documento de Trabajo No. 4: Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI” (febrero 2020), p. 39, regla 14(1), https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf.

¹⁰¹ CIADI, “Documento de Trabajo No. 4...,” p. 40, regla 14(3).

¹⁰² CIADI, “Documento de Trabajo No. 4...,” pp. 40 y 49, reglas 14(5) y 36(3).

¹⁰³ SIAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones (2017), <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf>. Como se indicó poco antes, el SIAC también dictó una guía práctica sobre el financiamiento por terceros aplicable a los arbitrajes administrados bajo el Reglamento ordinario del SIAC de 2016. El Reglamento de Arbitraje de Inversiones, por su parte, regula específicamente la solución de controversias relativas a inversiones. Cualquier otro tipo de arbitraje continúa regido por el Reglamento de 2016 y, en materia de financiamiento por terceros, por las directrices de la Nota Práctica sobre la Conducta de los Árbitros en Casos que Involucran Financiamiento por Terceros.

¹⁰⁴ SIAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículo 24(1).

¹⁰⁵ SIAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículos 33.1 y 35.

Reglamento de Arbitraje de Inversiones¹⁰⁶. El Reglamento incluye: (i) una definición amplia del financiamiento por tercero, no limitada exclusivamente a la retribución del financista¹⁰⁷; (ii) la obligación de la parte financiada de notificar la existencia y naturaleza del acuerdo de financiamiento y la identidad del financista¹⁰⁸; (iii) la facultad amplia del tribunal para ordenar la divulgación de cualquier información relacionada con el acuerdo de financiamiento¹⁰⁹; y (iv) la posibilidad que el tribunal considere la existencia del financiamiento en la distribución de costos del arbitraje¹¹⁰.

Como se puede apreciar, la regulación del financiamiento por terceros en las instituciones arbitrales está en plena evolución. Si bien muchos centros carecen de un marco normativo sobre la materia, algunos paulatinamente han adoptado definiciones amplias de este mecanismo de financiamiento y fijado ciertos parámetros para evitar potenciales situaciones de conflictos de intereses. La mayoría de estos instrumentos requieren que la parte financiada revele, a la brevedad posible, la existencia del acuerdo y la identidad del financista. Otras instituciones van más allá y facultan a los árbitros para requerir la divulgación de la naturaleza y condiciones del financiamiento. Por último, algunos centros toman en consideración la existencia del financiamiento por terceros en la distribución de costos y en la *cautio judicatum solvi*¹¹¹.

C. Tratados internacionales

La regulación del financiamiento por terceros en los tratados y acuerdos internacionales es bastante escasa y, en la mayoría de los casos, inexistente. Ante ello, se han producido múltiples deliberaciones entre funcionarios gubernamentales de distintos países, académicos, abogados y otros miembros de la comunidad jurídica sobre la necesidad de introducir reformas en el sistema

¹⁰⁶ CIETAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones (2017), <http://www.cietac.org/-index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en>.

¹⁰⁷ CIETAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículo 27.1.

¹⁰⁸ CIETAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículo 27.2.

¹⁰⁹ CIETAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículo 27.2.

¹¹⁰ CIETAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículo 27.3.

¹¹¹ En Venezuela, a la fecha, no existe una regulación del financiamiento del procedimiento arbitral por terceros. Este mecanismo no está contemplado en la Ley de Arbitraje Comercial, ni en el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), ni en el del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Ahora bien, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, una parte puede, al menos en principio, celebrar un acuerdo de financiamiento con un tercero ya que no existe prohibición expresa al respecto. Por supuesto, conviene revelar la existencia del acuerdo para garantizar la integridad del procedimiento. Al parecer, en el proyecto de Reforma del Reglamento del CACC se ha contemplado regular esta figura para evitar eventuales conflictos de intereses.

normativo de resolución de controversias internacionales. En el marco de estas discusiones se ha tratado la cuestión de cómo reglamentar el financiamiento por terceros para que no afecte la integridad del procedimiento arbitral.

Una propuesta de reforma bastante novedosa ha sido la de la Unión Europea de crear un mecanismo permanente de dos instancias (tribunal de primera instancia y tribunal de apelación) para la resolución de controversias internacionales relativas a inversiones¹¹². El análisis de esta propuesta escapa del ámbito de este trabajo, sin embargo, conviene señalar que el Acuerdo Económico y Comercio Global (CETA por sus siglas en inglés) suscrito entre Canadá y la Unión Europea incluye un sistema de solución de controversias de inversiones basado en un tribunal internacional a dos instancias¹¹³. En cuanto al tema que nos ocupa, el CETA incluyó disposiciones específicas sobre el financiamiento por terceros, entre las que se encuentran: (i) un concepto amplio del financiamiento, previendo la posibilidad que se realice a título de donación o subsidio y, por tanto, no limitando su definición a un interés económico en el laudo¹¹⁴; y (ii) la obligación de la parte financiada de notificar a la otra parte y al tribunal la identificación y dirección del financista al momento de iniciar la controversia o tan pronto como ocurra el financiamiento (si se celebra con posterioridad al inicio del procedimiento)¹¹⁵.

El Acuerdo de Inversiones entre la Unión Europea y Singapur, que aún no ha entrado en vigor, contiene una regulación muy similar a la del CETA en materia de financiamiento por terceros¹¹⁶. En efecto, se contempla: (i) una definición amplia de financiamiento por tercero no limitada a un interés económico directo en el laudo¹¹⁷; y (ii) el deber de la parte financiada de

¹¹² Para una visión panorámica de la propuesta de la Unión Europea para la resolución de controversias en materia de inversiones, puede consultarse con provecho: Elsa Sardinha, “The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement,” *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 32, No. 3 (Oxford University Press, 2017), pp. 625 – 672; Colin M. Brown, “The EU’s Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement,” en *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, eds. Ana Stanič y Crina Baltag (Kluwer Law International, 2020), pp. 219 – 236.

¹¹³ CETA, artículo 8.1 (véase Sección III.1, n. 26), artículos 8.23, 8.24, 8.27-8.29.

¹¹⁴ CETA, artículo 8.21.

¹¹⁵ CETA, artículo 8.26.

¹¹⁶ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y la República de Singapur, suscrito el 19 de octubre de 2018, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7980-2018-INIT/en/pdf>. Este tratado entrará en vigor cuando todos los miembros de la Unión Europea ratifiquen su texto conforme a su legislación nacional.

¹¹⁷ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y la República de Singapur, artículo 3.1(2)(f).

comunicar al tribunal y a la otra parte el nombre y dirección del tercero financista al comienzo de la disputa o tan pronto se concluya el acuerdo¹¹⁸.

Por último, el Acuerdo de Inversiones entre la Unión Europea y Vietnam, que entró en vigencia recientemente, también establece una definición amplia del financiamiento por terceros no limitada a la retribución del financista¹¹⁹. Ahora bien, a diferencia de lo previsto en el CETA y en el Tratado con Singapur, el Acuerdo con Vietnam prevé un deber más amplio de revelación del financiamiento. En efecto, además de divulgar la identidad y dirección del financista al inicio de la controversia o tan pronto como sea posible, la parte financiada deberá revelar la naturaleza del acuerdo de financiamiento¹²⁰. Por otra parte, el tribunal deberá tomar en cuenta la existencia del acuerdo de financiamiento al momento de decidir sobre la *cautio judicatum solvi* y deberá evaluar el cumplimiento de la obligación de divulgación de la parte financiada al asignar los costos del procedimiento¹²¹.

D. Jurisprudencia arbitral

Cada vez más se está generando un consenso en las instituciones arbitrales y los instrumentos internacionales sobre la necesidad de requerirle a la parte financiada que informe acerca de la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad del tercero para que los árbitros puedan evaluar si existe o no algún conflicto de intereses. Por supuesto, nada impide que la parte revele voluntariamente la existencia del financiamiento sin tener la obligación de hacerlo. Esto fue precisamente lo que ocurrió en el caso *Oxus Gold v. Uzbekistán*¹²². Ahora bien, cuando la parte financiada no revela *motu proprio* la

¹¹⁸ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y la República de Singapur, artículo 3.8. Como se dijo atrás, la Unión Europea propuso disposiciones similares (concepto amplio de financiamiento por terceros y deber de divulgación del nombre y la dirección del financista al inicio de la disputa o a la mayor brevedad) en la negociación del TTIP. No obstante, los Estados Unidos y la Unión Europea no llegaron a un acuerdo sobre los términos del TTIP.

¹¹⁹ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, suscrito el 30 de junio de 2019, artículo 3.28(i), <https://jsumundi.com/en/document/treaty/en-investment-protection-agreement-between-the-european-union-and-its-member-states-of-the-one-part-and-the-socialist-republic-of-vietnam-of-the-other-part-eu-vietnam-investment-protection-agreement-2019-sunday-30th-june-2019>. Este tratado entró en vigor el 1 de agosto de 2020.

¹²⁰ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, artículo 3.37(1)-(2).

¹²¹ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, artículos 3.37(3), 3.48 y 3.53(4).

¹²² El 1 de marzo de 2012, Oxus anunció públicamente que había suscrito un acuerdo de financiamiento con Calunius Capital LLP para sufragar los gastos del arbitraje contra Uzbekistán, lo que hizo que el valor de sus acciones en la bolsa de valores subiera. Al

existencia del financiamiento algunos tribunales le han exigido hacerlo para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros y una mayor transparencia en el proceso. Esto fue lo que ocurrió en los casos *Corona Materials, LLC v. República Dominicana, EuroGas Inc et al. v. Eslovaquia, Sehil v. Turkmenistán, y South American Silver v. Bolivia*¹²³.

Un aspecto más polémico es la extensión de la obligación de informar, es decir, ¿debe limitarse la información a la existencia del acuerdo de financiamiento y a la identidad del tercero, o debe extenderse también a las condiciones, términos y modalidades del acuerdo? Esta cuestión tiene particular relevancia para la *cautio judicatum solvi*, que se analiza en la Sección V.2, sin embargo, conviene examinar brevemente aquí las decisiones sobre la extensión de la obligación de informar en los casos *South American Silver y Sehil*.

En el caso *South American Silver Limited v. Bolivia*, el demandado solicitó al tribunal que le ordenase a su contraparte revelar la identidad del financista y los términos del acuerdo de financiamiento para proteger la integridad del procedimiento y el principio de igualdad entre las partes. Asimismo, solicitó una *cautio judicatum solvi* para garantizar el cobro de una eventual condena en costas en contra de *South American Silver*. El demandante aceptó revelar la identidad del financista, sin embargo, se opuso a divulgar los términos del acuerdo alegando que los mismos eran confidenciales e irrelevantes para el *thema decidendum*. El tribunal ordenó al demandante revelar el nombre del financista en aras de una mayor transparencia en el procedimiento, pero

respecto, véase: Jamie Ashcroft, "Oxus Gold Shares Soar on Litigation Funding Deal," Proactive Investors UK (1 de marzo de 2012), <https://www.proactiveinvestors.co.uk/companies/news/33313/oxus-gold-shares-soar-on-litigation-funding-deal-39677.html>; Oxus Gold v. República de Uzbekistán, CNUDMI, Laudo Final de fecha 17 de diciembre de 2015.

¹²³ Corona Materials, LLC v. República Dominicana, CIADI (Caso No. ARB(AF)/14/3), Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA de fecha 31 de mayo de 2016, ¶ 22, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3665/DC8252_Sp.pdf; EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República Eslovaca, CIADI (Caso No. ARB/14/14), Transcripción de la Primera Sesión Procesal y Audiencia sobre Medidas Cautelares de fecha 17 de marzo de 2015, pp. 144-145, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID-BLOBS/OnlineAwards/C3604/DC6411_En.pdf; Muhammet Çap & Bankrupt Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán, CIADI (Caso No. ARB/12/6), Orden Procesal No. 3 de fecha 12 de junio de 2015, ¶¶ 11-13, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>; South American Silver Limited v. Estado Plurinacional de Bolivia, CNUDMI (Caso CPA No. 2013-15), Orden Procesal No. 10 de fecha 11 de enero de 2016, ¶ 79, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1563>.

rechazó la solicitud de revelar los términos del acuerdo por cuanto no estaban dadas las condiciones para decretar una *cautio judicatum solvi*¹²⁴.

Por otra parte, en el caso *Sehil v. Turkmenistán*, el demandado solicitó que el demandante informase si había o no contratado un financiamiento por terceros y, en su caso, los términos del acuerdo. En un principio el tribunal rechazó la solicitud. Un año después, Turkmenistán presentó una nueva solicitud alegando que la divulgación permitiría evitar eventuales conflictos de intereses en el arbitraje y determinar si los demandantes eran los verdaderos titulares de los reclamos. Asimismo, el demandado alegó que la revelación era necesaria para efectos de una *cautio judicatum solvi*, que estaba considerando solicitar. El tribunal en aras de garantizar una mayor transparencia, después de evaluar la posibilidad de que el demandado solicitara una *cautio judicatum solvi*, el hecho de que el demandante no había negado la existencia del financiamiento y que no hubiese pagado una condena en costas a favor del demandado en otro arbitraje; declaró procedente la solicitud y ordenó al demandante revelar la existencia del contrato de financiamiento y sus términos¹²⁵.

En definitiva, la presencia de un tercero financista puede generar conflictos de intereses con los árbitros y afectar su necesaria independencia e imparcialidad. En un escenario ideal, la parte financiada debería revelar voluntariamente la existencia del financista para evitar poner en riesgo la integridad del arbitraje. En la práctica, la situación no necesariamente es así. Ante ello, la mayoría de las instituciones arbitrales, acuerdos internacionales y jurisprudencia arbitral exigen que la parte financiada revele la existencia del acuerdo y la identidad del financista para determinar un eventual conflicto de intereses. Ahora bien, la extensión de la información a revelar sigue siendo un tema controvertido que, como se examina en la siguiente sección, también adquiere relevancia al considerar la *cautio judicatum solvi*.

V. Condena en costas y *cautio judicatum solvi*

Si bien los conflictos de intereses y la obligación de divulgación de la existencia de un financiamiento por terceros son uno de los mayores retos que enfrentan los árbitros ante la presencia de un financiamiento por terceros, no constituyen el único problema que este mecanismo plantea. Como se ha

¹²⁴ *South American Silver Limited v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Orden Procesal No. 10, ¶¶ 13, 25-30 (argumentos de Bolivia), 15, 44 (argumentos de South American Silver), 79-82, 84 (decisión del tribunal).

¹²⁵ *Muhammet Çap & Bankrupt Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán*, Orden Procesal No. 3 de fecha 12 de junio de 2015, ¶¶ 1 (reseñando que un año antes Turkmenistán había solicitado la revelación de un posible acuerdo de financiamiento, pero que dicha solicitud fue denegada por el tribunal), 2 (alegatos de Turkmenistán), 8-13 (decisión del tribunal).

señalado, el arbitraje internacional implica una serie de costos que constituyen una carga importante para las partes en el proceso, por ello, otro tema que ha generado un intenso debate es la posible influencia del financiamiento por terceros en materia de costas y en la procedencia de la *cautio judicatum solvi*.

A. Condena en costas

Los tribunales arbitrales tienen, en principio, cierta discrecionalidad al decidir sobre las costas del arbitraje y determinar si las mismas son reembolsables y quién debe pagarlas. Al efectuar este análisis, los tribunales consideran una serie de factores, tales como la estimación de los gastos, la conducta de las partes, las reglas procesales aplicables, el acuerdo entre las partes¹²⁶. En este sentido, surge la duda de si debe tomarse en consideración la existencia de un acuerdo de financiamiento al momento de decidir sobre el monto de una condena en costas lo cual, lógicamente, presupone que la parte financiada haya revelado la existencia de dicho acuerdo.

Esta cuestión fue objeto de discusión en el arbitraje *Ioannis Kordassopoulos et al v. Georgia*. Los demandantes, luego de prevalecer en la jurisdicción y en los méritos, solicitaron que se condenara al demandado en costas. Georgia se opuso alegando, entre otras cosas, que los costos habían sido financiados por un tercero y, por tanto, no debían ser reembolsados. El tribunal desestimó este argumento y condenó en costas a Georgia concluyendo que no existía un principio en el arbitraje internacional en virtud del cual un acuerdo de financiamiento por terceros debía tomarse en cuenta para fijar el monto de las costas¹²⁷.

Una situación similar se planteó en el procedimiento de nulidad del laudo emitido en el caso *RSM v. Granada*. RSM tras solicitar la nulidad del laudo arbitral, incumplió con el pago de sus obligaciones financieras conforme al Convenio CIADI por lo que el procedimiento fue suspendido. Posteriormente,

¹²⁶ Por ejemplo, según el artículo 61(2) del Convenio CIADI: “[E]l Tribunal determinará, salvo acuerdo en contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro.” Para una visión panorámica de los factores que suelen examinar los árbitros en materia de asignación de costos, consúltese: Jeffrey Maurice Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012), pp. 1191-1258.

¹²⁷ *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. República de Georgia*, CIADI (Casos No. ARB/05/18 y ARB/07/15), Laudo de fecha 3 de marzo de 2010, ¶¶ 679-680 (solicitud y alegatos de los demandantes), 683-686 (argumentos de Georgia), 689-692 (decisión del tribunal), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C63/DC-3353_En.pdf.

Granada solicitó que se descontinuara el proceso de nulidad y que se condenara en costas a RSM. Al igual que en el caso *Kordassopoulos*, la otra parte se opuso, alegando, entre otros aspectos, que no tenía que pagar los costos y gastos de Granada porque los mismos habían sido financiados por un tercero. El comité de anulación condenó en costas a RSM y reiteró la decisión de *Kordassopoulos* sobre la inexistencia de un principio que establezca que un acuerdo de financiamiento sea un factor a tomarse en cuenta para la estimación del monto recuperado por concepto de costas¹²⁸.

En el procedimiento de nulidad del laudo dictado en el caso *ATA Construction, v. Jordania* también se discutió si debía considerarse la existencia de un acuerdo de financiamiento en una condena en costas. Jordania presentó una solicitud condicional de nulidad, señalando que únicamente introducía el recurso para evitar que expirase el lapso para presentar el recurso previsto en el Convenio CIADI y que sólo continuaría con la nulidad si obtenía un resultado adverso en el procedimiento de interpretación que estaba pendiente de decisión. Una vez que el tribunal arbitral decidió la interpretación del laudo a su favor, Jordania desistió del recurso de nulidad para dar por terminado el proceso y solicitó que se condenara en costas al demandante por su conducta en el procedimiento de nulidad. El demandante se opuso a la condena en costas señalando, entre otros aspectos, que no debía ser condenado al pago de costas porque los costos de Jordania habían sido asumidos por un tercero financista. Luego de analizar la conducta del demandante, el comité de anulación decidió condenarlo a reembolsar una porción de los costos de Jordania. En lo concerniente al financiamiento por terceros, el comité concluyó que la existencia de un financista que asumió los gastos de Jordania no repercutió en una eventual condena en costas, tal como lo habían dejado establecido las decisiones en los casos *Kordassopoulos* y *RSM*¹²⁹.

Ahora bien, en la decisión recaída en el caso *Quasar de Valores et al v. Rusia* el tribunal adoptó un enfoque distinto. En ese caso, Group Menatep financió la reclamación del demandante con el objeto de sentar un precedente favorable que pudiera utilizar en una reclamación futura de mayor cuantía contra Rusia y sin el derecho a ser reembolsado. Dado que el financista no tenía un

¹²⁸ RSM Production Corporation v. Granada, CIADI (Caso No. ARB/05/14) (procedimiento de nulidad), Orden del Comité Terminando el Procedimiento y Decisión sobre Costas de fecha 28 de abril de 2011, ¶¶ 19-28 (historia procesal), 44-45 (alegatos de Granada), 51-54 (alegatos de RSM), 66-69 (decisión del comité), <https://www.ita-law.com/sites/default/files/case-documents/ita0727.pdf>.

¹²⁹ ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Reino Hachemita de Jordania, CIADI (Caso No. ARB/08/2) (procedimiento de nulidad), Orden Terminando el Procedimiento de fecha 11 de julio de 2011, ¶¶ 1, 5, (historia procesal), 13-14 (argumentos de Jordania), 16 (alegatos de ATA), 27-35 (decisión del comité), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C264/DC2212_En.pdf.

derecho contractual a obtener un reintegro del monto suministrado aun en el caso de que el demandante triunfara, el tribunal decidió negar la solicitud de condena en costas solicitada ya que de lo contrario le otorgaría una “ganancia” al demandante al reembolsarle costos que no pagó ni tenía que pagar¹³⁰.

Por otra parte, tal como se explicó en la Sección IV.2, algunos reglamentos de centros arbitrales en China (Reglamento de Arbitraje de Inversiones de CIETAC de 2017), Hong Kong (Reglamento de Arbitraje de HKIAC de 2018) y Singapur (Reglamento de Arbitraje de Inversiones de SIAC de 2017) autorizan al tribunal a tomar en cuenta la existencia de contratos de financiamiento al momento de prorratear los costos del arbitraje¹³¹. Igualmente, el Acuerdo de Inversiones entre la Unión Europea y Vietnam establece que el tribunal, al momento de asignar los costos, deberá evaluar si la parte financiada cumplió con los deberes de revelación del acuerdo del financiamiento¹³².

Por último, cabe preguntarse si en caso de que la parte financiada pierda el arbitraje la otra parte tiene derecho de recuperar sus costos directamente contra el financista. En materia judicial, la Corte Comercial del Reino Unido sugirió que el financista podría ser responsable del pago de costas de la misma forma que lo sería la parte financiada¹³³. Ahora bien, en materia arbitral habría que determinar si el tribunal tiene jurisdicción sobre el financista, quien muy probablemente alegará que éste carece de jurisdicción al tratarse de un procedimiento que requiere el consentimiento de las partes y el financista no es parte del acuerdo de arbitraje ni del proceso arbitral¹³⁴.

B. *Cautio judicatum solvi*

Aun cuando el demandado salga victorioso en el arbitraje y obtenga una condena en costas a su favor, puede ocurrir que el demandante no tenga fondos para satisfacerla y que el financiamiento no incluya el monto de las costas. El supuesto se agrava si se considera que el tribunal arbitral puede no tener

¹³⁰ *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. y ALOS 34 S.L. v La Federación Rusa*, Cámara de Comercio de Estocolmo (Caso No. 24/2007), Laudo de fecha 20 de julio de 2012, ¶¶ 222-223, <https://www.ita-law.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>.

¹³¹ CIETAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículo 27.3; HKIAC, Reglamento de Arbitraje, artículo 34.4; SIAC, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, artículo 35.

¹³² Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, artículo 3.37(3).

¹³³ Corte de Apelaciones del Reino Unido (Cámara Civil), sentencia de fecha 18 de noviembre de 2016, caso *Excalibut Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ords* (2016), EWCA Civ 1144, ¶ 27, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897d92c94e06b9-e19c41c>.

¹³⁴ Al respecto, véase: ICCA y Universidad Queen Mary, “ICCA-Queen Mary Task Force Report...,” pp. 160-163.

jurisdicción sobre el financista o que el tercero puede tener la facultad de terminar unilateralmente el financiamiento en cualquier momento. Ante estos riesgos, se ha planteado el uso de la *cautio judicatum solvi* o *security for costs*, como se le conoce en inglés. Esta figura, que tiene su origen en *el common law*, es una suerte de medida cautelar en virtud de la cual el demandado solicita al tribunal arbitral que ordene al demandante constituir una caución para garantizar el eventual pago de una condena en costas en caso de que el tribunal desestime las pretensiones del demandante y lo condene en costas¹³⁵.

La doctrina y los tribunales han discutido si los árbitros tienen la potestad de decretar la *cautio judicatum solvi* y si el interés del demandado de garantizarse el pago de una condena en costas es una situación jurídica digna de tutela¹³⁶. En líneas generales, los tribunales arbitrales de inversiones han sido bastante renuentes a favorecer la constitución de este tipo de cauciones. Ahora bien, asumiendo que el tribunal tenga la potestad de decretar la *cautio judicatum solvi* y que el interés del demandado sea un derecho tutelable, ¿qué relevancia

¹³⁵ William Kirtley y Koralie Wietrzykowski, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?,” *Journal of International Arbitration* 30, No. 1 (Kluwer Law International, 2013), pp. 19-21.

¹³⁶ Para evitar dudas, algunos centros de arbitraje han optado por regular expresamente la potestad para decretar la *cautio judicatum solvi* como, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del HKIAC. No obstante, aun en ausencia de una facultad expresa para decretar la caución, la gran mayoría de las decisiones y la doctrina reconocen que la misma forma parte del poder cautelar general del tribunal arbitral. Al respecto, véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2da ed. (Kluwer Law International, 2014), pp. 2492-2494. En materia de arbitraje de inversiones, se discute igualmente si la *cautio judicatum solvi* satisface la exigencia de constituirse para la protección de un derecho legítimamente tutelable. Existen decisiones contradictorias sobre el particular. Por ejemplo, en el caso *Alasdair v. Costa Rica*, el tribunal concluyó que la solicitud no cumplía con los requisitos, entre otras razones, porque el demandado solo tenía una mera expectativa para cobrar una eventual condena en costas y no un derecho tutelable. *Alasdair Ross Anderson et al v. Costa Rica*, CIADI -Mecanismo Complementario- (Caso No. ARB(AF)/07/3), Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 5 de noviembre de 2008, ¶¶ 16, 20-22. Por el contrario, otros tribunales han concluido que el poder cautelar de los jueces no solo protege derechos actuales sino también derechos que pueden nacer en un futuro como el eventual cobro de costas. Por ejemplo, véase: *RSM Production Corporation v. Santa Lucía*, CIADI (Caso No. ARB/12/10), Decisión sobre la Solicitud de Santa Lucía de Constituir una *cautio judicatum solvi* de fecha 13 de agosto de 2014, ¶¶ 72-23. Por último, se discute el estándar aplicable para otorgar este tipo de medidas. En aras de orientar a los tribunales en su análisis, el CIArb publicó guías que enumeran algunos factores a título ejemplificativo que deberían tomarse en cuenta al analizar una solicitud de *cautio judicatum solvi*. Estos supuestos coinciden con el estándar aplicable a cualquier medida cautelar. CIArb, “International Arbitration Practice Guideline: Applications for Security for Costs” (2015), <https://www.ciarb.org/media/4196/guideline-5-security-for-costs-2015.pdf>.

tiene la existencia de un acuerdo de financiamiento por terceros al momento de decidir otorgar esta medida?

Existen posiciones encontradas sobre este tema. Un sector de la doctrina considera que de no otorgarse la caución quedaría ilusoria la ejecución de una eventual condena en costas. En tal sentido, se afirma que, si el demandante no tiene fondos para financiar sus propias costas y debe acudir al auxilio financiero del tercero, menos aún los tendrá para reembolsar los gastos de la otra parte¹³⁷. Además, muchas veces el acuerdo de financiamiento no incluye una eventual condena en costas y, si lo incluyera, el financista puede estar facultado para terminar unilateralmente el financiamiento lo que dificultaría el cobro de las costas por parte del demandado¹³⁸. Por el contrario, otro sector afirma que el acuerdo de financiamiento es simplemente un mecanismo de transferencia de riesgos y, por tanto, no refleja la situación financiera del demandante¹³⁹. Además, la constitución de una caución es onerosa por los costos que implica y requerirla por la mera existencia de un acuerdo de financiamiento puede disuadir el financiamiento de procedimientos arbitrales y, en definitiva, atentar contra el acceso a la justicia de las partes con menos recursos¹⁴⁰. Por ello, el examen de una solicitud de *cautio judicatum solvi* debe necesariamente ponderar el interés del demandante en acceder al arbitraje y el interés del demandado en evitar que quede ilusoria una eventual condena en costas a su favor.

En la práctica arbitral se ha debatido este tema y al menos tres tribunales arbitrales han rechazado las solicitudes de caución, concluyendo que la mera existencia de un acuerdo de financiamiento no es suficiente para decretar una *cautio judicatum solvi*. Por ejemplo, en el caso *Guaracachi et al. v. Bolivia*, el demandado solicitó una caución sobre la base de que la precaria situación económica de los demandantes (por la cual tuvieron que obtener financiamiento por terceros) les impedía cumplir con una eventual condena en su contra. El tribunal concluyó que Bolivia no cumplió con la carga de la prueba para justificar la extraordinaria medida que solicitaba y rechazó la solicitud. En palabras del tribunal:

El Demandado no ha demostrado una relación de causalidad suficiente para que el Tribunal pueda inferir que de la mera existencia de financiación por parte de un tercero

¹³⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2496; Harwood, Batifort y Trahanas, "Third-Party Funding: Security for Costs...", pp. 107-110.

¹³⁸ Jean Lalicki, "Security for Costs in International Arbitration," *Transnational Dispute Management* 3, No. 5 (diciembre 2006).

¹³⁹ Jakob Ragnwaldh y Nils Eliasson, "Security for Costs in Investment Arbitration," en *Between East and West: Essays in Honour of Ulk Franke*, eds. Haj Hobér, Annette Magnusson y Marie Öhrström (JurisNet, 2010), p. 407.

¹⁴⁰ Christopher Bogart, "RSM v. St Lucia: Why the Majority Got It Wrong on Security for Costs" (Global Arbitration Review, 11 de septiembre de 2014).

*los Demandantes no serán capaces de pagar una condena en costas dictada en su contra, sin perjuicio de que el financista sea responsable de las costas o no... Al contrario, [Rurelec, uno de los demandantes] parece ser una empresa en marcha que dispone de activos que exceden a los involucrados en este arbitraje...*¹⁴¹

Igualmente, en el caso *South American Silver Limited v. Bolivia*, el demandado solicitó una *cautio judicatum solvi* alegando que el demandante no era más que un “cascarón” (*shell company*), sin recursos ni actividad económica, cuyos costos fueron financiados por un tercero. Esto, en criterio de Bolivia, era evidencia que *prima facie* hacía procedente la medida. Al rechazar la solicitud, el tribunal concluyó que la existencia de dificultades económicas no justifica *per se* la constitución de la caución y que un acuerdo de financiamiento no demuestra por sí sólo una imposibilidad de pago. Ahora bien, el tribunal señaló que la existencia de un acuerdo de financiamiento puede ser un elemento a tomar en consideración, pero no el factor determinante ya que, de lo contrario, se generaría un crecimiento exponencial de las cauciones lo que “aumentaría el riesgo de bloquear potenciales demandas legítimas.”¹⁴²

En el caso *EuroGas y Belmont Resources v. Eslovaquia*, el demandado alegó que el historial fraudulento de los demandantes en el pago de sus obligaciones y la ausencia de fondos propios para financiar el arbitraje ameritaban la constitución de la garantía. El tribunal desestimó esos alegatos al no estar probado en autos que los demandantes habían incumplido su obligación de pagar las tasas administrativas del arbitraje o de otros procedimientos. Asimismo, concluyó que las dificultades financieras y el financiamiento por terceros “no constituyen necesariamente circunstancias excepcionales que justifiquen la caución.”¹⁴³

Ahora bien, en otros arbitrajes los tribunales han concluido que las circunstancias del caso ameritaban la constitución de la caución. Así, el caso *RSM v. Santa. Lucía* fue el primer arbitraje de inversiones conocido en el cual

¹⁴¹ Guaracachi America Inc. y Rurelec PLC v. Estado Plurinacional de Bolivia, CNUDMI (Caso CPA No. 2011-17), Orden Procesal No. 4 de fecha 11 de marzo de 2013, ¶¶ 1-3, (solicitud de Bolivia), 7 (decisión del tribunal), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1332.pdf>.

¹⁴² *South American Silver Limited v. Estado Plurinacional de Bolivia*, CNUDMI (Caso CPA No. 2013-15), Orden Procesal No. 10 de fecha 11 de enero de 2016, ¶¶ 25-28 (argumento de Bolivia), 73, 77 y 83 (decisión del tribunal), <https://pcases.com/web/sendAttach/1563>.

¹⁴³ *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República Eslovaca*, CIADI (Caso No. ARB/14/14), Orden Procesal No. 3 de fecha 23 de junio de 2015, ¶¶ 111-113 (argumento de Eslovaquia), 123 (decisión del tribunal), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3604/DC6416_En.pdf.

se ordenó la constitución de una *cautio judicatum solvi*. Para ello, el tribunal estimó que la presencia de un acuerdo de financiamiento junto con el historial de incumplimiento del demandante en el pago de condenas en costas en procedimientos anteriores y en el pago de los anticipos del CIADI justificaban la constitución de la caución¹⁴⁴.

En la decisión dictada en el caso *Manuel García Armas et al. v. Venezuela*, el tribunal luego de efectuar un análisis extenso de la situación de insolvencia financiera del demandante y los términos del acuerdo de financiamiento (incluyendo el hecho de que el mismo no se extendía a una eventual condena en costas adversas), acordó decretar la *cautio judicatum solvi*. No obstante, el tribunal dejó claramente establecido que no se puede presumir la insolvencia del demandante por la mera existencia de un acuerdo de financiamiento y que se deben analizar todos los elementos del caso¹⁴⁵.

Por último, en el caso *Dirk Herzig v. Turkmenistán*, el tribunal recientemente declaró con lugar la solicitud de caución por US\$ 3 millones. Para ello, tomó en cuenta el hecho de que el demandante se encontraba en estado de insolvencia, así como la ausencia de cobertura del financista en caso de una condena en costas adversa¹⁴⁶.

Como puede apreciarse, un aspecto fundamental al momento de resolver acerca de la *cautio judicatum solvi* es la situación financiera del demandante. Los tribunales han concluido que la mera presencia de un acuerdo de financiamiento no es *per se* suficiente para decretar la medida. No obstante, al momento de examinar el cúmulo de circunstancias fácticas, los términos del acuerdo de financiamiento (incluyendo su extensión a una eventual condenatoria en costas, así como las causales de terminación del acuerdo) pueden ser un

¹⁴⁴ RSM Production Corporation v. Santa Lucía, CIADI (Caso No. ARB/12/10), Decisión sobre la Solicitud de Santa Lucía de Constituir una *cautio judicatum solvi* de fecha 13 de agosto de 2014, ¶¶ 81-88, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>.

¹⁴⁵ Manuel García Armas et al. v. República Bolivariana de Venezuela, CNUDMI (Caso CPA No. 2016-09), Orden Procesal No. 9 de fecha 20 de junio de 2018, ¶¶ 192-199, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf. Para un examen de la decisión del tribunal sobre el impacto del acuerdo de financiamiento en la *cautio judicatum solvi*, véase: Carmine Pascuzzo, “La Cautio Iudicatum Solvi vis-à-vis El Financiamiento de Terceros en el Arbitraje,” en *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, No. 1 (2019), p. 20, https://issuu.com/cedca/docs/1_edicion_2019marc_final.

¹⁴⁶ Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistán, CIADI (Caso No. ARB/18/35), Decisión sobre la Solicitud de *cautio judicatum solvi* presentada por el Demandado y la Solicitud de Caución de Demanda presentada por el Demandante de fecha 27 de enero de 2020, ¶¶ 52-67, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf>.

elemento relevante en el análisis del caso concreto por parte del tribunal. Esta parece ser la orientación adoptada en el Acuerdo de Inversiones entre la Unión Europea y Vietnam al establecer que el tribunal deberá tomar en cuenta la existencia del acuerdo de financiamiento al momento de decidir una eventual solicitud de caución.

VI. Conclusiones

El financiamiento por terceros es una práctica controversial surgida en la jurisdicción ordinaria que ha permeado con fuerza en el arbitraje internacional debido a los altos costos del procedimiento arbitral, la elevada cuantía de las demandas de arbitraje y el retorno significativo que el financiamiento puede generar.

La utilización de este mecanismo facilita el acceso a la justicia a las partes con menos recursos, permite externalizar los riesgos que supone litigar y brinda a la parte financiada una mayor confianza respecto de los méritos de su posición jurídica y a los abogados mayores seguridades del pago de sus honorarios. No obstante, esta figura se traduce en el aumento del número de controversias dado su carácter especulativo y plantea problemas éticos en la relación cliente-abogado, así como potenciales conflictos de intereses con los árbitros. De allí la conveniencia de regular adecuadamente este instituto para evitar eventuales situaciones de conflicto de intereses que pueden presentarse y garantizar la integridad del procedimiento arbitral.

Se observa una tendencia cada vez mayor en las instituciones arbitrales y los instrumentos internacionales acerca de la necesidad de requerir a la parte financiada que revele la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad del tercero para que los árbitros puedan evaluar si existe o no una situación de conflicto de intereses. Esto brinda mayor transparencia al procedimiento arbitral, incrementa la confianza en la independencia e imparcialidad de los árbitros y reduce el riesgo de eventuales impugnaciones del laudo.

La jurisprudencia arbitral internacional se orienta en el sentido de que la mera existencia de un acuerdo de financiamiento no es *per se* suficiente para decretar la *cautio judicatum solvi*, sin embargo, los términos del acuerdo de financiamiento, incluyendo la existencia o no de cobertura en caso de condenatoria en costas y las causales de terminación del financiamiento pueden, en su caso, ser un elemento relevante en el análisis del tribunal al momento de decidir una eventual solicitud de caución.

Sociedad

La memoria jurídica de atrocidades: condición del hecho histórico y cultural¹

Fernando M. Fernández

Sumario

- I. Los hechos
- II. Algunos antecedentes históricos
- III. Marco teórico
- A. La propiedad social como otro botín
- IV. Conclusiones y propuestas remediales

I. Los hechos

Venezuela carece de una memoria jurídica que sea veraz, creíble y confiable. Sin ella, la verdad histórica adolece de falta de asidero y la tendencia al olvido, como hecho natural y cultural. Ello está en la base de la repetición de grandes crímenes y tragedias. Puede afirmarse que la administración de justicia, especialmente la penal, es la pieza clave de la paz entre los seres humanos luego de agotados medios conciliatorios y de autocomposición. Así las cosas, la sana, oportuna y equilibrada justicia es el pivote que, en última instancia, asegura la solución de los conflictos; con ella se evitan las venganzas, violencias mayores y crímenes atroces. Solo así se pueden garantizar, de verdad, la paz y los derechos humanos, tanto los civiles y políticos o “DCP” como los económicos, sociales, culturales y ambientales o “DESCA”. Ese es el axioma de la disuasión del derecho penal: prevenir antes que lamentar, documentar para no olvidar, enjuiciar para no repetir.

El Estado y sus instituciones son esenciales para la construcción de la paz y solucionar los conflictos humanos de forma equilibrada y justa. El poder del Estado más necesario a la paz social es el Judicial y, dentro de él, los jueces son la pieza fundamental del imperio de la justicia, la legalidad y la seguridad jurídica de las personas y bienes, requisitos de la libertad. Ello exige que los jueces sean idóneos, justos, profesionales excelentes (los mejores de su gremio), respetados y respetables. Eso solo se consigue asegurando su independencia y autonomía sobre la base del mérito y la excelencia en todos los sentidos.

Mientras los victimarios, sus cómplices y encubridores luchan por negar lo que hicieron y que la desmemoria los absuelva, las víctimas no olvidan. Por

¹ Actualización de Ponencia presentada en el Simposio “Paz y Futuro a Través de la Reconciliación y la Justicia” ¿Qué nos ofrecen los sistemas judiciales nacionales e internacionales en la reconciliación que todos queremos? Universidad Simón Bolívar – Caracas. 20 y 21 de octubre de 2016.

eso se hace imprescindible respetar y garantizar los derechos de quienes sufrieron por crímenes y abusos de sus derechos humanos, lo cual se puede resumir en varias actividades del Estado y la sociedad civil en procura de: 1) alcanzar la verdad de los hechos que ocurrieron, lo cual requiere documentar todos los eventos que hayan ocurrido; 2) hacer justicia, es decir, investigar y sancionar a los responsables, a que no haya impunidad, tampoco venganza; 3) reparación integral de los daños físicos, morales y mentales sufridos por las víctimas, lo que quiere decir que se garantice su rehabilitación y se indemnicen los daños; 4) no repetición, o sea, que se proteja a las víctimas y se evite que sean amenazadas, extorsionadas, perseguidas o ajusticiadas en venganza. La emergencia humanitaria compleja (de ahora en adelante “EHC”)² que vive Venezuela debe ser documentada legalmente para que no se olvide ni se repita.

Para el año 2015 Venezuela ocupaba el último lugar en el ranking de los países evaluados en materia de Estado de Derecho³ (102) con un pésimo índice de 0,32 respecto del límite óptimo de 1 punto. Los factores evaluados de forma objetiva son: Factor 1: Las limitaciones de los poderes del gobierno; Factor 2: Ausencia de corrupción; Factor 3: Gobierno Abierto; Factor 4: Derechos Fundamentales; Factor 5: Orden y Seguridad; Factor 6: Cumplimiento Regulatorio; Factor 7: Justicia Civil; Factor 8: Justicia Penal; y Factor 9: Justicia Informal. De ellos se desprenden 47 subfactores. En el informe 2016 Venezuela siguió en el último lugar y descendió en la puntuación, llegando a alcanzar 0,28, lo que quiere decir que empeoró 0,4 puntos más al compararse con otros países. Para 2020⁴, la situación continuó en el peor escaño. Todo eso constituye un conjunto de factores importantes en la EHC y en la falta de libertad ciudadana.

El conflicto de intereses, el nepotismo, el amiguismo, la lealtad o el partidismo son las antípodas de ese juez ideal, pero no imposible de conseguir, así como las toxinas que más debilitan la paz social y pueden hundir a la sociedad en el caos y la anomia. ¿Y los derechos humanos qué? Bien gracias: sin respeto ni garantías. El peor enemigo de la gobernabilidad y la libertad humana es un Poder Judicial corrompido, sin autonomía e ineficaz.

² Transparencia Internacional: ¿Crisis Humanitaria o emergencia compleja en Venezuela?. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/crisis-humanitaria-emergencia-compleja-venezuela/>.

³ “El Proyecto Mundial de Justicia (WJP) es una organización independiente, multidisciplinario que trabaja para hacer avanzar el estado de derecho en todo el mundo. Un Estado de derecho efectivo reduce la corrupción, combate la pobreza y la enfermedad, y protege a las personas de las injusticias grandes y pequeñas. Esta es la base para las comunidades de paz, oportunidad, equidad y desarrollo sustentable, un gobierno responsable y el respeto de los derechos fundamentales.” Ver: <http://data.worldjusticeproject.org/> y <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>

⁴ “Venezuela, RB” Disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Venezuela%2C%20RB>

En el mismo sentido, todo Estado Dual (Fernández, 2018)⁵ genera una sociedad dual, dividida, polarizada, enfrentada y en conflicto por defender cada una de las partes su cosmovisión, su ideología y el tipo de Estado que le satisfaga. Esta premisa puede explicar la situación de Venezuela y la profunda polarización que padece.

La Constitución y el desarrollo pleno del Estado Constitucional como garantía de la libertad y la justicia, como preconizó el Maestro García Pelayo (1991)⁶ por medio de las sentencias que desarrollen los derechos fundamentales forma parte de esa memoria jurídica tan necesaria, en la cual los derechos humanos deben ser preeminentes. La poca información legal que existe en Venezuela es opaca, de poca calidad y confiabilidad debido al negacionismo, a los sesgos ideológicos imperantes, a la propaganda y a la turbidez de los datos jurisprudenciales y legislativos que ocultan, encubren o niegan los hechos atroces y tuercen el Derecho.

Un Estado autoritario e injusto con severas fallas en garantizar los derechos humanos y libertades, como es el Estado venezolano, y una sociedad carente de memoria jurídica impactan negativamente la memoria colectiva histórica y cultural, las cuales suelen ser manipuladas y desviadas de la verdad de los hechos, un ejemplo: los textos de historia⁷ de Venezuela para escolares han sido cambiados para crear una nueva épica revolucionaria, sepultar otros hechos esenciales pero inconvenientes e impedir el análisis crítico. En otras palabras, para superar el pasado la educación se vuelve imposible si no hay una base forense que demuestre los hechos atroces que se han cometido o sufrido, sin importar intereses ideológicos ni la influencia extranjera.

Otro tema por considerar es el de la interrupción de la convencionalidad, es decir, del proceso de introducir en las decisiones judiciales los altos estándares internacionales derivados de los Tratados y la ejecución de sentencias de las cortes internacionales. Unos ejemplos: la salida espuria de la jurisdicción de la

⁵ Fernández, Fernando M: *Estado Dual o anómico. Efectos corruptores*. Editorial Académica Española. Mauricio, 2018.

⁶ García Pelayo, Manuel: *Estado legal y estado constitucional de derecho*. Disponible en: http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_31-45.pdf

⁷ ABC: “*Cuba imparte doctrina marxista en las escuelas venezolanas*”. El adoctrinamiento cubano-chavista a través de los textos escolares empieza desde la más tierna infancia de los venezolanos. Ahora hasta aseguran que una cubana amamantó al propio Simón Bolívar, además de la conocida negra Hipólita, lo que demuestra la tergiversación y mutilación que ha sufrido la historia de Venezuela bajo el régimen chavista. El texto escolar explica: «Como Doña Concepción (madre de Bolívar) tenía problemas de salud, no pudo amamantar al hijo. Primero lo amamantó una criolla cubana, amiga de la madre, y después la negra Hipólita, una esclava de la familia. A las dos Simón Bolívar las trató toda su vida con especial amor.» Disponible en: <https://www.lapatilla.com/site/2014/04/28/abc-cuba-imparte-doctrina-marxista-en-las-escuelas-venezolanas/> .

Corte Interamericana de Derechos Humanos y la recomendación que hizo de esto el TSJ así como el silencio de la Defensoría del Pueblo; el retiro de la jurisdicción del Tribunal de la Comunidad Andina; y autoexclusión del Centro de Arbitraje de la ONU han sido pasos regresivos hacia el aislamiento de la comunidad internacional y de la civilidad que ello significa.

Oficialmente, se quiere hacer ver ante organismos internacionales (Examen Periódico Universal –EPU- de 2011⁸ y ahora el de 2016)⁹ y frente a los adeptos a la ideología dominante que los derechos humanos gozan de buena salud en Venezuela y que cualquier escrutinio de la comunidad internacional es “injerencista”. Nada más falso y peligroso. La falta de memoria jurídica o su falsificación interesada se encuentran en las raíces de la crisis de polarización, conflictividad, opresión y anomia que vive actualmente la Nación.

Parte importante de los hechos que atentan contra la memoria jurídica son los siguientes:

1. La carencia total de data sobre el procesamiento penal de los responsables de crímenes de lesa humanidad que se han identificado en Venezuela desde 1958 en adelante, pasando por el caracazo de 1989 y los golpes de Estado de 1992, y, especialmente, desde 1998 hasta ahora, tales como persecuciones, torturas, asesinatos, desapariciones forzadas y detenciones arbitrarias los cuales no pueden siquiera ser procesados en Venezuela por la falta de legislación que haya implementado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante “ERCPI”). Los casos y situaciones denunciados en la Fiscalía ante la Corte Penal

⁸ “ONGs: Gobierno deberá acatar recomendaciones de la ONU. Las organizaciones Control Ciudadano, Provea, Sinergia, Una Ventana Por La Libertad, entre otras, se reunieron hoy en un conversatorio para dar a conocer sus impresiones sobre las recomendaciones que los distintos países presentaron a Venezuela durante el EPU que realiza Naciones Unidas en materia de derechos humanos.” Disponible en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/111007/ongs-gobierno-debera-acatar-recomendaciones-de-la-onu> .

⁹ “170 ONG venezolanas del movimiento de derechos humanos autónomo contribuyeron con más de 50 informes al 2do examen en DDHH de Venezuela, pautado para el próximo 01 de noviembre. En estos informes, las ONG abarcan 25 temas donde existen severas situaciones restrictivas y violatorias de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, en los cuales se recogieron 90 retos que exponen las problemáticas más críticas para la población venezolana en la actualidad, junto a 218 medidas concretas recomendadas al Estado para corregirlas o resolverlas sin retrasos no justificados y de forma eficaz, conforme a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos...” Disponible en: <http://www.examenonvenezuela.com/sistemas-de-proteccion/170-ong-venezolanas-autonomas-contribuyeron-con-mas-de-50-informes-al-2do-examen-en-ddhh-de-venezuela>

Internacional pueden tardar años bajo examen preliminar antes de ser presentados por esta ante la Sala de Cuestiones Preliminares de esa instancia para abrir una investigación formal. Si hubiese en la legislación venezolana una jurisdicción penal internacional, como manda el ERCPI y reconoce la Constitución de 1999, esos casos podrían ser resueltos en el país. Al no tenerlo, debe operar el principio de complementariedad y los casos se debe juzgar en la jurisdicción internacional¹⁰.

2. Asimismo, según la intención de quienes controlan las instancias del gobierno venezolano y que denunciaron la Convención Americana de Derechos Humanos, los casos en los cuales el Estado tendría responsabilidad Internacional por violaciones de derechos humanos no podrían llevarse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por causa de la inconstitucional denuncia, sin que se hubiese derogado la Ley Aprobatoria de dicho instrumento. Ello conduce a una situación sin precedentes que perjudica a las víctimas actuales y aquellas potenciales: la vigencia de una Ley Aprobatoria del Pacto de San José en contraste con la imposibilidad de las víctimas de acceder a la justicia interamericana por causa de esa irrita denuncia de la Convención. Afortunadamente, gracias a las ONG y víctimas, el sistema interamericano de derechos humanos ha seguido procesando casos.
3. Las situaciones presentadas por las ONG venezolanas y otros Estados ante la ONU en el EPU en 2011¹¹ y las que se llevaron en 2016, así como las provenientes de las decisiones y recomendaciones de los Grupos de Trabajo contra la Tortura, el de Independencia de los Jueces, el de Detenciones Arbitrarias y otras instancias, son despreciadas e incumplidas en su totalidad. Otro tanto ocurre con las recomendaciones precisas de la Comisión

¹⁰ Fernandez, Fernando M: *Acceso a la Justicia Universal. Exposición de motivos. El Código de Derecho penal Internacional ("CODEPI") Base de la memoria jurídica, la reconciliación y la paz en Venezuela.* Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/913-952.pdf>; y *Texto del articulado del Código de Derecho Penal Internacional ("CODEPI").* Disponible en: https://www.urru.org/papers/2016_varios/20160810_CODEPI_Fernando_Fernandez.pdf.

¹¹ REYNA, Feliciano y Yolanda D'Elia (CVILIS): *El Examen Periódico de los Derechos Humanos en Venezuela en el marco del Sistema de las Naciones Unidas.* Disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/Informe%20sobre%20EPU%20Venezuela%20en%20la%20ONU.pdf.

Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo IV). Todo ello va al cesto de la basura.

4. Adicionalmente, las leyes en Venezuela cambian de forma y sustancial por causa de ser dictadas por vía de las leyes habilitantes, decretos ejecutivos, los estados de excepción y de emergencia. En otras palabras, se ha conformado un régimen decretal opuesto al Estado Constitucional, se trata de un Estado Dual, preñado de conflictividad, contradicciones y antagonismos extremos e irreconciliables que conducen a la inseguridad jurídica, esta lleva a la anomia y, por último, se conduce a la catástrofe institucional y jurídica. Tal proceso espurio altera el orden social de forma contundente y letal.
5. En materia de corrupción¹² se puede afirmar, sin lugar a duda, que se instauró un sistema de botín¹³ (spoils system) que partió de la base de concebir al Estado y el patrimonio como un trofeo fácil de expoliar. El latrocinio fue instaurado por una cleptocracia sin límites jurídicos, políticos ni morales cuyo punto de partida han sido el conflicto de intereses, el amiguismo, el partidismo y el nepotismo¹⁴, todo ello exhibido sin pudor alguno, abiertamente¹⁵. Transparencia Internacional hace seguimiento permanente de la corrupción en el mundo y en Venezuela, ubicándola en el puesto 158 de 161¹⁶ países analizados en 2015.
 - a. La corrupción es una de las formas peores de violación de todos derechos humanos y libertades de todos los pobladores en plano de igualdad: empobrece al Estado y

¹² Fernández, Fernando M.: *Contra la Corrupción*. Editorial LIVROSCA. Caracas, 2016.

¹³ Fernández, Fernando M.: *El Estado como botín*. Informe técnico. Observatorio de Delito Organizado. Caracas, 2016.

¹⁴ ¿Existe el nepotismo bueno? A propósito de las declaraciones del Contralor; por José I.. Disponible en: <http://prodavinci.com/blogs/existe-el-nepotismo-bueno-a-proposito-de-las-declaraciones-del-contralor-por-jose-i-hernandez/>

¹⁵ Ver video con las declaraciones del Contralor General de la República donde afirma que "... para hablar de nepotismo hay que tener suficiente capacidad de diferenciar entre nepotismo positivo y nepotismo negativo. Tendrías que remontarte por allá, desde la monarquía del siglo XVIII para acá. Cuando se materializa un nepotismo negativo y podría ser sujeto de investigación, es cuando un familiar o una persona allegada a una autoridad que lo contrate no reúne las condiciones profesionales o el perfil suficiente para ejercer el cargo". Galindo Ballesteros manifestó sentirse "muy orgulloso de su gestión" de año y medio frente a la Contraloría General de la República, organismo que enarbola "la lucha contra la corrupción...". Disponible en: <http://runrun.es/nacional/269663/contralor-admite-nepotismo-positivo-en-su-despacho.html>

¹⁶ Ver: <http://www.transparency.org/cpi2015> .

- arruina a la sociedad, con lo cual los recursos que son indispensables para atender las necesidades básicas de la población y los derechos fundamentales a la vida, a la salud al acceso al agua, al ambiente sano y a las demás prestaciones quedan sin satisfacción por falta de fondos. Los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales (“DESCA”) quedan totalmente vulnerados al no haber recursos para satisfacerlos.
- b. La corrupción y sus efectos empobrecedores lanza a los ciudadanos, especialmente a los más pobres, a la supervivencia, a la menesterosidad y al estado de naturaleza (lucha de todos contra todos). La corrupción, sumada a la crisis judicial ya identificada, es un acicate de la violencia letal: homicidios, saqueos, secuestros, extorsiones y otros delitos gravísimos marcan la pauta del diario acontecer de cualquier ciudadano y su familia.
 - c. La cifra de impunidad de los casos de corrupción es casi total, a lo cual se suma la incapacidad legal, estructural y funcional de recuperar los activos hurtados al patrimonio público. No se percibe que haya voluntad de recuperación de tales activos de parte de los encargados de hacerlo, a pesar de que existen Tratados Internacionales multilaterales y bilaterales que lo facilitan. La corrupción no es un miasma incurable. Son muchas las cosas que se pueden y deben hacer para recuperar los activos robados al patrimonio público (Fernández, 2018)¹⁷.
6. Además, la memoria jurídica de los delitos comunes es crónicamente deficiente en relación con la violencia delictiva: de 165.802 imputaciones, solo pudo acusar a 53.986 en el año 2015¹⁸. Asimismo, los 17.778 homicidios¹⁹ registrados oficialmente 58,1

¹⁷ Fernández, Fernando M.: *Informe técnico. Corrupción: Recomendaciones para las reformas institucionales y legales*. Disponible en: <http://pazactiva.org.ve/wp-content/uploads/2016/09/Informe-T%C3%A9cnico-sobre-la-Ley-contra-la-corrupci%C3%B3n-.pdf>.

¹⁸ Ministerio Público. Informe Anual 2015. Página 7. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2016/07/Informe-Anual-2015-fiscalia.pdf> (Nota: el enlace original era este, pero fue desaparecido de la internet: http://www.mp.gob.ve/c/document_library/get_file?uuid=010ba734-247c-4da1-859f-1ae55772d7b5&groupId=10136).

¹⁹ “Analizar la capacidad de los sistemas de justicia penal para enjuiciar a los homicidas es una labor importante para evaluar esa responsabilidad fundamental del Estado, así

por cada 100.000 habitantes, lo cual supera en mucho el promedio latinoamericano²⁰ y mundial²¹. Asimismo, la impunidad es impresionante: solo se logra condenar en 1ª Instancia a un escaso 16, 36% de los homicidios que se procesan (según el Informe de 2015 de la FGR). Además, no se incluyen las muertes por enfrentamiento con la policía, donde se pueden esconder datos²² sobre ajusticiamientos y ejecuciones sumarias o extrajudiciales. También quedan impunes en su gran mayoría los linchamientos²³

como comprender de qué manera este factor incide en los niveles y las tendencias de homicidios. Un sistema de justicia penal efectivo que garantice que haya una investigación rigurosa y sentencia justa para los presuntos homicidas es un requisito previo para hacer valer el Estado de derecho y de lograr justicia para las víctimas de homicidio; de otra manera, la impunidad de los criminales puede propiciar que se cometan más asesinatos...” Ver: ONU. *Estudio mundial sobre el homicidio*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_sp_anish.pdf

²⁰ Ver tabla comparativa de homicidios en el América Latina disponible en: <http://es.insightcrime.org/analisis/balance-insight-crime-homicidios-latinoamerica-2015>

²¹ Un interesante mapa interactivo de los homicidios en el mundo elaborado por Homicide Monitor se puede ver en: <http://homicide.igarape.org.br/>

²² “... Muchos otros casos, de miles de muertes violentas, de por ejemplo de personas fallecidas a causa de un disparo de arma de fuego, quedan fuera de esa categoría por tener una intención “indeterminada”. En otros casos, miles también, donde la muerte ocurre a consecuencia de una acción del Estado, policial o militar, se clasifican y archivan como resistencia a la autoridad. Ciertamente, no todo caso de enfrentamiento con la autoridad termina en homicidio, ni toda muerte en averiguación tiene por qué ser el resultado de un acto violento, ¿cuántos son?, es imposible saberlo por la poca claridad de los datos y la censura, pero hay abundantes evidencias de ejecuciones de personas desarmadas, quizá presuntos delincuentes, que han sido filmadas por observadores casuales, y que luego son reportados como casos de resistencia a la autoridad. En opinión del Observatorio Venezolano de Violencia, aun cuando la muerte sea el resultado de una acción legal ajustada al protocolo de uso proporcional de la fuerza, es una muerte violenta que debe ser contabilizada como tal, pues es el resultado del nivel de violencia existente en la sociedad...” En: *2015 Tasa de homicidios llegó a 90 por cada 100 mil habitantes*. Observatorio Venezolano de la Violencia (OVV). Disponible en: <http://observatoriodeviolencia.org.ve/2015-tasa-de-homicidios-llego-a-90-por-cada-100-mil-habitantes/>

²³ Esta situación escandalosa y perturbadora no es mencionada en informes oficiales, solo se sabe de ello por reportes periodísticos en algunos casos. Ver: <http://www.maduradas.com/sigue-la-anarquia-vecinos-enardecidos-mataron-con-piedras-y-palos-a-ladron-en-maracaibo/>; <http://www.maduradas.com/en-revolucion-frustran-linchamiento-en-la-estacion-de-metro-parque-miranda-detalles/>; <http://www.maduradas.com/aqui-la-vida-no-vale-nada-por-al-menos-5-dolares-quemaron-al-chef-de-los-ruices/>; <http://www.maduradas.com/fatal-vecinos-enardecidos-lincharon-a-3-delincuentes-que-robaban-baterias-en-puerto-ordaz/>;

que acontecen a menudo. Tampoco de otros delitos graves como el secuestro y el robo. Menos aún de las ejecuciones sumarias que realizan los cuerpos policiales en operativos como las OLP. Ser indiferente o incompetente ante los homicidios y demás delitos graves es una forma de dejar hacer y dejar pasar hechos que debieron ser procesados y castigados. La indiferencia e ineptitud del Estado y sus funcionarios es una forma de violar los derechos humanos al dejar que estos delitos ocurran y aumenten de forma impune, sin reparación a las víctimas y sin rehabilitación de los delincuentes, todo lo cual refuerza un círculo vicioso e infernal de aumento de los delitos letales, que ya son una pandemia: no hay quien no haya sido victimizado o que su familia inmediata haya sufrido un delito grave. Las altas cifras de homicidios son la evidencia del subdesarrollo²⁴ y una amenaza a la salud pública²⁵.

7. Como consecuencia de la falta de justicia que se experimenta a diario se ocasiona un incremento de la violencia y la solución letal de los conflictos. También a la crueldad de los delincuentes se incrementa: la justicia por mano propia, el linchamiento, las venganzas²⁶, los homicidios con cadáveres desmembrados y, más recientemente, el canibalismo²⁷ son la medida del deterioro y

<http://www.maduradas.com/enterate-el-susto-que-le-dieron-vecinos-enardecidos-a-ladron-en-los-palos-grandes-fotos/>; <http://www.maduradas.com/atroz-no-me-maten-dejenme-llamar-a-mi-familia-la-historia-de-otro-brutal-linchamiento/>;

<http://www.maduradas.com/asi-estamos-comunidad-tomo-justicia-por-sus-manos-y-detuvo-a-delincuente-en-la-castellana/>; <http://www.maduradas.com/se-agota-la-paciencia-turba-enardecida-lincho-a-dos-presuntos-ladrones-en-el-zulia/>;

<http://www.maduradas.com/a-falta-de-justicia-vecinos-ajusticiaron-a-un-delincuente-por-robar-a-unos-adolescentes/>; <http://www.maduradas.com/fuera-de-control-linchan-a-delincuente-en-el-metro-de-caracas-tras-robar-a-una-mujer-video/>; y un largo etcétera.

²⁴ Sobre esto reflexiona el BID. Ver: <http://blogs.iadb.org/sinmiedos/2014/04/10/siete-claves-del-informe-unodc-2013-sobre-homicidios/>

²⁵ OMS: informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la violencia interpersonal en todo el mundo. Disponible en: <http://www.unmultimedia.org/radio/spanish/2014/12/oms-paises-de-america-latina-y-el-caribe-tienen-las-tasas-de-homicidio-mas-altas-del-mundo/#.WBN9yvi97IV>

²⁶ Ver: <http://www.maduradas.com/video-impactante-les-rapan-la-cabeza-al-ser-sorprendidas-robando-en-las-playitas/>

²⁷ “A mi hijo lo agarraron entre 40 personas, lo apuñalaron, aparte de eso lo colgaron para que se desangrara; lo bajaron y el señor Dorangel –alias “el comegente”- fue el que lo descuartizó para dárselo de comer a todos los detenidos de Politáchira, y al que no lo hiciera –los que encabezaban el motín- los golpeaban, les quitaban dedos, les partieron las piernas, les perforaron pulmones, los golpearon en la cabeza con un martillo; fue atroz y desastroso lo que vivieron esas personas allá”, manifestó.. Disponible en:

degradación humanos lanzados a la barbarie y la menesterosidad; esta última es la peor de las formas extremas de pobreza y de falta de libertad.

8. Adicionalmente, la generación impune de líderes negativos llamados “pranes” y bandas criminales dentro de las cárceles es un serio desafío a la razón y a la gobernabilidad. El tráfico de armas de guerra desde y hacia las cárceles es asombroso. Ello ocurre con la más absoluta aquiescencia del Estado y sus administradores, con aceptación y encubrimiento de la corrupción que está por detrás.
9. Según Amnistía Internacional el porcentaje de casos impunes por violaciones de derechos humanos se expande a un 97%: “Impunidad para las violaciones de derechos humanos. La impunidad por las violaciones de derechos humanos se ha expandido en Venezuela. De acuerdo a las cifras de la fiscal general, en la mayoría de los casos de violaciones de derechos humanos, aquellos que fueron sospechosos de responsabilidad criminal no fueron llevados ante la justicia. Las estadísticas oficiales que cubrieron el período 2009-2012 muestran que solo el 3% de las quejas formales de violaciones de derechos humanos resultan en que a los sospechosos se les impuso cargos y fueron llevados ante un juez. Sin embargo, desde 2012, la Fiscalía General no ha proporcionado estadísticas actualizadas, por lo que no se sabe si se ha realizado algún progreso en la lucha contra la impunidad en los años recientes. De acuerdo a (sic) las organizaciones de derechos humanos locales, “de los 8.813 nuevos casos de violaciones de derechos humanos presentadas en 2012 a la Fiscalía General, 97% fueron no admitidos o archivados, mientras los cargos fueron llevados en el 3% remanente de los casos”. (Amnistía Internacional, 2016)²⁸.

¿Por qué es necesario contar con el registro, documentación y procesamiento jurídico de los hechos criminales y graves abusos a los derechos humanos que puedan ser cometidos en algún momento de la historia de cualquier país? La

<http://www.diariodelosandes.com/index.php?r=site/noticiaprincipal&id=5659> . (NOTA: noticia desaparecida de la web). Ver también: *La macabra historia de 'El Comegente', el hombre que aterrizó Venezuela*. Disponible en:

<https://www.notimerica.com/sociedad/noticia-macabra-historia-comegente-hombre-aterorizo-venezuela-20180514101713.html>

²⁸ Amnistía Internacional: EPU de Venezuela 2016: recomendaciones de Amnistía Internacional. Publicado el 28 de oct. De 2016. Disponible en: https://issuu.com/documentos/docs/informe_epu_2016_-_1_nov

respuesta es sencilla: Para evitar el olvido y la repetición de las atrocidades. La amnesia intencional (negacionismo, secretismo, indiferencia moral, el bloqueo y opacidad de la información, las noticias falsas) o involuntaria (tendencia natural y cultural del ser humano al olvido) conduce a su repetición. Por eso los lemas “Prohibido olvidar” y “Nunca más” persiguen evitar que se repitan hechos atroces. Y es que solo mediante el registro y documentación judicial de los acontecimientos más graves que ha sufrido la humanidad se permite mantener el recuerdo de situaciones y hechos terribles. La historia y la cultura requieren de la justicia que documente, fije y pruebe los hechos y que se aplique el Derecho a través de juicios justos (Fernandez, 2018)²⁹. La educación, los maestros, los líderes, los libros, los historiadores y los medios de comunicación, entre otros componentes, luego harán el resto para impedir la desmemoria.

Theodor Adorno: ¿Qué significa superar el pasado?

La pregunta "¿Qué significa superar el pasado?" tiene que ser clarificada. Parte de una formulación que en los últimos años se ha convertido, como frase hecha, en altamente sospechosa. Cuando con ese uso lingüístico se habla de superar el pasado no se apunta a reelaborar y asumir seriamente lo pasado, a romper su hechizo mediante la clara conciencia; sino que lo que se busca es trazar una raya final sobre él, llegando incluso a borrarlo, si cabe, del recuerdo mismo. La indicación de que todo ha de ser olvidado y perdonado por parte de quienes padecieron injusticia es hecha por los correligionarios de los que la cometieron..."³⁰

¿Cómo se expresa la falta de memoria jurídica en Venezuela? Son varias las formas de la amnesia colectiva:

1. La impunidad de los delitos graves en Venezuela se mantiene en 2020³¹. Para 2015 Venezuela no calificaba siquiera dentro del

²⁹ Fernandez, Fernando M.: *Derecho a un juicio justo*. En: Genocidio y otros crímenes atroces. Editorial Livrosca. Caracas, 2018.

³⁰ Disponible en: https://archive.org/stream/Adorno-1998-EducacionParaLaEmancipacion/Adorno-1998-EducacionParaLaEmancipacionConferenciasY_djvu.txt

³¹ “En América del Sur, Venezuela sigue siendo el país con las tasas más altas de homicidios, comisión de delitos, violaciones sistemáticas a los derechos humanos y, por lo tanto, de impunidad (unhchr, 2019 y 2020). A la crisis alimentaria que vive el país, producto de la crisis política y económica, se suma la emergencia humanitaria regional por aproximadamente cuatro millones de refugiados venezolanos que viven en los países del continente. Asimismo, el ejército venezolano y políticos vinculados con el régimen de Nicolás Maduro son acusados de dirigir el trasiego de drogas provenientes de la región andina hacia América del Norte y África (Departamento de Estado, 2020)...” En: Escalas

Índice Global de Impunidad³² (“IGI”), dado que carece de las cifras básicas que permitan identificar con precisión y oportunamente el índice mencionado correspondiente al país. Hasta el año 2014 los datos de muertes por homicidios intencionales y otros delitos violentos han sido ocultados de forma intencional o por negligencia a la opinión pública, a organismos internacionales, así como a las universidades y los investigadores, criminólogos, abogados, ONG y demás interesados en resolver el problema. Las pocas cifras ofrecidas recientemente por el Ministerio Público en su informe de 2015 permiten asegurar que la lucha contra el delito se está perdiendo. Cada derrota en esta lucha es una violación, por omisión culposa, de los derechos humanos de las víctimas.

- a. Tal como se desprende de las definiciones del IGI, la impunidad es multidimensional. Es decir, la impunidad debe ser entendida como un fenómeno que surge de varias dimensiones del quehacer de un Estado como es la responsabilidad de la seguridad ciudadana, la procura y administración de justicia imparcial e independiente, la investigación correcta y objetiva de los hechos punibles, el buen funcionamiento del sistema penitenciario, así como la protección integral de los derechos humanos.
- b. Además, la impunidad es multifactorial porque encuentra sus orígenes durante el proceso que inicia con la comisión de un delito, hasta que este es castigado y sus víctimas reciben la reparación por el daño causado. La impunidad mantiene correlación de retroalimentación con los niveles y tipos de corrupción existentes en el país. Un dato preponderante es la crisis institucional del Estado y su ineficacia frente al delito. También se debe destacar la crisis axiológica y la debilidad de los valores éticos en el seno del cuerpo social, lo cual genera anomia. La impunidad surge a partir del mal funcionamiento de las dimensiones de seguridad, justicia y derechos humanos en

de impunidad en el mundo. Índice Global de Impunidad 2020 (IGI-2020). Disponible en: <https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/0-IGI-2020-UDLAP.pdf>

³² Ver índice Global de Impunidad 2015 del Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia, CESIJ, de la Universidad de las Américas. Puebla, México. Disponible en: <http://www.udlap.mx/cesij/resultadosigi2015.aspx> y http://www.udlap.mx/igimex/assets/files/igimex2016_ESP.pdf_

- el ámbito nacional y local; a lo cual se suma la fragilidad de una sociedad que no reclama justicia al Estado.
2. La Defensoría del Pueblo ha sido degradada y perdió su derecho a voz³³ en el seno de la ONU por no haber demostrado su independencia del Poder Ejecutivo y por no hablar “alto y claro” con la debida contundencia ante graves violaciones de derechos humanos. Dicha situación fue recomendada por el Sub-Comité de Acreditación de GANHRI³⁴ ante la falta de imparcialidad de dicha institución.
 3. Otra forma de constatar la amnesia intencional en materia jurídica es que el Estado siempre gana en la jurisdicción contencioso-administrativa³⁵ y, de la misma manera, el Gobierno y su partido nunca pierden en la Sala Constitucional del TSJ³⁶. De paso sea dicho, la Asamblea Nacional legítima ha sido coartada en sus funciones contraloras y de legislación por la serie de nulidades decretadas por esa sede jurisdiccional³⁷. Así las cosas, el abuso de autoridad y los actos inconstitucionales del Poder Ejecutivo quedan sepultados con sentencias complacientes con los mandones de turno en perjuicio del ciudadano y en total desmedro del Estado Constitucional de Derecho y de Justicia.
 4. La gran mayoría de las sentencias de los tribunales venezolanos, especialmente las penales, no son publicadas al momento de su

³³ López, Edgar: *La Defensoría del Pueblo perdió derecho a voz en las Naciones Unidas*. “La Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (Ganhri, por sus siglas en inglés) degradó a la Defensoría del Pueblo de Venezuela de categoría A a categoría B, lo cual pone en entredicho su independencia y limita su derecho a voz en todas las instancias de las Naciones Unidas... El primero de noviembre la Defensoría del Pueblo no tendrá derecho a voz en Ginebra.”

³⁴ Informe del Subcomité de Acreditación de GANHRI. Mayo de 2016: Recomendaciones específicas - Revisión con arreglo al artículo 18.1 del Reglamento de GANHRI 4.2 Venezuela: Defensoría del Pueblo Recomendación: El Subcomité recomienda que se degrade a la institución a clase B.” Disponible en: https://es.scribd.com/document/321014745/Reporte-Subcomite-ONU-Situacion-de-Venezuela#from_embed . Ver también: <http://efectocucuyo.com/principales/onu-recomienda-degradar-a-la-defensoria-del-pueblo-por-parcializacion-politica>

³⁵ Canova, Antonio: *La agonía del contencioso administrativo tradicional*. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDA/4/rda_1998_4_289-322.pdf

³⁶ Petit, Luis Alberto: *La (in)justicia (in)constitucional: el caso Venezuela*. 2017. Disponible en: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2204/1460>

³⁷ Acceso a la Justicia: *El TSJ vs. la AN*. noviembre 27, 2020. Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/el-tsj-vs-la-an/>

aparición. También desaparecen las sentencias de instancias colegiadas con los votos salvados, los cuales muchas veces han sido llamados de atención frente a la sentencia injusta o desviada jurídicamente. Las víctimas, defensores y estudiosos de la justicia no tienen como documentar y valorar el hecho judicial con datos claros y oportunos. Eso también impide a los justiciables acceder a los recursos procesales oportunamente, al mejoramiento progresivo de la doctrina y jurisprudencia y a quienes formulan criterios para la reforma judicial saber con exactitud los hechos que deben ser eliminados, reformados o mejorados.

5. También hay vacíos en la legislación que no pueden ser explicados ni justificados: un ejemplo de ello es que el ERCPI aún no ha sido implementado a pesar de haberlo suscrito Venezuela en 1998, lo cual genera un amplio espacio de impunidad para la comisión de crímenes atroces, los cuales quedan sin juicio ni sanción.
6. Además, la víctima de violaciones de derechos humanos y de delitos siempre pierde en la jurisdicción penal. Mucha impunidad (cercana al 100%) y nunca, sin exagerar, una indemnización por daños, sufrimiento, lesiones, discapacidades, mutilaciones y pérdidas de vidas; mucho menos de proyectos de vida arruinados de forma injusta. Un caso patético es el crimen de tortura evidenciado en audiencia: las víctimas, luego de denunciarlo ante el tribunal de la causa es devuelta a sus captores y esbirros. En el mejor de los casos, se abre una investigación sin resultados. Ni que decir de los crímenes de lesa humanidad que se cometen por los funcionarios estatales y grupos paramilitares. El caso más elocuente y dramático es el del Capitán Acosta Arévalo³⁸, quien murió en audiencia por causa de torturas en prisión.
7. En lugar de una verdad jurídica que pueda ser identificada, documentada y analizada con seriedad se ha creado una verdad política en sentencias y leyes cuyas premisas han sido el oportunismo, la revancha, el negacionismo, el control social, el terrorismo judicial y la ideología.
8. La proliferación de leyes penales especiales producida por el proceso de descodificación³⁹ penal es un factor que concurre en la

³⁸ Amnistía Internacional: *Venezuela: Morir ante un juez: Detención arbitraria, desaparición forzada, tortura y muerte de Rafael Acosta Arévalo*. 4 septiembre 2020. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr53/2909/2020/es/> .

³⁹ Fernández, Fernando M.: *Crímenes, delitos y faltas vigentes en Venezuela*. Editorial LIVROSCA, Caracas, 2003.

desmemoria al dificultar a los operadores saber de forma oportuna cuál delito está vigente. El efecto sobre el ciudadano común y las víctimas de delitos es que no sabe qué delito protege sus derechos ni cómo puede ejercerlo al pedir justicia.

9. Las reformas al sistema acusatorio⁴⁰ previsto en el Código Orgánico Procesal Penal (“COPP”) original⁴¹ y convertirlo de nuevo en un sistema inquisitivo en los hechos han generado incertidumbre en las víctimas de delitos quienes se inhiben de pedir justicia ante las tardanzas y, sobre todo, la impunidad: la desmemoria se basa en la impunidad de las atrocidades y delitos.
10. Otro ejemplo de la construcción de una verdad histórica oficial, falsa y ajena a la verdad real, es que, en aras de reescribir la historia, se reabren casos judiciales ya prescritos o juzgados con la clara intención de demostrar los errores e injusticias del enemigo, así como posibles violaciones de derechos humanos, y hacer verosímil la nueva verdad oficial conveniente a los amigos, cómplices, socios y aliados. Por ejemplo:
 - a. La Ley para sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998⁴², Creó una Comisión por la Justicia y la Verdad⁴³ en cuyo informe

⁴⁰ Fernández, Fernando M.: *Manual de derecho procesal penal*. McGraw Hill. Caracas. 1999.

⁴¹ Fernández, Fernando M. y otros: *Nuevo Código Orgánico Procesal Penal*. McGraw Hill. Caracas, 1998.

⁴² No se menciona el evento de la Lucha Armada por el cual el Partido Comunista y demás agrupaciones y personalidades del marxismo llamaron a la insurrección y plantearon la necesidad de alzarse en armas. Disponible en: http://www.mp.gob.ve/LEYES/ley_sancionar_crimeles/ley_sacionar_crimeles_web.html

⁴³ Artículo 4. “La presente Ley tiene como finalidad: 1. Crear la Comisión por la Justicia y la Verdad, que tendrá como objeto investigar los hechos, la violación de los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, así como las causas y consecuencias que generó el terrorismo de Estado, durante las décadas comprendidas entre los años 1958 a 1998. 2. Identificar y sancionar a los autores intelectuales o materiales, venezolanos o venezolanas, extranjeros o extranjeras, que cometieron violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, como expresión de prácticas de terrorismo de Estado, en el período comprendido en la presente Ley. 3. Investigar, ubicar y rescatar los restos de las víctimas por desaparición forzada, para proceder a su inhumación, garantizando su honor y dignidad, de acuerdo a la ley, así como a los usos y costumbres de sus familiares. 4. Investigar, con el fin de localizar a las víctimas sobrevivientes, para recoger sus testimonios y garantizar la reivindicación de su honor y dignidad, de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley y a otras normas legales pertinentes. 5. Reivindicar las luchas

final⁴⁴ se limitó a identificar hechos relacionados con desaparecidos o fallecidos durante la época de la lucha armada, con lo cual se hizo justicia, al menos con los familiares sobrevivientes⁴⁵. Pero, dejó de lado una serie de otros crímenes que cometieron los grupos insurreccionales participantes del conflicto cuya situación está por definirse. Nada se sabe, por ejemplo, de los fallecidos por causa de los golpes de Estado de los años 60 y, especialmente, tampoco los fallecidos por golpe de Estado del año 1992, los cuales presenta como algo legítimo y necesario, sin reparar en la víctimas mortales de esos actos violentos. Ello demuestra la indiferencia moral con la que el país ha vivido durante estas dos décadas. En fin, esa legislación se inserta en el esfuerzo por hacer de la violencia insurreccional de los años 60s una épica angelical, una verdad oficial que solo cuenta a medias o a cuartas una realidad que fue terrible para la sociedad venezolana. Hasta cubren de juridicidad con sentencias e interpretaciones sesgadas ideológicamente⁴⁶. Contra esa falsedad histórica hay que luchar con la verdad, por eso se necesita construir la verdad jurídica.

- b. Un dato: la Comisión por la Justicia y la Verdad solo cubre los años de 1958 a 1998. ¿Durante ese tiempo no hubo una lucha armada y violenta que secuestró, robó y mató a inocentes? ¿Qué fueron la lucha armada y la guerra prolongada durante los años 60s? ¿Qué fueron el

populares por las cuales fueron víctimas de la represión que se generó en el Estado venezolano, durante el período transcurrido entre los años 1958 a 1998, al levantar las banderas de la lucha antiimperialista, por la democracia popular y el socialismo en Venezuela.

6. Establecer los mecanismos para la reivindicación moral, social y política de las víctimas.”

⁴⁴ Comisión por la Justicia y la Verdad: *Contra el silencio y el olvido. Por la verdad y la justicia*. Disponible en: <https://albaciudad.org/wp-content/uploads/2017/03/contra-el-silencio-y-el-olvido-por-la-verdad-y-la-justicia.pdf>

⁴⁵ Ver: Informe del Ministerio Público 2015. Disponible en: http://www.mp.gob.ve/c/document_library/get_file?uuid=010ba734-247c-4da1-859f-1ae55772d7b5&groupId=10136

⁴⁶ Recurso de interpretación ante la sala Constitucional del TSJ. Disponible en: <http://www.mp.gob.ve/LEYES/TSJ11122015/index.html>

Porteñazo y el Carupanazo⁴⁷? ¿Y qué pasó en el golpe de 1992, ¡¿nada, no hubo homicidios ni lesionados, tampoco daños?! Todo se traduce en una supuesta épica “gloriosa y legítima” del pueblo contra el orden constitucional ¿Y después de 1998 nada ha pasado en materia de violaciones de derechos humanos? Está claro que la rendición de cuentas por esas atrocidades es una materia pendiente, porque el informe de esta Comisión omitió esos hechos históricos.

- c. Adicionalmente, la verdad oficialista se revistió de una conveniente apología que, no solo ha escondido sus crímenes, sino que vuelca la historia para convertir las fechorías en actos heroicos, gloriosos y hasta angelicales a través de libros⁴⁸ y películas⁴⁹.
- d. En cuanto al período 1948-58 de la dictadura de marcos Pérez Jiménez vale la pena destacar el esfuerzo titánico que realizó el editor José Agustín Catalá (1998)⁵⁰ de documentar el detalle de los crímenes atroces cometidos bajo ese régimen. Sin embargo, eso no concluyó en el enjuiciamiento de los culpables, lo cual era indispensable.

II. Algunos antecedentes históricos

Los juicios de Núremberg constituyen el esfuerzo más significativo contra el olvido y la construcción de la memoria jurídica de la historia en el Siglo XX, luego del Holocausto y otros crímenes atroces cometidos en Europa durante el III Reich en Alemania. Los juicios a los jefes, a los juristas, a los médicos, a los empresarios y a quienes ejecutaron órdenes genocidas fue solo el principio de un proceso llamado de “desnazificación”⁵¹ que ha durado décadas y que no

⁴⁷ En los textos propagandísticos del Estado venezolano hay un esfuerzo apologético de la violencia que reconoce ésta como algo legítimo, bueno y necesario. Ver Oliveros Espinoza, Elia: *La lucha social y la lucha armada en Venezuela*. Disponible en: http://www.consejogeneraldepolicia.gob.ve/?wpfb_dl=542

⁴⁸ Zago, Angela: *La rebelión de los ángeles*. Warp Ediciones. 1998.

⁴⁹ Azpúrrua, Carlos: *Amaneció de golpe*. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Amaneci%C3%B3_de_golpe

⁵⁰ Catalá, José Agustín: *Los archivos del terror. 1948-1958 La década trágica: presos, torturado, exiliados, muertos*. Editorial El Centauro. Caracas, 1998. También: Bruni Celli, Marco Tulio: *Contra las dictaduras por la república civil. Semblanza del editor José Agustín Catalá y su mundo político*. Editorial Centauro. Caracas, 2008.

⁵¹ El proceso de desnazificación de Alemania fue un ambicioso proyecto para lograr el establecimiento de la democracia, la paz y reconciliación. Ver detalles en: *La*

termina aún. Ese proceso tuvo varios temas a realizar: democratización, desmilitarización y descentralización.

70 años más tarde de los juicios de Núremberg esa memoria se sigue procesando y fijando los hechos en el foro judicial: Demjanjuk⁵², Groning⁵³ y Reinhold⁵⁴. Los lemas de la documentación jurídica de la memoria histórica son: “prohibido olvidar” y “nunca más”. El otro aspecto de la tarea por realizar es la educación, como bien lo dijo T. Adorno.

Otros esfuerzos notables para la construcción de la memoria jurídica en torno a atrocidades posteriores han sido el juicio por los crímenes de Tokio⁵⁵,

desnazificación de Alemania. Disponible en: <http://www.elholocausto.net/parte-04/desnazificacion.htm>

⁵² John Demjanjuk (conocido como “Iván el Terrible”), ex miembro de las SS, fue condenado por el Tribunal Regional de Múnich a 5 años de prisión en 2011 bajo el cargo de colaborar como cómplice con las muertes de 28.060 judíos asesinados en el campo de exterminio nazi Sobibor. Ver un recuento de las incidencias del juicio, disponible en: <https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007957> y <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/john-demjanjuk-prosecution-of-a-nazi-collaborator>

⁵³ Fernández, Fernando M.: *El tesorero de Auschwitz*.” Disponible en: <http://amnistia.ning.com/profiles/blogs/el-tesorero-de-auschwitz>

⁵⁴ “Reinhold H., de 94 años de edad, tenía veinte cuando empezó como guardia de seguridad en el campo de concentración de Auschwitz. Un ayudante en la maquinaria de muerte nazi. Según el fiscal es corresponsable de la muerte de al menos 170.000 personas. La justicia alemana lo dejó en paz, a él y a otros como él, durante décadas. Ahora, más de 71 años después de su época en las SS, se los juzga.” Ver: Justicia tardía: juicio a exguardias de campos de concentración. Disponible en: <http://www.dw.com/es/justicia-tard%C3%ADa-juicio-a-exguardias-de-campos-de-concentraci%C3%B3n/a-19039349> y <http://www.dw.com/es/nonagenario-exguardia-de-auschwitz-ser%C3%A1-juzgado-en-alemania/a-18900401>

⁵⁵ Princeton University: *Tokio Trials Database*. Disponible en; <https://library.princeton.edu/news/eastasian/2019-03-13/tokyo-trials-literature-database>

Ruanda⁵⁶, la Ex Yugoslavia⁵⁷, Camboya⁵⁸, Argentina⁵⁹, Uruguay⁶⁰, Guatemala⁶¹, Colombia⁶², entre otros. Lo básico, es impedir el olvido. Hay cuentas pendientes en esta materia, como han sido los casos de la dictadura en Brasil⁶³, la guerra civil en El Salvador⁶⁴, la lucha anticomunista en Indonesia⁶⁵, la guerra civil y la experiencia republicana y después el franquismo en España⁶⁶, Asimismo, los peores casos de todos, los ocurridos en los países colonizados por la dictadura de la Unión Soviética, tanto los ocasionados por el Terror Rojo⁶⁷ como el

⁵⁶ Ver: Waldorf, Lars: *Genocidio, justicia y reconciliación en Ruanda*. Disponible en: <http://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/genocidio-justicia-y-reconciliacion-en-ruanda/>

⁵⁷ Bosnia, 20 años después de la guerra de la vergüenza "... A pesar de las desgracias que sufrieron todos los pueblos de Bosnia, 20 años después del inicio de la guerra todavía no existe el país la disposición para iniciar un verdadero proceso de reconciliación. "La inexistencia de una verdad sobre la guerra y la falta de disposición a juzgar los crímenes son las consecuencias más serias del conflicto bélico que tienen impacto en la actualidad y en el futuro", declara a Efe el analista Momir Dejanovic, quien lamentó que aun hay "tres o cuatro verdades". "Los bandos no se hacen cargo de los crímenes cometidos por los suyos", prosigue..." Disponible en: <http://www.publico.es/actualidad/bosnia-20-anos-despues-guerra.html>

⁵⁸ Informe del Grupo de Expertos para Camboya establecido de conformidad con la resolución 52/135 de la Asamblea General. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/cambodia-1999.html>

⁵⁹ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP): *Informe "Nunca más"*. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/argentina/informe-de-la-CONADEP-Nunca-mas.htm>

⁶⁰ Errandonea, Jorge: *Justicia transicional en Uruguay*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23814.pdf>

⁶¹ ONU: *El reconocimiento del genocidio de mayas ixil en Guatemala es un avance contra la impunidad*. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/10/1444072>

⁶² Colombia: *Justicia Especial para la Paz*. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/ServicioAICiudadano/Paginas/preguntas.aspx>

⁶³ A 56 años del golpe de Estado en Brasil. 31 de marzo de 2020. Disponible en: <https://ww3.museodelamemoria.cl/informate/a-56-anos-del-golpe-de-estado-en-brasil/>

⁶⁴ El dolor continúa para las víctimas del conflicto en El Salvador. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/05/1455421>

⁶⁵ BBC Mundo: *La masacre de 500.000 personas que tardó medio siglo en ser declarada crimen contra la humanidad*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36845663>

⁶⁶ Pichel, Mar: *Guerra Civil de España: cómo sigue presente 80 años después de haber terminado*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-47749895>

⁶⁷ Blakemore, Erin: *Cómo el Terror Rojo trazó el macabro camino de la Unión Soviética*. Disponible en: <https://www.nationalgeographicla.com/historia/2020/09/como-el-terror-rojo-trazo-el-macabro-camino-de-la-union-sovietica>

Holodomor⁶⁸, entre otros. Los de Cuba por el Che Guevara⁶⁹ y los de los Castro⁷⁰, y los de Mao Zedong en China⁷¹, entre otros donde ha imperado el sistema totalitario comunista, que han quedado impunes, con tendencia al olvido, la distorsión y la repetición de los hechos mientras transcurre el tiempo.

De la misma forma, deben ser mencionados los esfuerzos por crear una memoria jurídica por enjuiciar gravísimos actos de corrupción y atrocidad en Brasil con los casos de Odebrecht⁷², lo cual está íntimamente vinculado a violaciones de derechos humanos en la medida que merman el patrimonio público y empobrecen al Estado quitándole recursos para garantizar los derechos humanos. Con la corrupción solo gana la nomenclatura que controla al Estado y pierden todos los ciudadanos victimizados.

Perú⁷³ y Chile⁷⁴ han demostrado que la corrupción es aliada de graves violaciones de derechos humanos cometidas por sus gobernantes. Pinochet⁷⁵, Fujimori y Montesinos⁷⁶ son una muestra de que, además, el poder absoluto corrompe absolutamente: la tentación del poder omnímodo es también exponencial. El esfuerzo institucional posterior por construir la memoria jurídica en esos países ha demostrado que se pueden recuperar bienes obtenidos delictuosamente por causa del abuso de poder. El caso de El Salvador merece

⁶⁸ “¿qué pasó entre 1932 y 1933? El Holocausto olvidado de Stalin: la horrible muerte de 4 millones de personas.” Disponible en: https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-09-24/stalin-urss-holodomor-holocausto_1446044/.

⁶⁹ Pichel, Mar: “Creo que hay una gigantesca mentira alrededor del Che”: Jacobo Machover, el escritor cubano que califica de asesino a Ernesto Guevara a 50 años de su muerte. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41513971>.

⁷⁰ BBC Mundo: Fidel Castro: las muertes, desapariciones y detenciones que se le atribuyen al líder de la Revolución Cubana. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38153673>.

⁷¹ Rummel, RJ: *El siglo sangriento de China*. Disponible en: <https://www.hawaii.edu/powerkills/CHINA.CHAP1.HTM>.

⁷² La cadena de corrupción de Odebrecht: los casos más destacados en América Latina. Disponible en: <https://www.semana.com/mundo/articulo/odebrecht-casos-mas-destacados-en-america-latina/591431/>

⁷³ La Comisión por la Reconciliación y la Verdad produjo un extenso y detallado informe. Disponible en: <http://cverdad.org.pe/ifinal/>.

⁷⁴ “El Decreto Supremo N° 355 de 25 de abril de 1990 creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, cuyo objetivo principal fue contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, ya fuera en el país o en el extranjero, si estas últimas tuvieron relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional...” Disponible en: http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html.

⁷⁵ “Pinochet, desafortado por corrupción.” Disponible en: <https://www.dw.com/es/pinochet-desafortado-por-corrupcion/C3%B3n/a-1746266>.

⁷⁶ “el espiral de la corrupción en el Perú.” Disponible en: <https://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/el-espiral-de-la-corrupcion-en-el-peru/>

una consideración especial por la participación de la ONU en la reconciliación luego de una cruenta guerra civil⁷⁷. Ello es un ejemplo de que sí se puede.

En contrapartida, no ha habido el reconocimiento ni mucho menos la construcción de una memoria jurídica en varios casos y situaciones que han quedado impunes: genocidios y otras atrocidades⁷⁸ contra armenios; ucranios, uzbekos, kazakos y rusos por haber sido campesinos ricos o kulaks; chinos de la época maoísta, kurdos en Irak, cubanos, haitianos, coreanos del Norte y muchos más. Luchar contra el olvido de los hechos atroces de los últimos años y crear una memoria jurídica consistente y veraz acerca de los terribles hechos acontecidos en el territorio de Venezuela durante los últimos 21 años es el reto de los venezolanos.

III. Marco teórico

Puede llamarse Estado Dual⁷⁹ a esta forma jurídica paralela, haciendo uso de la descripción que hizo Carl Schmitt y que más recientemente ha desarrollado Giorgio Agamben⁸⁰ para explicar la conformación de dos Estados que funcionan en simultáneo, pero que son contradictorios y antagónicos en esencia, (1) uno formal y constitucional que plasma el modelo alemán y europeo del Estado Social⁸¹; y (2) el otro, legal pero inconstitucional que desarrolla de forma paralela el modelo utópico del Estado Socialista o Comunista⁸² y el marcado

⁷⁷ La Comisión de la Verdad para El Salvador surge de los Acuerdos de Paz de Chapultepec, que pone fin a la Guerra Civil de El Salvador, con la finalidad de investigar y esclarecer las más graves violaciones de derechos humanos ocurridos durante la Guerra Civil, dando lugar al Informe denominado "De la Locura a la Esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador", publicado el 15 de marzo de 1993. Ver: *Informe "De la locura a la esperanza: La guerra de 12 años en el Salvador"* (Comisión de la verdad para el Salvador). Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm> .

⁷⁸ Fernández, Fernando M.: *Genocidio y otros crímenes atroces*. Editorial LIVROSCA. Caracas, 2018.

⁷⁹ Denominación y desarrollo de este tema tomados de Fernández, Fernando M.: *Estado Dual o anómico. Efectos corruptivos*. Editorial Académica española. Mauricio 2018.

⁸⁰ Agamben, Giorgio (2003): *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2014

⁸¹ Que la Constitución de 1999 llamó Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, pero que reproduce la mayoría de las instituciones del Estado Alemán-Europeo, basados en la economía social de mercado, las libertades individuales y los derechos humanos, pero con algunas intervenciones del Estado limitadas y provisionales.

⁸² El estado Socialista-Comunista se basa en los principios y valores plasmados en el Primer y Segundo Planes Socialistas de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007 y 2013-2019. Disponibles en: <http://www.psu.org.ve/temas/biblioteca/proyecto-nacional-simon-bolivar/#.VrTmlRjhC1s> y en:

acento militarista por medio de varias Leyes Habilitantes, en concordancia con los estados de excepción y la emergencia económica, con lo cual se han promulgado innumerables Decretos sin que sean leyes formales emanadas del Poder Legislativo. En definitiva, el Estado Dual es una forma anómica que pone en evidencia el oxímoron de un Estado Legal contradiciendo y negando al Estado Constitucional de Derecho, algo que aclaró el maestro Manuel García Pelayo⁸³ era evidentemente un atraso institucional y que conduciría a la distopía.

La conclusión acerca de esto es que mantener una doble estructura como el Estado Dual conduce a la catástrofe y no al revés, es decir, que una catástrofe (económica, climática, sísmica, bélica o de otro tipo) pueda conducir al estado de excepción. Es el estado de excepción lo que ocasiona una catástrofe. Se trata, entonces de la distopía. Agamben⁸⁴, dice "... Poniendo junto a la Constitución legal una segunda estructura, a menudo jurídicamente no formalizada, que podría existir al lado de la otra sólo gracias al estado de excepción... (p.98). El estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana, sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas –y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado- son desactivadas (p-101) ... Por esto, con un ulterior cambio de enfoque, el paradigma del estado de excepción no es ya, como en la Teología Política, el milagro, sino la catástrofe... (p- 111)."

En materia de corrupción⁸⁵ la catástrofe originada por la abundantísima legislación excepcional de más de 300 decretos dictados bajo 7 leyes habilitantes, la declaratoria continua de los estados de excepción por la supuesta guerra económica y ahora de alarma, desde que comenzó la pandemia del COVID 19 en marzo de 2020, configuran la anomia del Estado como conducta sobresaliente de la administración pública y, por tanto, de su funcionariado. Así, el Estado Dual mantiene dos formas de Estado antagónicas en un mismo territorio y para servir a la misma población, que son conceptual y

http://www.opsu.gob.ve/portal/vistas/descargas/banners/arc_Plan_de_la_Patria_Programa_de.pdf

⁸³ García Pelayo, Manuel: *Estado legal y estado constitucional de derecho*. Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1991.

⁸⁴ Agamben, Op. Cit . Página 98.

⁸⁵ "La corrupción es el equivalente en el Estado de lo que en la sociedad civil se nombra como anomia. En la actitud anómica hay un sujeto no responsable en la corrupción hay un sujeto que se desresponsabiliza. En esas actitudes no se trata sólo de transgredir tal o cual norma sino de una disposición a no tomar en cuenta las implicancias de las conductas sobre en la vida pública..." En: Etchezahar, Edgardo: *Anomia y Corrupción*. I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009. Disponible en: <http://www.aacademica.org/000-020/492.pdf>

funcionalmente antípodas, condenadas al enfrentamiento y la ineficacia. Tal situación es anómica y, consecuentemente, criminógena⁸⁶, en el sentido de que incentiva y crea condiciones para el delito de corrupción debido a sus erradas políticas y confusa legislación, como se verá más adelante, con lo cual se realimenta la anomia social y estatal.

Para entender esta antinomia de dos formas estatales antagónicas hay que recordar lo que fue la permanente confrontación de la República Democrática de Alemania⁸⁷ ("RDA") durante la Guerra Fría y existencia de la llamada Cortina de Hierro⁸⁸, bajo un Estado Socialista constitucionalmente marxista-leninista y totalitario en contraposición con la República Federal de Alemania⁸⁹ ("RFA"), de claros valores democráticos, bajo la configuración del Estado Social. Ambos

⁸⁶ "... La Ley Contra los Ilícitos Cambiarios ("LCIC"), ya derogada parcialmente, y la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo ("Locdoft") son leyes claramente criminógenas: castigan indebidamente conductas que deberían ser legales y generan impunidad por parte de sus normas. Además de ellas hay nuevas leyes penales también generadoras de delitos por su mala estructura, sus ideas confusas, dogmas, prejuicios ideología política y errores de la técnica legislativa.

Un ejemplo de lo dicho, el cual debe considerarse el efecto criminógeno y factor corruptor es la Locdoft, la cual ha creado legalmente la impunidad total del Estado y sus empresas para cualquiera de los delitos vigentes, con la fórmula siguiente: "las personas jurídicas son responsables penal, administrativa y civilmente, "con exclusión del Estado y sus empresas". Esta cláusula (Locdoft, art. 31) de inmunidad legal está en la base de los actos corruptos de muchos funcionarios que usan esta especie de velo corporativo para escudarse en la impunidad del Estado y sus empresas. Las abuelas decían: ¡la ocasión hace al ladrón! Gracias a ello muchos empleados públicos han saltado la talanquera moral y legal y se han ubicado en el mundo del crimen organizado, bien por actuación directa o por encubrimiento..." Ver: Fernández, Fernando M.: *Leyes criminógenas*. Disponible en: <http://www.eluniversal.com/opinion/140830/leyes-criminogenas>

⁸⁷ Ver: RDA, la sombra de un 'Estado injusto'. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/02/actualidad/1412273686_976223.html

⁸⁸ "*Cortina de hierro*: Célebre frase pronunciada por el líder político inglés Winston Churchill (1874-1965), después de la Segunda Guerra Mundial, para señalar la ruptura del bloque comunista con los países de Occidente y la profunda y rígida división del planeta en dos grandes zonas de influencia. En su discurso de Fulton el 5 de marzo de 1946, Churchill afirmó con admirable elocuencia y precisión gráficas: "*desde Stettin en el Báltico hasta Trieste en el Adriático, ha caído sobre el continente europeo una cortina de hierro*". Así definió a la línea que desde entonces partió al mundo en dos bloques incommunicados y hostiles. La *cortina de hierro* fue, por consiguiente, una frontera ideológica propia de la *guerra fría*..." Disponible en: <http://www.encycopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=c&idind=346&termino=>

⁸⁹ Ver: División de Alemania durante la Guerra Fría (1945-1989). Disponible en: <http://www.dw.com/es/divisi%C3%B3n-de-alemania-durante-la-guerra-fr%C3%ADa-1945-1989/a-2309746>

sistemas se oponían entre sí en todos los temas, desde 1949 hasta la disolución de la RDA en 1989 y su total integración con la RFA, luego de la caída del Muro de Berlín⁹⁰. En 1991 cesó la Guerra Fría⁹¹ al desplomarse la Unión Soviética.

Hay otras denominaciones diferentes que han usado algunos autores para describir al actual Estado venezolano, pero que en este ensayo se consideran complementarias de la noción de Estado Dual, que sirven para definir y describir facetas o rasgos del Estado Dual, los cuales explican detalles y manifestaciones anómicas de los vínculos del Estado, individuos y grupos criminales con la corrupción, algunas de las cuales se usan en este ensayo, a saber:

1. Estado Anómico que consiste en la adaptación defectuosa o desviada del modelo de Estado Social Alemán en países de América Latina⁹² y en Venezuela⁹³. En tal sentido, se incumple con la norma constitucional; la Constitución queda vacía de significado conceptual y material debido a normas legales y sublegales contradictorias que la vacían de contenido, es decir, las instituciones constitucionales son deformadas y fracasan en el plano operativo;

Estado anómico

“En un estudio crítico sobre la realidad de los Estados latinoamericanos, realizado en el año 2003, el alemán Waldmann, asienta la tesis de que también el Estado puede ser “anómico”; puede desarrollar modos de actuación que lo coloquen al margen de la legalidad, evadiendo o contrariando las pautas formales que él mismo ha impuesto como límites a su ejercicio cotidiano. El estudio se centró en hallar respuestas a puntuales estructuras formales e informales en Brasil, Argentina, Colombia y Bolivia, donde se apreció: la falta de controles efectivos, el abuso de poder, la convivencia con la violencia y la existencia de grupos o zonas “sin reglas” dentro del propio territorio. Aunque la comentada investigación no comprendió a Venezuela, puede tenerse como importante referencia para verificar las

⁹⁰ Ver: 1989 2014. La caída del muro que cambió el mundo. Disponible en: <http://elpais.com/especiales/2014/aniversario-caida-muro-de-berlin/>

⁹¹ Ver. El fin de la Guerra Fría. Disponible en: <http://www.historiasiglo20.org/FGF/fin2.htm>

⁹² Waldmann, P. (2003). *El Estado Anómico. Derecho, Seguridad Pública y Vida Cotidiana en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad.

⁹³ Mata, María: *Manifestaciones del Estado anómico en Venezuela: Realidad Jurídico-Penal y Derechos Humanos*. Tesis de Maestría en Derecho Penal y Criminología. Mimeografiado. Universidad Arturo Michelena. San Diego, 2012.

formas que el Estado anómico puede asumir en diferentes latitudes. Debe afirmarse, que en contraposición a aquel Estado anómico, estaría el Estado de Derecho, y más allá de éste, el Estado Constitucional: modelo al cual propenden los actuales sistemas democráticos. El Estado de Derecho tiene como norte de su actuación el respeto a las normas previamente establecidas. En él, los poderes públicos encuentran límites definidos en la legalidad...”⁹⁴

Definición de anomia:

“Para la psicología y la sociología, la anomia es un estado que surge cuando las reglas sociales se han degradado o directamente se han eliminado y ya no son respetadas por los integrantes de una comunidad. El concepto, por lo tanto, también puede hacer referencia a la carencia de leyes. Reciben este nombre todas aquellas situaciones que se caracterizan por la ausencia de normas sociales que las restrinjan... La anomia es, para las ciencias sociales, un defecto de la sociedad que se evidencia cuando sus instituciones y esquemas no logran aportar a algunos individuos las herramientas imprescindibles para alcanzar sus objetivos en el seno de su comunidad. Esto quiere decir que la anomia explica el por qué de ciertas conductas antisociales y alejadas de lo que se considera como normal o aceptable... Volviendo a lo que entienden las ciencias sociales por anomia, diremos que es una violación de las normas, aunque no de una ley: si una persona rompe la ley, incurre en un delito. Lo habitual es que las clases bajas de la sociedad estén sometidas a una mayor presión y tengan una mayor propensión a alejarse de las normas sociales compartidas...”⁹⁵

La corrupción es anomia

“La corrupción es el equivalente en el Estado de lo que en la sociedad civil se nombra como anomia. En la actitud anómica hay un sujeto no responsable en la corrupción hay un sujeto que se desresponsabiliza. En esas actitudes no se trata sólo de transgredir tal o cual norma sino de una

⁹⁴ Mata, María.: *Manifestaciones del Estado anómico en Venezuela: Realidad Jurídico-Penal y Derechos Humanos*. Tesis de Maestría. Mimeografiado. Pág. 5.

⁹⁵ Definición de anomia - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/anomia/#ixzz423j8IKiF>

disposición a no tomar en cuenta las implicancias de las conductas sobre en la vida pública... ”⁹⁶ Anomia y cultura⁹⁷

2. Estado Fallido el cual se identifica como aquél que es incapaz de ejercer el monopolio legítimo del uso de la violencia (Weber, 1919)⁹⁸ y aplicar exitosamente sus leyes a través de diferentes indicadores que lo pueden hacer un Estado frágil o débil (Fondo para la Paz, 2015)⁹⁹. En tal sentido, la Constitución y sus principios, como por ejemplo la seguridad personal y ciudadana, no pueden ser garantizados. Sin embargo, Romero (2014)¹⁰⁰ afirma que en Venezuela no hay un Estado Fallido, sino una sociedad fallida;

⁹⁶ Etchezahar, Edgardo: *Anomia y Corrupción*. I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009. Disponible en: <http://www.academica.org/000-020/492.pdf>

⁹⁷ “Tenemos una cultura malandra al lado de la cultura normal” Alejandro Moreno: *Las OLP “son un permiso para matar*. Disponible en: <http://www.larazon.net/2016/05/17/alejandro-moreno-las-olp-son-un-permiso-para-matar/>

⁹⁸ “...El Estado es la única fuente del derecho a la violencia... El Estado, como todas las asociaciones o entidades políticas que históricamente lo han precedido, es una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es considerada como tal). Para subsistir necesita, por tanto, que los dominados acaten la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan...” En: Weber, Max: *El político y el científico*. Documento preparado por el Programa de Redes Informáticas y Productivas de la Universidad Nacional de General San Martín (UNSAM). Disponible en: <http://www.hacer.org/pdf/WEBER.pdf>.

⁹⁹ La ONG Fondo para la Paz publica desde hace varios años el Índice de Estados Fallidos donde compara la evolución que tiene en cada caso la vigencia del Estado de Derecho y la corrupción, entre otros indicadores. Ver: *Fragile the fund for peace states index 2015*. Disponible en: <http://library.fundforpeace.org/library/fragilestatesindex-2015.pdf>.

¹⁰⁰ “... de acuerdo con Carl Schmitt, el concepto de soberanía es parte fundamental del concepto de Estado y que, según este autor, “soberano es el que decide sobre el estado de excepción”, debemos en consecuencia concluir que el Estado “bolivariano” cumple de modo sobradamente eficaz con el criterio esbozado. Lo sostengo de ese modo pues en Venezuela se vive una situación de excepción permanente, es decir, una suspensión permanente de la Constitución y las leyes... El “Estado bolivariano” no es un Estado fallido, ni un narco-Estado ni un Estado forajido, aunque presente rasgos que nos permiten atribuirle tales calificativos en el plano ético, (no así) en el plano de lo normativo...” En: Romero, Aníbal: *¿Estado fallido o sociedad fallida?*. Disponible en: http://www.el-nacional.com/opinion/fallido-sociedad-fallida_0_505149590.html.

3. Estado Delincuente¹⁰¹ o Forajido, el cual se caracteriza por la comisión de delitos organizados y de corrupción gracias a las facilidades y control hegemónico del Estado por parte del partido de gobierno (Tablante y Tarre, 2015)¹⁰². Así las cosas, los funcionarios que representan al Estado participan en actividades delictivas con impunidad. Se trata del uso deliberado y consciente del Estado y sus recursos para delinquir. También se ha hablado de Estado Malandro y Cultura Malandra¹⁰³ para describir situaciones de extrema violencia y con la aquiescencia del funcionario;
4. Estado Comunal o Socialista, rechazado por el voto popular en la fallida¹⁰⁴ reforma constitucional de 2007¹⁰⁵, pero que existe en los planes de desarrollo social 2007-2013 y 2013-2019 y las leyes del sistema comunal¹⁰⁶ del poder popular¹⁰⁷ y unas 70 leyes más para

¹⁰¹ “Las redes de la corrupción se consolidaron a través de la impunidad y fueron sustituyendo al Estado de derecho por un Estado delincuente”, aseguró Carlos Tablante, exgobernador del estado Aragua (1989-1996), exdiputado y exsenador del antiguo Congreso de la República, diputado de la Asamblea Nacional Constituyente (1999) y autor del libro “El gran saqueo”, en entrevista con “La Razón”. Disponible en: <http://www.larazon.net/2016/02/08/carlos-tablante-enfermera-de-chavez-se-quedo-con-2-000-millones-de-dolares/>

¹⁰² Tablante, Carlos y Marcos Tarre: *El gran saqueo. Quiénes y cómo se robaron el dinero de los venezolanos*. Editorial la Hoja del Norte. Caracas, 2015.

¹⁰³ “Alejandro Moreno: *Las OLP “son un permiso para matar”* En: <https://larazon.net/2016/05/alejandro-moreno-las-olp-son-un-permiso-para-matar/>

¹⁰⁴ Un buen recuento del proceso revocatorio con abundantes fuentes de información disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_de_Venezuela_de_2007

¹⁰⁵ Ver el proyecto original disponible en: <http://static.eluniversal.com/2007/08/16/reformaconstitucional2.pdf> y también el texto reformado por la Asamblea Nacional disponible en: <http://www.nodo50.org/plataformabolivariana/Documentacion/Documentos/PropRefConst.htm>

¹⁰⁶ Las leyes básicas del sistema comunal son: 1) Ley Orgánica de los Consejos Comunales; 2) Ley Orgánica del Poder Popular; 3) Ley Orgánica de las Comunas; 4) Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal; 5) Reglamento Ley Orgánica de Economía Comunal; 6) Ley Orgánica de la Contraloría Social; 7) Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno; 8) Ley Orgánica de la Planificación Pública y Popular; y 9) Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria. Disponibles en: <http://www.mpcomunas.gob.ve/leyes/>

¹⁰⁷ La expresión “Poder Popular” no existe en la Constitución, pero sí en la legislación derivada de las leyes habilitantes y en la denominación de todos los Ministerios del Poder Popular que ha creado el Poder Ejecutivo. En todo caso, forma parte de la denominación común en los países comunistas desde el siglo XX y desaparecieron de algunos de ellos al caer el Muro de Berlín, disolverse la URSS e ingresar en la Globalización.

regular otros temas pero que se enlazan con el corpus del sistema comunal gracias a la profusión de los Decretos-Leyes dictados bajo las 7 leyes habilitantes.

- a. También se le ha llamado Estado Descomunal¹⁰⁸ debido al tamaño desproporcionado¹⁰⁹ de esa figura legal basada en el modelo de las Comunas bajo la óptica marxista socialista¹¹⁰ y no bajo la visión democrática como existe en diversas partes del mundo desde hace siglos. Todo este desarrollo anómico ha sido en abierta violación a la Constitución y en evidente desacato del poder constituyente derivado que dijo “NO” a la implantación de las comunas en el año 2007. Como es obvio, la denominación comunal adoptada en estas leyes es igual a comunista, dado a que no se trata de las comunas democráticas que existen en muchos países y que dependen del marco territorial local de las alcaldías y municipios y no a un poder central, como fue el modelo soviético

¹⁰⁸ “López Maya explica que la forma de la organización política socialista, según la concibió el chavismo desde el año 2007, es la del Estado comunal, es decir, una estructura en la cual la arquitectura del nuevo Estado se basa en la idea de la comuna como sustrato del poder popular...” En: *El Estado descomunal* es un juego semántico que describe la utopía de Chávez. Disponible en: http://www.el-nacional.com/escenas/descomunal-semantic-describe-utopia-Chavez_0_200980065.html

¹⁰⁹ “La comuna, tal y como está asentada en las leyes socialistas que se han ido aprobando en estos 14 años, va a ser la unidad primaria de la división política (...) estamos transitando hacia otro Estado que no es el constitucional”, expuso López Maya en relación a la ... De esta manera, señaló que en lo que denomina “Estado comunal”, no existirán gobernaciones, aunque no descarta que esto pudiese presentarse por una transición. “Dependiendo del apoyo popular que tenga el Presidente en las elecciones regionales, se avanzará a la destrucción de la territorialidad”, acotó. Igualmente, explicó que este hecho representará una ruptura con la Constitución de 1999, la que de acuerdo a sus palabras planteaba una combinación de la democracia representativa y la asambleísta, “a fin de defenderse de las debilidades de ambas...” Ver: Margarita López Maya: el Estado comunal rompe la Constitución de 1999. Disponible en: <http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/132578/la-historiadora-margarita-lopez-maya-analiza-el-momento-historico-que-vive-venezuela/>

¹¹⁰ “El Estado comunal fue diseñado para aumentar el control sobre los sectores populares. Una crisis de financiamiento público, el consumismo y el valor de la propiedad privada pudiesen truncar el establecimiento de las comunas. Ver: Curiel, Claudia: *Sin las instituciones del Estado liberal, el Estado comunal no resuelve nada*. Disponible en: http://www.iesa.edu.ve/FILES_MediaBroker/Public/_PDF/1054.pdf

5. Sistema del Botín¹¹¹, identificado por el asalto al poder por parte de personas leales y obedientes, no por méritos, al gobierno con el deseo tácito o expreso de enriquecerse o de tener poder. Se trata de una visión clientelar con demasiados ministerios¹¹² y enorme cantidad de personas expuestas políticamente (PEP) y empleados públicos, íntimos asociados y parientes. El sistema de botín es efecto del rentismo¹¹³.

¹¹¹ Botín: “La expresión viene del provenzal *botin* y éste del germánico *bytin* que significa “presa”. El *botín* fue originalmente el derecho de despojo —generalmente de armas, provisiones y bienes de la plaza vencida— que se otorgaba a los soldados como premio por su victoria en el campo de batalla. En la Antigüedad y en la Edad Media se llegó incluso a considerar como lícito el pillaje de los soldados vencedores sobre las ciudades vencidas, como gratificación a sus esfuerzos bélicos. Era considerado como un derecho del guerrero y, al propio tiempo, se convirtió en su principal incentivo para empuñar las armas. Hoy llámase *sistema del botín*, por analogía, al método de repartición de cargos públicos entre los partidarios del candidato triunfante en la lid electoral, que aplican algunos políticos cuando llegan al poder. Ellos consideran a la burocracia como una suerte de “botín” de guerra y las más atractivas funciones públicas las entregan a los partidarios de “la causa”. Se trata generalmente de empleos lucrativos y de poco trabajo. Son verdaderas *prebendas* o *canonjías* que se distribuyen entre los miembros del partido o grupo gobernante, como premios por su desempeño electoral. En los Estados Unidos esta usanza se denomina “*spoils system*”. En: Enciclopedia de la política. Disponible en: <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=s&idind=1382&termino=> . También consultar: Sanchez Moron, Miguel: *El 'sistema del botín'*. Disponible en: http://elpais.com/diario/1997/12/18/espana/882399621_850215.html

¹¹² “Caracas, julio 2, 2014.- “Con 32 ministerios, Venezuela es ahora el país con más carteras ministeriales en el mundo, seguido por Burkina Faso, país africano que cuenta con un extenso gabinete de 31 ministros, según un reporte divulgado este miércoles por el portal NTN24. Cabe destacar que esta situación no siempre fue así en el país, pues desde el comienzo del gobierno del fallecido ex presidente Hugo Chávez en 1999, cuando firmó la Ley Orgánica Administrativa Central, se estableció en su artículo 39 que debían haber 14 ministerios en su gobierno. De hecho, en su campaña presidencial, propuso que se redujera esa cantidad. Pero 15 años después, existen 32. Durante ese período, la mayoría cambió de nombre, al agregarles el prefijo “del Poder Popular”, así como se crearon nuevas carteras como el Viceministerio del Poder Popular para la Suprema Felicidad (según la Gaceta Oficial 40.337), que tiene una responsabilidad similar a la de un ministerio...” Ver: *Venezuela rompió récord mundial de Ministerios*. Disponible en: <http://www.notitarde.com/Pais/Venezuela-rompio-record-mundial-con-la-mayor-cantidad-de-ministerios-2189733/2014/07/03/336113/>

¹¹³ “El socialismo rentista: Esta posición sostiene que la sociedad es injusta porque un bien (el petróleo) que es de todos se asigna mayoritariamente a unos cuantos individuos y unas cuantas empresas; y que en cambio debería dedicarse al bienestar de toda la población. Esta postura, que se asume como justiciera ha sido expresada desde la social democracia hasta la izquierda radical del país. Sostenemos por el contrario que si bien esta alternativa suena como más humanitaria, traería igualmente nefastas consecuencias

6. El esquema cívico militar¹¹⁴ de gobierno, las empresas militares¹¹⁵, la alta incidencia de uniformados en altos cargos públicos¹¹⁶ y la beligerancia política¹¹⁷ de los militares es otro rasgo del Estado Dual, por el cual las formas cívicas de mérito y especialidades

para la sociedad y el país...” Briceño León, Roberto (1983): *Los efectos perversos del petróleo*. Editorial CEC, S.A. Caracas, 2015. Páginas 28 y 29.

¹¹⁴ Son múltiples las evidencias oficiales de este esquema de gobierno y la conformación de una nueva forma de Estado, distinta a la versión constitucional que prevé la no militancia política. Ver: <http://www.mindefensa.gob.ve/index.php/eje-bienestar-social/article-categories/78-ultimas-noticias/423-ministra-melendez-impartio-conocimientos-sobre-union-civico-militar-a-cadetes> ; <http://www.vtv.gob.ve/articulos/-2014/03/18/padrino-lopez-union-civico-militar-es-parte-del-nuevo-pensamiento-militar-ideado-por-chavez-5376.html> ; [¹¹⁵ Los militares manejan las finanzas públicas del país, tiene un banco propio, presiden el Banco de Venezuela,, Presiden el conglomerado de empresas expropiadas \(CORPIVENSA\), presiden el sector de importaciones y exportaciones \(VEXIMCA\) y ahora tiene una empresa petrolera que compite con PDVSA. Ver: <http://noticiasvenezuela.org/2016/02/14/mas-corrupcion-una-pdvsa-paralela-en-manos-de-militares-venezolanos/>; Las hipótesis que se manejan tras la creación de Camimpeg - <https://t.co/jetvDB3gzc> <https://t.co/X1KcMZ5YpL> ; <https://twitter.com/sumariumcom/status/699966341365821441>](http://www.avn.info.ve/contenido/venezuela-retom%C3%B3-B3-4-f-concepto-uni%C3%B3n-c%C3%ADvico-militar-que-engendr%C3%B3-sucre; entre otros.</p></div><div data-bbox=)

¹¹⁶ Ver: “Desde que Nicolás Maduro llegó a la Presidencia de Venezuela, en abril de 2013, la presencia de militares en altos cargos del Gobierno ha sido más fuerte que durante la administración de su antecesor, Hugo Chávez, quien provenía del mundo castrense. Los militares hoy controlan casi un tercio de los ministerios venezolanos y están especialmente ubicados en el área económica, en los neurálgicos despachos de las finanzas públicas, de la alimentación, en asuntos eléctricos e industriales. La presencia militar también alcanza a otras instituciones gubernamentales, empresas públicas ligadas a estos sectores. Además, manejan la gestión del gobierno, las políticas de seguridad ciudadana, defensa nacional y justicia. En las últimas semanas, Maduro encargó el área alimentaria al poderoso vicepresidente del Área Productiva, el coronel Carlos Osorio. Disponible en: <http://www.abcdelasemana.com/2015/04/10/militares-dirigen-las-areas-sensibles-del-regimen-maduro/> ; Ver también: <http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/afp--militares-con-mas-poder-economico-en-venezuel.aspx>

¹¹⁷ La Constitución es clara en prever la no deliberación de las Fuerzas Armadas. Artículo 328 Constitucional. “La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación...”

profesionales, como es el caso del petróleo y la minería¹¹⁸, son sacrificadas en aras de imponer una visión disciplinaria y obediente de la administración pública. Además, se traslada el secreto militar y de seguridad del Estado a la función pública con sus inconvenientes en materia de transparencia y rendición de cuentas.

7. *Gran Corrupción (Grand Corruption)*¹¹⁹ es aquella que se comete con ocasión de ocupar un alto cargo político desde Jefe de Estado y sus allegados, preferentemente bajo la forma dictatorial, y poder controlar el sector financiero o parte de éste, las fronteras, el petróleo, la minería y las vías para luego “lavar” el dinero y otros activos obtenidos (GAFI, 2011).
8. *Pequeña Corrupción (Petty Corruption)*¹²⁰ que consiste en la masiva multiplicación de oportunidades y eventos en los cuales se pagan extorsiones, vacunas, mordidas, sobornos, coimas, etc. Para conseguir resolver un procedimiento de rutina, a personas poderosas vinculadas o no al Estado, por parte de la población, incluida por supuesto, la más humilde que es la más indefensa¹²¹.
9. Persona Expuesta Políticamente (“PEP”)¹²² denominación usada por los expertos contra el blanqueo de activos producto de delitos

¹¹⁸ Gaceta Oficial Nro. 40.845 del 11-02-2016. Decreto N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, que se denominará Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

¹¹⁹ BBC Mundo: *Qué es la "gran corrupción" y cómo América Latina se volvió un caso emblemático de este problema mundial*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43930080>.

¹²⁰ Entendemos por *Pequeña Corrupción (Petty Corruption)* la masiva multiplicación de oportunidades y eventos en los cuales se pagan extorsiones, vacunas, mordidas, sobornos, etc. Para conseguir resolver un procedimiento de rutina, a personas poderosas vinculadas o no al Estado, por parte de la población, incluida por supuesto, la más humilde que es la más indefensa. Ver también: The financial action task force (FATF) *Laundering the Proceeds of Corruption*. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Laundering%20the%20Proceeds%20of%20Corruption.pdf>

¹²¹ Gafilat: *Preguntas frecuentes*. Disponible en: <https://www.gafilat.org/index.php/es/espanol/18-inicio/gafilat/32-preguntas-frecuentes>

¹²² “De hecho, en cada uno de los casos más significativos gran corrupción que estudiamos, la PEP tenía la capacidad para controlar el gobierno nacional para evitar la detección y permitir que el disfraz y el movimiento de dinero. Sólo después de que los controles de la PEP fueron eliminados, por ejemplo a través de un cambio de régimen, tuvo el país la capacidad de detectar el grado del lavado de dinero y el crimen...” The financial action task force (FATF) *Laundering the Proceeds of Corruption* .. Página 26.

- para identificar a individuos y sus círculos familiares e íntimos asociados que son de alto riesgo en materia de corrupción, blanqueo de activos y de financiamiento del terrorismo¹²³.
10. Grupo delictivo organizado¹²⁴: un 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 Convención de Palermo¹²⁵ (ONU, 2001) y sus Protocolos con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. (Hay además, otra forma del grupo delictivo organizado sin móvil económico, que es aquél que tiene un plan o política de realizar ataques intencionales, sistemáticos y generalizados a una población civil, los cuales están identificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y se identificaron como «empresa criminal conjunta» (Joint criminal enterprise) en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia)¹²⁶.
 11. Cleptocracia: El sociólogo Luis Cedeño¹²⁷ dio paso a “... la enumeración de Indicadores de la presencia de la Cleptocracia¹²⁸ en nuestro país: 1. Maximizan los impuestos y el endeudamiento del país. 2. Monopolizan los actos de corrupción de gran volumen:

¹²³ Gafi: 40 recomendaciones. Disponible en: <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones>

¹²⁴ La definición de grupo criminal más prolija es la que se deriva de los juicios de Núremberg contra la Gestapo, las SS y el partido Nazi, los cuales fueron desmantelados, bajo el concepto de agrupación criminal. Ver: II.3.1.- *Criterios y principios para determinar el carácter criminal de una organización según Nuremberg .Derecho aplicable a la criminalidad de los grupos y organizaciones y bajo el que se acusa a las organizaciones nazis de ser organizaciones criminales.* Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/querella.html#II.3.1.-Criterios>

¹²⁵ Ley Aprobatoria de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) Publicada en Gaceta Oficial N° 37.357 de fecha 04 de enero de 2002.

¹²⁶ Ver el concepto de Joint Criminal Enterprise en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Disponible en: http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_02_big14.pdf

¹²⁷ Cedeño, Luis: *Estado mafioso y cleptocracia: indicadores del desmantelamiento del Estado de derecho.* En: <http://runrun.es/nacional/271268/venezuela-un-estado-delincuente-mafioso-o-anomico-expertos-respondieron.html>

¹²⁸ Manrique, Filiberto: *El impacto de la corrupción y la cleptocracia en los derechos humanos: hacia el fortalecimiento de mecanismos de tutela multinivel para su defensa en América Latina.* Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/logos/v11n3/2422-4200-logos-11-03-169.pdf>.

Poligarquía y Nepotismo. 3. Usan fondos del Estado para pagar coimas a cambio de apoyos incondicionales de políticos, diputados, medios, periodistas, jueces y similares. 4. Capitalismo de Estado e Ideología totalitaria –de derecha o izquierda. 5. Reducen los servicios públicos, las calles se llenan de hoyos, las medicinas escasean, la educación empeora”, señaló...”

El Estado Dual nace formalmente con la profusión de decretos-leyes emanados de las facultades excepcionales que la Asamblea nacional entregó sumisamente al Poder Ejecutivo y en 7 ocasiones, a la cual debe agregarse la declaratoria del estado de emergencia¹²⁹ en contradicción de normas expresas de la Constitución y la Ley Orgánica de Estados de Excepción, con lo cual se autoeliminó la facultad básica de un Poder Legislativo en el Estado Constitucional de Derecho de promulgar leyes formales y practicar la función contralora del Poder Público.

El exceso de esta automutilación legisladora y contralora llevó a que el Poder Ejecutivo reformara la legislación penal y procesal penal en grado de extrema peligrosidad al eliminar derechos de las víctimas, por un lado, y fortalecer a la delincuencia organizada, la corrupción y a los delincuentes comunes, por otra parte, como veremos más adelante. En este sentido, se adoptó la idea unitaria del Poder Público, al estilo cubano, según lo cual los demás poderes públicos deben supeditarse al Jefe del Estado, algo opuesto al sistema de división de los poderes públicos en el cual estos son iguales, no subordinados e independientes, pero cooperan entre sí a los fines del Estado. También aumentó la militarización de la administración pública en casi todos los órdenes.

Por causa y en procura de fortalecer este Estado Dual, menoscabando la Constitución, se promulgaron más de 300 decretos que crearon y fortalecieron el sistema comunal¹³⁰, algo que había sido rechazado por los electores en el año 2007 cuando se intentó reformar la Constitución de 1999. Con el Estado Dual nos referimos a estructura administrativa prevista en las leyes comunales y toda la economía que le da sustento y financiamiento sin control alguno y a las formas paralelas de gobierno (tales como el Gobierno de Caracas en abierta oposición a la Alcaldía Metropolitana de Caracas; al Protectorado de Miranda en clara contradicción de la Gobernación del estado Miranda; entre otras. Además del costo de estructuras paralelas, su mobiliario, dotación, pago de personal, compra

¹²⁹ Ver la lectura textual de sus considerandos y articulado. En el mismo se hace el clásico llamado marxista a la lucha de clases y se permite la total colectivización de bienes privados, mediante el sistema de requisiciones. Texto disponible en: <http://albacidad.org/wp/index.php/2016/01/en-video-ministro-luis-salas-lee-el-decreto-de-emergencia-economica-emitido-por-el-presidente-maduro/>

¹³⁰ Este asunto deberá ser tratado con más detalle en un examen aparte del presente.

de edificios, papelería, etc. Son, en definitiva, estructuras paralelas que funcionan sin control jurídico y que facilitan la corrupción.

Además, el Estado Dual se apoyó de forma extensa en una economía dual mediante:

1. El régimen de control de cambios¹³¹ en todas sus etapas, favoreciendo a unos cuantos que tuvieron “contactos”, con los PEP en el Sistema Nacional de Contratistas, bajo lo cual se obtenían divisas baratas (Bs. 6,30 por 1 US\$) y que luego se vendían al precio paralelo que marcasen las casas de cambio colombianas ubicadas en Cúcuta. Aun cuando se flexibilizó¹³² un poco, sigue siendo fuente de corrupción.
2. La despenalización de los delitos monetarios en el año 2001, mediante la reforma por decreto de la Ley del Banco Central de Venezuela¹³³.
3. La creación de la economía comunal que generó gastos ruinosos sin retorno alguno, una corrupción impune sin la solución de problemas sociales¹³⁴.
4. El ataque a toda empresa y amenazas a empresarios, en virtud de un riguroso y violento régimen de control de precios, según la Ley Orgánica de Precios Justos. La consecuencia, además del cierre de empresas por miles y un masivo desempleo, fue el florecimiento del

¹³¹ Exministros denuncian malversación de 300.000 millones dólares en última década por corrupción en Venezuela. Por Eyanir China y Corina Pons. Caracas (Reuters) – “Dos ex ministros del fallecido presidente venezolano Hugo Chávez solicitarán el martes abrir una investigación penal que rastree el destino de unos 300.000 millones de dólares que habrían sido malversados durante la última década a través del complejo control de cambios del país... “Aquí se construyó una banda donde lo que importa es ponerle la mano al recurso financiero, a la captación de la renta petrolera”, dijo Navarro, fundador y miembro de la directiva del gobernante Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), hasta que fue expulsado en 2014 por sus críticas. “Los ladrones no tienen ideología”, agregó el profesor universitario, que se sigue definiendo como revolucionario e incluso, miembro del PSUV...” Disponible en: <http://la.reuters.com/article/domesticNews/idLTAKCN0VB1SO>

¹³² Fernández, Fernando M.: *Ensayo y error. Nueva Ley de Régimen Cambiario*. Revista Gerente: 100 líderes de la sociedad. Caracas, diciembre 2015. Páginas 8 y 9.

¹³³ Fernández, Fernando M.: *Delitos Monetarios y Delincuencia Organizada*, Observatorio de Delito Organizado. Caracas, 2016. Disponible en: <http://observatoriodot.org.ve/cms/index.php/itemlist/tag/Delitos%20Monetarios>

¹³⁴ Ver: http://www.cne.gov.ve/onpc/web/documentos/Leyes/Ley_Organica_del_Sistema_Economico_Comunal.pdf

contrabando de materiales estratégicos¹³⁵ y el llamado “bachaqueo” o reventa de productos subsidiados por el Estado.

Por si fuera poco, el Estado Dual permite y favorece con distintos beneficios legales al crimen organizado¹³⁶ y las bandas, como por ejemplo, tener armas de guerra de alto calibre dentro de los penales y centros de reclusión de delincuentes y procesados, signo evidente de corrupción que no necesita ser probada. Ello es observable en la conformación del “pranato” o el gobierno de

¹³⁵ Fernández, Fernando M.: *Materiales de sangre*. Observatorio de delito organizado. Caracas, 2016.

¹³⁶ El Observatorio de Delito Organizado y el Laboratorio de Ciencias Sociales (LACSO) se complacen en presentar el II informe del observatorio de delito organizado, realizado a partir de los “Resultados de la 2ª Encuesta de Delito Organizado en Venezuela”, estudio realizado en 7 regiones del territorio nacional en el período de julio y agosto del presente año 2015... A continuación algunos resultados relevantes de este estudio:

1. Las tres actividades más comunes a nivel nacional son: tráfico de drogas, contrabando de productos, robo y venta de vehículos y repuestos.
2. Pandillas, mafias y bandas, junto a pranés y colectivos armados, son los grupos que se consideran causantes del Delito Organizado. Por cada 3 personas que señalaron que la actividad de las pandillas, mafias y bandas son causantes del Delito Organizado, 1 persona dijo lo contrario.
3. El 66% de los entrevistados consideró que son los policías y los militares quienes le venden armas al Delito Organizado.
4. Más de la mitad de los entrevistados manifiestan temor a la denuncia y a cooperar con los cuerpos policiales y el sistema judicial.
5. La mitad de los entrevistados a nivel nacional, en los últimos 12 meses, ha sido víctima de robo o hurto.
6. El 64% de los entrevistados considera que, en su comunidad, es fácil o muy fácil conseguir drogas. Esta percepción ha aumentado poco entre 2013 y 2015 en 3 puntos porcentuales.
7. Los entrevistados consideran que la inseguridad personal ha empeorado en el país en los últimos doce meses. Así lo percibe el 76% de los encuestados.
8. Los actores identificados como responsables del Delito Organizado fueron las pandillas, mafias y bandas, los pranés de las cárceles y los colectivos. Hubo poca atribución a los paramilitares y la guerrilla. Una mayoría importante de la población consideró que los militares habían sido corrompidos por el narcotráfico.
9. La población considera que se debe combatir al Delito Organizado con la aplicación de la ley y no negociar con los delincuentes o las zonas de paz.
10. La gran mayoría de la población, en todo el país y de todos los sectores sociales o políticos, considera que el incremento del Delito Organizado es una amenaza para la democracia.

Ver: Bricenío León, Roberto, Alberto Camardiel y otros: *2º Informe del Observatorio de Delito Organizado en Venezuela*. Disponible en: <http://observatorioidot.org.ve/cms/index.php/home/sala-de-prensa/noticias-y-eventos/item/154-ii-informe-del-observatorio-de-delito-organizado-en-venezuela>

las cárceles por los “pranes¹³⁷” que son los “líderes negativos” que cumplen condena o que se encuentran presos¹³⁸ por investigaciones penales. Desde las cárceles dirigen bandas extorsivas que se dedican al secuestro y la extorsión extramuros. Sin embargo, mientras viven dentro del recinto carcelario gozan de todo tipo de privilegios, incluso de tipo exótico, como tener piscinas, realizar peleas de gallos, discotecas, etc. Algunos de los casos han sido virales en las redes sociales, como fue el caso de “el conejo,”¹³⁹ quien luego de cumplir condena fue asesinado por un conflicto entre bandas criminales; pero lo insólito

¹³⁷ “Hoy día, “pran” es la manera como se autodenominan los presos que manifiestan detentar el poder dentro de los recintos carcelarios de Venezuela. El término proviene de un famoso villano de Bollywood (la industria de cine de la India) cuyas películas se hicieron populares en Colombia durante el siglo pasado. Era corriente entonces llamar “pran” a quienes controlaban la distribución de las drogas en las cárceles colombianas como un manera de decir “padrino”. Según explica Humberto Prado, director del Observatorio Venezolano de Prisiones, en la actualidad incluso los directores de las cárceles para poder ingresar a las mismas “deben solicitarle permiso a los pranes” ...” En: Gabriela Buada Blondell . *Entrevista a un ex pran: “Eso no es nada”*. Disponible en: <http://informate365.com.ve/entrevista-a-un-ex-pran-eso-no-es-nada/>

¹³⁸ El deterioro causado por este Estado Dual se manifiesta en el escandaloso y evidente abandono del Estado en las cárceles. Ver: *9 centros penitenciarios de Venezuela están en manos de los presos*. Disponible en: <https://t.co/rHXrh365G8>.

¹³⁹“... Pero una vez adentro, la cárcel con más de 2.000 venezolanos y extranjeros detenidos, mayoritariamente por tráfico de drogas, en gran medida se parece más a una inspiración en el lujo de vivir con la tentación de la carne a lo Hugh Hefner (fundador de Playboy) que a una empalizada para los duros contrabandistas de drogas. Mujeres visitantes lucen sus bikinis mientras retozan al sol del Caribe en una piscina al aire libre. La marihuana riega sus aromas en el humo presente en aire. El ritmo del Reggaetón se escucha en una especie de club para parejas que bailan muy apretaditas. Pinturas con el logo de Playboy adornan el salón de billar. Los presos y sus invitados se empujan para hacer apuestas en la arena de la prisión para las peleas de gallos de riña. “Los presos de Venezuela aquí ejecutan el programa de la prisión, lo que hace que la vida adentro sea un poco más fácil para todos nosotros”, dijo Fernando Acosta, de 58 años, un piloto mexicano encarcelado desde 2007. Su compañero de celda, un hombre de negocios congoleño, lo había contratado para volar un jet Gulfstream y hoy los fiscales les acusan de planificar su uso para el contrabando de dos toneladas de cocaína a África Occidental. No es raro en los centros penitenciarios de Venezuela que los reclusos armados con pistolas de alto calibre y sofisticación ejerzan un cierto grado de autonomía. Los presos con BlackBerrys y laptops han organizado desde adentro de sus celdas tráfico de drogas, secuestros y asesinatos. La policía dice que es un legado de décadas de corrupción, hacinamiento e insuficiencia de los guardias en los penales...” Disponible en : http://www.el-nacional.com/sucesos/York-Timesi-Conejo-San-Antonio_0_783521658.html; también en: http://www.el-nacional.com/sucesos/carcel-Conejo-Fiestas-piscina-parrillas_0_782921806.html

fue el homenaje a tiros de sus secuaces realizado desde el techo del recinto penitenciario¹⁴⁰.

A. La propiedad social como otro botín

A diferencia de la experiencia norteamericana del sistema del botín (*spoils system*) durante esa oscura era en contra del tesoro público, en Venezuela, bajo el componente ideológico del Socialismo del Siglo XXI y la idea mítica de la propiedad social, se procedió a incorporar al botín público los bienes privados mediante expropiaciones gratuitas¹⁴¹ o sin indemnización¹⁴² de más de 5 millones de hectáreas¹⁴³, en realidad confiscaciones ilegales y requisiciones sin medida, en lo que se puede considerar como un gran robo de empresas, fincas, bienes privados y todo tipo de activos, para luego abandonar el campo¹⁴⁴, quebrar esas empresas y dejarlas como un pesado lastre para el Estado y un pasivo laboral

¹⁴⁰ *Reos disparan al aire en homenaje a "El Conejo"*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=TXDcKlebqX8>

¹⁴¹ El Concepto de expropiación gratuita aparece en el punto 17 Programa del partido Nazi (NSDAP) “ 17.

Exigimos la reforma de la propiedad rural para que sirva nuestros intereses nacionales; la sanción de una ley ordenando la confiscación sin compensación de la tierra con propósitos comunales; la abolición del interés de los préstamos sobre las tierras y la prohibición de especular con las mismas...” En:

Los 25 puntos del programa político del NSDAP. Disponible en: <http://www.elholocausto.net/parte01/0125.htm>.

¹⁴² Respecto de las expropiaciones de tierras sin indemnizaciones diría el propio Hitler lo siguiente: “... el pasaje expropiación gratuita se refiere sólo a la creación de posibilidades legales para expropiar, de ser necesario, la tierra que fue adquirida en forma ilegal o que no es administrada conforme a los puntos de vista del beneficio popular. Esto se dirige, por tanto, en primer término, contra las sociedades especuladoras de bienes raíces judías.” Múnich, 13 de abril de 1928. Por: Adolf Hitler. Disponible en: <https://editorialkamerad.files.wordpress.com/2013/10/el-programa-del-n-s-d-a-p-y-sus-concepciones-doctrinarias-fundamentales1.pdf>

¹⁴³ El Nacional: *Gobierno expropió más de 5 millones de hectáreas y están improductivas*. Abril 16, 2018. Disponible en: https://www.elnacional.com/economia/gobierno-expropio-mas-millones-hectareas-estan-improductivas_231096/

¹⁴⁴ “Provea muestra una relación en la que cae la presencia de unidades de producción. De reseñas del Centro de Investigaciones Agrícolas, de la Universidad de Los Andes, toma el análisis. "En 2007-2008 hay 77 mil unidades de producción menos que en 1997-1998, y casi tres millones de hectáreas no aparecen". Continúa citando que en las regiones ganaderas "se pierden casi 3,5 millones de hectáreas". Hay 81 mil predios de menos de 20 hectáreas que "desaparecieron". Con énfasis en disminución de superficie destinada a la producción agraria...” Ver: Gobierno no paga mayoría de fincas tomadas // Diario La Verdad. Por: Yasmín Ojeda. Disponible en: <http://vprimero.blogspot.com/2012/01/gobierno-no-paga-mayoria-de-fincas.html>

impagable. Lo peor de estas expropiaciones es que, al hacerlas en violación del debido proceso, tarde o temprano han surgido demandas ante tribunales arbitrales en las cuales el Estado venezolano ha perdido y se le ha obligado a pagar costosas indemnizaciones¹⁴⁵. En cuanto al latifundio se refiere, éste ha sido sustituido por la práctica agrícola depredadora y de subsistencia del conuquero y el conuco¹⁴⁶ en las pocas tierras cultivadas que quedan. Como alternativa, el oficialismo ha propuesto la práctica de la agricultura urbana¹⁴⁷.

Otra manifestación del Estado Dual ha sido en la economía la incorporación de más de 1.400 empresas en la política de colectivización de la economía, mediante el uso abusivo de la facultad de expropiaciones¹⁴⁸ que permite, de forma excepcional y justificada, la Constitución de 1999. Todas ellas pasaron a ser de Propiedad Social. A ello se suma el cierre forzoso de más de

¹⁴⁵ Por ejemplo: <http://www.eluniversal.com/economia/140314/ciadi-ventila-23-casos-de-arbitraje-contra-venezuela> ; <http://ntn24webcanal.site/noticia/corte-de-eeuu-acogepedido-de-venezuela-de-apelar-demanda-en-disputa-petrolera-con-la-firma-106982> ; también buscar los casos en el sitio oficial del Tribunal arbitral del banco Mundial CIADI/IDCIC. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/advancedsearch.aspx>

¹⁴⁶ “La existencia del “conuquero” es tan antigua o incluso más antigua que el cafetalero; para estos últimos, el conuco es una agricultura de autoconsumo familiar y la realizan desde tiempos ancestrales: se consume todo lo que se produce, se intercambia con otros productores y se utilizan semillas almacenadas de ciclos anteriores. La siembra, atención y cosecha del conuco se repite año tras año, y casi siempre en las mismas condiciones. Para el establecimiento de un conuco primero se realiza la ‘tumba y quema’ de la vegetación natural (bosque primario). Los impactos ambientales negativos asociados con esta práctica son evidentes: pérdida de bosque, de biodiversidad, de nichos ecológicos y deterioro del suelo, entre otros...” En: *Los sistemas de subsistencia: conucos en las zonas cafetaleras de Venezuela*. Por: Francis Pierre C. , Zoraida Peña, Bernaldo León, Ana Isabel Quiroz —2011. Disponible en: <http://www.agriculturesnetwork.org/magazines/latin-america/1-diversidad-de-la-agricultura/los-sistemas-de-subsistencia-conucos-en-las-zonas>

¹⁴⁷ “Creada la Corporación Venezolana para la Agricultura Urbana y Periurbana. Palacio de Miraflores, Caracas.- Este sábado fue firmado por el presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, el Decreto para la creación de la Corporación Venezolana para la Agricultura Urbana y Periurbana que tendrá énfasis especial en el apoyo logístico para la producción, distribución y comercialización de todos los productos que surgen del esfuerzo de éste tipo de labranza. Durante la activación del Plan de 100 Días para la Siembra Urbana el Presidente aprobó un total de 3 mil millones de bolívares de la cartera agrícola, procedente del Banco Agrícola de Venezuela, para iniciar un fideicomiso destinado al financiamiento de la Agricultura Urbana...” Disponible en: <http://minci.gob.ve/2016/02/creada-la-corporacion-venezolana-para-la-agricultura-urbana-y-periurbana/>

¹⁴⁸ Ver: Retrovideo: *Los “expropiados” de Hugo Chávez que trajeron el desabastecimiento de hoy* Disponible en: <http://www.lapatilla.com/site/2016/02/04/retrovideo-los-expropiados-de-hugo-chavez-que-trajeron-el-desabastecimiento-de-hoy/>

4.000 empresas productivas. Asimismo, el casi monopolio de las importaciones¹⁴⁹ y de las industrias intermedias¹⁵⁰ no petroleras. No obstante, se ha creado una empresa militar que controlará la producción minera, gasífera y petrolera¹⁵¹. Todo ello convirtió al Estado venezolano en el mayor empresario

¹⁴⁹ Es impresionante el poder de importación que tiene el Estado venezolano, en condiciones ventajosas y carentes de mayores controles y exigencias de capital. Artículo 2°. La sociedad mercantil Venezolana de Exportaciones e Importaciones C.A., VEXIMCA C.A. tendrá por objeto social la importación y exportación de toda clase de bienes o servicios, por lo que podrá proyectar, constituir, dirigir, administrar, manejar y explotar, otras empresas, agencia miento aduanal, almacenaje temporal o In Bond y en general realizar todos los actos y negocios jurídicos que guarden relación directa o indirecta con el objeto descrito en este artículo, sin mayor limitación que las establecidas en la ley. Artículo 3°. El capital social de la sociedad mercantil Venezolana de Exportaciones e Importaciones C.A., VEXIMCA C.A. será de CIEN MIL BOLÍVARES FUERTES (Bs. F. 100.000.00), suscrito por la República Bolivariana de Venezuela, por Órgano de la Comisión Central de Planificación...” Disponible en: <http://cadivi-importaciones.blogspot.com/2009/08/veximca-ca-creacion.html> . Ver además: Vicepresidencia de la República Bolivariana de Venezuela. Venezolana de Exportaciones e Importaciones, C.A. Veximca C.A. Compañía Anónima creada por el Estado Venezolano con la finalidad de contribuir con la reconstrucción económica y social de la nación. Disponible en: <http://m.gobiernoenlinea.gob.ve/institutions/153086> ; también en: Persona jurídica con manejo de fondos públicos (excluida de las modalidades de selección de conformidad con el Artículo 5, numerales 8,9 y 10 de la LCP). <http://mecenlinea.snc.gob.ve/planilla/index/329571?mostrar=INF>

¹⁵⁰ Las empresas expropiadas son coordinadas por la Corporación de Industrias Intermedias de Venezuela S.A. (“CORPIVENSA”), la cual tiene como “Misión Impulsar la soberanía industrial y productiva del país con independencia tecnológica, en el marco de la economía socialista a través del desarrollo y coordinación de las actividades industriales del Estado y de las Empresas Mixtas que operan en el sector manufacturero, no petrolero, para satisfacer las necesidades del pueblo y construir el nuevo aparato productivo socialista. VISIÓN Ser una corporación estatal de empresas socialistas, que garanticen la soberanía industrial y su respectiva independencia tecnológica, capaz de satisfacer las necesidades del país y contribuir con el desarrollo de naciones hermanas, consolidando la integración productiva de los pueblos, particularmente en el marco de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América, ALBA...” Disponible en: <http://www.corpivenza.gob.ve/index.php/corpivenza/mision-y-vision>

¹⁵¹ “En la Gaceta Oficial N° 40.845 de fecha 11 de febrero de 2016, que circula este jueves, es publicado en Decreto Presidencial N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, que se denominará Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG). Esta nueva empresa estatal tiene como objeto efectuar todo lo relativo a las actividades lícitas de Servicios Petroleros, de Gas y Explotación Minera en general, sin que esto implique limitación alguna; se empleará en el área de rehabilitación y mantenimiento de pozos petroleros, reparación, mantenimiento y administración de taladros de perforación, fabricación, reparación y mantenimiento de las estaciones de flujo, bombeo, y plantas compresoras en áreas terrestres o marinas; servicios de reparaciones de bombas; contratación de personal obrero calificado para la industria de

del país y único en el mundo. Como es un hecho notorio y comunicacional la casi totalidad de estas empresas (más de 1.400¹⁵², según Fedecámaras) están quebradas¹⁵³ o incumplen con los márgenes de productividad que tenían antes de la expropiación correspondiente¹⁵⁴. La EHC se fue formando, poco a poco, pero

minería e hidrocarburos. Prestará servicios de apoyo logístico a las instalaciones; servicios generales a las empresas en todos sus variantes. Efectuará la importación, exportación, distribución, comercialización, compra venta de productos químicos para la industria minera, petroquímica, petrolera y gasífera, tales como desengrasantes, solventes aromáticos, disolventes, surfactantes, Inhibidor de corrección, productos biodegradables para el medio ambiente. Servicio de transporte a nivel nacional e internacional, en las áreas de transporte lacustre, marítimo y terrestre a nivel nacional e internacional, mediante el suministro de lanchas, remolcadores, barcos, barcazas, gabarras, transporte privado, camiones plataformas, grúas, tractores, transporte público y privado, servicio de apoyo logístico a las industrias, fletamientos lacustres, aéreos, transporte aéreo comercial. Construcción de obras civiles en general, suministro, instalación y mantenimiento de refractarios, mantenimiento civil, de hornos industriales y mecánico de obras, suministro e instalación de anclajes mecánicos de andamios, construcción civil, mecánica, petrolera y eléctrica, construcción y mantenimiento de carreteras, mantenimiento de obras eléctricas, gasíferas, mineras; diseño, asesoraría, consultoría, inspección, elaboración y ejecución de proyectos de arquitectura e ingeniería, suministro de asistencia técnica mediante transferencia de personal, avalúos, servicios, procesamientos e informaciones y especificaciones técnicas. Plan de derrames de hidrocarburos, construcciones para desechos de hidrocarburos, transporte y manejo de desechos de perforación...” Disponible en: <http://www.lapatilla.com/site/2016/02/12/crean-la-compania-anonima-militar-de-industrias-mineras-petroliferas-y-de-gas/>

¹⁵² Fedecámaras pide a Maduro que inspeccione las 1.400 empresas expropiadas. “Larrazábal calculó que durante la Revolución Bolivariana, iniciada por el fallecido presidente Hugo Chávez (1999-2013) y continuado por Maduro, fueron expropiados “más de 1.400 establecimientos industriales”. Disponible en: <http://www.noticierodigital.com/2015/02/fedecamaras-pide-a-maduro-que-inspeccione-las-1-400-empresas-expropiadas/>

¹⁵³ “Nos gustaría ver al Gobierno del presidente Nicolás Maduro inspeccionando a todas estas empresas tal como están inspeccionando las privadas para que vean las causas” del desabastecimiento que aqueja al país, dijo el directivo del gremio patronal Fedecámaras a la emisora Televen de la red privada de televisión... “La gran mayoría no está produciendo lo que se producía antes”, pese a que tienen en nómina “el doble” de personal; están produciendo “nada o una fracción” de los volúmenes contabilizados cuando eran empresas privadas, añadió Larrazábal. Puso como ejemplo la ahora estatal metalúrgica Sidor, que antes de ser nacionalizada en 2008 producía 4,3 millones de toneladas de acero líquido y ahora, aseguró, una cuarta parte de ese volumen...” . Disponible en: <http://www.noticierodigital.com/2015/02/fedecamaras-pide-a-maduro-que-inspeccione-las-1-400-empresas-expropiadas/>

¹⁵⁴ ARMAS. Mayela: *Se agudiza la crisis en las empresas expropiadas*. “Las industrias nacionalizadas operan a medias por las restricciones en el acceso a los dólares, la falta de materia prima y las fallas en la infraestructura.” Disponible en: <http://www.talcuadigital.com/Nota/123824/se-agudiza-la-crisis-en-las-empresas-expropiadas?platform=hootsuite>

sin pausa, como un efecto del manejo desastroso y corrupto del patrimonio público y la propiedad privada confiscada arbitrariamente

IV. Conclusiones y propuestas remediales

Los casos y situaciones del Siglo XX que quedaron impunes en parte del planeta son parte de la desmemoria y factor esencial de la repetición en otros países. Hoy en día, luego de haberse constatado las penurias y catástrofes causadas por la ideología marxista y todas sus variantes del socialismo real del Siglo XX (leninista, estalinista, maoísta, polpotista, castrista, etc.) resulta inaceptable que se argumente que no se sabía¹⁵⁵ que la EHC podría ocurrir en Venezuela en el tercer milenio al implantar el Socialismo del Siglo XXI, en plena globalización y difusión de la información. No se puede no saber este tipo de cosas. Menos aún se puede intentar justificar que la represión a las libertades y los controles totalitarios conducen a la felicidad, sin embargo, se carece de las pruebas jurídicas bien documentadas de las atrocidades de los gobiernos comunistas; y esto es una debilidad frente a la tendencia al olvido.

Por no haber juzgado a los responsables de esas tragedias y no preservar la memoria jurídica, tal como se hizo con el III Reich y los crímenes de los nazis, se carece de las pruebas forenses necesarias para contradecir las mentiras y falacias ideológicas. Así las cosas, frente a las tendencias neonazis que resurgen en Alemania y parte de Europa se exhiben y confrontan las pruebas jurídicas de los Holocaustos (el judío, el polaco, el gitano, los homosexuales, los discapacitados, etc.). Ese es parte del legado de los juicios de Nuremberg. La consigna debe ser ¡Prohibido olvidar! Y la meta es ¡Nunca más! Para lograrlo se necesitan pruebas, no solo palabras.

El argumento central es este: la memoria jurídica es una condición indispensable de la memoria histórica y cultural. Los criminales en el poder suelen ocultar, negar y falsear los hechos a discreción y a su conveniencia mediante la propaganda y el cambio de los textos y libros escolares. La tendencia a repetir el error es humana, pero la adicción al poder y la avaricia la exacerban. Para prevenir que las tragedias ocurran nuevamente se debe acudir a lo que ha sido exitoso en otros países. Las Comisiones de la Memoria, la Verdad, la Conciencia y la Justicia que documenten los hechos son fundamentales como un primer paso. Y, luego, solo mediante juicios justos e imparciales se podrán escudriñar la verdad de los hechos, probarlos fehacientemente y sancionar a los culpables.

¹⁵⁵ Uslar Pietri, Arturo: “¿Hasta cuándo podrá durar este festín? Hasta que dure el auge de la explotación petrolera. El día en que ella disminuya o decaiga, si continuamos en las condiciones actuales, habrá sonado para Venezuela el momento de una de las más pavorosas catástrofes económicas y sociales...” (1990). Los venezolanos y el petróleo. Banco de Venezuela. ISBN 9800701389. Disponible en: http://biblioteca.bcv.org.ve/cgi-win/be_alex.exe?Acceso=T210000007310/0

Esos documentos jurídicos son necesarios frente al negacionismo, la propaganda y la opacidad de los poderosos que ocasionaron el daño. Este esfuerzo debe cubrir, al menos, las violaciones de derechos humanos y las libertades cuya responsabilidad es del Estado y los crímenes atroces contra la humanidad y los graves casos de corrupción, cometidos por funcionarios.

En el mismo sentido, mantener el dualismo estatal y un régimen excepcional prolongado mediante leyes habilitantes, estados de excepción y de emergencia renovados es catastrófico, tal como se comprobó en la tragedia de Alemania durante el III Reich. La evidencia de este aserto está a la vista en Venezuela: corrupción y anomia sistémicas; hiperinflación; crisis humanitaria, desabastecimiento de comida y medicinas; desnutrición y hambruna en ciernes; en fin, una calamidad tras otra. Algo inaceptable si se considera que Venezuela recibió ingentes cantidades de divisas, como nunca, por la renta petrolera en los últimos 17 años. La consigna ya establecida en 1936, pero olvidada, debe ser: “sembrar el petróleo.”¹⁵⁶

La sociedad venezolana ha sido empobrecida en su totalidad, pero, los más pobres han sufrido más porque fueron lanzados a la menesterosidad y la subsistencia, han vuelto al “estado de naturaleza”, como diría Hobbes al justificar la existencia del Estado en su *Leviatán*. El efecto de la corrupción sistémica es la iliquidez, insolvencia y ruina del patrimonio público; y, la consecuencia de esto es la violación de todos los derechos humanos y libertades de todos: el vínculo e interdependencia de este círculo vicioso es evidente: no solo se impacta a los derechos civiles y políticos o DCP, sino, además a los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales DESCA.

Finalmente, a continuación, se exponen de forma esquemática las recomendaciones básicas para intentar asegurar la paz, la libertad y el futuro a través de la reconciliación y la justicia. El desarrollo de cada punto será materia de discusión y análisis posterior.

¹⁵⁶ “Si hubiéramos de proponer una divisa para nuestra política económica lanzaríamos la siguiente, que nos parece resumir dramáticamente esa necesidad de invertir la riqueza producida por el sistema destructivo de la mina, en crear riqueza agrícola, reproductiva y progresiva: sembrar el petróleo.” USLAR PIETRI, Arturo: *Sembrar el petróleo*. Editorial del diario *Ahora*. 14 de julio de 1936. Disponible en: <http://webdelprofesor.ula.ve/economia/ajhurtado/lecturasobligatorias/sembrar%20el%20petroleo.pdf>

Yihad y guerra justa: análisis comparativo

Julio Armando Morón Pulido

Sumario

- I. Introducción
- II. De la Yihad
- III. De la Guerra Justa
- IV. Conclusiones

I. Introducción

Desde comienzos de la civilización, la guerra siempre ha estado presente en la forma en como el ser humano y las naciones se relacionan entre sí. Así, podemos observar que la historia de nuestra humanidad en gran parte ha sido escrita a punta de acero, pólvora y sangre. Hemos sido testigos de cómo al filo de la espada se han forjado y caído grandes imperios, conquistado territorios, liberado pueblos y cometido innumerables atrocidades. Ahora bien, conforme las sociedades evolucionan también lo ha hecho el concepto de la guerra. La humanidad cada vez más consciente del costo y sufrimiento que las guerras generan fue desarrollando doctrinas destinadas a delimitar las causas y motivos que las justifican, y a regular tanto el modo como los medios por los cuales éstas se deben llevar a cabo.

En el presente trabajo, se analizarán dos doctrinas que han sido fundamentales en la historia de los conflictos armados y que hoy en día, en mayor o menor nivel, siguen teniendo relevancia en el contexto internacional. Estas son la Yihad y la Guerra Justa, las cuales moldearon el derecho a la guerra en el mundo islámico y occidental respectivamente. En este sentido, ambas doctrinas serán estudiadas con miras a comparar los distintos elementos que las conforman y que a su vez determinan en qué casos la guerra es moral o religiosamente justificable según sea el caso, a los fines de encontrar en qué aspectos coinciden y en qué otros discrepan.

II. De la Yihad

La Yihad forma parte importante de la Sharia o Ley Islámica. El término gramaticalmente se deriva de la raíz *j-h-d*, que llevada a verbo significa luchar o esforzarse por algo¹. En este sentido, este esfuerzo o lucha se da en el camino hacia Alá y los musulmanes estarán en la obligación de hacerla a través del

¹ Roshandel, Jalil y Chadha, Sharon. *Jihad and International Security*. Palgrave Macmillan. New York. 2006. Pp. 40.

corazón, la lengua, la mente y la espada. Así pues, la Yihad se hará con el corazón a fin de combatir el mal que tiene cada persona en sí misma; luego, la Yihad por medio de la lengua y la mente está dirigida a defender lo correcto y corregir lo equivocado; por último, la Yihad con la espada se dará en defensa del Islam, contra los incrédulos, los paganos y politeístas, es decir, la guerra librada en el camino de Alá².

De este modo, se distinguen dos tipos de Yihad, por un lado, tenemos a la Yihad mayor (*yihâd al-âkbar*) o gran esfuerzo, que consiste en la lucha contra sí mismo (egoísmo, ambiciones personales, mala intención, etc.) por medio del recuerdo de Alá y la purificación del alma de la persona, y que según el profeta Mahoma era la lucha más importante que un musulmán debía dar en su vida. Por otro lado, tenemos la Yihad menor (*yihâd al-âsghar*)³ o pequeño esfuerzo, es la empresa bélica en defensa del Islam y la Umma (la comunidad de creyentes del Islam), frente a los no creyentes hostiles y musulmanes que no cumplen con la protección de sus hermanos en la fe⁴.

Asimismo, la doctrina islámica es tajante al diferenciar la Yihad de las guerras convencionales o seculares, las cuales define como *Harb*. De acuerdo a eruditos musulmanes, el Islam solamente permite la Yihad, tachando a la *Harb* como moralmente inaceptable, un mal que viola la ley divina que por lo tanto debe ser condenada⁵. De lo anterior se puede concluir que, dentro del Islam únicamente se podrá acudir a la guerra, si esta se libra en la forma de la Yihad en nombre y defensa de la causa de Alá.

En cuanto a la naturaleza de la Yihad, podemos observar que ella supone una obligación comunal (*fard kifâya*) para todos los musulmanes, por cuanto el Corán establece que “Dios ha ensalzado en rango a aquellos que luchan con sus riquezas y sus personas sobre aquellos que se quedan pasivos. A ambos, Dios ha prometido la mejor recompensa, aunque Dios ha ensalzado a los que se esfuerzan por encima de los que permanecen pasivos con una tremenda recompensa”⁶.

Al ser la Yihad una obligación mancomunada para todos los creyentes del Islam, surge la interrogante acerca de cuál sería la autoridad competente para declararla. De acuerdo a la doctrina tradicional, era el Imam o Califa, legítimo líder del Estado Islámico el encargado de llamar a la Yihad⁷. No obstante,

² Noor, Mohammad. *The Doctrine of Jihad: An Introduction*. Journal of Law and Religion, vol. 3, no. 2. 1985. Pp. 389. HeinOnline.

³ A razón del presente trabajo de investigación, se profundizará en la Yihad menor y no en la mayor.

⁴ Ababakar, Sa’ad et al. *Carta abierta a Abu Bakr Al-Bagdadi*. 2014

⁵ Noor, Mohammad. *The Doctrine of Jihad: An Introduction*. Op. cit. Pp. 384.

⁶ *Al-Nisa’*, “Las Mujeres”, 4: 95. Citado en: Ababakar, Sa’ad et al. *Carta abierta a Abu Bakr Al-Bagdadi*. 2014

⁷ Noor, Mohammad. *The Doctrine of Jihad: An Introduction*. Op. cit. Pp. 390.

considerando que tanto el Califato como el último Estado pan-islámico (el Imperio Otomano) en el mundo fueron abolidos, y que el profeta Mahoma no dejó instrucciones claras sobre su sucesión como la cabeza del Islam, existe actualmente una disputa en torno a quién tendría la suficiente “autoridad islámica” para llamar a la Yihad⁸.

Por otra parte, en cuanto a las causas por las cuales se justificaría la declaración de la Yihad, los juristas musulmanes concurren que ésta, deberá ser librada únicamente en defensa de la comunidad de creyentes del Islam frente al ataque de un enemigo visible⁹. Así, la defensa de la Umma se posiciona como la razón principal detrás de la Yihad para los musulmanes. El Corán es claro estableciendo este principio al rezar “A los creyentes contra los cuales se hace la guerra se les ha dado permiso para que luchen en respuesta por haber sido tratados injustamente. Sin duda, Dios tiene poder absoluto para ayudarles a la victoria. [Son] Aquellos que han sido expulsados de sus hogares contra todo derecho, por ninguna otra razón más que por decir “Nuestro Señor es Dios”. Si no fuese porque Dios repele alguna gente por medio de otras, los monasterios, iglesias, sinagogas y mezquitas, donde Dios es regularmente adorado y Su Nombre es en gran medida mencionado, habrían sido demolidos (con el resultado de que Dios ya no sería adorado y la Tierra se haría inhabitable). Sin duda alguna Dios ayuda a todo aquel que ayuda a Su causa. Sin duda, Dios es Fuerte, Glorioso, poseedor de irresistible poder”¹⁰. De este modo, en el Islam la Yihad es declarada en situaciones donde gobiernos extranjeros impongan sus agendas sobre Estados Islámicos soberanos, en defensa de la religión o de los musulmanes que han sido expulsados a la fuerza de sus tierras y hogares¹¹.

Asimismo, el uso de la fuerza en la Yihad se considera como último recurso, por cuanto la Sharia reconoce primero al perdón y la paciencia como herramientas primarias para la paz. Ello se demuestra de los primeros trece años

⁸ Se ha sugerido llenar este vacío por quienes posean altos conocimientos de la Sharia y suficiente autoridad religiosa, bien sea a través de los *ulemas*, los cuales son “clérigos oficiales” designados en Estados islámicos con el propósito de ayudar a establecer políticas estatales en conformidad a la Sharia, o por medio del *Ayatolá*, que según la escuela Chiita es el jerarca religioso del Islam. No obstante, ello no ha impedido que actores no estatales hayan declarado la Yihad en diversas ocasiones, por ejemplo, para reclamar el Estado de Israel, contra los franceses en la Guerra de independencia de Algeria, contra los soviéticos en la invasión de Afganistán, o el llamado hecho por Osama Bin Laden contra Estados Unidos en 1996. Ver: Roshandel, Jalil y Chadha, Sharon. *Jihad and International Security*. Op. cit. Pp. 58.

⁹ Sullivan, Antony. *Understanding Jihad and Terrorism*. Publicado en: “Historically Speaking”, Vol. 4, No. 5, junio 2003. Pp. 34. Project Muse.

¹⁰ *AlHayy*, “La Peregrinación”, 22: 39-40. Citado en: Ababakar, Sa’ad et al. *Carta abierta a Abu Bakr Al-Bagdadi*. 2014

¹¹ Al-Qazwini, Imam Sayed Moustafa. *Just War: An Islamic Perspective*. Publicado en: “Nexus – A Journal of Opinion”, No. 9, 2004. Pp. 84. HeinOnline.

del apostolado del Profeta Mahoma, en los cuales practicó la resistencia no violenta a pesar de los ataques físicos y verbales sufridos por él y sus seguidores. En este sentido, una de las más importantes instrucciones dadas a los musulmanes antes de recurrir a la guerra es su prevención a través de negociaciones pacíficas y la firma de tratados¹². Ello se justifica en el Corán que reza: “Y si dos bandos de creyentes luchan entre sí, reconcíliadlos, pero si uno de ellos abusa del otro, combatid al que haya abusado hasta que vuelva a la orden de Allah; y si lo hace, arreglad las cosas entre ellos con justicia y siendo equitativos. Es cierto que Allah ama a los equitativos.”¹³

No obstante, el Corán prohíbe la Yihad como medio de agresión: “Y combatid en el camino de Allah a quienes os combatan a vosotros pero no os propaséis; es cierto que Allah no ama a los que se exceden.”¹⁴ En este sentido, se confirma que la Yihad deberá librarse únicamente a fin de hacer frente a la agresión hecha contra la comunidad de creyentes, sin perseguir objetivos ulteriores.

Ahora bien, conforme el mundo islámico fue evolucionando, el principio de la Yihad como medio de defensa se fue expandiendo con el objeto de incluir otros supuestos además de una agresión extranjera. Así fue como bajo el reinado del Califa Abu Bakr as-Siddiq, se agregó la Yihad contra la apostasía (aquellos musulmanes que renunciaron al Islam pero seguían dentro del gobierno islámico) y contra las rebeliones contra el Imam gobernante. Posteriormente, el jurista Ibn-Taymiya desarrolló este último concepto, agregando que la prohibición de rebelarse aplicaba en caso de que el gobernante fuera musulmán y que éste aplicara la Sharia. En este sentido, se abrió la posibilidad de declarar la Yihad en contra de gobernantes que no siguieran la Ley Islámica¹⁵.

Por otro lado, la Sharia prevé un trato preferencial para las “gentes del Libro” (judíos, cristianos y sabianos creyentes de Alá). En este sentido, no será permitido librar la Yihad contra esta colectividad a toda escala, permitiéndoles practicar libremente sus respectivas religiones dentro de territorio musulmán a cambio de pagar un impuesto o *jazia*. En cambio, a los politeístas se les ofrecía la conversión al Islam, so pena de ser combatidos¹⁶.

En cuanto a las reglas de conducta en la Yihad, Mahoma dejó claras instrucciones y limitaciones a sus seguidores a la hora de emprender una lucha armada y que inclusive hoy en día siguen vigentes y constituyen códigos de conducta con mandamientos y prohibiciones obligatorias. En este sentido, entre

¹² Ídem. Pp. 82

¹³ *Al Huyurat*, “Los Aposentos Privados”, 49: 9. Citado en: <http://www.recite-quran.com/es/49:9>

¹⁴ *Al Bacara*, “La Vaca”, 2: 190. Citado en: <http://www.recitequran.com/es/2:190>

¹⁵ Noor, Mohammad. *The Doctrine of Jihad: An Introduction*. Op. cit. Pp. 391 y 393.

¹⁶ Ídem. Pp. 389.

las directrices dadas por el profeta se aprecia el respeto a la vida de los combatientes, la prohibición de destruir bienes de propiedad privada salvo en caso de necesidad bélica así como de cortar árboles o el suministro de agua, la no apropiación indebida del botín de guerra, y el respeto de la integridad de los prisioneros y heridos. Posteriormente, estas reglas fueron ratificadas y desarrolladas por el primer Califa Abu Bakr as-Siddiq y el Califa omeya Omar Ibn Abdul Aziz¹⁷.

Finalmente, el objetivo y fin último de la Yihad, se materializa en la propagación de la fe islámica. En este sentido, los musulmanes están en la obligación de esparcir las leyes divinas a través de medios pacíficos si es posible, o por medio de la fuerza como defensa ante amenazas o agresiones. Ello no puede interpretarse como un pretexto a la conquista de territorio, al saqueo o pretender imponer el Islam a la fuerza, lo cual se ve reflejado en las órdenes del Imam Ali a su gobernador de Egipto, Malek al-Ashtar “(...) en cuanto a las personas, serán ellos tus hermanos en la religión o tus iguales en la creación”¹⁸.

Por otra parte, el Corán establece el momento en que deberán finalizar las acciones bélicas, rezando: “(Pero si persisten en provocar desorden, seguid) luchando contra ellos hasta que no haya más desorden (arraigado en la rebelión contra Dios) y la religión (el derecho de adorar y la autoridad para prescribir el modo de vida) sea para Dios. Sin embargo, si desisten no hay entonces hostilidad excepto contra los malhechores”¹⁹. En este sentido, se interpreta que las acciones bélicas terminarán una vez los musulmanes hayan alcanzado la victoria con la prevalencia del Islam como religión única, o habiendo cesado las hostilidades por parte de los enemigos, a los cuales no se les deberá seguir agrediendo.

III. De la Guerra Justa

Como se mencionó previamente, la Guerra Justa es una doctrina que moldeó y reguló la forma en el que los países del mundo occidental llevaron a cabo las guerras que pelearon. Dicha doctrina se ha enriquecido de los conocimientos y aportes de grandes filósofos y juristas a lo largo de la historia, desde Aristóteles y Cicerón en las antiguas Grecia y Roma, pasando por San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Francesco Suárez, Hugo Grocio, Christian Wolff, Hans Kelsen, Michael Walzer, John Rawls, entre otros.

¹⁷ Al- Zuhili, Jeque Wahbeh M. *El Islam y el Derecho Internacional*. Publicado en “Revista Internacional de la Cruz Roja” el 30/06/05. Ver: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/article/review/6gukcv.htm>

¹⁸ Al-Qazwini, Imam Sayed Moustafa. *Just War: An Islamic Perspective*. Op. cit. Pp. 85. (Traducción del inglés propia).

¹⁹ *AlBaqarah*, “La Vaca”, 2:193. Citado en: Ababakar, Sa’ad et al. *Carta abierta a Abu Bakr Al-Bagdadi*. 2014

Ésta ha sido influenciada en gran medida por la doctrina cristiana, la cual asume una conexión estrecha entre la naturaleza y comportamiento humano con las normas morales, incluyendo las acciones desarrolladas en el terreno político. En este sentido, estableció San Agustín –a quien se le reconoce como el primero en plantear la teoría de la Guerra Justa- que la naturaleza del ser humano lo impulsa a vivir en sociedad, por lo cual su relación con sus pares y cómo actúe para estos fines, va a estar marcada por sus buenas o malas intenciones. Ello genera que entre las personas impere una imperfecta paz terrenal la cual puede romperse por acciones violentas, siendo la justicia el medio para reparar los vínculos sociales vulnerados o rotos. Así pues, concuerdan San Agustín, San Ambrosio de Milán y posteriormente Santo Tomás de Aquino que, los seres humanos tienen la responsabilidad de velar y proteger al prójimo, por lo que, si éste es asesinado o sistemáticamente oprimido, buscar la justicia por medio de la fuerza se consideraría como un mandato divino²⁰.

En este orden, la prohibición al individuo de violentar a otro ilícitamente, está castigada por la sociedad en la forma del uso de la fuerza debidamente reglamentada e impartida en nombre de una causa justa. De este pensar surge la Guerra Justa como un llamado a la justicia que es intrínseco a la naturaleza de cada individuo. Éste buscará reparar aquello desgarrado por la violencia, así como proteger a la comunidad que está bajo su responsabilidad, persiguiendo el fin último de conseguir la paz entre las personas y con Dios²¹.

En líneas generales, la Guerra Justa, como bien dice su nombre desarrolla y establece ciertos parámetros, principios y limitaciones para que el uso de la fuerza bélica pueda ser considerado justo o moralmente permisible. Estos requisitos según la teología católica son nueve, siete para que la acción bélica como recurso se considere justa o *ius ad bellum*, y los otros dos relacionados a los medios y métodos empleados en el desarrollo de la misma o *ius in bello*²².

Así, en cuanto a los requisitos del *ius ad bellum*, tenemos en primer lugar la causa justa, es decir, que el propósito fundamental para el uso de la fuerza sea justificado, bien sea para confrontar un peligro real y evidente, proteger vidas inocentes, preservar las condiciones que aseguren una decente existencia humana o asegurar derechos humanos²³.

En este sentido dentro de los principales casos que se han utilizado para justificar una acción bélica tenemos, en primer lugar, la legítima defensa

²⁰ Elshstain, Jean Bethke. *The Just War Tradition and Natural Law*. Publicado en: "Fordham International Law Journal", vol. 28, Nro. 3. Febrero 2005. Pp. 742 y ss. HeinOnline.

²¹ Ídem. Pp. 750 y 751.

²² Schmitt, Michael N. *El encuentro del Derecho y la Moral: Reflexiones sobre la Guerra Justa*. Derecho PUCP, 47, 1993. Pp 471. HeinOnline.

²³ Ídem. Pp. 472.

individual y colectiva contra una agresión, la cual se perfila como la causa justa más universalmente reconocida y que actualmente se encuentra prevista dentro del ordenamiento jurídico internacional en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas como única excepción la prohibición del uso unilateral de la fuerza por parte de los Estados. Luego, tenemos la intervención humanitaria, bajo la cual los Estados tienen la obligación de intervenir en defensa de inocentes que fueran oprimidos por sus gobernantes. Esta justificación que encuentra su origen en las enseñanzas clásicas de la Iglesia Católica, se ha contrapuesto actualmente a los principios de soberanía de los Estados y no intervención en asuntos internos, perdiendo relevancia. También encontramos entre las causas antes empleadas, pero que hoy en día no se consideran aceptables las acciones retributivas (la guerra como represalia ante una infracción o crimen internacional) y la guerra santa (empleada a fin de defender la fe cristiana o expandirla)²⁴.

Siguiendo con los requisitos del *ius ad bellum*, nos encontramos en segundo lugar con que la guerra deberá ser declarada por una autoridad competente. Este principio de *auctoritas* fue evolucionando a lo largo de la historia, siendo que en sus inicios se adjudicaba al príncipe o emperador y al papa (Santo Tomás de Aquino y Bartolo). Luego, Grocio recalcó este principio destacando la importancia de que la guerra debe ser declarada por una autoridad pública²⁵. Hoy en día la competencia se le atribuye exclusivamente a los gobiernos de cada Estado de acuerdo a sus propios ordenamientos jurídicos. Ahora, la interpretación que se le da a este principio dentro de la doctrina de la Guerra Justa es, que siendo el propósito de ésta es alcanzar la paz por medio de la revalorización de la justicia, un gobierno obtiene autoridad al perseguir el mismo fin por medio de su actuar en nombre de los justos intereses de su pueblo²⁶.

Luego, tenemos el criterio de la justicia comparativa, por medio del cual se parte de la premisa de que ningún bando posee la “justicia absoluta”, reconociendo las justificaciones de cada uno por cuanto existen varios lados de la misma historia. En este sentido, de acuerdo con este criterio la invocación de una causa justa se deberá atemperar en base a los méritos relativos de la causa de la otra parte. Ello cumple con la función de destacar que pocos conflictos son tan blancos o negros como pudiesen parecer²⁷.

²⁴ Schmitt, Michael N. *El encuentro del Derecho y la Moral: Reflexiones sobre la Guerra Justa*. Op. cit. Pp. 472-476.

²⁵ Nussbaum, Arthur. *Just War—A Legal Concept*. Michigan Law Review, vol. 42, no. 3, Dic 1943. Pp. 457 y ss. HeinOnline.

²⁶ Schmitt, Michael N. *El encuentro del Derecho y la Moral: Reflexiones sobre la Guerra Justa*. Op. cit. Pp. 478 y 479.

²⁷ Ídem. Pp. 480.

Este criterio no fue así siempre, por ejemplo, de Vitoria y Suárez (siglos XVI y XVII) aseguraban que la guerra no podía ser justa para ambos lados (aunque de Vitoria abría la posibilidad de que la acción de un lado podría estar justificada por una “demostrable o invencible ignorancia”), sometiendo al arbitrio de la iglesia católica en caso de dudas sobre cuál de las partes estaba del lado de la justicia. Posteriormente, el criterio fue evolucionado con Gentili (siglos XVI y XVII), quien asomó la posibilidad de que existen diferentes grados de justicia por cuanto la guerra sí podría ser justa para ambas partes. Grocio (siglo XVII) por su parte planteó que las guerras podían ser declaradas por una autoridad competente independientemente de si tenían causa justa o no, apuntando de igual modo que la guerra podía ser justa para ambas partes. Asimismo, Wolff (siglos XVII y XVIII) abrió esta posibilidad, argumentando que ninguna nación podía asumir por sí misma funciones de juez y que, al aclamar cada uno de los beligerantes poseer causa justa, estaban en su derecho de seguir su propia opinión²⁸.

El cuarto criterio o requisito del *ius ad bellum* es el de intención legítima, el cual exige que el uso de la fuerza militar, además de tener una causa justa, deberá ser empleada persiguiendo una intención recta o legítima. En este sentido, a diferencia del criterio de causa justa que al ser objetivo plantea si lo *que* está sucediendo es justo, la intención legítima es subjetiva por cuanto busca resolver si la motivación subyacente de ello es justa igualmente. Por ejemplo, puede que una intervención militar sea justa en su causa en cuanto se busque detener violación masiva de derechos humanos, no obstante, el criterio de intención legítima puede incumplirse si esta acción fue motivada por proyectos expansionistas de quien emplea la fuerza²⁹.

De acuerdo a Santo Tomás de Aquino la definición de intención legítima o *recta intentio*, es aquella cuando los beligerantes poseen la intención de promover el bien o evadir el mal³⁰. Ahora bien, resulta todo un reto determinar si las intenciones de cualquier actor que emplee la fuerza son legítimas o no, por cuanto al ser este criterio subjetivo, habría que analizar las circunstancias de la actuación y las formas en que como se llevan a cabo.

El quinto criterio es el de la guerra como último recurso, el cual requiere que los Estados que pretendan emplear la fuerza agoten primero todos los medios de resolución pacífica de controversias que sean pertinentes. En este orden, la doctrina de la Guerra Justa sitúa la carga probatoria de haberse agotado todos los medios pacíficos en el Estado que pretende recurrir al uso de la fuerza. Cabe destacar que el criterio de último recurso no requiere que se agoten en su

²⁸ Nussbaum, Arthur. *Just War—A Legal Concept*. Op. cit. Pp 458 y ss.

²⁹ Schmitt, Michael N. *El encuentro del Derecho y la Moral: Reflexiones sobre la Guerra Justa*. Op. cit. Pp. 481.

³⁰ Nussbaum, Arthur. *Just War—A Legal Concept*. Op. cit. Pp 457.

totalidad todos los métodos y medidas disponibles en el ordenamiento jurídico internacional, sino sólo aquellos que en verdad puedan producir resultados. De este modo, se persigue evitar mayores daños a naciones y pueblos oprimidos que sean ocasionados por una búsqueda inútil de una solución pacífica en detrimento y retrasando el uso de la fuerza militar³¹.

El siguiente requisito o criterio es la probabilidad de éxito, con este se busca prevenir el uso de irracional de la fuerza o una resistencia sin posibilidades de éxito cuando el resultado es desproporcionado o inútil³². Ahora, las posibilidades de éxito deberán ser calculadas teniendo en cuenta tanto el valor que se busca proteger como los daños que resultarán de la acción militar, materiales y humanos. Básicamente, se buscará calcular la posibilidad de obtener justicia y paz a través de la acción militar teniendo en cuenta el costo en daños que ella acarrearía. En este sentido, a fin de llevar a cabo una guerra justa, deberá haber una alta probabilidad de éxito al proteger el valor vulnerado, y unos costos que sean acordes a la misión cumplida.

Por último, el séptimo requisito del *ius ad bellum* es la proporcionalidad, la cual está vinculada al criterio de probabilidad de éxito por cuanto sostiene que la acción bélica llevada a cabo deberá ser proporcional al valor que busca protegerse³³. Este criterio a diferencia del anterior no calculará la probabilidad de éxito frente al daño posible, sino que buscará ponderar el valor protegido frente al costo material y humano, a fin de determinar si el uso de la fuerza es pertinente.

En otro orden, tenemos los requisitos del *ius in bello*, o aquellos que van a regular cómo puede ser empleada la fuerza una vez comienzan las hostilidades. En este sentido, en primer lugar, se encuentra el criterio de proporcionalidad, el cual a va determinar si la elección de una táctica particular, estrategia o armas de combate es proporcional a las ventajas militares, presumiblemente justas en el campo moral, que se podrían alcanzar. En este sentido con este criterio se busca evitar el uso desproporcionado de la fuerza a través de medios que no sean los adecuados o pertinentes para cumplir con los objetivos perseguidos. En segundo criterio es el de discriminación, el cual prohíbe los ataques directos a personas no combatientes ni a blancos que no sean militares. Este criterio, no desconoce que durante las hostilidades hayan muertes de no combatientes o daños en infraestructura civil como daños colaterales, no obstante, es tajante en

³¹ Schmitt, Michael N. *El encuentro del Derecho y la Moral: Reflexiones sobre la Guerra Justa*. Op. cit. Pp. 483.

³² National Conference of Catholic Bishops. *The Challenge of Peace: A Pastoral letter on War and Peace*. 1993. Pp. 30.

³³ Schmitt, Michael N. *El encuentro del Derecho y la Moral: Reflexiones sobre la Guerra Justa*. Op. cit. Pp. 486.

determinar que las acciones militares en ningún momento tendrán como intención estos fines³⁴.

IV. Conclusiones

Luego de analizadas ambas doctrinas, podemos concluir que existen varios puntos en los que coinciden. En primer lugar, encontramos que tanto la Yihad como la Guerra Justa necesitan para ser declaradas una justificación que se adecúe a sus estándares, esta causa podría englobarse en la búsqueda y restitución de tanto la paz como la justicia ante agresiones o injusticias cometidas sobre naciones y poblaciones. No obstante, el criterio de la Yihad es más restrictivo, por cuanto únicamente podrá ser declarada como medida de defensa ante una agresión o amenaza contra de la comunidad de creyentes del Islam, a diferencia de la Guerra Justa, que podrá justificarse tanto en casos de legítima defensa individual o colectiva de cualquier nación, como para intervenir humanitariamente en auxilio de pueblos oprimidos por sus gobernantes. De igual modo, ambas doctrinas descalifican a la agresión y el expansionismo como causas justificables para llevar a cabo la guerra.

Por otro lado, se aprecia que estas dos doctrinas coinciden en la necesidad de que sea una autoridad competente quien declare la guerra, con la diferencia que, según la tradición Islámica, esta potestad para llamar a la Yihad estaba reservada al Imam o jefe del Estado Islámico, aunque en vista de la ausencia de éste último, se busca que la persona indicada para estos fines posea una alta autoridad en cuanto al conocimiento de la Sharia e influencia en el mundo islámico. En cambio, la Guerra Justa solo prevé que la autoridad recaerá en los gobiernos legítimos de cada Estado, de acuerdo a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Otra semejanza encontrada entre la Yihad y la Guerra Justa es que ambas prevén el uso de la fuerza militar como último recurso, debiéndose agotar primero todo medio posible y pertinente para alcanzar una solución pacífica. Por último, se observa que ambas doctrinas establecen parámetros para limitar los medios, tácticas y estrategias con los cuales se llevan a cabo las hostilidades, destacándose la prohibición de atacar a los no combatientes y a blancos que no sean militares.

Ahora, si bien es cierto que Yihad y Guerra Justa tienen puntos en los cuales coinciden, también se pueden apreciar diferencias entre ambas doctrinas, comenzando por el hecho de que la Yihad surgió como una orden divina, la cual corresponde a una de las obligaciones principales que tienen los musulmanes de acuerdo a su religión. En cambio, la Guerra Justa, si bien es cierto que tiene una

³⁴ Schmitt, Michael N. *El encuentro del Derecho y la Moral: Reflexiones sobre la Guerra Justa*. Op. cit. Pp. 488.

marcada influencia de la filosofía católica, ella se limita más bien a configurar un imperativo moral que tienen las naciones, y donde la religión o la Iglesia no juegan un papel tan determinante como en la Yihad, más allá de haberla influenciado en su razón y contenido.

Del mismo modo, se observa una marcada discrepancia en cuanto al fin último de ambas doctrinas. Si bien es cierto que ambas persiguen establecer y mantener la paz terrenal entre los seres humanos, en la Yihad esta paz únicamente se alcanzará a plenitud en el Islam, siendo su objetivo la propagación y preeminencia de esta religión por encima del resto, es decir, su expansión. En cambio, la Guerra Justa si bien en su momento pudo ser empleada al mismo fin de expansión del Catolicismo, hoy en día se limita a perseguir la paz terrenal por medio de la restitución de la justicia.

Acto Homenaje al Dr.
Román J. Duque Corredor

Testimonio En homenaje al amigo y maestro Duque Corredor

Ramón Guillermo Aveledo

Trabajé con Román José Duque Corredor entre 1979 y 1982. Él como Consultor Jurídico y quien habla como Secretario Privado de la Presidencia de la República. Hasta entonces, lo conocía más que todo por buenas referencias y antecedentes familiares. De su padre, ciencia y decencia, había sido alumno en la UCV. Pero al compartir muchas horas de trabajo todos los días durante cuatro intensos años, pude saber quién era, calibrar su calidad humana y su capacidad profesional. Desde entonces lo respeto, lo aprecio y lo admiro.

A Miraflores llegó Duque ya con trayectoria en la administración pública. En 1972 es Consultor Jurídico del Instituto Agrario Nacional. Con la nacionalización de la industria petrolera, en la sensata estructura concebida entonces tras amplia consulta nacional, la antigua Shell pasa a ser Maraven, filial de Petróleos de Venezuela y Duque uno de sus gerentes legales hasta que en 1979 fue llamado por el Presidente Herrera a su equipo inmediato, encabezado con clara inteligencia, cultura y bonhomía por Gonzalo García Bustillos, diplomático brillante, poeta, parlamentario y profesor de Derecho Internacional Público.

Viendo de cerca a Duque conocí a un abogado que nunca habla superficial o improvisadamente. Quiere servir, no lucir. Sus opiniones siempre bien pensadas, sus argumentos sólidos por el conocimiento y el entendimiento. Lo propio de un estudioso cuyo afán de comprender va más allá de lo específicamente jurídico, acaso en la perspectiva de Buttiglione: “Si comprendemos más profundamente la naturaleza de la persona, encontramos en la estructura de la ley la misma complejidad que hemos visto en la persona”¹.

Hablamos de un jurista completo con valores humanistas profundos. Uno que ve el Derecho como vía a la justicia² y obra en intento constante por ser coherente, porque la ética es filosofía práctica. Actúa, porque “no basta comprender, es preciso hacer”³, y lo hace con tanta disciplina como modestia, tanto orden como creatividad. La persona humana es su guía y su baremo. El estudiante de Derecho que asiduamente cruzaba la calle para visitar la Librería

¹ Buttiglione, Rocco: *Il problema politico dei Catolici. Dottrina sociale e modernità*. Piemme. Segrate, Milano, 1993.

² Lipari, Nicoló en *VVAA: Moro, La Democrazia Cristiana e la cultura cattolica*. Cinque Lune. Roma, 1979

³ Mounier, Emmanuel: *Manifiesto al Servicio del Personalismo en Obras 1931/1939*. Tomo I. Laia. Barcelona, 1974.

Nuevo Orden, aprendió que “Una sociedad justa puede ser realizada solamente en respeto de la dignidad trascendente de la persona humana”⁴.

Así como persona es mucho más que individuo y es un error confundirlos al caracterizar la ciudad (sociedad) que queremos⁵, la justicia para ser justa no puede encerrarse en su dimensión conmutativa. Debe comprender integralmente a toda la persona y a todas las personas.

Cuando renunció al cargo para ser magistrado de la Corte Primera del Contencioso Administrativo, el Presidente le dijo. “El gobierno pierde un gran consultor jurídico, pero Venezuela gana un mejor juez”. Tuvo razón. Así lo demostró Duque en esa jurisdicción y así lo hizo también a partir de 1989, cuando fue elegido por el Congreso para integrar la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde sirvió hasta 1992, año de su voluntario retiro, fundado en su honesta opinión acerca de la conveniencia nacional, en hora en la cual los actos de los órganos del Poder Público no podían ser rutinarios, porque la situación no era de rutina.

En la función pública a la que dedicó más de tres décadas de su vida, en la cátedra universitaria, en el ejercicio libre de la profesión y en el apego a la tierra que este nativo de Mérida, ciudad del encuentro feliz entre razón y fe, demuestra en su filial lealtad a Zea, de donde era oriundo orgulloso su padre el doctor Duque Sánchez, a través de la Fundación Alberto Adriani que preside sin otro interés que ser útil, Duque Corredor es testimonio vivo del humanismo arraigado que inspira su *praxis*, en permanente tensión ética entre lo querido y lo logrado, entre lo aspirado y lo posible, cuyo resultado sentimos inevitablemente insuficiente y provisorio. Nunca perfecto, siempre perfectible.

Por todo eso, comprenderán que para mí, participar en este homenaje aunque sea modestamente, es un inmenso honor.

⁴ *Gaudium et Spes* Constitución sobre la Iglesia en el Mundo de hoy de Pablo VI 7.12.65. En *11 Grandes mensajes*. BAC. Madrid, 1993

⁵ Maritain, Jacques: *La persona y el bien común*. Círculo de Lectores. Buenos Aires, 1968

A cien años de la Ley de Hidrocarburos y demás minerales combustibles de 1920 y el futuro de las energías renovables*

Eugenio Hernández-Bretón

“Acaso en un no muy lejano tiempo la industria petrolera de Venezuela alcanzará un notable desarrollo. La nueva fuente de riqueza creará también nuevas actividades, que acrecentarán nuestro progresivo desenvolvimiento y elevarán a mayor altura nuestra renta interna. Por este sólo ramo, el país está frente a un porvenir brillante de holgura económica”

Gumersindo Torres, Memoria del Ministerio de Fomento 1919

Sumario

- I. Introducción
- II. La Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles de 1920
- III. El proceso de construcción de la legislación petrolera
- IV. La importancia económica de los jugos de la tierra antes de la industria
- V. La actuación del Dr. Gumersindo Torres y del Dr. Pedro Manuel Arcaya
- VI. La Ley de 1920 y sus resultados
- VII. De la crítica y de la enseñanza que nos deja la Ley de 1920
- VIII. Las energías renovables en Venezuela y su futuro en el mundo

I. Introducción

El propósito de esta comunicación es transmitir algunas lecciones que podemos derivar del proceso de elaboración de la primera Ley autónoma o Ley especial en materia de hidrocarburos dictada en nuestro país, del año 1920, y transportarnos hacia el futuro de las energías renovables, como es la expectativa que hoy en día se mueve en el mundo entero y a la cual no puede ser ajena Venezuela.

II. La Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles de 1920

La historia venezolana de los últimos cien años fue escrita con tinta de petróleo y nada dice que vamos a cambiar de tinta en el futuro inmediato. El 30

* Conferencia dictada en la Jornada "Mirada al Sector Energético en Venezuela. Pasado, Presente y Futuro", organizada por el Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J. Duque Corredor, con el apoyo de la Universidad Monteávila, el 26 de agosto de 2020

de junio de 1920 fue promulgada la Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles¹. La fecha de esta primera Ley de Hidrocarburos venezolana marca la consolidación de un proceso que se puede retrotraer a unos años antes, a las primeras normas sobre hidrocarburos que encontramos en la legislación venezolana, contenida en el Código de Minas de 1904², años antes del inicio de la gran actividad petrolera en 1914, 1915, 1917 y 1918, y en los Reglamentos del Carbón, Petróleo y Sustancias Similares de 9 de octubre de 1918 y de 17 de marzo de 1920, respectivamente³. Todo ello sirvió para ganar experiencia en un país que no era petrolero y que tampoco estaba preparado para el petróleo y su riqueza. Tanto así que vemos que la Ley de Minas, de 26 de junio de 1920, promulgada unos cuatro días antes de la promulgación de la Ley que nos interesa en esta comunicación, anunció que se separaba de la legislación minera lo que tiene que ver con la explotación de los hidrocarburos, carbón y demás sustancias minerales combustibles, que se regirían por una Ley especial⁴. Esa Ley especial no es otra que la Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles de 1920.

III. El proceso de construcción de la legislación petrolera

Tomo ahora las palabras de un autor venezolano contemporáneo de los primeros tiempos de la Venezuela petrolera, Antonio Planchart Burguillos, cuya obra es importante para conocer la evolución de la legislación venezolano de hidrocarburos.

Afirmó Planchart Burguillos en 1939: “Nuestra legislación de hidrocarburos nació de la improvisación audaz, cuando no de la maniobra largamente reflexionada o de la estratagema brillante. Necesidades económicas y técnicas, no sospechadas hasta entonces aconsejaron un día la elaboración de

¹ Ley de 30 de Junio de 1920, sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles, en Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1944, Tomo XIV, p. 170 y ss.

² Código de Minas, de 23 de enero de 1904, art. 1, en Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1944, Tomo XIII, p. 792 y ss.

³ Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1944, Tomo XIV, p. 188 y ss. y p. 131 y ss., respectivamente.

⁴ Ley de Minas, de 26 de junio de 1920, art. 3, Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1944, Tomo XIII, p. 618 y ss.

A cien años de la Ley de Hidrocarburos y demás minerales combustibles de 1920 y el futuro de las energías renovables

semejante legislación especial, y principios totalmente distintos de los que informan la legislación común fueron elaborados. ¿Por quién, cómo, cuándo?”⁵

De tal manera, que Venezuela tuvo que improvisar en materia de legislación petrolera desde 1904. Se improvisó, pero también se pensó, se reflexionó, se desarrollaron estrategias interesantes, se tomaron en cuenta las necesidades económicas y técnicas del país. Venezuela era, en ese momento, un país realmente no preparado para la situación que tuvo que enfrentar, y por ello se desvió del derecho común, del Código Civil, una nueva rama de legislación, el derecho de los hidrocarburos, una legislación especial que comienza a tomar forma con la Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles de 1920. Ahora, ¿Quiénes trabajaron en esto?, ¿Cómo se hizo la Ley? ¿En qué se pensó? ¿Qué se quiso hacer?

IV. La importancia económica de los jugos de la tierra antes de la industria

Para estas fechas, para el inicio de la industria petrolera venezolana, el petróleo, los betúmenes o los jugos de la tierra, como así se les llamaba en aquel tiempo, eran algo prácticamente despreciable, hasta inicios del siglo XX, sin valor utilitario para el propietario de las tierras. En este sentido se afirmaba que “las tierras que esconden riquezas minerales son, por regla general, estériles para la agricultura”. Y en apoyo de tal afirmación queda el testimonio del texto de un peritaje conducido para el avalúo de tierras en la entonces Provincia de Maracaibo (estado Zulia), en 1877, en el cual los peritos evaluadores le atribuyeron bajísimo valor al terreno examinado por razón de que “unos hervideros de betún que se encuentran en una de aquellas sabanas deprecian esas tierras porque son el mayor perjuicio para el que las compre”. Huelga decir que años después esos “hervideros de betún” se convirtieron en “ricas y disputadas minas de asfalto e indicios seguros de la existencia de petróleo en el estado Zulia”⁶. Y entonces, en la segunda década del siglo XX, Venezuela dejó de ser una Venezuela agrícola para transformarse en un país petrolero, en un país de hidrocarburos.

⁵ Antonio Planchart Burguillos, Estudio de la Legislación Venezolana de Hidrocarburos. Desenvolvimiento histórico de ella, Tipográfica Americana, Caracas, 1939, Tomo I, p. VI.

⁶ Rufino González Miranda, “Conceptos acerca de la Evolución Histórica del Régimen de la Propiedad de las Minas de Petróleo en la Legislación Venezolana”, Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, No. 6, Caracas, 1938, p. 137 y ss., 140 (citando el Expediente Contencioso. Sucesión Manuel Clemente y Francia contra la South American Company y otros. Registro Principal 1904S.37).

V. La actuación del Dr. Gumersindo Torres y del Dr. Pedro Manuel Arcaya

La Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles de 1920 es obra del trabajo y del empeño de dos grandes personajes de la historia venezolana, que, por su actuación política, pueden ser juzgados de muy diversa manera, pero cuya contribución al desarrollo de la legislación petrolera es, sin duda alguna, muy significativa. Aquí se trata del trabajo de Gumersindo Torres y de Pedro Manuel Arcaya. El primero, médico de formación, el segundo un destacado abogado, sobre todo a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Para 1917 la producción petrolera venezolana era de 332 barriles diarios y constituía el 0,26 de los ingresos presupuestarios del país. El año 1917 es el año en el cual el Dr. Torres asume el Ministerio de Fomento y en el cual el Dr. Arcaya deja de ser Ministro de Relaciones Interiores y pasa a ser asesor del Ministerio de Fomento. La amistad que los unía desde sus años infantiles en Coro, los llevó a trabajar en conjunto en este proyecto.

Un médico tuvo que ponerse a estudiar las leyes petroleras de otras partes del mundo, sobre todo la de los Estados Unidos de América, la de Rusia y la de México, y a recurrir a Arcaya como abogado, como versado en las leyes⁷, y a fomentar algo muy importante, las inversiones necesarias para explorar un país geológicamente desconocido, un país que con tanto petróleo bajo el subsuelo no podía llamarse petrolero. Un país sin dinero no podía llevar a cabo la exploración del país en búsqueda de yacimientos por todo el territorio, para luego explotarlos, ni mucho menos podía desarrollar una industria petrolera. La necesidad de conseguir los recursos los llevo a tomar decisiones. La tarea de los proyectistas era cómo convertir el potencial petrolero en riqueza para el país⁸.

VI. La Ley de 1920 y sus resultados

La Ley de 1920 estuvo precedida por los Reglamentos de 1918 y 1920, ambos obra de la colaboración entre Torres y Arcaya. ¿Qué encontramos en la Ley de 1920, en los trabajos de Torres y Arcaya que son sometidos a la consideración del Congreso de aquel entonces? Pues, desarrollaron una

⁷ Eduardo Mayobre, Gumersindo Torres, Biblioteca Biográfica Venezolana, Volumen 68, El Nacional/Bancaribe, Caracas, 2006, p. 47, 69, 70: "Yo me dediqué con devoción de universitario a estudiar la cuestión petróleo y las leyes americanas, rusas, mejicanas... y con cuantas observaciones pude hacer de los conocimientos adquiridos, ocurrió a mi amigo el Dr. Pedro Manuel Arcaya"; Pedro Manuel Arcaya Urrutia, Pedro Manuel Arcaya, Biblioteca Biográfica Venezolana, Volumen 38, El Nacional/Bancaribe, Caracas, 2006, p. 56.

⁸ Ver Pedro Manuel Arcaya, Memorias, Ediciones "Librería Historia", Caracas, 1983, p. 135 y ss.

estrategia sencilla, práctica⁹, ingeniosa¹⁰, curiosa, como la llamaron algunos¹¹, aunque por supuesto no se escapó de las críticas de su momento ni de las épocas posteriores¹². Lo que se buscó fue incentivar la exploración de todo el territorio nacional, de buscar que otros corrieran con la inversión necesaria para conocer la geología de los hidrocarburos en todo el territorio del país, aquí se desarrolló un sistema tan interesante, como, por ejemplo, el que después continuó siendo conocido como “concesiones de exploración y subsiguiente explotación”¹³. Es

⁹ Ver Eduardo Mayobre, op. cit., p. 81: Se implementó: “Un plan que demuestra el sentido práctico y suma perspicacia, a saber: Que se les diesen las concesiones a todos los que las pidieron de modo que, si fuese posible, quedase todo el territorio de la república cubierto con ellas. Luego en 1920, por espíritu de equidad y con el fin de animar al mayor número de personas a solicitar tales concesiones, se les acordó a los propietarios del suelo el derecho de preferencia a obtenerlas”.

¹⁰ Pedro Manuel Arcaya Urrutia, op. cit., p. 56.

¹¹ José Ramón Ayala, Epítome de Legislación y Derecho Minero Venezolano, Tipografía Americana, Caracas, 1945, Tomo II, p. 36 y 46: “Curiosa por la célebre cuadrícula que ordena”.

¹² Autores, como José Ramón Ayala, op. cit., p. 37, caracterizaron el régimen de la Ley de “absurdo” y de “Verdadera infantilidad del legislador”.

¹³ Pedro Manuel Arcaya, op. cit., p. 56. Al efecto copiamos el siguiente párrafo: “Se configuró la ingeniosa “Concesión de Exploración y subsiguiente Explotación”. En otras palabras: siendo el petróleo un mineral reservado, ninguno se lanzaba a explorar sin tener la seguridad de obtener la concesión de explotación. Bajo esta figura se le daba derecho a explorar hasta por dos años en un lote de diez mil hectáreas, al cabo de los cuales podía escoger cinco mil de ellas como explotación, en parcelas de quinientas hectáreas no contiguas, con lo cual a la Nación le quedaban cinco mil hectáreas para sí. exploradas, con petróleo, y que pasaban a formar parte de la Reserva Nacional. Era como una especie de tablero de ajedrez de diez mil hectáreas y de parcelas de quinientas hectáreas, como dijimos, no contiguas”. Ver también Antonio Planchart Burguillos, op. cit., p. 157: “...la forma de agrupar las parcelas de explotación y las de reserva ... no era otra que la del cuadrilátero del tablero de ajedrez”. El artículo 31 de la Ley de 1920, en Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1944, Tomo XIV, p. 175, disponía así: “Todo lote de exploración se dividirá en parcelas de doscientas hectáreas cuando las sustancias exploradas fueren hidrocarburos y de quinientas si fueren de carbón y sustancias minerales combustibles análogas. Si la explotación fuere de unas y otras sustancias, las parcelas serán de doscientas hectáreas. La división se hará cuadriculando el lote, aunque fuere de figura irregular y por tanto hubieren de resultar en sus bordes parcelas también irregulares y de extensión menor que la indicada. El explorador puede exigir la celebración de sendos contratos de arrendamiento de determinadas parcelas, cuyo número no exceda de la mitad de las contenidas en el lote. Las demás quedarán como reservas nacionales, y éstas con aquéllas no podrán tener más punto de contacto que los ángulos de los respectivos cuadriláteros” (Subrayado nuestro). El artículo 31 presentaba un error que bien destacó José Ramón Ayala, op. cit, p. 37: “Mejor habría sido decir los vértices de los ángulos”. Tal error fue corregido en la Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles de 1921. En tal sentido, el último aparte del artículo 31 de esta última Ley dispuso: “Las parcelas aisladas

decir, asegurarle el derecho a quien explorara y encontrara hidrocarburos de que efectivamente los iba a poder explotar. Esto fue criticado por muchos y nada de ello se va a escapar a la discusión y al juicio de los tiempos¹⁴. Lo cierto del caso es que con la estrategia de Torres y de Arcaya se logró animar a una cantidad de personas en todo el país a salir a explorar el territorio nacional con sus propios recursos, sin que el Estado gastara los recursos que no tenía. En este sentido, salieron gente como Arcaya y sus los familiares en Paraguaná¹⁵ o como Andrés Eloy Blanco, entonces recién graduado de Abogado, quien decidió irse al alto Apure y al entonces estado Zamora (hoy Barinas), junto con otros compañeros, buscando clientes para presentar solicitudes de concesiones de hidrocarburos¹⁶. De 181 concesiones otorgadas en 1920 se pasó a 2374 en 1921.

VII. De la crítica y de la enseñanza que nos deja la Ley de 1920

En 1921 y en 1922 se modificó la Ley de 1920. No duró mucho. Las críticas son variadas. Algunos dicen que la Ley de 1920 no era favorable a las compañías petroleras extranjeras que iniciaban sus actividades en Venezuela. Otros expresaron que constituía un freno a la deshonestidad administrativa, a la

que eligiere el Contratista, o los rectángulos que resultaren de los grupos de parcelas formados según el párrafo que antecede, no podrán tener con las otras parcelas aisladas del propio Contratista ni con los demás grupos de parcelas que le correspondieren en la división, ningún otro punto de contacto que los vértices de los ángulos de los respectivos cuadriláteros si la división se hubiere hecho cuadriculando el lote. En caso de que éste se hubiere partido en rectángulos paralelos, las parcelas o grupos de parcelas del Contratista se alternarán con las parcelas o los grupos de parcelas, de igual, que queden como reservas nacionales" (Subrayado nuestro), en Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1944, Tomo XIV, p. 160.

¹⁴ Pedro Manuel Arcaya, op. cit., p. 138 y ss.

¹⁵ Pedro Manuel Arcaya, op. cit., p. 145: "Mi madre..., mis hermanos y otros familiares y amigos míos, antiguos clientes de mi escritorio en el Estado Falcón, propietarios de tierras allá, se acogieron... al beneficio que les daba la Ley... También intervine al igual que lo demás principales abogados de Caracas, en la obtención de numerosas concesiones... Todos aquellos que pasaron por mi escritorio, de los estados Falcón, Lara y Zamora caducaron... Los propietarios de tierra que hicieron uso de un derecho legal al pedir y obtener las respectivas concesiones no le debían ningún favor al General Gómez ni a nadie, y estuvo en lo justo el doctor Andrés Eloy Blanco cuando así lo explico en un caso que le concierne".

¹⁶ Andrés Eloy Blanco, "Carta al señor Melecio Pérez Sosa, 15 de noviembre de 1937", en Obras Completas, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1973, Tomo II, Volumen I, p. 375 y ss. "Decidimos... trasladarnos al alto Apure y Zamora... Nadie podrá decir en Venezuela que trabajó en materia de petróleo con más peligros, más pobreza y más buena fe... yo ponía la parte jurídica y redacción de documentos... Un millón aproximadamente de hectáreas quedaban salvadas de la codicia de los explotadores... caducaron las concesiones". Ver además Pedro Manuel Arcaya, op. cit., p. 145.

corrupción, sobre todo por parte de personas vinculadas familiarmente con personeros del régimen de Gómez, y de tal manera una ley incómoda. Y como dijo un importante político venezolano del siglo XX, esta primera Ley de Hidrocarburos murió al nacer y no tuvo más tiempo¹⁷. Y desde entonces hasta hoy la economía venezolana y la vida económica de todos los venezolanos sigue dependiendo de un hilo que es el petróleo¹⁸. Pero de todo esto hay que sacar conclusiones favorables. Como lo señaló el propio Gumersindo Torres “lo normal ha sido el que las primeras decisiones, cuando no se conoce el alcance de las cuestiones del petróleo, dejen siempre que desear: pasamos los mismos tres períodos que Méjico, el de la ignorancia absoluta, el de conocimientos a medias y el del completo dominio de la materia que hemos alcanzado”¹⁹. Ante todo esto, el futuro venezolano sigue siendo del petróleo. Esto se conforma con lo que se proyecta en los documentos oficiales, como en el llamado “Plan de la Patria 2019-2025”.

VIII. Las energías renovables en Venezuela y su futuro en el mundo

Vamos a obviar ahora las referencias al proceso de consolidación de Venezuela como país petrolero. Hoy en día el tema es qué hacer con el petróleo y qué sucede con los movimientos ambientalistas en el mundo y en la legislación venezolana y en las legislaciones extranjeras sobre energías limpias, las energías renovables. En el año 2007 se crea CORPOELEC y allí se centraliza toda la actividad de generación, transmisión y distribución de energía en todo el país. Actualmente el 65% de la energía es de generación hidráulica, por agua; un 32% es de generación térmica, con combustibles fósiles, y alrededor de un 3% de otras fuentes. El sector hidroeléctrico ha jugado un papel importantísimo en la electrificación del país, llegándose a electrificar a más del 99% de la población. Todos conocemos la situación actual. Cerca de dos tercios de la capacidad instalada de generación, distribución y transmisión de energía en el país ha cumplido más de 25 años de servicio. El 29% de la energía generada se pierde en la red. Lo importante es que desde inicio de los años 2000 hubo la dirección política de apuntar a las energías limpias como una prioridad, cosa que parece haber desaparecido de la consideración del gobierno. Las leyes de los años 2010 y 2013, regulando el servicio eléctrico en el país, que establecían la

¹⁷ Rómulo Betancourt, *Venezuela Política y Petróleo*, Editorial Seix Barral, Barcelona, Caracas, México, 1979: "La primogénita de entre las leyes petroleras de Venezuela, nació para morir asfixiada en la cuna. Tenía grave defecto: no era del agrado de las compañías extranjeras. Y dos años después fue reformada". Ver también José Ignacio Hernández, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 33 y ss.

¹⁸ Rómulo Betancourt, *op. cit.*, p. 330.

¹⁹ Citado por Eduardo Mayobre, *op. cit.*, p. 79.

consideración de muy diversos tipos de fuentes de energía limpia, como la energía solar, la eólica, la biomasa, la mareomotriz, el hidrógeno, quedaron simplemente como una página en las leyes venezolanas²⁰.

Las legislaciones más recientes e importantes en el mundo, en Chile, en Japón y en Alemania, apoyan una transición hacia las energías limpias sustituyendo paulatinamente las energías fósiles. Chile espera que para el año 2025 que el 20% de su energía sea de generación no fósil. Japón, con el recuerdo de Fukushima, va a la energía solar y a la eólica. Alemania, igual abandona la energía nuclear y estima que para el año 2050 más del 50% de su generación eléctrica no será de fuente fósil. En el caso venezolano los proyectos de energía eólica anunciados para en la Guajira y de energía solar en Paraguaná no han pasado de ser más que deseos. En la Guajira colombiana hay desarrollos importantes de proyectos eólicos, igual en otros países de América Latina, en Perú y Chile, por ejemplo. No debemos perder de vista lo que acontece en nuestro alrededor. La protección ambiental es sin duda también fundamental.

Para cerrar esta intervención hago más las palabras de Antonio Planchart Burguillos: Tenemos que convencernos de la necesidad de preparar los políticos de la energía y los juristas de la energía y los técnicos de la energía²¹. Esa es la tarea que se le impone a todos los venezolanos y en la cual el Instituto de Estudios Jurídicos Román J. Duque Corredor está llamado a cumplir un muy importante papel.

²⁰ Remitimos al interesado a nuestro trabajo "Del negro crudo a las energías limpias: ¿Cuánto tiempo le queda al petróleo en Venezuela? Análisis del régimen legal de las fuentes de energía limpia", a ser publicado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, 2020.

²¹ Antonio Planchart Burguillos, op. cit., p. VII.

Derecho Energético: Bases para su enseñanza universitaria¹

Román J. Duque Corredor

Sumario

- I. El Derecho Energético y el objeto de su estudio
- II. Contenido del estudio especializado del Derecho Energético
- III. La gobernabilidad universal, las relaciones surgidas del aprovechamiento y explotación de las fuentes de energía y el contenido de la especialización del Derecho Energético
- IV. Los objetivos del desarrollo sostenible y la especialización del Derecho Energético
- V. Conclusión
- VI. Agradecimiento

Decía Nikola Tesla, inventor de sistemas modernos electromagnéticos de transmisión inalámbrica para comunicaciones que permitió el acercamiento entre los pueblos: “La distancia que es el impedimento principal del progreso de la humanidad, será completamente superada, en palabra y acción. La humanidad estará unida, las guerras serán imposibles y la paz reinará en todo el planeta”. Hoy día, por el sistema de apoyo a las comunicaciones móviles a largas distancias, como la videoconferencia, nos acercamos desde Maturín, Venezuela, a todos los equinoccios y espacios del mundo para la realización de este acto. Por este sistema de comunicación a distancia a pesar de la lejanía les envió un saludo lleno de aprecio y amistad a los directivos y miembros del Instituto que organiza este homenaje y a los distinguidos ponentes y los participantes

Amigas y amigos:

Toda vida tiene un renacer. Hace 40 años dicté mi última clase de legislación minera y petrolera y comencé a dictar mi primera lección de derecho administrativo especial, que fue la visión como se reorientó la enseñanza jurídica de lo minero y petrolero. Y así lo hice por otros 20 años. Pero “nunca se es demasiado viejo para establecer un nuevo objetivo o para soñar un nuevo sueño”, decía el literato y teólogo irlandés, C. S. Lewis. Y, también, según Pitágoras, “el principio es la mitad de todo”. Hoy el carbón, el hierro, el gas, y el petróleo más allá de su consideración de bienes del dominio público, son fuentes de energía, junto con la solar, la eólica, la nuclear, la hidráulica, la electricidad, la marítima y la de biomasa; y, más allá de su aprovechamiento y explotación mercantil; su

¹ Palabras de clausura del Acto Homenaje a Román J. Duque Corredor organizado mediante video conferencia por el Instituto que lleva su nombre y la Universidad Monte Ávila.

mal manejo o contaminación, su accesibilidad y su compatibilidad con el desarrollo sustentable y la protección de los ecosistemas; en la actualidad modernamente son objeto de la ciencia de la energía, y dentro de ella, del derecho energético. Quiero, pues, en este acto “Mirada al Sector Energético en Venezuela”, a los 100 años de promulgación en 1920 de la primera Ley de Hidrocarburos”, con el que el Instituto que generosamente lleva mi nombre inicia su actividad; renacer como docente de legislación minera y petrolera, pero con una visión humanista moderna de lo energético y del desarrollo sostenible, con esta exposición sobre “Derecho Energético: Bases para su enseñanza universitaria”. Ambos coincidimos, el Instituto y yo, al igual que la Universidad Monte Ávila, en que queda mucho por hacer y enseñar, fruto de esa humana inquietud por mejorar. Porque, “lo que más vale en los hombres es su capacidad de insatisfacción”, en palabras de Ortega y Gasset. El no quedarnos estancados ni en el tiempo, ni en la ciencia. Ello nos permite renacer.

I. El Derecho Energético y el objeto de su estudio

Hoy día la energía como un recurso natural protegido y regulado es un sector transversal del derecho administrativo, ambiental, mercantil, económico, internacional, regulatorio y de la competencia en los mercados energéticos. Esta transversalidad se resume en la ciencia jurídica en un concepto integral: el derecho de los recursos energéticos. Su diversidad jurídica justifica que las universidades por sus fines de la educación universal abran campo a su enseñanza especializada. Ello es cada vez más necesario por el requerimiento de profesionales del Derecho, especializados en conocimientos jurídicos, como abogados y consultores, en el sector de la energía, que tengan dominio de los diversos aspectos jurídicos atinentes a la energía y a la eficiencia de estos recursos; y en el tema de los objetivos del desarrollo sostenible del acceso universal a servicios energéticos como derecho humano.

De manera general, un conocimiento sistemático especializado del derecho de los recursos energéticos, dado que constituye un sistema jurídico e institucional complejo, comprende el estudio de los derechos nacionales de la energía y del marco de organismos internacionales en el ámbito energético, así como de los principios de la política energética, de la regulación energética y el del derecho propiamente de las fuentes de energía. Igualmente, incluye las políticas de la seguridad y planificación, competencia y liberalización, regulación y desregulación, eficiencia y sostenibilidad de los usos, explotación y aprovechamiento de los recursos energéticos primarios y derivados. Por supuesto, que esa sistematización del estudio del derecho energético viene determinada por la importancia de los grandes subsectores energéticos fundamentales: los hidrocarburos, petróleo, productos petrolíferos, gas natural, carbón, la electricidad y las fuentes de energía limpia. E, igualmente, el contenido temático del derecho de las fuentes de energía o de los recursos

energéticos ha de comprender por su importancia y actualidad la regulación de las redes energéticas, es decir, el transporte, almacenamiento y distribución y las especificidades de cada uno de los subsectores regulados y de las redes gestionadas, así como el acceso de los consumidores a esas redes y, la regulación de su planificación y construcción. A los temas anteriores, modernamente se agrega la materia de la energía nuclear y su consumo y los nuevos paradigmas del cambio climático y de la eficiencia y ahorro energéticos y de fuentes alternativas de energía, que son temas que acrecientan el objeto material del derecho de los recursos energéticos. Y también lo que viene a ser su axiología, es decir, la relación entre la energía, la justicia y la paz, dentro de lo que el Papa Francisco en su Encíclica *Laudato Si* denomina “ecología integral”.

II. Contenido del estudio especializado del Derecho Energético

La especialización del derecho de la energía comprende todos los aspectos jurídicos de este sector, es decir, administrativo y tributario; económico-mercantil; regulatorio y control; de propiedad intelectual y de la competencia; de descentralización administrativa y del derecho de la competencia. Y, por supuesto, de su tratamiento por el derecho internacional, máxime cuando en la economía y el ambiente, el sector de la energía es uno de los objetos principales dentro de la globalización del mercado regulado; lo que implica conocer no solo los aspectos jurídicos energéticos nacionales, sino también regionales e internacionales. Sobre todo, cuando garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos; y aumentar la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas, es uno de los objetivos del desarrollo sostenible dentro de la Agenda 2030 de la ONU. Esta realidad ha determinado el requerimiento de que cada vez más se necesiten, mediante estudios de especialización, de profesionales que conozcan el ámbito jurídico integral del sector de la energía, cuyo nivel académico ha sido reconocido por universidades acreditadas, entre otras, como la Universidad de Bochum de Alemania, de Nueva York y las universidades Carlos III de Madrid y de La Rioja de España, como las Universidades Externado de Colombia, de Buenos Aires y Católica de Santiago del Estero, de Argentina; y las universidades Autónoma de Nueva León, de Monterrey y Nacional Autónoma de Méjico. Asimismo, existen prestigiosos centros internacionales de estudios especializados en el sector de la energía, como el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas de España en el cual se tratan los problemas institucionales energéticos. Vale la pena recordar que en Venezuela el Centro Internacional y Desarrollo (CIED) de PDVSA, había comenzado a desarrollar, a través de su Instituto de Desarrollo Profesional y Técnico, seminarios, talleres y foros sobre derecho de recursos energéticos, que no existen en la actualidad. Por tanto, el derecho energético, o el derecho de los recursos energéticos o el derecho de la energía, como también se le denomina, se enseña

a nivel de diplomado, especialización, maestría y doctorado y de investigación en diversas universidades extranjeras. Su especialización, incluso, admite su subespecialización en cada uno de los recursos naturales energéticos: hidrocarburos, gas natural, carbón y minas, hidroenergía y electricidad, a los cuales se agregan la protección del ambiente, el cambio climático y el desarrollo sostenible. E, inclusive de Justicia Climática como garantía de los derechos colectivos de la humanidad, que se comprende, por ejemplo, en el contenido programático del derecho energético de la Universidad Autónoma de México. En Venezuela, la Universidad Monte Ávila en el 2008 inicio un Programa de Diplomado de Derecho de los Hidrocarburos y Minería que ha estado a cargo del profesor Miguel Rivero Betancourt, que hoy nos honra con su participación, que es la base para la enseñanza especializada del derecho energético. Un diplomado del derecho de los Hidrocarburos por esta Universidad se dictó en esta Ciudad de Maturín. Además, el profesor Víctor Rafael Hernández-Medible, director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la mencionada Universidad Monteávila, en el 2015, elaboró una Propuesta de estudio para la Regulación de las Energías Renovables².

Por otra parte, la relación de las fuentes de energía con la justicia y la paz derivadas de las garantías internacionales de los derechos humanos de los pueblos como derechos humanos, entre ellos el derecho al acceso de dichas fuentes, es objeto de regulación por el derecho internacional. Al igual que es objeto de este derecho la protección de estos recursos o bienes, que se impone como obligación internacional a los Estados y la responsabilidad de los gobiernos por la violación de los derechos de la humanidad sobre las fuentes de energía y que igualmente establece la obligación de los Estados de actuar de buena fe respecto de la explotación y aprovechamiento de los recursos energéticos de las naciones menos adelantadas, respetando principios universales humanitarios de haber comenzado la solidaridad con las regiones más pobres del planeta y con el principio de justicia intergeneracional de no dejar a las nuevas generaciones más empobrecidas.

² Propuesta para la regulación de las energías renovables, Revista Iberoamérica de Derecho Administrativo y Regulación Económica N° 11, Buenos Aires, 2015. ISSN: 2422-5851. <http://hernandezmendible.com/librosypublicaciones/segundocapitulo/Energ%C3%ADas%20Renovables-2015.pdf>

III. La gobernabilidad universal, las relaciones surgidas del aprovechamiento y explotación de las fuentes de energía y el contenido de la especialización del Derecho Energético

Hoy día existe la necesidad de instancias internacionales de una gobernanza³ o de una gobernabilidad internacional para el establecimiento de las responsabilidades de los Estados por la violación de los derechos de la humanidad sobre las fuentes de energía y por los delitos de corrupción en la explotación de las fuentes de energía. Por tanto, la relación entre la energía, el medio ambiente, los derechos humanos y la responsabilidad por su deterioro, es parte también del objeto de estudio por parte del derecho energético. Se plantea, por tanto, el establecimiento de instancias internacionales donde se puedan reclamar tales responsabilidades y hacerlas efectivas; y establecer medios compensatorios e indemnizatorios por los daños causados por los incumplimientos de esas responsabilidades. Recientemente se aprobó el 4 de marzo de 2018, en Costa Rica, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, originado en lo aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) y fundamentado en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. En dicho Acuerdo, conocido como el Acuerdo de Escazú, uno de sus objetivos es garantizar el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales conforme las garantías del debido proceso (Artículo 8)⁴. Por cierto, el día de mañana la Comisión Permanente del Ambiente, Recursos Renovables y Cambio Climático de la Asamblea Nacional democrática y la Fundación Vida Verde, realizaran un Foro sobre “La Gobernanza Ambiental de Venezuela. El día después”. Lo cual debe destacarse como una preocupación de nuestro legítimo poder legislativo por el tema energético, que, por el ecocidio del Arco Minero del Orinoco, es hoy día un grave problema internacional y que justifica el tratamiento integral de los recursos energéticos y su relación con la protección de los ecosistemas. Asimismo, es satisfactorio también destacar que la presidenta de la mencionada Comisión es la diputada por el Estado Monagas María Gabriela Hernández, quien ha venido realizando nacional e internacionalmente una labor meritoria en

³ El término “gobernanza” comenzó a difundirse después de la caída del muro de Berlín (1989), en una época en la que en un nuevo mundo globalizado comenzaban a gestarse las configuraciones de las relaciones de poder o interacción adecuada, entre el Estado o instituciones públicas, el mercado y la sociedad civil, con el objetivo de lograr un desarrollo económico, político y social de largo alcance. Y que responde a los principios de legitimidad del poder, de cumplimiento del ideal democrático y del principio de participación ciudadana, competencia y eficacia, de cooperación para lograr el bien común y de escalas de gobernanza local y mundial de cohesión de todos los actores desde un nivel local en una. integración en un marco global.

⁴ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

el tema de defensa del ecosistema del Arco Minero del Orinoco, cuya rapidación ha sido denominado el ecocidio del Siglo XXI; y que me honra con su incorporación al Instituto al cual se le ha dado mi modesto nombre.

La especialización en el derecho energético comprende las relaciones del derecho ambiental con cada uno de los recursos energéticos y la aplicación de sus principios preventivo, precautorio, de buena fe, de transparencia, de rendición de cuentas, de equidad intergeneracional y del principio de que quien contamina paga por sus usos, aprovechamientos y transformaciones. Al igual que la especialización en derecho energético comprende el estudio de los instrumentos de protección del ambiente y de evaluación del impacto ambiental en estas actividades y de las responsabilidades por los daños ambientales y las sanciones. Respecto de los hidrocarburos su campo de especialización incluye sus sistemas de propiedad y de explotación, gestión comercial, marcos normativos nacionales e internacionales, régimen de inversiones internacionales y responsabilidades ambientales. Su objeto de estudio es uno de los más amplios y diversos, en razón de las especificidades de los recursos de hidrocarburos, puesto que su especialización comprende materias más concretas, como extracción de gas, en particular; de gas no convencional, regasificación y almacenamiento; gestión técnica del sistema gasífero; transporte y distribución; comercialización; GLP canalizado; GLP envasado; hidrocarburos líquidos; investigación, exploración y extracción de petróleo; refinación de productos petrolíferos, transporte y almacenamiento y comercialización interna y externa; redes de estaciones de servicios; y biocombustibles. Y en materia de minas, la investigación y exploración y explotación de recursos mineros y régimen jurídico de la explotación del carbón para generación de electricidad. Y, en uno u otro caso, de los contratos petroleros y mineros.

A las anteriores materias se suma el estudio de las llamadas energías limpias, es decir, aquellas fuentes que, además de ser inagotables, no producen residuos ni emiten gases nocivos durante sus procesos de obtención y producción de energía, como la energía solar, la energía eólica, la energía hidroeléctrica, la energía geotérmica y las energías verdes, como la energía mareomotriz para generar electricidad. Y cuyo estudio se promueve en razón de que por ser energías alternativas por tratarse de las principales fuerzas de la naturaleza son el relevo perfecto para los combustibles fósiles y el futuro del abastecimiento energético. A estas energías se ha referido el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Monte Ávila, Dr. Eugenio Hernández Breton, en este acto.

También es un campo propicio para la especialización en materia del derecho energético lo relativo al derecho de competencia, la regulación de la protección de la propiedad intelectual y de la utilización de procesos técnicos y los derechos de su explotación y de las innovaciones tecnológicas y organizativas en el sector de las actividades reguladas; y el régimen de los

contratos y su cesión de estos derechos de invención, la competencia desleal, al igual que los instrumentos de control y los medios alternos de resolución de conflictos. En ese mismo orden de ideas, las normas en materia de resolución de conflictos a nivel internacional, sus centros de conciliación, mediación y arbitraje, así como sus procesos, son parte importante de lo que vendría a ser el derecho alternativo energético adjetivo o procesal.

Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos el acceso a la energía y al agua potable se consideran dos bienes fundamentales para el desarrollo de toda vida humana, por lo que constituyen derechos humanos fundamentales y pilares básicos del bien común, como se asienta en la encíclica *Laudato Si* del Papa Francisco de mayo del 2015. Según la cual la energía es cada vez más crucial para el desarrollo, porque el poder obtener acceso a ella se convierte en el punto que marca la diferencia real en las vidas de hombres y mujeres que viven en la pobreza.

IV. Los objetivos del desarrollo sostenible y la especialización del Derecho Energético

La ONU ha señalado, como uno de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) para el milenio, el garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos. En efecto, en su Declaración del 25 de septiembre de 2015, como Agenda del 2030 para el Desarrollo Sostenible, la ONU, consagró como Objetivo N° 7, el de la Energía Asequible y No Contaminante, por cuanto el avance en los ámbitos de la energía sostenible no está a la altura de lo que se necesita para lograr su acceso universal y alcanzar las metas de este Objetivo. En efecto, afirma la ONU, si se desea lograr mejoras se requieren mayores niveles de financiación y políticas con compromisos más audaces, además de la buena disposición de los países para adoptar nuevas tecnologías en una escala más amplia, lo que implica que los Estados deben ir adaptando su legislación y su institucionalidad para facilitar la consecución de estas metas. Ello requiere, por tanto, que, dentro de esa institucionalidad, las universidades han de diseñar currículos de estudio sobre las modificaciones normativas y estructurales necesarias para el acceso a recursos energéticos asequibles y no contaminantes como parte del contenido de sus estudios de especialización del derecho energético.

No obstante, lo expresado anteriormente, la especialización del derecho de las fuentes de energía todavía no presenta una verdadera sistemática, como lo dice el autor venezolano Henry Jiménez Guanipa, en su libro “Derecho de la Energía en Venezuela”⁵, en razón de la dispersión y en algunos casos la complejidad de sus contenidos. Por lo que para dar una definición

⁵ www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/358/350.

necesariamente hay que referirse a los procesos vinculados directamente con las actividades de explotación, transformación y aprovechamiento de las energías en todas sus modalidades. Además, que su regulación lo conforman un conjunto de disposiciones que se hallan dispersas en diferentes leyes, acuerdos internacionales, reglamentos, decretos y resoluciones, lo que dificulta aún más su sistematización. Por ello, el autor español Ramón Martín Mateo, en su libro ‘Nuevo Derecho Energético’⁶, afirma que el derecho de la energía es el resultado de la acumulación de una serie de técnicas jurídicas de muy distintos orígenes, aplicadas para regular las relaciones entre suministradores y usuarios de forma adecuada a los postulados de equidad y al respeto de los intereses colectivos. Y, el profesor colombiano Milton José Pereira Blanco, en su ensayo “Hacia la construcción de un Derecho Energético Ambiental como Disciplina Autónoma”, afirma que, es necesario “construir un derecho energético ambiental a partir de la conexidad indisoluble entre la energía, medio ambiente y desarrollo económico”, puesto que “existe una existe una conexión necesaria e indisoluble entre estos elementos”⁷.

Por su parte, la profesora Claudia Roxana Zeman, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santiago del Estero, de Argentina, afirma, que la pandemia del Covid-19, es un desafío para replantear las relaciones con la naturaleza bajo una visión ecológica, sobre todo cuando la ONU ha designado el 2020 como el año de la Biodiversidad, y para pensar en una “economía verde inclusiva”, que reduce los riesgos ambientales y la escasez de recursos energéticos. Este modelo, dice la mencionada profesora, se presenta como una alternativa válida frente al modelo económico que genera los riesgos ambientales y de salud globales, que exacerba el consumismo y agota los recursos naturales, puesto que es baja en carbono, eficiente y limpia en producción⁸.

V. Conclusión

Puedo concluir, por lo expuesto, que la especialización universitaria del derecho energético o derecho de los recursos energéticos tiene plena justificación por cuanto su objeto, sus fuentes, principios e instituciones, son fundamento para sostener y defender su autonomía científica y didáctica y para promover la sostenibilidad del desarrollo humano integral. Ello a pesar de la pérdida de Venezuela como principal país productor de petróleo, por su escasa

⁶ Instituto Nacional de la Administración Local, Madrid., 1982. Ciencias Jurídicas. Legislación. Leyes

⁷ <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5759630.pdf>

⁸ “Reflexiones en el Día Mundial del Ambiente: Los desafíos ambientales del Siglo XXI”, Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero (5 de junio de 2020)

producción, ya que después de llegar a producir tres millones diarios, 20 años atrás, apenas produce en la actualidad alrededor de los 200 mil barriles diarios; puesto que, se puede recuperar su posición de país productor, con el eficiente y correcto manejo de su industria que evitaría la disminución de las reservas recuperables del potencial de 300 millones de reservas petroleras probadas. Por tanto, las universidades deben preparar desde ya los profesionales que se requieran para esa recuperación. De allí el mérito del Instituto de Estudios Jurídicos que lleva mi nombre y de la Universidad Monteávila, en realizar un Foro sobre materias propias del derecho energético, que en el futuro tendrá su sede propia en una cátedra autónoma, correspondiéndole ese mérito histórico a los juristas del Estado Monagas.

Dentro de ese orden de ideas, quisiera terminar con la cita de las palabras del Papa Francisco sobre el desafío del desarrollo de una ciencia energética ajustada a los objetivos del bien común: “«La tecnología basada en combustibles fósiles muy contaminantes –sobre todo el carbón, pero aun el petróleo y, en menor medida, el gas– necesita ser reemplazada progresivamente y sin demora.” (§165)» “Mientras no haya un amplio desarrollo de energías renovables, que debería estar ya en marcha, es legítimo optar por la alternativa menos perjudicial o acudir a soluciones transitorias” (Ibid.)». Creo que con estas reflexiones finales está más que justificada la enseñanza universitaria del derecho energético o del derecho de los recursos energéticos.

VI. Agradecimiento

Amigos y amigas. Mario Briceño Iragorry decía que los homenajes hay que hacerlos en vida para disfrutarlos. Yo agrego, y para agradecerlos personalmente. Porque mi Padre advertía, que el agradecimiento además de decirlo hay que demostrarlo. Por eso, expreso mi eterna gratitud a Juan Carlos Regardiz y a los demás directivos y a todos los miembros del Instituto que lleva mi humilde nombre, por este homenaje, que solo la inmensa generosidad de sus oferentes justifica. A Lorian Dialfonso y a su equipo técnico y operativo que ha hecho posible la realización excelente de este acto. Asimismo, a la Universidad Monteávila por el inmenso honor de haberme distinguido con el auspicio de este homenaje. Y, a los Dres. Eugenio Hernández-Bretón, Miguel Rivero Betancourt, Ramón Escovar León y Álvaro García Casafranca, por sus exposiciones que enaltecieron este acto. Y, al Dr. Ramón Guillermo Avelado, por las palabras de presentación de mi persona, llenas de generosidad fruto de una relación fraternal desde hace tiempo. Decía José Martí, que “La gratitud, como ciertas flores, no se da en la altura y mejor reverdece en la tierra buena de los humildes.” Y nada mejor para esa gratitud, que responder con las palabras sencillas de agradecimiento, de mi pueblo andino: Dios se los pague.

ISSN 1317-2778



9 771317 277003